

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'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*

2 Droit européen

par Matteo Bonini-Baraldi ²

traduit de l'anglais

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

² Le Dr. M.T. Bonini-Baraldi (m.t.bonini@law.leidenuniv.nl) est chercheur à l'Institut d'études juridiques E.M. Meijers à l'Universiteit Leiden aux Pays-Bas, assistant coordinateur du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle et assistant à l'Université de Bologne (Italie).

2.1 Cadre juridique général

2.1.1 Protection constitutionnelle contre les discriminations

Le principe de non-discrimination est mentionné dans ou inspire le Traité instituant la Communauté européenne (ci-après CE) dans un certain nombre de domaines: nationalité (art. 12), libre circulation (art. 39, 43 et 49-50), entre producteurs et consommateurs dans le secteur de l'agriculture (art. 34(2)), égalité de traitement entre les hommes et les femmes (art. 141), imposition (art. 90).

En matière de politique sociale, le titre XI CE précise l'importance pour la Communauté de promouvoir l'emploi, d'améliorer les conditions de travail, de lutter contre les exclusions (art. 136) et de soutenir les initiatives en matière d'égalité entre les hommes et les femmes (art. 137)³. L'art. 141(1), qui s'applique directement à l'action des États et aux contrats collectifs ou individuels, exige que chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre employés masculins et employés féminins ; l'art. 141(3), ajouté ultérieurement, élargit l'action communautaire en permettant au Conseil "d'adopter des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail". En outre, l'égalité entre les hommes et les femmes est considérée comme une mission de la Communauté par l'art. 2 CE⁴.

Historiquement, les mesures de lutte contre la discrimination mentionnées spécifiquement dans le Traité CE servaient l'intégration des marchés, jusqu'à ce que la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après la CJCE) a déclaré que l'art. 141 CE poursuit à la fois des objectifs soit économiques soit sociaux, et peut être considéré comme l'assurance d'un progrès social, mentionné dans le Préambule du Traité⁵.

Ce n'est qu'après l'adoption de l'art. 13 CE⁶ qu'une approche moins orientée au marché des questions d'égalité semble avoir été conférée au Traité, bien qu'il reste caractérisé par un manque d'uniformité⁷.

³ Voir Bell, 1999, 15: "Les références à l'amélioration des conditions de vie et de travail et à la lutte contre l'exclusion sont particulièrement pertinentes car la lutte contre la discrimination répond à ces deux objectifs".

⁴ Art. 2: "La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres".

⁵ CJCE, 8 avril 1976, affaire 43/75, *Defrenne contre Sabena II*, [1976] Rec. 455, para. 8-11. Voir Blanpain, 2002, 115 ; Bell, 2002, 191 ; Tesouro, 2003, 120-1 ; Mancini & O'Leary, 1999, 331 ; Barnard, 2000, 198.

⁶ Art. 13: "(1) Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. (2) Par dérogation au paragraphe 1, lorsque le Conseil adopte des mesures d'encouragement communautaires, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en

A l'inverse des art. 141 et 12 CE, l'art. 13 CE n'a pas d'effet direct, mais doit être complété par la législation secondaire. Son applicabilité est limitée à la fois par les dispositions existantes du Traité et par les pouvoirs que lui confère la Communauté⁸, des limitations qui jettent le doute sur la légalité de l'action de la Communauté dans des domaines connexes tels que l'éducation, le logement et la santé⁹. Sa présence dans le Chapitre traitant des "Principes" est indicative de son caractère central, même si son libellé montre clairement que son objet n'est pas de définir une nouvelle compétence autonome pour la Communauté dans le domaine de la lutte contre la discrimination¹⁰. L'art. 13 CE a suscité la critique en raison de son vague contenu en ce qui concerne d'autres aspects importants ; l'article ne précise pas ce que l'on entend par "mesures nécessaires", ni l'attitude à adopter en matière de discrimination indirecte ou positive¹¹. Le risque que l'art. 13 CE crée une hiérarchie de fait entre différents motifs de discrimination a également été souligné et corrélé à la volonté politique du Conseil¹² : plusieurs auteurs sont d'avis que les mesures prises en vertu de l'art. 13 CE ont effectivement fait de ce risque potentiel une réalité¹³.

L'art. 13 CE illustre cependant l'engagement important de l'action communautaire dans le domaine de l'égalité¹⁴, ce qui à son tour a été vu comme une étape importante dans la construction d'un nouvel espace politique¹⁵. Les articles 20¹⁶, 21¹⁷ et 23¹⁸ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne attestent également cet engagement, même s'ils peuvent refléter des visions différentes de l'égalité (voir ci-dessous, 2.1.2),

vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, il statue conformément à la procédure visée à l'article 251". Inséré dans le Traité CE par le Traité d'Amsterdam de 1997, en vigueur depuis le 1^{er} mai 1999.

⁷ Bell, 2003, 91 ; McCrudden, 2003, 10 ; Fredman, 2001, 149 précise que "ce n'est qu'avec l'admission d'une convergence entre objectifs économiques, et objectifs de justice et d'équité qu'un pouvoir généralisé de légiférer en matière de discrimination a été adopté".

⁸ A l'inverse de l'art. 12 CE qui, limité par d'autres dispositions *particulières* du Traité et par son *champ d'application*, offre des marges plus larges d'application : voir Bell, 1999, 8 sqq. Voir également Flynn, 1999, 1132 sqq.

⁹ Bell, 2002, 135.

¹⁰ La Directive 2000/43/CE du Conseil est considérée comme constituant un exemple d'action communautaire au sens large en matière de lutte contre la discrimination parce que son champ d'application couvre des contextes supplémentaires (autres que l'emploi), et parce qu'elle ne s'applique pas qu'à une situation transfrontalière (contrairement à l'art. 12 CE). Voir Bell, 2002, 136 sqq.

¹¹ Flynn, 1999, 1136.

¹² Flynn, 1999, 1138.

¹³ Waddington & Bell, 2001, 610 ; Fredman, 2001, 151 ; Waddington, 1999, 3. L'avis du Comité économique et social sur la Proposition de Directive-cadre, JO 18/7/2000, C 204/82 au point 2.3, invitait la Commission à "envisager la mise en œuvre d'une législation future, s'inspirant des principes proposés dans la Directive contre la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, afin de protéger tous les groupes susceptibles de faire l'objet d'une discrimination...". Pour une approche plus nuancée, voir également Bell & Waddington, 2003, 349.

¹⁴ En 1999, l'action de la Commission était décrite comme étant motivée par "une vision relativement ambitieuse et large", voir Waddington, 1999, 4.

¹⁵ Borrillo, 2003, 141.

¹⁶ "Toutes les personnes sont égales en droit".

¹⁷ "(1) Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. (2) Dans le domaine d'application du Traité instituant la Communauté européenne et du Traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite".

¹⁸ "L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté".

souvent adaptées à la pertinence spécifique du motif de discrimination visé. Par conséquent, si l'art. 20 reflète le principe classique d'égalité en droit, l'art. 21(1) comprend la notion de non-discrimination fondée sur un certain nombre de bases, mais traite séparément la question de la nationalité (art. 21(2)) reflétant l'art. 12 CE. Le rapport entre l'art. 21 de la Charte de l'Union européenne, l'art. 13 CE et la législation secondaire est multiple: premièrement, une fois la position de la Charte clarifiée, l'art. 21 de la Charte peut avoir force obligatoire, à l'inverse de l'art. 13 CE: les personnes physiques et morales pourront demander la révision judiciaire de choix législatifs. Deuxièmement, l'art. 13 CE n'aborde pas la question de la justification de la discrimination, tandis que l'art. 21 de la Charte doit être lu conjointement avec l'art. 52(1) de la Charte¹⁹ (qui n'autorise qu'une justification nécessaire et objective).

