

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*

7 France

par Daniel Borrillo ²

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 Daniel Borrillo (borrillo@u-paris10.fr), maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre et chercheur associé au Cersa/CNRS (Université Paris II-Panthéon, www.cersa.org).

7.1 Cadre juridique général

La France fut le premier pays au monde à faire sortir de la loi pénale le crime de sodomie. Comme dans l'ensemble des pays occidentaux, avant la Révolution française plusieurs normes condamnaient l'homosexualité avec la plus grande fermeté. Inspiré par la Philosophie des Lumières, le premier code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le code napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les 'mœurs contre nature'. Le libéralisme politique et la laïcisation de l'Ordre public prônaient l'abstention de l'État dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants. Le libéralisme français tant célébré nécessite néanmoins d'être nuancé. En effet, comme le démontre Jean Danet³, le silence des codes pénaux est accompagné pendant cette période d'une jurisprudence particulièrement répressive à l'égard des homosexuels et d'un appareil médico-psychiatrique extrêmement violent.

Un siècle et demi plus tard, le 6 août 1942, quelques mois après la promulgation de la loi sur le statut des Juifs, la France réintroduit dans la loi criminelle une disposition pénalisant l'homosexualité. En effet, le maréchal Philippe Pétain modifiera le code pénal en insérant le délit d'actes impudiques et contre nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'auteur⁴, alors que pour les actes hétérosexuels la majorité était établie à 13 ans. A la libération en 1945, le Général De Gaulle, maintiendra cette incrimination en la remplaçant dans le chapitre des 'attentats aux mœurs' (art. 331 al. 2 code pénal). De plus, en 1946 un article de loi, qui fera partie ultérieurement du statut général des fonctionnaires, stipulait : 'nul ne peut-être nommé à un emploi public s'il n'est de bonne moralité' justifiant ainsi des discriminations. Un article du code du travail établissait : 'le maître doit se conduire envers l'apprenti en bon père de famille, surveiller sa conduite et ses mœurs, soit dans la maison soit au dehors, et avertir ses parents [...] des penchants vicieux qu'il pourrait manifester', permettant donc de légitimer les licenciements pour mauvaise moralité. Le 1er février 1949, le Préfet de Police de Paris prend une ordonnance : 'dans tous les bals [...] il est interdit aux hommes de danser entre eux'.

Plus tard, dans le cadre de la lutte contre certains fléaux sociaux, une loi du 30 juin 1960 place l'homosexualité au même niveau que le proxénétisme ou l'alcoolisme notamment. Une ordonnance du 25 novembre de la même année complète le dispositif répressif en ajoutant à l'article 331 une circonstance aggravante d'outrage publique à la pudeur lorsque l'acte est accompli par des individus de même sexe. En 1968, la France adopte la classification de l'Organisation Mondiale de la Santé (datant de 1965) concernant les maladies mentales dans laquelle figure l'homosexualité au même titre que le fétichisme, l'exhibitionnisme, la nécrophilie...

Une loi du 23 décembre 1980, modifiant les dispositifs pénaux relatifs au viol, maintient l'incrimination fondée sur la différence d'âge selon que les rapports

³ Danet, 1977.

⁴ Art. 334 de l'ancien code pénal : 'Sera puni d'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 2000F à 6000F: 1° Quiconque aura soit pour satisfaire les passions d'autrui, excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au dessous de 21 ans, soit pour satisfaire ses propres passions, commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de 21 ans.' (Loi n° 742, Journal Officiel 27 août 1942, p. 2923).

soient entre personnes du même sexe ou de sexe opposé. Le Conseil constitutionnel considéra que la loi était conforme à la constitution (décision 80-125 du 19 décembre 1980)⁵.

Suite aux mobilisations du mouvement homosexuel, le 11 juin 1981 le ministère de l'intérieur adresse une circulaire à la hiérarchie policière interdisant 'le fichage des homosexuels, les discriminations et à plus forte raison, les suspicions anti-homosexuelles'. Le lendemain, le ministère de la santé n'accepte plus de prendre en compte l'homosexualité dans la liste des maladies mentales de l'Organisation Mondiale de la Santé. Le 22 juin 1982 voit le jour la loi Quilliot (relative au logement) qui supprime l'obligation pour les homosexuels de disposer de leurs appartements 'en bon pères de famille'. Le 4 août 1982 la majorité socialiste de l'époque avec les autres partis de gauche vota la loi n° 82-683 mettant ainsi fin à la différence d'âge entre les rapports hétérosexuels (15 ans) et homosexuels (18 ans). Enfin, le 13 juillet 1983, une nouvelle loi abroge l'article 40 du Code de la Fonction publique qui stipulait qu'un fonctionnaire 'doit être de bonne moralité'. Depuis ces premières mesures, plusieurs dispositifs juridiques sont venus protéger les gays et les lesbiennes des discriminations à leur égard aussi bien au niveau civil que pénal⁶.

7.1.1 *Protection constitutionnelle contre les discriminations*

Aucune disposition française de nature constitutionnelle ne prévoit explicitement la prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Les termes généraux et le caractère non exhaustif de la liste des situations discriminatoires prohibées⁷ établie par l'article 1^{er} de la Constitution ainsi que les rapports officiels qui considèrent que 'le constituant n'a pas entendu énumérer de manière exhaustive les discriminations....'⁸, n'ont jamais conduit les juges à appliquer ces dispositifs en faveur de l'orientation sexuelle (sans pour autant le rejeter explicitement).

Il existe une protection à caractère générale dans le bloc de constitutionnalité⁹. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* établit dans son article premier que 'Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune' et dans son article 10, elle stipule que 'Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi'. Le *Préambule de la Constitution de 1946* signale : 'La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme'. 'Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances'. De même la *Constitution de la V République dans son* article premier proclame : 'La France est une République indivisible,

⁵ 80-125, RJC I-88.

⁶ Borrillo, 1995.

⁷ En ce sens, Mélin-Soucramanian (1997, 92) considère que si 'on admet que la liste des discriminations n'est pas close, alors on est forcé de reconnaître également que le juge constitutionnel, comme n'importe quel autre juge, peut en vertu de son pouvoir normal d'interprétation ajouter de nouveaux cas à l'énumération constitutionnelle'.

⁸ 'Le principe d'égalité dans la jurisprudence des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français'. *Rapport de la délégation française*, Paris 10 avril 1997, RFDA, 1997, p. 228.

⁹ Ensemble de normes positives constitutionnelles : La Déclaration de 1789 ; le Préambule de la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958.

laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances'.

7.1.2 *Principes généraux et concepts d'égalité*

Le principe d'égalité de nature constitutionnelle, évoqué dans le point précédent, est complété par un principe anti-discriminatoire consacré par l'article 225-1 du code pénal¹⁰. Il faut signaler que ce principe général ne permet pas de sanctionner tout acte discriminatoire mais uniquement les situations énumérées par l'article 225-2 du même code¹¹.

7.1.3 *Répartition des compétences législatives concernant les discriminations dans l'emploi*

Selon l'article 34 de la Constitution française, les dispositions relatives au droit du travail sont principalement de la compétence du Législateur ; le gouvernement a un pouvoir réglementaire, c'est-à-dire qu'il complète et rend plus concret par le biais des décrets ce qui est établi par la loi d'une manière plus large et plus abstraite.

La France fonctionne sur la base d'un État unitaire, l'article 1^{er} de la Constitution établit que 'la France est une république indivisible' : la communauté étatique est envisagée globalement sans tenir compte de la diversité des réalités locales.