Le Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, adopté par la Convention européenne le 13 juin et le 10 juillet 2003 et remis au Président du Conseil européen à Rome le 18 juillet 2003, précise clairement à l'art. I-2 que l'Union est fondée sur des valeurs de respect d'égalité, communes dans une société caractérisée par "le pluralisme et ... la non-discrimination"²⁰. L'art. I-3, énumérant les objectifs de l'Union, embrasse le combat contre "l'exclusion sociale et les discriminations".

Un nouvel art. III-8 reformule l'art. 13 CE, désormais sous le Titre II (Non-discrimination et citoyenneté) de la Partie III (Les politiques et le fonctionnement de l'Union). L'une des clauses d'application générale de cette Partie précise que "dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions visées par la présente partie, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur ... l'orientation sexuelle" (art. III-3). En outre, le projet intégrerait dans la Partie II la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir art. II-20 et II-21)²¹.

¹⁹ Art. 52: "Portée des droits garantis. (1) Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. (2) Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le Traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. (3) Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue".

²⁰ JO 18/07/2003, C 164. Pour consulter le texte intégral du projet de traité établissant une Constitution, voir également <http://european-convention.eu.int/DraftTreaty.asp?lang=EN>.

²¹ Dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe de 29 octobre 2004, les trois dispositions référant de manière explicite à l'orientation sexuelle sont renumérotées et rédigées comme suit:
Art. II-81(1) (ancien II-21) Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.
Art. II-118 (ancien III-3) Dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions visées à la présente partie, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.
Art. III-124 (ancien III-8) (1) Sans préjudice des autres dispositions de la Constitution et dans les limites des compétences que celle-ci attribue à l'Union, une loi ou loi-cadre européenne du Conseil peut établir les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

En règle générale, l'approche européenne en matière de législation relative à la lutte contre la discrimination a été décrite comme étant prudente²² et manquant d'uniformité, ainsi que de fondement théorique solide²³. L'art. 13 CE ne permet une action que dans les limites des compétences actuelles de la Communauté et l'art. 51 de la Charte de l'Union européenne²⁴ rappelle le principe de subsidiarité, tout en évitant de conférer à l'Union toute nouvelle compétence (constitutionnelle) en ce qui concerne les droits fondamentaux. Les textes de droit relatif à l'égalité qui se sont considérablement étoffés ces dernières années, ont adopté non pas une mais plusieurs notions d'égalité.

2.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect²⁵. La CJCE considère que les droits fondamentaux découlant des traditions constitutionnelles communes aux États membres sont contraignants sur les actes législatifs et administratifs des Communautés européennes²⁶ ; la référence à des droits inhérents aux traditions constitutionnelles communes et aux droits fondamentaux protégés par la Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (appelée ci-après, la CEDH) a été codifiée par la suite dans le Traité instituant l'Union européenne (art. 6), et une plus grande visibilité a été donnée à plusieurs droits spécifiques par une codification dans la Charte de l'UE (voir ci-dessus, 2.1.1). La CJCE hésitait initialement à soumettre le droit communautaire aux constitutions nationales en raison de l'effet préjudiciable sur la validité et l'efficacité des mesures communautaires²⁷. Malgré l'inclusion du respect des droits fondamentaux comme principe général du droit communautaire, le contrôle des mesures communautaires à l'aune des droits fondamentaux a rarement conduit la Cour à condamner de tels actes ; le renvoi au législateur prévalait²⁸.

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

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

²² Craig & De Búrca, 2003, 357.

²³ McCrudden, 2003, 1 sqq.

²⁴ Art. 51: "Champ d'application. (1) Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives. (2) La présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les Traités".

²⁵ Voir l'Avis 2/94 de la CJCE sur l'adhésion des Communautés européennes à la CEDH [1996] Rec. I-1759.

²⁶ CJCE, 12 novembre 1969, Affaire 29/69, *Stauder contre City of Ulm* [1969] Rec. 419 ; 14 mai 1974, affaire C-4/73 *Nold contre Commission* [1974] Rec. 491 ; 28 octobre 1975, affaire 36/75, *Rutili contre Ministre de l'intérieur* [1975] Rec. 1219.

²⁷ Voir CJCE, 17 décembre 1970, affaire 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft contre Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] Rec. 1125. Craig & De Búrca, 2003, 322, argue que le discours sur les droits fondamentaux dans l'UE découle et dépend du statut constitutionnel du droit européen par rapport au droit national et la question de sa suprématie. Voir également Bell, 2002, 19 ; Tesauo, 2003, 115.

²⁸ Voir Craig & De Búrca, 2003, 331-2.

Les droits fondamentaux englobent le droit de non-discrimination²⁹. En matière de politique sociale, la législature communautaire, tant dans le Traité que dans la législation secondaire, a graduellement tourné son attention vers l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. A son tour, la CJCE a, avec le temps, conféré à la disposition relative à l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes (art. 141 CE) un sens plus large que le sens littéral³⁰. Certe doctrine avance que l'égalité des rémunérations entre les employés masculins et les employés féminins a été interprétée par la CJCE tellement largement qu'elle peut aujourd'hui être assimilée à un principe général d'égalité *dans les rapports professionnels*³¹, tandis que d'autres, donnant à la jurisprudence une interprétation plus généreuse, concluaient que l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes avait été élevée "d'un élément du droit du travail au statut de norme fondamentale du *droit communautaire*"³².

Dans ce contexte, d'aucuns ont envisagé la possibilité de considérer le principe de l'égalité de traitement non seulement comme un outil d'uniformisation du marché ou une règle de droit administratif, mais aussi, malgré l'absence de règle écrite, comme un droit individuel de nature constitutionnelle³³. En réalité, dans *P contre S*³⁴, la CJCE a interprété une Directive relative à l'égalité des sexes comme étant applicable à une affaire d'inégalité de traitement à l'encontre d'un transsexuel, arguant que la mesure n'était "que l'expression, dans le domaine considéré, du principe d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire" ; d'autres dispositions du Traité (tel l'art. 34(2) ou 49) et Directives relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes sont aussi considérées par la CJCE comme des manifestations spécifiques d'un principe général tacite contraignant pour la Communauté³⁵.

Ce principe général tacite de non-discrimination a été remis en question lorsque des formes de discrimination prétendument différentes d'une discrimination fondée sur le sexe furent en jeu, comme dans *Grant*³⁶ et *D et Suède*³⁷.

²⁹ Voir CJCE, 19 octobre 1977, affaire 117/76, *Ruckdeschel* [1977] Rec. 1753, para 7: "L'article 40, paragraphe 3, alinéa 2, du Traité dispose que l'organisation commune des marchés agricoles "doit exclure toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté" ; que si ce texte interdit indiscutablement toute discrimination entre producteurs d'un même produit, il ne vise pas d'une manière aussi certaine les relations entre différents secteurs industriels ou commerciaux dans le domaine de produits agricoles transformés ; qu'il n'en reste pas moins que l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ; que ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée". Voir également Bell, 2002, 20.

³⁰ Partant de CJCE, 15 juin 1978, affaire 149/77, *Defrenne contre Sabena* [1978] Rec. 1365, para 26-27: "La Cour a déjà itérativement constaté que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect. On ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux". Voir également Blanpain, 2002, 340.

³¹ Tesauro, 2003, 120.

³² Whittle & Bell, 2002, 688 (emphase ajoutée). En général, voir également More, 1999, 540 ; Mancini & O'Leary, 1999, 331.

³³ Voir More, 1999, 544.

³⁴ CJCE, 30 avril 1996, affaire C-13/94, *P contre S et Cornwall County Council* [1996] Rec. I-2143, para. 18 (Voir également l'avis de G. Tesauro AG, para. 22). Voir également Craig & De Búrca, 2003, 388.