7.1.4 *Structure générale du droit du travail*

L'ensemble des normes universelles et contraignantes (lois, règlements, décrets) relatives au droit du travail se trouve codifié dans le Code du travail¹². En principe, seulement les relations privées de nature salariale sont régulées par le droit du travail. Les conventions collectives complètent et améliorent les dispositifs du code du travail, elles adaptent les dispositions générales du code aux situations particulières d'un secteur d'activité.

¹⁰ Art. 225-1 du code pénal : 'Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales'.

¹¹ Art. 225-2 du code pénal: 'La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale'.

¹² www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CTRAVAID.rcv .

Les emplois publics ainsi que les professions libérales ne sont pas réglés par le code du travail, les premiers relèvent de la compétence du droit de la fonction publique, les secondes sont régies par le droit commun.

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

Au niveau pénal sont sanctionnées, depuis 1985, les discriminations consistant à :

- refuser d'embaucher ;
- sanctionner ou licencier une personne ;
- subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1¹³.

Aussi, dès lors que celui qui discrimine est une autorité publique, sont sanctionnées les discriminations consistant à :

- refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi et/ou à ;
- entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque¹⁴.

Au-delà de la protection pénale prévue pour les cas de discrimination dans le travail et dans l'emploi (embauche, sanction, licenciement et subordination d'une offre), il existe de nombreuses dispositions spécifiques au droit du travail (règlement intérieur, rémunération, qualification, mutation, carrière...)¹⁵.

Pour les emplois publics, la norme applicable est l'article 6 de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations¹⁶). Enfin, le dispositif est complété par l'article 432-7 du code pénal¹⁷.

¹³ Art. 225-2 par. 3 et 5 du code pénal.

¹⁴ Art. 432-7 du code pénal.

¹⁵ Art. L. 122-35 du Code du travail : 'Le règlement intérieur (...) ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle...'. De même, l'article L. 122-45 du Code du travail dispose : 'Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle (...). Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés'.

¹⁶ Art. 6 de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001): 'Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race'.

¹⁷ Art. 432-7 code pénal : 'La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. 225-2 par. 3 et 5'.

Les dispositifs protecteurs de lutte contre les discriminations s'appliquent non seulement aux salariés et à l'emploi temporaire mais aussi aux postes de stagiaires ordinaires.

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

Une seule décision a été rendue au plus haut niveau de la juridiction nationale¹⁸. En effet, dans un arrêt du 17 avril 1991 – '*P... c. Association Fraternité Saint-Pie X*' - la chambre Sociale de la Cour de Cassation a décidé que le licenciement d'un sacristain d'une congrégation religieuse en raison de son homosexualité pourrait constituer une rupture abusive du contrat de travail, et partant une discrimination, si l'employeur n'apporte pas la preuve du fait que 'compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise (...) le comportement du salarié' cause au sein de celle-ci 'un trouble caractérisé'. D'après la Cour de Cassation, il n'est pas légitime d'invoquer l'homosexualité du salarié comme étant contraire à la tradition catholique (comme l'avait souligné la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt cassé). Toutefois, si les 'mœurs' du salarié produisent un trouble dans l'entreprise, un tel licenciement ne serait pas abusif. La Cour d'appel chargée de réexaminer l'arrêt cassé par la cassation a bien intégré l'objection en décidant dans le cas en question que 'le licenciement de ce salarié fondé sur son homosexualité et sa séropositivité procède d'un motif tiré uniquement de sa vie privée et ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail dès lors que les agissements du salarié en dehors de l'entreprise, qui relèvent de l'exercice de ses libertés, ne sauraient justifier un licenciement indépendamment du trouble caractérisé qu'un tel comportement est susceptible de provoquer au sein de la collectivité qu'elle forme, l'adhésion sans réserve du salarié à la foi catholique ne faisant d'autre part l'objet d'aucune discussion'¹⁹.

Dans d'autres circonstances, la jurisprudence a considéré justifié le licenciement d'un homosexuel. Ainsi, dans une décision du 28 janvier 1993 la Cour d'appel de Montpellier s'est prononcée en ce sens dans une affaire où l'employeur reprochait au salarié 'd'avoir travaillé pour le compte d'une entreprise concurrente et de s'être livré à des actes provocants contraires aux bonnes mœurs, à savoir des actes d'homosexualité sur la personne d'un handicapé également employé de la société'.

Par ailleurs, la plupart des décisions des tribunaux et des cours d'appel se réfèrent à des avantages professionnels liés à la vie de couple. Avant le vote de la loi sur le Pacs, les décisions étaient majoritairement défavorables à l'élargissement de tels avantages aux partenaires de même sexe²⁰.

Dans une décision du 20 janvier 2003, le Conseil de prud'hommes de Martigues a condamné une entreprise à payer une somme de 130.000 Euro à

¹⁸ Il existe plusieurs décisions de la jurisprudence en matière d'homosexualité mais elles concernent d'avantage la famille (divorce pour faute, garde des enfants, régime de visites, aliments...), le respect de la vie privée, et le droit à l'image et non pas le travail ou l'emploi.

¹⁹ Cour d'appel de Paris, 4 novembre 1992, Dalloz, *Informations rapides du recueil Dalloz*, p. 125.

²⁰ Refus de la qualité de concubins aux couples de même sexe : Cour de Cassation, ch. Sociale, 11 juillet 1989 et Cour de Cassation, ch. civile 17 décembre 1997.

titre de dommages intérêts du fait de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et du harcèlement moral envers un employé homosexuel²¹.

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

Toutes les normes à caractère général font référence à l'orientation sexuelle. Cette référence est absente dans les dispositions spécifiques comme par exemple l'ensemble d'articles du chapitre III (titre II) du code de travail relatif à 'l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes' ou les dispositions relatives aux travailleurs handicapés (quotas, aménagements horaires...)

Les dispositifs juridiques relatifs aux discriminations fondées sur le sexe (genre) ne s'appliquent pas aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (et/ou sur les mœurs). Ainsi, dans une décision du 19 décembre 1980 le Conseil Constitutionnel refuse l'analogie entre sexe et sexualité²².

Enfin concernant les négociations collectives, la loi exige aux partenaires sociaux de traiter de 'l'égalité entre salariés, quelle que soit leur appartenance à une ethnie, une nation ou une race'²³. Cette exigence ne s'étend pas à l'orientation sexuelle.

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

Au-delà du travail et de l'emploi, le droit français protège contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans les domaines suivants :

- refus de fourniture d'un bien ou d'un service (art. 225-2 du code pénal) ;
- entrave dans l'exercice normal d'une activité économique quelconque (art. 225-2 du code pénal) ;
- subordination de la fourniture d'un bien ou d'un service (art. 225-2 du code pénal) ;
- refus d'acceptation d'une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale' (par exemple étudiants effectuant un stage) (art. 225-2 du code pénal) ;
- refus de location d'un logement d'habitation²⁴.

7.2 **L'interdiction de discrimination exigée par la Directive**

Bien que depuis 1985 il existe en France une protection contre les discriminations envers les homosexuels, l'apport de la Directive semble capital sur plusieurs plans. Tout d'abord l'addition de la notion d'orientation sexuelle à

²¹ Conseil de Prud'hommes de Martigues, audience du 20 janvier 2003, 'Philippe Boutin c. TNT Jet Sud Est', inédit.

²² 80-125, RJC I-88.

²³ Loi du 6 novembre 2001 (chapitre consacrée à la Commission nationale de la négociation collective).

²⁴ Art.158 de la loi 2002-73 du 17 janvier 2002 qui modifie et complète le 2ème alinéa de l'article 1er de la loi 89-462 du 6 juillet 1989 'tendant à améliorer les rapports locatifs'.

côté de celle plus ambiguë de 'mœurs', toutefois cette dernière complète les dispositifs en ce sens qu'elle permettra aux juges de sanctionner d'autres discriminations telles que celles fondées sur les pratiques sexuelles : sadomasochisme, échangisme, libertinage...

Cependant sur le plan pénal la Directive a eu peu d'incidence, outre la question terminologique elle a permis simplement d'introduire une sanction aux discriminations effectuées pendant les stages et/ou les formations professionnelles.

C'est surtout au niveau du droit du travail que la Directive a le plus influencé le droit français. En effet, grâce à la Directive, la loi nationale introduit la notion de discrimination indirecte (sans pour autant la définir) et aménage la charge de la preuve. Aussi, le harcèlement moral est désormais sanctionné en France ainsi que la possibilité pour les associations de se substituer aux victimes dans l'exercice de l'action en justice.

7.2.1 *Instrument juridique utilisé pour transposer la directive dans l'État membre*

La Directive complète le dispositif juridique français. Les principales mesures exigées par la Directive ont été adoptées dans la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations mais aussi par la loi 2002-73 du 17 janvier 2002 introduisant l'interdiction du harcèlement moral. Ces deux lois sont intégrées, notamment, dans les codes pénal (art. 225-1, 225-2 et 432-7) et du travail (art. L122-35, L122-45, L122-46, L122-49, L122-52 et L122-54), ainsi que dans les articles 6 et 6 quinquies de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

7.2.2 *Notion d'orientation sexuelle (art. 1 Directive)*

Depuis 1985 existait en France une protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle d'abord sur le plan pénal (Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985) puis sur le plan du travail (par la loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 et par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992) mais la dénomination choisie par le Législateur fut celle de 'mœurs'. Avant donc la promulgation de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, le droit français ignorait le terme 'orientation sexuelle'. L'adoption de cette loi n'a pourtant pas fait disparaître le vocable 'mœurs' qui coexiste à côté du nouveau terme. La notion de mœurs fut interprétée par la jurisprudence comme un synonyme d'homosexualité. Le terme 'orientation sexuelle' n'est pas défini par la loi et la jurisprudence n'a pas non plus délimité les contours de cette notion.

La 'discrimination fondée sur le sexe' existait comme catégorie bien avant l'introduction du terme 'mœurs', cependant, la jurisprudence ne s'est jamais servie de cette catégorie pour protéger les homosexuels des comportements discriminatoires à leur égard.

De mon point de vue, la notion d'orientation sexuelle ne protège pas contre les discriminations envers les transsexuels et les travestis. Les premiers trouveraient une protection au sein de la catégorie 'sexe', les deuxièmes au sein de celle de 'mœurs' ou plus particulièrement d'apparence physique'.

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

Les discriminations directes fondées sur les mœurs sont en droit du travail prévues depuis 1986 pour ce qui concerne le règlement intérieur des entreprises et depuis 1992 pour les procédures de recrutement, carrière et licenciement. Les discriminations directes sont les plus sévèrement sanctionnées, celles-ci vont du civil au pénal en passant par les sanctions administratives.

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

La notion de discrimination indirecte a été introduite par la loi du 16 novembre 2001 dans le code du travail sans pour autant être définie. Reste à savoir si la jurisprudence va se référer à la définition donnée par la Directive, ce qui semble logique. Enfin, il faut signaler que la discrimination indirecte ne s'applique pas en droit pénal lequel exige toujours une intention subjective²⁵.

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

La loi pénale punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle²⁶. Le harcèlement n'est pas considéré en droit français comme une discrimination mais comme une atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne.

Le harcèlement sexuel est puni en droit du travail depuis 1992²⁷. La Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 complète le dispositif en introduisant la notion de harcèlement moral²⁸. Dans l'état actuel du droit français, le harcèlement moral, comme le harcèlement sexuel, est sanctionné aussi bien pénalement²⁹ que par le code du travail³⁰ mais également par les normes relatives aux fonctionnaires (art. 6, loi n°83-634 du 13 juillet 1983 modifié par les lois récentes). La loi s'applique aussi bien au secteur public qu'au privé, entre supérieurs

²⁵ Art. 121-3 du code pénal : 'Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre'.

²⁶ Art. 222-33 du code pénal.

²⁷ Art. L122-46 du code du travail : 'Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit'.

²⁸ Art. L122-49 : 'Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit'.

²⁹ Art. 222-33-2 du code pénal : 'Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende'.

³⁰ Art. L122-49 du code du travail.

hiérarchiques qu'entre collègues. La loi exige désormais du salarié qui se prétend victime de harcèlement sexuel ou moral l'établissement 'des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement'³¹, au niveau civil, une fois que la victime apporte des indices, s'est donc à l'employeur de prouver qu'il n'a pas harcelé.

La loi a également complété les textes relatifs au 'médiateur du harcèlement', l'article L122-54 du Code du travail. Une nouvelle loi du 3 janvier 2003 vient de modifier le dispositif lequel dans sa version actuelle dispose : 'une procédure de médiation peut être engagée par toute personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties'

Enfin la qualification 'agissements répétés' établie par la loi, implique qu'un acte isolé ne peut pas être considéré comme du harcèlement³². Cette situation ainsi que le fait qu'il ne soit pas considéré comme une forme de discrimination, la figure du harcèlement en droit français se trouve en dessous des exigences communautaires dans la matière.

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

De mon point de vue, en droit français la figure de l'injonction à discriminer doit être considérée comme une forme de discrimination. Il n'y a pas une prohibition explicite de l'injonction à discriminer.

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

Les situations protégées sont définies par l'article 225-2 du code pénal et par des autres articles (voir 7.1.5) :

- règlement intérieur ;
- recrutement ;
- accès à un stage ;
- formation ;
- régime de sanctions ;
- licenciement ;
- rémunération ;
- reclassement ;
- affectation, qualification, classification, promotion, mutation, renouvellement du contrat (art. L122-45 du code du travail) ;
- fonction publique et emplois assimilés (art. 6 quinquès de la loi portant droits et obligations des fonctionnaires) ;
- entrave d'une activité économique par une autorité publique (art. 432-7 du code pénal) ;

³¹ Art. L122-52.

³² Art. L122-49.

- refus par une autorité publique d'un bénéfice accordé par la loi (art. 432-7 du code pénal) ;
- harcèlement sexuel et/ou moral aussi bien dans l'emploi privé que public (voir 7.2.6).

La loi française ne protège pas contre les discrimination dans les emplois non-salariés (sauf pour les stages gratuits dans l'entreprise).

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

Personnes physiques et morales aussi bien de nature publique que privée³³. La désignation d'une personne morale permet de dépasser la responsabilité de l'individu isolé et de mettre en cause une structure organisationnelle, économique ou sociale comme auteur de discrimination (art. 121-2 du code pénal).

Concernant les dépositaires de l'autorité publique ou chargés d'une mission de service public, l'article 432-7 du code pénal sanctionne le refus d'un bénéfice d'un droit accordé par la loi et l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique.