³⁵ Voir *Ruckdeschel*, ci-dessus ; 25 novembre 1986, affaires jointes 201 et 202/85, *Klensch contre Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture* [1986] Rec. 3477 ; 16 janvier 2003, affaire C-388/01, *Commission contre Italie* [2003] Rec. I-721, para. 13: "Il ressort également de la jurisprudence de la Cour (...) que le principe de l'égalité de traitement, dont l'article 49 CE est une expression particulière (...)".

³⁶ CJCE, 17 février 1998, affaire C-249/96, *Grant contre South-West Trains Ltd.* [1998] Rec. I-621.

³⁷ CJCE, 31 mai 2001, affaire C-122/99P et 125/99P, *D et Suède contre Conseil* [2001] Rec. I-4319.

Toutefois, malgré la déception d'avoir manqué l'occasion d'énoncer un vaste principe de non-discrimination sur *tout* fondement arbitraire", certains en ont conclu que le principe général avait survécu³⁸.

Dans l'ensemble, l'adoption de l'art. 13 CE, l'inclusion de plusieurs autres fondements, des mesures politiques assez décisives telles que le rapport annuel sur les droits de l'homme du Conseil, plusieurs directives en matière d'égalité de traitement et des études universitaires fouillées attestent un intérêt et un engagement croissants de plusieurs acteurs dans le domaine de l'égalité ; la doctrine, pourtant, souligne l'engagement ambigu et prudent de l'UE dans les matières de politique sociale concernant la lutte contre la discrimination³⁹.

Dans le secteur de l'emploi, l'égalité entre les hommes et les femmes répondait historiquement à un objectif plus économique que social: l'art. 141 CE et les mesures ultérieures étaient destinées à éviter une distorsion de concurrence⁴⁰. L'objet de la politique sociale européenne était le "familier citoyen du marché", tandis que seules les mesures les plus récentes telles que la Directive Race se profilent comme l'expression d'une politique sociale basée sur un modèle de citoyenneté sociale⁴¹.

De plus, il a été avancé que le choix de la Commission d'utiliser l'art. 13 CE (plutôt que l'art. 137(2) CE) comme base juridique pour la Directive-cadre contribue à décaler le droit relatif à la lutte contre les discriminations du droit du travail vers un élément capable de renforcer la teneur de la citoyenneté européenne⁴². Cette suggestion, en plus d'objectifs politiques, a pour effet d'améliorer le statut des Directives devant la Cour de Justice⁴³.

Récemment, dans *Schröder*⁴⁴, l'égalité des droits a pris une dimension plus étroitement liée à l'être humain, plutôt que comme instrument d'intégration économique ; la vocation sociale de l'art. 141 CE devient souveraine parce qu'elle constitue l'expression d'un droit humain fondamental que la Cour a le devoir de garantir.

Le principe de non-discrimination tel qu'appliqué dans le droit communautaire exige généralement un *test d'équivalence*⁴⁵ ; toutefois, la doctrine, ainsi que la CJCE, ont au fil du temps de plus en plus reconnu le rôle d'une discrimination indirecte et involontaire⁴⁶: définie pour la première fois dans la Directive relative

³⁸ Craig & De Búrca, 2003, 388. Plutôt plus sceptique More, 1999, 546-7. Dans *Grant* (para. 45) la CJCE avance que le respect des droits fondamentaux (en référence à l'ICCPR) "ne peut avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du Traité" afin de protéger les motifs de discrimination qu'il ne couvre pas encore.

³⁹ Bell, 2002, 144: "La dépendance de l'Article 13 aux limites des compétences de la Communauté le ramène à une vocation commerciale, parce que les compétences des Communautés sont les plus fortes et les plus claires dans les domaines directement liés au fonctionnement du marché intérieur".

⁴⁰ CJCE, 15 mai 1986, affaire 222/84, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] Rec. 1651. Voir également Blanpain, 2002, 339 et *ci-dessus*, 2.1.1.

⁴¹ Voir Bell, 2002, 191-5.

⁴² Whittle & Bell, 2002, 688.

⁴³ Whittle & Bell, 2002, 688.

⁴⁴ CJCE, affaire C-50/96 *Deutsche Telekom contre Schröder* [2000] Rec. I-743.

⁴⁵ CJCE, 13 novembre 1984, 10 février 2000, affaire 283/83, *Racke III* [1984] Rec. 3791.

⁴⁶ Craig & De Búrca, 2003, 391 ; Fredman, 2001, 161. CJCE, 12 février 1974, affaire 152/73 *Sotgiu* [1974] Rec. 153 ("les règles d'égalité de traitement, tant du Traité que de l'article du Règlement n° 1612/68 prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat") ; 8 mai 1990, affaire C-175/88 *Biehl* [1990] Rec. I-1779 ; 13 mai 1986, affaire 170/84 *Bilka* [1986] Rec. 1607.

à la charge de la preuve de 1997⁴⁷, la notion de discrimination indirecte a été ultérieurement révisée dans la Directive Race de 2000 et la Directive-cadre (voir ci-dessous, 2.2.4). Aujourd'hui, elle est généralement liée à une approche plus substantielle de l'égalité⁴⁸. En outre, une approche analytique moins formelle a été adoptée dans une série d'affaires relatives au refus d'engager une femme enceinte, où la Cour avançait que la détermination de la discrimination "dépend du motif de ce refus"⁴⁹. D'aucuns ont également vu une notion plus substantielle d'égalité dans l'art. 141(4) CE, introduit par le Traité d'Amsterdam, lorsqu'il vise à assurer "concrètement une pleine égalité"⁵⁰.

L'art. 14 de la CEDH interdit toute discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention⁵¹. Dans l'affaire *Linguistique Belge*, la CEDH a clarifié ce qui constitue une "discrimination", posant que le principe de l'égalité de traitement est violé si la distinction manque de justification objective et raisonnable ; en outre, il a soutenu que "l'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques". Une distinction de traitement doit poursuivre un but légitime et doit avoir un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"⁵².

Dans *Salgueiro da Silva Mouta contre Portugal*, la Cour a pour la première fois appliquées l'art. 14 CEDH à une affaire concernant l'orientation sexuelle (conjointement avec l'art. 8)⁵³. Dans *Karner contre Autriche*, qui entraîna une comparaison entre partenaires de sexe différent et de même sexe non mariés, la Cour rappela que "les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des *raisons particulièrement graves*"⁵⁴. En outre, la Cour soutint qu'il doit être démontré que la règle qui interdit au partenaire de même sexe non marié du locataire décédé d'hériter du bail (contrairement au partenaire de sexe différent non marié) est *nécessaire* à la réalisation du but recherché. La Cour jugea que "*le but consistant à protéger la famille* au sens

⁴⁷ Directive 97/80/CE, JO 20/1/98, L 14/6.

⁴⁸ Schiek, 2002, 305-6: "son inclusion dans le principe de l'égalité de traitement au sens du droit communautaire est une conséquence de l'objet social de la législation relative à l'égalité de traitement".

⁴⁹ CJCE, 8 novembre 1990, affaire C-177/88, *Dekker* contre *VJV-Centrum Plus* [1990] Rec. I-3941 ; voir également 14 juillet 1990, affaire C-32/93, *Webb* contre *EMO Air Cargo (Royaume-Uni)* [1994] Rec. I-3567 ; 13 février 1996, affaire C-342/93, *Gillespie et autres* [1996] Rec. I-475 ; 3 février 2000, affaire C-207/98, *Mahlburg* contre *Land Mecklenburg-Vorpommern* [2000] Rec. 3875. Voir également Schiek, 2002, 306.

⁵⁰ Barnard, 1998, 371.