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

La loi ne donne aucune définition ni de l'orientation sexuelle ni des mœurs. Concernant ce dernier terme, c'est par la voie d'un amendement qu'un député socialiste avait proposé de l'ajouter dans la liste des motifs prohibés par la loi pénale. Selon l'auteur de l'amendement sa proposition visait à l'époque 'bien entendu les homosexuels, mais pas seulement eux. Elle concerne aussi tous ceux qui, par leur comportement, leur manière de vivre, leurs vêtements, leur coupe de cheveux que sais-je encore, pourraient se voir refuser telle ou telle prestation ou service'³⁴. Afin d'éviter une essentialisation de la catégorie orientation sexuelle, le Législateur aurait dû suivre la solution choisie dans la rédaction des lois relatives aux discriminations fondées sur la race dans lesquelles après la désignation d'appartenance à une ethnie ou une race, on indique la spécification : race 'vraie ou supposée', de telle sorte que la discrimination ne se constitue pas en fonction d'une réalité matérielle d'appartenance à la catégorie mais simplement en fonction de la représentation mentale de celui qui discrimine³⁵.

³³ Les collègues qui harcèlent sont punis par le code pénal exclusivement. Pour appliquer le code du travail il faut qu'il s'agisse d'un salarié harcelé par un supérieur.

³⁴ Jean-Pierre Michel, Journal Officiel de l'Assemblée Nationale, 24 mai 1985, p.1103.

³⁵ C'est uniquement dans l'article 132-77 du code pénal relatif à la circonstance aggravante dans les cas des crimes à caractère homophobes que le Législateur a choisi la formule 'orientation sexuelle vraie ou supposée' (introduit dans le code pénal par l'article 47 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003.

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

Puisque la loi ne définit pas le terme orientation sexuelle et que la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur cette question terminologique, nous ne pouvons qu'émettre une hypothèse qui consiste à imaginer que les juges appliqueront d'une manière universaliste la catégorie 'orientation sexuelle' englobant donc l'homosexualité, l'hétérosexualité et la bisexualité.

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

Le salarié est libre de déclarer ou d'occulter son orientation sexuelle. Il est de toute façon protégé contre toutes les formes de discrimination.

7.3.3 *Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexe différent*

La Cour de cassation avait défini à deux reprises la notion de concubinage comme l'union de fait entre un homme et une femme. En 1989, la Cour de cassation avait jugé que les caisses d'assurance maladie pouvait refuser d'accorder la qualité d'ayant droit au concubin de même sexe d'un assuré social³⁶. Entérinant cette interprétation, une solution identique avait été adoptée à propos du refus d'Air France d'accorder au concubin de même sexe d'un salarié le bénéfice des avantages attribués au personnel "en union libre"³⁷. En 1997, la même cour a validé le refus de transfert du bail pour le compagnon homosexuel survivant d'un homme mort de sida. Il a fallu donc l'entrée en vigueur de la loi relative au Pacs de 1999 pour mettre fin à cette jurisprudence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999, (et sauf pour l'accès aux techniques de procréation assistée et à l'adoption), il n'existe dans la loi aucune discrimination entre concubins de même sexe et concubins de sexe opposé³⁸. Les couples non mariés vivant en concubinage (homos ou hétéros) se trouvent dans une situation juridique moins favorable que les couples mariés. La discrimination existe pour les unions homosexuelles du fait qu'elles ne peuvent pas accéder au mariage. Cette situation pourrait constituer une discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi mais aucun juge ne s'est pas encore prononcé.

Indépendamment de la question de l'accès au mariage pour les couples de même sexe, une discrimination indirecte existe entre les couples dès lors qu'il s'agit de bénéficier d'une réduction du délai de deux ans de vie commune pour prétendre à une rente viagère suite au décès du salarié dans les cas où le couple aurait eu un ou plusieurs enfants. En effet, puisqu'il n'existe aucun droit de filiation pour les couples homosexuels, ils ne pourront en aucun cas bénéficier d'une telle réduction.

³⁶ Jugement de 11 juillet 1980, *Bulletin Civil des arrêts de la Cour de Cassation*, 1989, V, No. 515, 312.

³⁷ Jugement de 11 juillet 1980, *Bulletin Civil des arrêts de la Cour de Cassation*, 1989, V, No. 514, 311.

³⁸ Art. 515-8 du code civil : 'Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple'.

L'ensemble de ces situations constitue de mon point de vue une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, contraire donc à l'article 16 de la Directive.

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

Il n'existe aucune disposition spécifique. S'applique donc le principe de liberté d'association et personne ne peut être molesté sur la base d'une telle association (sauf ce qui est établi dans le point 7.4.4).

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

Dans l'absence d'une disposition spécifique, c'est le principe de liberté d'expression qui s'applique. Je ne connais aucun cas de discrimination d'une association homosexuel dans le champ du travail.

Concernant les groupes (s'ils ont la personnalité morale) et les associations, ils sont protégés contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle tel que le dispositif pénal le prévoit³⁹.

Dans un tout autre domaine, l'APGL (association des parents et futurs parents gays et lesbiens) a été évincée du *Conseil supérieur de l'information sexuelle* (CSIS), organisme de consultation dans le domaine de l'éducation sexuelle, de la contraception et de l'avortement⁴⁰.

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

L'article 9 du code civil établit que 'chacun a droit au respect de sa vie privée'. De plus, l'article L.121-6 du code du travail : 'Les informations demandées sous quelque forme que ce soit au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles... Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles'. Le cadre de la recherche est donc déterminé par ce texte. Les informations demandées doivent avoir un lien direct avec l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles. Par conséquent, le salarié n'est pas obligé de délivrer des informations relatives à sa sexualité.

³⁹ Voir la deuxième partie de l'art. 225-1 du Code Pénal, citée en § 7.1.2 ci-dessus.

⁴⁰ Arrêté ministériel du 29 juillet 2002 (Journal Officiel 6 août 2002). L'expulsion de l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens et de la CADAC (coordination des associations pour le droit à l'avortement et à la contraception) s'est faite au profit de deux associations catholiques et familialistes (Confédération nationale des associations familiales catholiques et Familles de France).

7.3.7 *Discrimination sur la base d'une condamnation pénale antérieure relative au 'délit d'homosexualité' sans équivalent hétérosexuel*

Les homosexuels condamnés avant le 10 mai 1981, au titre de l'ancien article 331-2, se sont vus reconnaître le bénéfice de l'amnistie présidentielle par une décision du mois d'août 1981.

7.3.8 *Harcèlement*

Traditionnellement la notion de harcèlement sexuel se référait aux avances des hommes envers les femmes. Cependant, en 1993 la Cour d'appel de Paris a sanctionné pour la première fois un comportement de harcèlement sexuel homosexuel⁴¹.

Le harcèlement n'étant pas considéré comme une forme de discrimination mais comme une atteinte à l'intégrité, peu importe que les avances sexuelles soient de nature homosexuelle ou hétérosexuelle.

Il est interdit de faire une révélation relative à l'homosexualité (*outing*). Une telle révélation constitue une atteinte à l'intimité. L'article 9 du code civil dispose que 'chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser l'atteinte à l'intimité de la vie privée...'. Dans une décision du 10 mars 2003, le Tribunal de Grande Instance de Paris a donné gain de cause au député Jean-Luc Romero dans l'affaire qui l'opposait un magazine gay, qui il y a deux ans avait révélé son homosexualité dans un article consacré à la campagne pour les élections municipales à Paris. Le Tribunal rappelle que 'L'orientation sexuelle relève de la sphère de la vie privée'.