⁵¹ L'art. 14 dit "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

⁵² Cour Européenne des Droits de l'Homme, 23 juillet 1968, ser. A, n°6, para. 10 ; *Karlheinz Schmidt* contre *Allemagne*, 18 juillet 1994, ser. A, n°291-B. Voir également Ovey & White, 2002, 347 sqq. ; van Dijk & van Hoof, 1998, 711 sqq. ; Arai-Takahashi, 2002, 165 sqq.

⁵³ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 21 décembre 1999, requête n° 33290/96, *Rapports des Arrêts et Décisions*, 1999-IX. Pour un précédent à la Commission, voir *Sutherland* contre *Royaume-Uni*, 27 mars 1997, requête n°24186/94.

⁵⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 24 juillet 2003, requête n° 40016/98, para. 37 (emphasis ajoutée). Pour un examen détaillé, voir *Smith et Grady* contre *Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, *Rapports des Arrêts et Décisions*, 1999-VI. Autres affaires en violation de l'art. 14 (conjointement avec l'art. 8) jugées après *Salgueiro* furent *S.L.* contre *Autriche*, 9 janvier 2003, requête n° 45330/99 et *L. et V.* contre *Autriche*, 9 janvier 2003, requête n°39392/98 et 39829/98. Voir également la majorité et les deux avis en désaccord avec la majorité dans *Fretté* contre *France*, 26 février 2002, requête n°36515/97 (quatre juges sur sept trouvaient l'art. 14 applicable mais étaient divisés quant à la justification de sa violation).

traditionnel du terme est assez *abstrait* et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser (...). Le principe de proportionnalité ne demande pas simplement que la mesure choisie soit *en principe* adaptée au but visé⁵⁵. Un contrôle de la nécessité a, donc, été ajouté à l'analyse de l'art. 14 lorsque la marge d'appréciation octroyée aux États membres est étroite, comme l'est l'affaire de différence de traitement basée sur le sexe ou l'orientation sexuelle⁵⁶.

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

La Directive-cadre exige la mise en œuvre de ses dispositions par les États membres. Il incombe aux juridictions nationales de déterminer quels législateurs ou autres moyens (par exemple, par des conventions collectives) sont chargés de cette mise en œuvre (voir également para 2.2.1).

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

Le droit communautaire traite des relations entre employeurs et employés (voir *ci-dessus*, 2.1.1) ; en conséquence, la doctrine a jugé qu'il était possible de définir une branche du droit (communautaire) appelée Droit du travail européen⁵⁷, qui couvre l'emploi tant dans le secteur privé que public. Outre cela, il existe un ensemble complet de textes de droit et de règlements concernant la position des employeurs des institutions européennes (voir paragraphe suivant).

2.1.5 *Structure générale du droit et du travail*

Une résolution du Parlement européen de 1984 sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail⁵⁸, suivie du rapport Squarcialupi, reconnaissait pour la première fois la nécessité d'examiner les problèmes auxquels étaient confrontés les lesbiennes et les gays.

La Recommandation de la Commission de 1991⁵⁹ sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail pour la première fois a recommandé qu'un comportement sexuelle indésirable (harcèlement) pouvait constituer une violation du principe de l'égalité de traitement ; cette élaboration a désormais été acceptée explicitement dans la Directive-cadre (art. 2(3)) et d'autres mesures (voir *ci-dessous*, 2.2.5). A la recommandation était annexé un "Code de pratique pour combattre le harcèlement sexuel", visant à mettre en lumière les problèmes concernant tous les employés et les groupes particulièrement vulnérables au harcèlement sexuel. Le harcèlement à l'encontre des lesbiennes et des gays était spécifiquement indiqué comme un comportement inacceptable: "il est indéniable que le harcèlement lié aux tendances sexuelles des victimes porte atteinte à la dignité au travail de ceux qui en sont victimes et

⁵⁵ Ibid., para. 41 (emphase ajoutée).

⁵⁶ Voir également, en général, Wintemute, 1997 ; Wintemute, 2001, 713 ; Ovey & White, 2002, 24 ; Janis, Kay & Bradley, 2000, 282.

⁵⁷ Blanpain, 2002, 32 ; Barnard, 2000, *passim*.

⁵⁸ JO 16/4/1984, C 104/46.

⁵⁹ 27 novembre 1991, JO 24/02/92 L 49/1. Adoptée par le Conseil par la Déclaration du 19 décembre 1991, JO 4/2/92 C 27/1.

qu'il ne peut être considéré comme une conduite normale sur le lieu de travail"⁶⁰.

La Directive-cadre de 2000 exige une égalité de traitement en matière d'emploi et de travail quels que soient la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Le Règlement fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes⁶¹ a été modifié en 1998⁶² relativement à l'égalité de traitement, par l'ajout de clauses de non-discrimination (notamment l'art. 1a et l'art. 27(2)) qui mentionnent explicitement l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination. Les mêmes clauses de non-discrimination sont applicables aux autres agents des Communautés européennes, y compris le personnel temporaire (notamment l'art. 12(1)).

Toutefois, à l'époque, le Conseil choisit volontairement de ne pas aborder la question des allocations familiales, parce que la clause stipulée à l'art. 1a s'appliquait "sans préjudice des dispositions législatives [du Règlement fixant le statut des fonctionnaires] pertinentes requérant un état civil déterminé". La pertinence spécifique des allocations familiales prévues par le statut en matière d'égalité de traitement pour les couples de même sexe était déjà soulignée il y a dix ans⁶³.

Au 1^{er} mai 2004, cette exception a été supprimée par la réforme adoptée récemment du Règlement fixant le statut des fonctionnaires⁶⁴. Les propositions de la Commission pour la réforme du statut avançaient que l'ancien texte ne reflétait plus les nouvelles attitudes sociales et juridiques en matière de relations familiales. L'art. 1d (ancien art. 1a) stipule à présent que "Aux fins du présent statut, les partenariats non matrimoniaux sont traités au même titre que le mariage, pourvu que toutes les conditions énumérées à l'article 1er, paragraphe 2, point c), de l'annexe VII soient remplies". Le nouvel art. 1(2) de l'Annexe VII reconnaît des allocations familiales à un agent marié (point (a)) et à "un fonctionnaire enregistré comme partenaire stable non matrimonial", à condition que quelques conditions soient remplies (point (c)). Après cette réforme, les prestations prévues par le statut (allocations de foyer, pension et assurance maladie, accès aux restaurants et aux cours de langue) s'appliquent à un partenariat enregistré entre des personnes qui ne sont pas autorisées à se marier "dans un État membre".

En outre, la réforme prévoit des "avantages sociaux réduits" pour les fonctionnaires non mariés qui vivent une relation de fait (non enregistrée), à condition qu'elle puisse être établie par un document légal⁶⁵.

En vertu de l'art. 27 du statut, les avis de concours soulignent souvent que les institutions sont des employeurs offrant une égalité des opportunités qui prohibent toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁶⁶.

⁶⁰ Voir note précédente.

⁶¹ Règlement (CEE, CCEA, Euratom) n°259/68 du Conseil, JO 4/3/68 L 56/1.

⁶² Règlement (CE, CCEA, Euratom) n°781/98 du Conseil, JO 15/4/98 L 113/4.

⁶³ Snyder, 1993, 258 sqq.

⁶⁴ Règlement (CE, Euratom) n°723/2004 du Conseil, JO 27/4/04 L124/1.

⁶⁵ Voir modification 65 à l'art. 72 du Règlement fixant le statut des fonctionnaires, et modification 95 (iii) à l'Art. 6 de l'Annexe V du Règlement fixant le statut des fonctionnaires.