Les manifestations négatives envers les homosexuels tomberaient aujourd'hui sous le coup de la loi pénale comme une forme de harcèlement moral. Dans un passé récent elles étaient néanmoins tolérées. Ainsi, dans un pourvoi formé devant la cassation face à un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait considéré que le licenciement pour faute grave d'une salariée qui tenait de propos homophobes à l'égard de l'un de ses subordonnés était abusif car la faute grave n'était pas constituée⁴², la Chambre sociale de la Cour de cassation (dans une décision du 8 octobre 1992) confirme cet arrêt en considérant que les blagues répétées relatives à l'homosexualité constituent de 'plaisanteries faciles', 'familiarité' dans le milieu professionnel propre à la 'tradition et la coutume'.

7.4 **Exceptions à l'interdiction de discriminer**

A la différence de situations prohibées liées à l'âge, la santé, les caractéristiques génétiques⁴³, le sexe ou l'état de famille, la loi française

⁴¹ Cour d'Appel Paris, 18e Ch., section C, 8 octobre 1992, *Sté Euro Disney c. Vallinas*, Juris Data n° 023467.

⁴² 21 ch. sect. 16 du 16 mai 1991.

⁴³ La dernière exception vient d'être inscrite dans le code pénal : 'Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests

n'établit pas d'exception à la prohibition de discriminer en raison de l'orientation sexuelle.

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

Aucune exception dans la loi.

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

Aucune exception dans la loi.

7.4.3 *Sécurité sociale et bénéfices similaires (art. 3(3) Directive)*

Tous les individus homosexuels ou hétérosexuels bénéficient des mêmes droits sociaux. À mon avis il existe néanmoins une forme de discrimination indirecte du fait que les gays et les lesbiennes ne peuvent accéder au mariage. En effet, les individus liés par un Pacs ne peuvent pas bénéficier de l'allocation veuvage ni de la pension de réversion, ni des droits dévolus aux conjoints dans les conventions collectives, ni des droits parentaux suite au décès du conjoint titulaire de l'autorité parentale...⁴⁴.

7.4.4 *Exigences professionnelles (art. 4(1) Directive)*

L'exception d'entreprises de tendance ne suffit pas à elle seule pour justifier une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il faut en plus prouver la cause objective en tant que trouble caractérisé au sein de l'entreprise. En effet, dans l'arrêt du 17 avril 1991 cité *ut supra*, rendu à propos du licenciement d'un salarié en raison de son homosexualité, la cour de cassation a certes considéré qu'il est interdit à un employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses⁴⁵ mais elle a tout de suite précisé qu'il pourrait ne pas avoir discrimination dès lors qu'il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière⁴⁵.

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

L'employeur ne peut pas invoquer l'homosexualité du salarié dans une organisation religieuse. La Cour de Cassation dans l'arrêt dit du sacristain casse la décision de la cour d'appel justement puisqu'elle invoquait l'incompatibilité entre la morale catholique et l'homosexualité de l'employé. Néanmoins, un licenciement pourrait être justifié si la perturbation de la relation

génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie'.

⁴⁴ Voir Borrillo et Fassin, 2003. Récemment la majorité de droite au Parlement s'est opposée à l'amendement du groupe communiste élargissant au Pacs et au concubinage les bénéfices de la pension de réversion et de l'allocation veuvage.

⁴⁵ Cour de Cassation, chambre sociale, 17 avril 1991, *Droit Social* 1991, 485.

du travail est prouvée. Autrement dit, l'exception d'entreprise de tendance doit toujours être accompagné de la preuve du trouble caractérisé.

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

Aucune mesure d'*affirmative action* n'est prévue pour l'orientation sexuelle. La discrimination positive à la française, telle qu'elle est conçue par le Conseil d'État, repose sur des critères de distinctions neutres ou générales comme le sexe, la race, le handicap, la situation économique ou sociale, le territoire...

L'employeur ne peut pas établir une discrimination positive envers un candidat homosexuel, une telle situation serait considérée comme une discrimination tout court.

7.5 Voies de recours et application du droit

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

Il existe en droit français des moyens d'action juridictionnels et non-juridictionnels. Ces derniers sont exercés par *l'employeur* lui-même dès lors qu'il est sollicité par la victime ou simplement dès qu'il soupçonne une discrimination, dans ce cas il doit s'assurer que celle-ci cesse. Par *le délégué du personnel, le responsable de ressources humaines ou le comité d'entreprise*⁴⁶ Par *les syndicats et/ou les associations* de lutte contre les discriminations, les premiers disposent de pouvoirs étendus d'action en justice au nom de l'intérêt collectif de la profession⁴⁷, les associations peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile⁴⁸. Ces moyens non-juridictionnels doivent aussi être exercés par *l'inspecteur du travail*⁴⁹, celui-ci a également les pouvoirs de police judiciaire. Il peut ainsi constater par procès-verbal la commission d'infractions et avertir le Procureur de la République.

La voie juridictionnelle s'effectue devant le Conseil de Prud'hommes.

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

Le *Conseil de Prud'hommes* est le tribunal chargé de faire appliquer la loi et de régler les conflits nés du contrat de travail. Institution unique en Europe, il s'agit d'une juridiction de juges élus (parmi de candidats qui ne sont pas de magistrats) exerçant leur compétence en droit du travail. S'il s'agit d'un cas de discrimination prévu par le code pénal, la victime peut également saisir le

⁴⁶ Art. L 422-1 du code du travail : 'Les délégués du personnel ont pour mission : de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres lois et règlements concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité, ainsi que des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ; de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des prescriptions législatives et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle...'

⁴⁷ Art. L 141-11 du code du travail.

⁴⁸ Art. 2-6 du code de la procédure pénale.

⁴⁹ Art. L 611-1 et suivants : 'les inspecteurs du travail peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence ou l'absence d'une méconnaissance des articles L122-45 du code du travail et de l'article 225-2 du code pénal'.

tribunal correctionnel. La contestation d'une mesure individuelle affectant la vie professionnelle dans le secteur public relève de la compétence du juge administratif.

Enfin, alors qu'il existe des organismes spécialisés dans la promotion de l'égalité et dans la lutte contre les discriminations raciales (Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations⁵⁰ ; Commission départementale d'accès à la citoyenneté⁵¹ ; le Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations (FASILD)⁵² ou encore le Haut conseil de l'intégration), dans la lutte contre les discriminations sexistes et pour l'intégration des handicapés existent également des programmes spécifiques. En revanche, aucune agence ou programme ne prennent en compte officiellement les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Le 16 février 2004, le médiateur de la République a rendu un rapport au Premier ministre proposant la création d'une Haute autorité de lutte contre les discriminations. Celle-ci serait compétente pour toutes les discriminations. Elle exercerait en premier lieu une mission de traitement des réclamations individuelles et de soutien aux victimes qui pourraient la saisir directement. La haute autorité ne se substituerait pas à la justice, elle bénéficierait toutefois de moyens d'investigation, tant à l'égard de l'administration que des personnes privées. Elle aurait la faculté de saisir la justice. Elle pourrait adresser des avertissements. Elle exercerait une fonction de médiation et de consultation. Enfin, l'autorité favoriserait l'élaboration de codes de promotion de l'égalité destinés à établir les bonnes pratiques, et encouragerait les administrations et les entreprises à s'engager volontairement dans ce processus.

Le projet de loi présenté par le gouvernement le 15 juillet 2004 et qui devrait être discuté cet automne⁵³, présent un certain nombre d'insuffisances. Favorable à la mise en place d'une autorité indépendante pour l'égalité et contre toutes les discriminations, la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme formule cependant des recommandations afin que le projet de loi fixe clairement l'indépendance et les moyens de cette institution, ainsi que la place centrale des victimes⁵⁴. Les principales associations de lutte contre les discriminations se sont accordées pour souligner les carences du projet de loi⁵⁵. Elles proposent d'élargir le champ des critères prohibés de distinction en ajoutant l'identité de genre. Elles demandent une meilleure articulation de la Haute Autorité avec la société civile, suggérant la participation directe des membres des associations dans la composition de celle-ci. D'après les associations, l'article 4 devrait être modifié afin que les autorités publiques soient également visées par les demandes d'explications quant leur action est en cause devant l'Autorité. Des antennes régionales devraient également être

⁵⁰ www.le114.com.