En ce qui concerne le mariage entre personnes du même sexe et les avantages aux époux, par une note datant du 15 mai 2001, le Directeur général de la Direction générale du personnel et de l'administration de la Commission a clarifié que, en vertu de l'art.1a du Règlement fixant le statut des fonctionnaires et des dispositions de la Charte européenne des droits fondamentaux, qui ne mentionnent pas "un homme et une femme" dans la définition du droit au mariage, les prestations familiales prévues par le statut s'appliquent aux mariages entre des personnes du même sexe contractés aux Pays-Bas⁶⁷. Il est plausible que les mêmes principes s'appliquent désormais aux conjoints de même sexe belges.

Une première proposition de Directive relative aux conditions de travail des employés temporaires, même si elle concerne principalement le principe de non-discrimination entre les employés temporaires et les employés à temps plein de l'entreprise, définissait les "conditions essentielles de travail et d'emploi" comme, entre autres, des facteurs liés à l' "action pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle"⁶⁸. Par conséquent, il semblerait que toute mesure prise par un employeur afin de se conformer à la Directive fût considérée comme applicable aux employés temporaires envoyés par des agences pour l'emploi (par exemple, des intérimaires, etc.) ; un parallèle est établi avec l'interdiction d'une injonction de pratiquer une discrimination de la Directive-cadre (voir ci-dessous, 2.2.6). Une deuxième mouture de la proposition précise plus clairement que "toute action pour combattre toute discrimination fondée sur... l'orientation sexuelle doivent être respectées qu'elles soient établies par la législation, la réglementation, les dispositions administratives, les conventions collectives et/ou toutes autres dispositions de portée générale"⁶⁹.

Outre le programme d'action communautaire pour lutter contre la discrimination (2001 à 2006)⁷⁰, certains documents visant à insuffler l'esprit de l'art. 13 CE dans diverses politiques communautaires ont des répercussions en droit du travail, comme une communication interprétative de la Commission quant à la possibilité d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics⁷¹, un Avis du Comité économique et social sur la responsabilité sociale des entreprises

⁶⁶ Voir, par exemple, Parlement européen, Avis de recrutement PE/75/S, JO 10/12/02, C 306 A/1 ; Avis PE/22/D, JO 6/12/02, C 303 A/38 ; Avis COM/B/2/02, JO 17/12/02, C 314 A/12, où il est dit que: "La Commission est un employeur offrant une égalité des opportunités et accepte les candidatures sans distinction fondée sur l'âge, la race, les convictions politiques, philosophiques ou religieuses, le sexe ou l'orientation sexuelle et quels que soit le handicap, l'état civil ou la situation familiale".

⁶⁷ Lettre du Directeur général de la Direction générale du personnel et de l'administration Horst Reichenbach au Directeur de la DG Admin/A et au Directeur de la DG Admin/B, du 15 mai 2001, n°ADMIN.B.2(01)D/18009.

⁶⁸ Art.3 (1)(d) de la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, COM(2002) 149 final - 2002/0072 (COD), JO 27/08/02, C 203 E/1.

⁶⁹ Art.5 de la proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, 28/11/2002, COM(2002) 701 final- 2002/72 (COD), disponible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=52002P_C0701&model=guicheti

⁷⁰ Décision du 27 novembre 2000 du Conseil établissant un programme d'action communautaire pour combattre la discrimination (2001 à 2006), JO 2/12/2000, L 303/23.

⁷¹ COM(2001) 566 final, du 15/10/2001, JO 28/11/01, C 333/27.

(CSR)⁷² et une Résolution du Conseil sur l'inclusion sociale par le dialogue social et le partenariat⁷³.

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

Dans *Grant contre South West Trains Ltd.*⁷⁴, la CJCE a été invitée à clarifier si l'art. 141 CE (ancien art.119) et la Directive 75/117 (relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes) pouvaient s'appliquer au cas d'un employeur qui avait refusé une réduction en matière de transport au partenaire du même sexe non marié d'un employé, tout en offrant ces avantages au partenaire de sexe différent non marié. Le règlement de l'entreprise définit "conjoint" comme un époux ou un "common law opposite sex spouse" depuis au moins deux ans. La CJCE soutint que Mme Grant "ne remplit pas les conditions fixées par le règlement de l'entreprise" parce qu'elle ne vit pas avec un "conjoint" du sexe opposé. Au motif que cette disposition s'appliquait de la même manière aux employés de sexe féminin qu'à ceux de sexe masculin, la Cour rejeta l'argument selon lequel le refus pouvait être considéré comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe (para. 26-28).

Toutefois, la Cour a examiné la question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, concluant qu'il ne peut appartenir qu'au législateur d'adopter des mesures susceptibles d'affecter cette situation (para. 36) et que toute intervention de la jurisprudence de la Cour afin de couvrir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au sens de l'art. 141 CE équivaldrait à élargir le champ d'application des dispositions au-delà des compétences de la Communauté (para. 45-47).

On peut tirer deux conclusions de la décision dans *Grant*. Premièrement, elle indique que la loi communautaire d'égalité fondée sur le sexe ne couvre pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Deuxièmement, la situation de fait constitue, en effet, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Au regard de l'évolution du droit communautaire, cette dernière conclusion marque un jalon important: le traitement défavorable entre des employés relativement au sexe de leur partenaire non marié doit désormais être entendu au sens d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il semble probable que la CJCE considérera la Directive-cadre comme étant applicable à des faits tels que ceux visés dans *Grant*.

Dans *D et Suède contre Conseil*⁷⁵, la CJCE a entendu un appel contre une décision du Tribunal de première instance dans une affaire relative au refus du Conseil d'appliquer les dispositions du Règlement fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes en matière d'allocations de

⁷² Le commentaire général 4.2 constate que "la responsabilité sociale des entreprises suppose à la fois de promouvoir la volonté de communiquer et d'apprendre en permanence. Les personnes aptes à la communication et ouvertes aux nouveaux savoirs sont également celles qui sont aptes à la vie en société ; l'intolérance, les discriminations sur la base d'une appartenance ethnique, d'un handicap, d'une orientation sexuelle ou d'une appartenance sexuelle n'ont pas leur place". Voir Avis du Comité économique et social européen sur le thème: "'Livres verts: Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises", JO 27/5/2002, C 125/44.

⁷³ 2003/C 39/01, JO 18/2/2003, C 39/1.

⁷⁴ CJCE, 17 février 1998, affaire C-249/96 [1998] Rec. I-621.

⁷⁵ CJCE, 31 mai 2001, affaires C-122/99 P et C-125/99 P [2001] Rec. I-4319.

foyer au partenaire (de même sexe) enregistré d'un employé. Le TPI avait soutenu, suivant en cela la décision de la CJCE dans *Grant*, qu'une *cohabitation sans mariage* ne pouvait être considérée comme équivalent à un *mariage*. Toutefois, le TPI n'a pas tenu compte du fait que *Grant* concerne uniquement une comparaison entre couples non mariés du même sexe et de sexe opposé, tandis qu'aucune question distincte impliquant le mariage n'a été soulevée.

Le TPI a, en outre, englobé dans la notion de cohabitation sans mariage à la fois la cohabitation enregistrée et non enregistrée. Sur ce point, la Cour a adopté une approche moins rigide, en acceptant qu'un partenariat enregistré ayant des effets de droit voisins de ceux du mariage ("s'agissant d'établir une comparaison avec ce dernier régime", para. 33). Toutefois, le dispositif de *D* se fonde précisément sur l'évaluation de la similarité (voir différence) entre partenaires enregistrés et mariés: sans éprouver le besoin de se lancer dans une analyse comparative fouillée, la CJCE a conclu que, dans les États membres concernés, ces régimes d'enregistrement de relations de couple sont distincts du mariage (para. 36). En conséquence, la Cour a refusé d'interpréter le statut "de telle sorte que soient assimilées au mariage des situations légales qui en sont distinctes" (para. 37).

Invitée à décider si cet état de choses constituait une atteinte à l'égalité de traitement, la CJCE a défini cette situation de fait comme un cas de discrimination fondée sur l'état civil, et non comme une discrimination fondée sur le sexe ("il apparaît que ce n'est pas non plus le sexe du partenaire qui constitue la condition d'octroi de l'allocation de foyer, mais la nature juridique des liens qui l'unissent au fonctionnaire", para. 47). Sans plus d'explications, la CJCE appliqua un *test d'équivalence* formel et conclut en rejetant l'appel, principalement au motif de la "grande hétérogénéité" des législations nationales en matière de partenariat enregistré (para. 50-51).

La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a eu l'opportunité de trancher deux affaires relatives à l'emploi, *Lustig-Prean et Beckett* contre *Royaume-Uni*⁷⁶ et *Smith et Grady* contre *Royaume-Uni*⁷⁷ (forces armées). Concernant la violation de l'art. 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée), la Cour avança que la menace pour la sécurité nationale, en soi un objet légitime de l'intervention, tenait "uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles" (para. 89). Les Règlements qui exprimaient ces attitudes en excluant le personnel homosexuel des forces armées, ne pouvaient pas prétendre que leur violation d'un droit conféré par la Convention était justifiée, parce qu'elles "correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle" (para. 90). Par conséquent, la CEDH décida que le renvoi de membres des forces armées au motif que l'homosexualité viole le droit au respect de la vie privée.

⁷⁶ CEDH, 27 septembre 1999, requête n°31417/96 et 32377/96.

⁷⁷ CEDH, 27 septembre 1999, requête n°33985/96 et 33986/96, Rapports des Arrêts et Décisions 1999-VI.

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

Un certain nombre de mesures communautaires visent spécifiquement à obtenir une égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Les domaines concernés sont l'égalité des rémunérations⁷⁸, l'accès à l'emploi, la formation et la promotion et les conditions de travail⁷⁹ ; la sécurité sociale⁸⁰ ; les régimes professionnels de sécurité sociale⁸¹ ; la charge de la preuve dans les affaires de discrimination fondée sur le sexe⁸² ; la sécurité et la santé des travailleuses enceintes au travail⁸³.

La Directive Race⁸⁴ impose une égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique, les seules différences avec la Directive-cadre en matière de discrimination à l'emploi étant que la première impose aux États membres de désigner un organisme ou des organismes pour la promotion de l'égalité de traitement, que la dernière contient des exceptions qui n'apparaissent pas dans la première (voir art. 2(5)), et qu'aucune obligation de "loyauté" n'est prévue dans la première.

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

La Résolution du 8 février 1994⁸⁵ du Parlement européen appelle la Commission et les États membres à agir dans le domaine de l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne. Plusieurs résolutions sur la situation des droits fondamentaux dans l'UE, en plus de la Résolution de 1994, appelèrent ensuite les États membres à "modifier leur législation afin de reconnaître les relations non maritales entre des personnes du même sexe ou du sexe opposé et leur attribuer des droits égaux"⁸⁶, ou de conférer les mêmes droits aux couples non mariés (quels que soient les sexes des personnes concernées) qu'aux couples mariés et, pour la première fois, de reconnaître le droit à se marier et à adopter des enfants⁸⁷.

Un certain nombre de mesures communautaires tiennent compte de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, en particulier dans le contexte de l'intégration des questions d'égalité dans divers actes et propositions pour une nouvelle législation.

Un exemple réside dans les dispositions anti-discrimination incluses dans les codes de conduite du personnel des institutions et organes européens. Le 6 septembre 2001⁸⁸, le Parlement européen adoptait une résolution approuvant le

⁷⁸ Art. 141 (1) CE et Directive 75/117/CEE, JO 19/2/1975, L 45/19.

⁷⁹ Directive 76/207/CEE, JO 14/2/76, L 39/40, modifiée par la Directive 02/73/CE du 23 septembre 2002, JO 5/10/02, L 269/15.

⁸⁰ Directive 79/7/CEE, JO 10/2/79, L 6/24.

⁸¹ Directive 86/378/CEE, JO 12/8/86, L 45/40 modifiée par la Directive 96/97/CE du 2 décembre 1996.

⁸² Directive 97/80/CE, JO 20/1/98, L 14/6.

⁸³ Directive 92/85/CEE, JO 28/11/92, L 348/1.

⁸⁴ Directive 2000/43/CE, JO 19/7/00, L 180/22, art. 13.

⁸⁵ JO 28/2/94, C 61/40.

⁸⁶ Résolution du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2000) (2000/2231(INI)), JO 14/3/2002, C 65 E/350, en 359.

⁸⁷ Résolution du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2002) (2002/2013(INI)), P5_TA(2003)0376, du 4 septembre 2003. Peut être consultée en ligne à l'adresse www.europarl.eu.int/plenary/default_fr.htm.

⁸⁸ PE 290.602/DEF.

Code de bonne conduite administrative du Médiateur européen, un texte auquel les institutions et les organes européens doivent tous se soumettre dans leurs relations avec le public. Son art. 5 précise que dans le traitement des demandes du public et la prise de décisions, le fonctionnaire devra faire en sorte que le principe de l'égalité de traitement soit respecté ; les membres du public qui se trouvent dans la même situation seront traités de la même manière. En particulier, toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sera évitée. Plusieurs autres institutions et organes européens ont adopté des codes similaires, qui interdisent toute la discrimination de membres du public fondée sur l'orientation sexuelle: le Parlement européen⁸⁹, le Conseil⁹⁰, la Commission⁹¹, la Banque européenne d'investissement, l'Agence européenne pour l'environnement⁹², la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail⁹³, l'Office communautaire des variétés végétales⁹⁴, etc.

Le considérant 12 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen⁹⁵ précise qu'aucune disposition de la Décision ne peut être interprétée comme interdisant un refus de livrer une personne pour laquelle un mandat d'arrêt européen a été délivré lorsqu'il existe des raisons de penser, sur la base d'éléments objectifs, que l'objet du mandat sera la poursuite ou la sanction d'une personne pour plusieurs motifs, y compris son orientation sexuelle.

En outre, les clauses anti-discrimination qui font spécifiquement mention de l'orientation sexuelle apparaissent dans un certain nombre de mesures (proposées). L'une des premières était la proposition de modification du Règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des employés à l'intérieur de la Communauté⁹⁶. La mesure proposée est particulièrement appropriée pour les homosexuels et les lesbiennes parce qu'elle prévoit les conditions pour la libre circulation et la résidence des citoyens de l'Union et de leurs 'membres de famille' dans le territoire des États membres.⁹⁷ La proposition originale voulait l'insertion d'un nouvel art. 1a, une disposition anti-discrimination faisant référence à l'ensemble des motifs mentionnés dans l'art. 13 CE. À la lumière des développements ultérieurs, la libre circulation des employés a été intégrée dans une proposition de Directive concernant le droit de circuler et de résider librement sur le territoire des États membres pour tous les citoyens de l'Union (et les membres de leurs familles)⁹⁸. La proposition d'art. 4 a contenu une clause anti-discrimination qui engloberait tous les motifs régis par l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (l'appartenance à une minorité nationale est remplacée par "l'appartenance à une minorité ethnique" dans la

⁸⁹ Guide sur les obligations des fonctionnaires et agents du Parlement européen, JO 5/4/00, C 97/01, en 10.

⁹⁰ Décision du Secrétaire général du Conseil du 25 juin 2001 sur un code de bonne conduite administrative pour le Secrétariat général du conseil, JO 5/7/01, C 189/1 (Annexe, art.3, motifs non mentionnés).

⁹¹ Décision de la Commission du 17 octobre 2000 modifiant ses Règles de procédure, 2000/633/CE, CCEA, Euratom, JO 20/10/00, L 267/63 (Annexe).

⁹² Décision du 20/3/00, JO 26/8/00, L 216/15.