⁵¹ www.tarn.pref.gouv.fr/pages/dispositifs_d_aide/default.htm, www.prefecture-police-paris.interieur.gouv.fr/documentation/codac.htm.

⁵² www.social.gouv.fr/hm/pointsur/accueil/fasild.htm.

⁵³ Project de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, (15 juillet 2004) 1732/2004 (www.assemblee-nat.fr/12/projets/pl1732.asp).

⁵⁴ 'Projet d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations', le 3 novembre 2003, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme ('www.commission-droits-homme.fr/binInfoGeneFr/affichageDepeche.cfm?ildDepeche=105).

⁵⁵ 'Collectif pour une autorité indépendante universelle de lutte contre les discriminations', Impression AIDES, www.aides.org/sites/aides/?arbo_parent=1057&cmd=dossier&id=1057&type=F&niveau=1&type_menu=1.

prises en place et enfin, l'aménagement de la charge de la preuve devrait s'étendre aussi aux juridictions administratives (contrairement à ce qui est établi dans l'article 17 in fine du projet de loi).

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

Procédure civile devant le Conseil de Prud'hommes : peuvent déclencher l'action les salariés du secteur privé ou des agents non titulaires employés dans un service public industriel et commercial. Les syndicats peuvent se porter partie civile exclusivement dans le cadre posé par l'article L 411-11 du code du travail. Les associations peuvent également se porter partie.

Procédure pénale : devant le tribunal correctionnel du lieu où l'acte discriminatoire s'est produit. Seules les discriminations directes sont du ressort de la justice pénale. Le parquet agit en fonctions des informations données par la police judiciaire (art. 15-3 du code de la procédure pénale) qui reçoit les plaintes des victimes ou par n'importe quel agent public (par exemples les conseillers de l'Agence National pour l'Emploi). Les associations peuvent saisir directement le parquet. Au pénal, c'est le Procureur qui a le pouvoir de décider sur l'opportunité des poursuites.

Procédure administrative : Tribunal administratif dans le ressort duquel siège l'auteur de la décision attaquée⁵⁶.

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

Le principe en droit français est celui de la nullité des actes discriminatoires. Dans le cas de licenciement, la réintégration du salarié est donc de plein droit⁵⁷.

De plus, au niveau civil, le Conseil de Prud'hommes peut allouer des dommages et intérêts et/ou prononcer l'annulation de la mesure litigieuse (art. L122-45 du code du travail).

Au niveau pénal, s'il s'agit d'une personne physique, le tribunal correctionnel peut prononcer une peine maximale de 2 ans d'emprisonnement et une amende de 30 000 euros ainsi que les peines complémentaires de l'article 225-19 du code pénal (l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, la fermeture, pour une durée de cinq ans au plus ou à titre définitif, de l'un, de plusieurs ou de l'ensemble des établissements de l'entreprise appartenant à la personne condamnée, l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, la confiscation du fonds de commerce...)⁵⁸.

S'il s'agit d'une personne physique dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, elle peut encourir une peine maximale de 3 ans

⁵⁶ Au niveau administratif il n'existe pas un droit de citation directe de la partie adverse. Le demandeur doit s'adresser d'abord à l'administration ; c'est seulement s'il se heurte à un refus total ou partiel qu'il pourra saisir le juge.

⁵⁷ L'employé peut cependant refuser la réintégration dans l'entreprise et demander la résolution judiciaire du contrat de travail.

⁵⁸ Voir aussi l'article 225-1, ainsi que l'article 132-77, cités ci-dessus. Voir encore la nouvelle rédaction des articles 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-18-1, 222-24, 222-30, 311-4 et 312-2, tels que modifiés par la loi 2004-204 du 9 mars qui complète la loi du 18 mars 2003 (loi 2003-239). Ces articles aggravent les crimes en raison de l'orientation sexuelle des victimes. Voir, enfin, la nouvelle rédaction de l'article 226-19 du code pénal, telle qu'introduite par la loi du 6 août 2004.

de prison et 45 000 euros d'amende ainsi que les autres peines établies par l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ; l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; la confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution. Dans le cas prévu par l'article 432-7, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35.

S'agissant d'une personne morale, elle peut être déclarée pénalement responsable des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. Cette responsabilité n'exclue pas celle des personnes physiques, les peines encourues sont de 150 000 euros d'amende, l'affichage de la décision prononcée, le placement pour une durée de cinq ans sous surveillance judiciaire, l'interdiction pour cinq ans d'exercer une activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, la fermeture de l'établissement, l'exclusion des marchés publics, la confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction.

Enfin au niveau administratif, le tribunal administratif compétent est en principe celui dans le ressort duquel siège l'auteur de la décision attaquée. Il peut être saisi par deux types de recours, soit le recours pour excès de pouvoir soit le recours de pleine juridiction. Le premier tend à l'annulation de l'acte administratif ou de la décision individuelle discriminatoire. Le recours de pleine juridiction, appelé aussi de plein contentieux, vise non seulement à obtenir l'annulation d'une décision mais permet également de demander une réparation.

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

Personnes physiques, personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, et personnes morales⁵⁹.

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

Il existe une conscience faible, pour ne pas dire inexistante, des opérateurs du droit par rapport aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle à commencer par les juges des instances suprêmes⁶⁰. En effet, dans un pourvoi formé devant la Cour de Cassation face à un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁶¹ (considérant que le licenciement pour faute grave d'une salariée qui tenait de

⁵⁹ Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, les personnes morales (à l'exclusion de l'État) peuvent être déclarées responsables pénalement des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants dans les cas où la loi le prévoit expressément. Cette responsabilité pénale n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des même faits (articles 121-2 et 225-4 du Code pénal).

⁶⁰ Par exemple, concernant les discriminations fondées sur le sexe, malgré l'existence de dispositif juridique sophistiqués il y a eu seulement deux décisions de la Cour de cassation au niveau civil. Voir : Serverin, 1994, 654 et suiv.

⁶¹ 21 ch. sect. 16 du 16 mai 1991.

propos homophobes à l'égard de l'un de ses subordonnés était abusif car la faute grave n'était pas constituée), la Chambre sociale (arrêt du 8 octobre 1992) confirme cette décision en considérant que les blagues répétées relatives à l'homosexualité constituent de 'plaisanteries faciles', 'familiarité' dans le milieu professionnel propre à la 'tradition et la coutume....'.

Alors que les associations reçoivent de nombreux témoignage faisant référence à des discriminations au travail un seul cas de jurisprudence favorable au salarié homosexuel victime de discrimination est répertorié en France (l'affaire de la Cassation cité 7.1.6). Ce décalage entre le droit et la réalité montre bien l'absence d'appropriation de l'outil juridique par la société civile.

La police judiciaire refuse parfois de recevoir les plaintes pour discrimination⁶².

Le nombre limité d'inspecteur du travail rend le travail de surveillance très peu efficace (il semble que sur les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, les inspecteurs ne soient pas très informés)⁶³.

Les officiers publics et les fonctionnaires doivent saisir le procureur de la République s'ils constatent une infraction dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, il faut noter une résistance institutionnelle à la juridisation des conflits.