⁹³ Décision du 11/2/00, JO 15/12/00, L 316/69.

⁹⁴ Décision, JO 23/12/00, C 371/14.

⁹⁵ (2002/584/JHA) JO 18/7/02, L 190/1.

⁹⁶ COM(1998) 394 final - 98/229 (COD), JO 12/11/98, C 344/9.

⁹⁷ Voir l'art. 3 de la proposition modifiée, supra n. 95.

⁹⁸ COM(2001) 257 final - 01/111 (COD), JO 25/9/01, C270/150.

proposition). La proposition de modification du 15 avril 2003 a réplé la même clause, en ajoutant une référence à la "l'identité sexuelle"⁹⁹. Toutefois, la position commune adoptée par le Conseil le 5 décembre 2003 a éliminé la référence à la clause¹⁰⁰, qui doit maintenant être trouvée dans le considérant 31 de la version finale de la Directive 2004/38/EC (l'identité de genre enlevée)¹⁰¹.

La politique d'immigration de la Communauté comprend actuellement un certain nombre de mesures et de propositions dans des domaines tels que: le regroupement familial, l'asile (normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile, critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres), réfugiés (normes minimales pour la qualification de réfugié, normes minimales pour les procédures d'octroi du statut de réfugié), statut des résidents de longue durée provenant de pays tiers, entrée et séjour de ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié, titre de séjour de courte durée pour les victimes de trafic d'êtres humains. L'immense majorité de ces mesures proposées et/ou adoptées ont des répercussions importantes sur la vie familiale, et l'on peut en conséquence juger qu'elles ont des répercussions évidentes sur les homosexuels et les lesbiennes ; pourtant, ces aspects ne seront pas abordés dans le présent rapport, qui ne s'intéresse qu'à la mise en œuvre de la Directive-cadre. D'autres aspects de ces documents sont, cependant, d'une importance particulière aux fins du présent paragraphe, parce qu'ils renvoient aux dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, principalement dans l'optique du respect de l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'intégration du principe d'égalité:

- Directive du Conseil du 27 janvier 2003 fixant des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile¹⁰²: elle ne montre aucune trace d'une disposition de non-discrimination (art. 32 de la proposition¹⁰³) qui refléterait l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, même si le considérant 6 mentionne des "instruments de droit international...qui interdisent la discrimination".
- Règlement du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers¹⁰⁴: le texte final ne contient pas la clause anti-discrimination de l'art. 27 de la proposition originale¹⁰⁵, même si le considérant 15 stipule que "le présent Règlement respecte les droits

⁹⁹ COM(2003) 199 final - 2001/0111 (COD), Peut être consultée en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=52003PC0199&model=guicheti. Il convient toutefois de noter que l'art. 13 CE ne constitue pas une base légale pour l'adoption de la Directive ; cela peut expliquer pourquoi la définition de "membres de leurs familles" dans l'art. 2 ne compromet en rien la position de partenaires de même sexe.

¹⁰⁰ Position commune (CE) No. 6/2004 du 5 décembre 2003 arrêtée par le Conseil, JO 02/03/04, C 54E/12

¹⁰¹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur les territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no. 1612/68 et abrogeant les Directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (JO 30/4/04 L 158/77).

¹⁰² JO 6/2/03, L 31/18.

¹⁰³ COM(2001) 181 final - 2001/91 (CNS), JO 31/7/01, C 213 E/286.

¹⁰⁴ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, JO 25/2/03, L 50/1.

¹⁰⁵ COM(2001) 447 final - 2001/182 (CNS), JO 30/10/01, C 304 E/192.

fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus, notamment, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne”.

- Directive du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial¹⁰⁶: le considérant 5 soutient que la Directive doit être exécutée sans discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle.
- Directive du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée¹⁰⁷: le texte final ne contient pas la clause anti-discrimination de l'art. 4 de la proposition originale¹⁰⁸, qui figure désormais dans le considérant 5.
- Directive du Conseil du 29 avril 2004 au titre de séjour de courte durée délivré aux victimes de l'aide à l'immigration clandestine ou de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes¹⁰⁹: l'art. 5 de la proposition¹¹⁰ qui a stipulé cela les États membres devront appliquer la Directive sans discrimination fondée sur, notamment, l'orientation sexuelle, a le considérant devenu 7.
- Directive du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts¹¹¹: le texte final ne mentionne pas la clause d'anti-discrimination d'art. 35 de la proposition¹¹², mais la référence est faite dans le considérant 11 aux 'instruments du droit international ... qui interdisent la discrimination'¹¹³.
- Proposition de Directive concernant des normes minimales relatives aux procédures d'octroi et de retrait du statut de réfugié¹¹⁴: l'art. 41 stipule que les dispositions de la Directive doivent être appliquées sans discrimination fondée sur les six motifs mentionnés par l'art. 13 CE, plus le pays d'origine. Une deuxième ébauche de la proposition tout entière insérerait dans l'art. 42 l'ensemble des motifs mentionnés par l'art. 21 de la Charte de l'UE, ainsi

¹⁰⁶ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO 3/10/2003, L 251/12. Voir également les propositions précédentes: COM(1999) 638 final - 1999/258 (CNS), JO 26/4/00, C 116 E/66 ; modifiée par COM(2000) 624 final - 1999/258 (CNS), JO 27/2/01, C 62 E/99 ; à nouveau modifiée par COM(2002) 225 final - 1999/258(CNS), JO 27/8/02 C203 E/136.

¹⁰⁷ Directive 2003/109/CE du Conseil, JO 23/01/04, L 16/44.

¹⁰⁸ COM(2001) 127 final - 2001/74 (CNS), JO 28/8/01, C 240 E/79.

¹⁰⁹ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, OJ 6/8/2004, L 261/19.

¹¹⁰ COM(2002) 71 final – 2002/43 (CNS), OJ 28/5/02, C 126 E/393.

¹¹¹ Directive 2004/83/C du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, OJ 30/9/2004, L 304/12.

¹¹² COM(2001) 510 final – 2000/207 (CNS), OJ 26/2/02, C 51 E/325.

¹¹³ Notez que l'article 10 de la Directive mentionne explicitement l'orientation sexuelle en tant qu'un possible 'motif de la persécution', en déclarant cela : 'En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des États membres. Les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article'.

¹¹⁴ COM(2000) 578 final - 2000/238(CNS), JO 27/2/01, C 62 E/231.

que l'appartenance à un groupe social particulier, la santé ou le pays d'origine¹¹⁵.

- Procédures de Directive relatives aux conditions d'entrée et de séjour de ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité non salarié ¹¹⁶: elle contient une clause identique (art. 32).

2.1.9 Autres aspects du cadre juridique

Une affaire décidée récemment par la CJCE (*KB contre National Health Service Pensions Agency*¹¹⁷) a donné à la Cour l'opportunité de trancher sur la question de la pension de réversion pour le partenaire (non marié) transsexuel d'un employé.

L'affaire concernait le droit d'un transsexuel femme/homme à bénéficier de la pension de son partenaire féminin au cas où elle décéderait avant lui. Le système de pension de son employeur n'autorise le paiement d'une pension de réversion qu'au "conjoint" légalement marié. KB, l'employé, affirmait devant la CJCE que le refus de payer la pension de réversion à son partenaire viole l'art. 141 CE et la Directive 75/117/CE relatives à l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes. Le 10 juin 2003, l'avocat général Colomer rendit un avis arguant que:

(i) la réglementation nationale est contraire au droit communautaire, parce que:

- selon les règles et pratiques en vigueur dans treize des quinze États membres, les transsexuels sont autorisés à se marier ;
- suivant la CEDH dans *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*¹¹⁸, les États bénéficient d'un degré de discrétion dans les affaires de changement de sexe et de mariage, mais ne peuvent éteindre totalement le droit au mariage des transsexuels ;

(ii) le litige concerne une question régie par le Traité.