Les syndicats semblent peu mobilisés au niveau judiciaire dès lors qu'il s'agit de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (alors que concernant les discriminations syndicales les plaintes sont importantes).

Les associations gays et lesbiennes semblent également peu mobilisées au niveau judiciaire.

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

L'article 2-6 du Code de procédure pénale permet aux associations d'exercer l'action en justice. Il faut néanmoins souligner que la notion d'orientation sexuelle ne figure pas à côté de celle de 'mœurs' dans le texte de cet article, comme c'est le cas de toutes les autres dispositions. Cet oubli du Législateur est, de mon point de vue, contraire aux exigences de la Directive.

Les syndicats ne peuvent pas se constituer partie civile au niveau pénal. Leur capacité d'intervention est limitée par l'article L411-11 du code du travail⁶⁴.

Malgré la capacité juridique à agir, et le nombre d'associations gays et lesbiennes liées à l'univers du travail, celles-ci ne se sont pas mobilisées dans le terrain du droit. Probablement cela est dû à la tradition française peu encline à la juridisation des conflits.

⁶² Note n° 2 du conseil d'orientation du GROUPE D'ÉTUDES ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, page 60.

⁶³ Il existe aussi des problèmes liés au statut de discrétion de l'inspecteur et de son choix des signalements à poursuivre.

⁶⁴ Art. L411-11 du code du travail: 'Ils ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent'.

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

Il est nécessaire de faire la distinction entre la preuve en droit pénal et celle en droit du travail. Au pénal, c'est à la victime ou au Procureur de la République de rapporter la preuve des faits constitutifs de la discrimination (élément matériel) ainsi que l'intention de discriminer de la part de l'employeur (élément moral). Le principe est celui de la liberté de la preuve (témoignage, constat d'huissier, notes de services, écrits internes, *testing*⁶⁵...). Au pénal, seules sont concernées les discriminations directes.

En matière civile, la loi n'exige pas à la victime de rapporter la preuve mais simplement 'des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte' et c'est ensuite à la partie défenderesse de prouver que sa décision était justifiée par des 'éléments objectifs étrangers à toute discrimination' ⁶⁶. Sur la considération de tous ces éléments, le juge prud'homal forme sa conviction.

La loi française n'étend pas aux emplois publics ce nouveau système probatoire. Ce qui signifie que les fonctionnaires ne pourront pas bénéficier du partage de la preuve comme c'est d'ores et déjà le cas pour les emplois privés. Cette situation est contraire à la Directive.

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

Dans le domaine du travail, il suffit pour la victime de rapporter des indices, 'des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte' et c'est ensuite à la partie défenderesse de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La victime ne doit nullement prouver son orientation sexuelle.

7.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

Depuis 1983 les représailles étaient sanctionnées uniquement en matière de discriminations fondées sur le sexe⁶⁷. Afin de mettre en conformité le droit

⁶⁵ Le '*testing*' est un constat par huissier d'une discrimination. Ce moyen de preuve a été validé par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation dans une décision du 11 juin 2002 (arrêt n° W 01-85-560 F-D).

⁶⁶ Le dernier paragraphe de l'article L122-45 du code du travail établit : 'En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit'.

⁶⁷ Art. L 123-5 du code du travail: 'Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent code relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. En ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.

Si le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. De plus, le salarié bénéficie également d'une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement prévue par l'article L. 122-9 ou par

français avec la Directive, l'article L122-45-2 du code du travail a été complété comme suit : *'Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent code relatives aux discriminations, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. En ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi...'*

Il faut noter que les mesures de rétorsions autres que le licenciement ne sont que partiellement sanctionnées par la loi française (la loi n'établit pas la sanction de la nullité de l'acte par rapport à elles) qui, dans cette matière, a effectué une transposition partielle de la Directive.

Au niveau des emplois publics, c'est l'article 6 quinquies (créé par Loi 2002-73 2002-01-17 art. 178 JORF 18 janvier 2002) qui sanctionne les rétorsions⁶⁸.

Les pressions sur les témoins et autres parties du procès sont prohibées en vertu des dispositions générales du code pénal : art. 434-5 : 'Toute menace ou tout autre acte d'intimidation à l'égard de quiconque, commis en vue de déterminer la victime d'un crime ou d'un délit à ne pas porter plainte ou à se rétracter, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende'. Et 434-15 : 'Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet'.

Il existe également une protection au niveau du témoignage du harcèlement (art. L122-49 du code du travail)⁶⁹.

De même, l'article L122-45, 3^e al. du code du travail établit : 'Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés'.

la convention ou l'accord collectif applicable ou le contrat de travail. Le deuxième alinéa de l'article L 122-14-4 du présent code est également applicable'.

⁶⁸ Art. 6 quinquies de la Loi 2002-73 2002-01-17: 'Aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération :

1° Le fait qu'il ait subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral visés au premier alinéa ;
2° Le fait qu'il ait exercé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces agissements ; 3° Ou bien le fait qu'il ait témoigné de tels agissements ou qu'il les ait relatés. Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé aux agissements définis ci-dessus. Les dispositions du présent article sont applicables aux agents non titulaires de droit public'.

⁶⁹ Art. L122-49 du code du travail: '...Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit'.

7.5.11 *Autres aspects*

Le *testing* un tant que mode de preuve destiné à établir l'existence d'une discrimination peut être utilisé aussi bien au niveau pénal⁷⁰ qu'au niveau civil. En matière d'accès à l'emploi, la Cour d'appel de Grenoble dans une décision du 18 avril 2001 a condamné un employeur pour discrimination fondée sur l'origine ethnique sur la base d'un *testing* téléphonique.

7.6 **Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes**

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

Dès l'entrée en vigueur des nouvelles lois, par le principe *lex posterior derogat lege priori*, les dispositifs discriminatoires sont automatiquement abrogés.

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

Les dispositifs discriminatoires en matière administrative sont automatiquement dérogés dès l'entrée en vigueur des nouvelles lois.

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

Si aucune mesure spécifique ne fut adoptée, le principe général selon lequel *lex posteriori derogat priori*, tout dispositif discriminatoire serait automatiquement tombe en désuétude.

7.6.4 *Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur*

Aucune à ma connaissance.

7.7 **Observations conclusives**

La France ne répond pas aux exigences de la Directive sur les points suivants :

- La loi ne définit pas la discrimination indirecte (7.2.4).
- Même si le harcèlement n'est pas considéré en France une forme de discrimination, en matière d'emploi, une protection identique au dispositif anti-discriminatoire lui est appliqué (7.2.5).
- Au travail et à l'emploi, le harcèlement doit être répété pour qu'il soit sanctionné par la loi (7.2.5).

⁷⁰ Arrêt n° 99-87.251 du 12 septembre 2000 de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation.

- L'aménagement de la charge de la preuve n'est pas mentionné pour les emplois publics (7.5.8).
- Dans l'univers du travail, les mesures de rétorsion autres que le licenciement ne sont que partiellement sanctionnées (7.5.10).
- Les dispositifs légaux en droit privé ne protègent pas les professions libérales ni les métiers de l'armée (7.2.7).
- Le code de la procédure pénale ne mentionne pas l'orientation sexuelle comme situation permettant à une association de se porter partie civile (7.5.7).

Malgré l'existence d'outils juridiques susceptibles de protéger les victimes des discriminations, la réalité jurisprudentielle n'est pas en accord avec le vécu professionnel des nombreuses personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et/ou hétérosexuelles.

Bien que les indicateurs sociaux démontrent l'existence d'une réalité discriminante au niveau de l'emploi, rares sont les affaires qui arrivent en justice⁷¹. Les rapports des associations de lutte contre le sida, les informations provenant du Centre Gay et lesbien de Paris et le témoignage d'associations de province mettent de manifeste l'existence très répandue des discriminations au travail et à l'emploi.

Pour l'an 2000, l'association *SOS Homophobie* a recensé 108 appels concernant des problèmes de discriminations, de menaces et d'insultes dans le lieu de travail aussi bien dans le secteur public que privé⁷². En 2002, la même association recense 81 appels relatifs aux discriminations à l'emploi. La baisse peut s'expliquer par un double effet produit d'une part les nouveaux dispositifs légaux et, d'autre part par la création de nombreuses associations gays au sein des entreprises⁷³.

Une enquête récente sur l'homophobie au travail auprès de 322 personnes⁷⁴ montre que presque 57% des enquêté(e)s ont ressenti de l'homophobie dans leurs lieux de travail, non seulement vis-à-vis d'un supérieur hiérarchique (25%) mais surtout par rapport aux collègues (45,3%). Malgré les stratégies d'occultation de l'homosexualité mises en marche par les lesbiennes et les gays, ils/elles sont nombreux à parler de 'rumeurs, de non-dit, de propos dans le dos... '.

Pour 44,5% des personnes, cette homophobie a entraîné de l'angoisse, du stress, une perte de confiance, une démotivation allant même parfois à la dépression et au sentiment de culpabilité.

De surcroît, plusieurs employés (gays et lesbiens) n'osent pas dire qu'il sont en couple (pacsé ou concubin) par peur du regard de la hiérarchie et des collègues.

⁷¹ Une seule affaire est arrivée à la Cassation depuis qu'il existe en France un dispositif contre les discriminations à l'emploi.

⁷² Rapport 2001 SOS Homophobie : www.france.qrd.org/assocs/sos/.

⁷³ Principalement dans les entreprises publiques. Un interassociatif réunit l'ensemble des associations, voir : www.homoboulot.org/.

⁷⁴ Christophe Falcoz, Crepa-Université de Paris Dauphine, 2003.

Malheureusement, il n'existe pas en France d'études sociologiques sur la manière dont les associations s'en servent du droit pour protéger les usagers et pour faire avancer leur cause. Vu le faible nombre de plaintes et l'inexistence de procès dans la matière, il semblerait que l'arsenal juridique n'est pas encore suffisamment mobilisé⁷⁵.

A la différence de la lutte contre le racisme, la xénophobie et l'exclusion des femmes, la lutte contre l'homophobie et la discrimination des LGB n'a pas fait l'objet des campagnes officielles. Bien au contraire, les autorités publiques françaises, mais aussi une majorité d'intellectuels, ont tenu publiquement des propos ouvertement hétérosexistes⁷⁶. De même, les organismes chargés d'affirmer l'égalité s'occupent exclusivement de la question raciale. Seuls le handicap et la condition féminine comptent avec un ministère ou un secrétariat d'État consacré aux discriminations dont sont victimes les femmes ou les handicapés. Cependant, malgré l'existence de tous ces outils la situation demeure précaire pour les minorités ethniques, les femmes ou les handicapés⁷⁷.

Aucune campagne d'information sensibilisant sur les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (affichage, démarchage...) n'a jamais été envisagée en France. Malgré les rencontres entre les associations LGB et les pouvoirs politiques, il n'existe pas en France un dialogue débouchant sur des propositions concrètes tendant à permettre une meilleure information et une appropriation de l'outil juridique. Tout récemment, un ensemble d'associations LGB, mais non seulement, se sont réunis pour proposer la création d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations⁷⁸.

Avec un système judiciaire qui a du mal à lire les discriminations (particulièrement les discriminations indirectes), une société civile qui ne s'approprie pas les lois protectrices et un gouvernement qui, à mon avis, ne s'est engagé dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle que très timidement, les sanctions établies par la loi semblent loin de constituer une menace contre les employeurs. S'il s'agit plutôt de combattre un système discriminatoire qu'une volonté subjective discriminante, la tâche est encore plus difficile puisque nous sommes confrontés à une culture au sein de laquelle il y a peu de place à la pluralité des sexualités.

La publicité, la télévision, les livres pour enfants ou les manuels scolaires, dans le meilleur des cas ignorent l'homosexualité, dans le pire continuent à la traiter comme une perversion. Il est clair que la population française ayant une orientation sexuelle homosexuelle est loin d'être représentée dans les tous

⁷⁵ Plusieurs associations LGB liées à l'emploi (Air France, Canal +, Mairie de Paris, SNCF, RATP...) ont créé un inter-associatif, 'Homoboulot' ayant pour but entre autres la lutte contre les discriminations à l'emploi. Une telle structure permettra sans doute une meilleure appropriation de l'outil juridique dans l'action égalitaire.

⁷⁶ Voir, Borrillo et Fassin (dir) 2001.

D. Borrillo et P. Lascoumes, 2002 (voir surtout le chapitre 'Best of Homophobe').

⁷⁷ En 2000 il y a eu seulement 15 condamnations pénales pour le délit de discrimination raciale. Le chômage est plus élevé chez les femmes et leurs salaires est inférieur à celui des hommes. Si la loi française impose depuis 1987 aux entreprises d'employer 6% de travailleurs handicapés, le taux d'emploi stagne autour de 4%.

⁷⁸ Bernard Stasi, médiateur de la République, a remis le 16 février 2004 un rapport au Président et au Premier Ministre proposant la création d'une autorité indépendante de lutte contre les discriminations. Voir : www.vie-publique.fr/actualite/alaune/2004/breve_discriminations_rapport_stasi.htm.

champs sociaux. Il ne s'agit pas de mettre en place une politique d'affirmative action (ceci impliquerait d'obliger les individus de se déclarer homosexuels) mais de tenir compte de la réalité homosexuelle et de la présenter de façon adéquate dès lors qu'il de mettre en scène la sexualité (art, pub, cinéma, spots de la ville, office de tourisme, séminaires....).

Littérature citée dans les notes

Borrillo D., E. Fassin, 'L'aventure ambiguë du pacs', *Regards sur l'actualité*, La documentation française n° 286, 2003, pp.47-53.

Borrillo, D. et Lascoumes, P. - *Amours égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, 2002.

Borrillo, D., 'L'orientation sexuelle en Europe : esquisse d'une politique publique anti-discriminatoire', *Les Temps Modernes* n°609 juin-août 2000.

Borrillo, D., 'Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination', *Revue Française des Affaires Sociales*, N° 1, 56e année, janvier-mars 2002, pp. 113-129.

Borrillo, D., 'Statut juridique de l'homosexualité et droits de l'homme', in Rommel Mendes-leite (dir), *Un sujet inclassable ? Approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualités*, Cahiers gai kitsch camp, n°28, Lille, février 1995, pp.99-115.

Borrillo, D. et Fassin, E. (dir) *Au-delà du PaCS, l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 2^{ème} édition 2001.

Danet, J., 'Discours juridique et perversions sexuelles', Centre de Recherche Politique, vol. 6, Université de Nantes 1977.

Groupe d'Etude et de Lutte contre les Discriminations (GELD), 'Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve' Note n° 2, www.le114.com/contenu.php?dossier=0&id_rubrique=4.

Mélin-Soucranian, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Economica, Paris 1997.

Rapport 2001 SOS Homophobie : www.france.qrd.org/assocs/sos/.

Serverin, E., 'L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal' 1994, *Droit Social*, p. 654 et suiv.