L'avocat général souligna clairement que "cette inégalité de traitement ne se rapporte pas à la reconnaissance d'une pension de veuf, mais à une condition préalable indispensable à l'octroi de celle-ci". A cet égard, il s'est abstenu de suggérer à la Cour de rendre une décision quant au droit matrimonial (*a fortiori* sur le "droit matrimonial européen"), mais a averti que tout traitement défavorable en ce qui concerne la jouissance des droits conférés aux individus par le droit communautaire du fait d'un changement de sexe constituerait une discrimination directe fondée sur le sexe interdite par l'article 141 CE (para. 76). En conséquence, il conclut que l'art. 141 "*interdit* la législation nationale qui, en refusant le droit des transsexuels au mariage dans leur nouveau sexe, leur refuse le bénéfice à une pension de veuf (veuve)".

La Cour n'a pas totalement clarifié le principe qui distingue *Grant* (*ci-dessus*, 2.1.6) de *P. contre S.* (*ci-dessus*, 2.1.2) ; elle n'a pas non plus explicité la nature du type de discrimination en question. Le rapport exprimé dans *P. contre S.*

¹¹⁵ COM(2002) 326 final/2 - 2000/238(CNS), JO 26/11/02, C 291 E/143 (modification à la proposition du 18.6.2002).

¹¹⁶ COM(2001) 386 final - 2001/154 (CNS), JO 27/11/01, C 332 E/248.

¹¹⁷ CJCE, 7 janvier 2004, affaire C-117/01, non encore paru dans Rec..

¹¹⁸ CEDH, 11/7/2002, requête n°28957/95, en ligne à l'adresse <http://www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm>.

(une discrimination fondée sur un changement de sexe est une discrimination fondée sur le sexe) n'a pas été rappelé, parce que ce qui compte aux fins d'octroyer la pension de réversion c'est le statut (marié) du bénéficiaire, que le requérant soit un homme ou une femme. La Cour a cependant accepté le raisonnement de l'avocat général concernant la discrimination fondée sur le sexe, statuant que lorsque l'inégalité de traitement concerne non pas le droit protégé par le droit communautaire, mais l'une des conditions (la capacité de se marier) d'octroi de ce droit, l'art. 141 CE est en principe violé. La législation britannique interdisant aux transsexuels de se marier semble avoir été considérée comme étant incompatible avec le Traité instituant la Communauté européenne principalement parce qu'elle avait déjà été déclarée en violation de l'art. 12 de la Convention par la Cour de Strasbourg (voir *Goodwin*). Enfin, la Cour statua que "il incombe au juge national de vérifier si, dans un cas tel que celui de l'affaire au principal, une personne dans la situation de *K. B.* peut se fonder sur l'article 141 CE afin de se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d'une pension de réversion".

2.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

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

En vertu de l'art. 249 CE, une Directive "lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens". Le Traité, donc, choisit d'accepter un éventuel manque d'uniformité entre des mesures de mise en œuvre nationales. Toutefois, l'absence de règles uniformes ne doit pas compromettre le bon fonctionnement du système communautaire, qui impose l'absence de discrimination fondée sur la nationalité¹¹⁹: selon la CJCE, la transposition du droit communautaire (comme une Directive) dans la législation des États membres ne doit pas remettre en cause l'égalité des États membres devant le droit communautaire et créer des discriminations à charge de leurs ressortissants¹²⁰ (voir également *ci-dessous*, 2.5.4).

En général, la jurisprudence de la CJCE a établi que "les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requises afin que soit satisfaite l'exigence de sécurité juridique"¹²¹. En outre, la CJCE soutint que "l'exigence de sécurité juridique exige une publicité adéquate"¹²², que "de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable des obligations du

¹¹⁹ Tesauro, 2003, 95.

¹²⁰ CJCE, 7 février 1973, affaire 39/72, *Commission contre Italie* [1973] Rec. 101, para. 24.

¹²¹ CJCE, 17 mai 2001, affaire C-159/99, *Commission contre Italie* [2001] Rec. I-4007, para. 32 ; 27 février 2003, affaire C-415/01, *Commission contre Belgique* [2003] Rec. I-2081, para. 21 ; 30 mai 1991, affaire C-59/89 *Commission contre Allemagne* [1991] Rec. I-2607, para. 24 ; 19 mai 1999, affaire C-225/97, *Commission contre France* [1999] Rec. I-3011, para. 37.

¹²² Affaire C-415/01, *Commission contre Belgique*, *cit.*, para. 21.

traité”¹²³, et que “un État membre ne saurait exciper de situations de son ordre juridique interne pour justifier le non-respect des obligations qui résultent du droit communautaire”¹²⁴ (en invoquant que la question entre dans les compétences des autorités locales ou régionales). L’existence d’un manquement aux obligations d’un État membre “doit être appréciée en fonction de la situation de l’État membre telle qu’elle se présentait au terme du délai fixé dans l’avis motivé”¹²⁵.

Par ailleurs, la Cour a statué que les dispositions de la Constitution, même si elles sont directement applicables, ne constituent pas un mode de transposition approprié, parce que “les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent une formulation non équivoque”¹²⁶.

Les conventions collectives qui ne sont pas conformes au droit communautaire doivent être adaptées par une législation nationale complémentaire. En outre, l’absence de législation de mise en œuvre explicite ne peut pas être justifiée en invoquant que, selon les pratiques nationales, le règlement de la question est laissé aux conventions collectives. Suivant le principe érigé par la Cour dans *Commission contre Danemark*¹²⁷, il est loisible aux États membres de laisser l’application d’une Directive en premier lieu à des représentants de la direction et des employés. Il subsiste cependant des cas dans lesquels les conventions collectives ne peuvent pas être considérées comme un instrument suffisant de transposition, parce qu’elles ne créent pas de règles générales applicables à tous les employés, mais uniquement à ceux d’un secteur industriel spécifique, ou parce que les employés en question ne sont pas membres d’un syndicat. La Cour trancha que, même si la convention collective était conforme au principe d’égalité des rémunérations prévu par la Directive, il était loin d’être certain que “la même application de ce principe est garantie aux employés dont les droits ne sont pas définis par de telles conventions”¹²⁸. En conséquence, la législation de l’État doit être explicite et ne peut reposer sur des solutions interprétatives existantes de partenaires sociaux ou de tribunaux pour justifier l’absence d’une transposition complète.

La CJCE a également stimulé l’efficacité des Directives par le principe d’interprétation harmonieuse, qui soumet la législation de mise en œuvre nationale à une interprétation “à la lumière du texte et de la finalité de la Directive”¹²⁹ ; le même principe s’étend au droit national qui précède une Directive et à des situations qui ne concernent que des particuliers¹³⁰.

¹²³ Affaire C-159/99, *Commission contre Italie*, cit., para. 32 ; 15 décembre 1982, affaire 160/82, *Commission contre Pays-Bas* [1982] Rec. 4637, para. 4 ; 2 décembre 1986, affaire 239/85, *Commission contre Belgique* [1986] Rec. 3645, para. 7 (mise en œuvre par une circulaire) ; 11 novembre 1999, affaire C-315/98, *Commission contre Italie* [1999] Rec. I-8001, para. 10 (mise en œuvre par des circulaires).

¹²⁴ CJCE, 16 janvier 2003, affaire C-388/01, *Commission contre Italie* [2003] Rec. I-721 ; 15 décembre 1982, affaire 160/82, *Commission contre Pays-Bas* [1982] Rec. 4637, para. 4.

¹²⁵ CJCE, 16 janvier 2003, affaire C-29/02, *Commission contre Espagne* [2003] Rec. I-811, para. 9 ; 13 mars 2003, affaire C-436/01, *Commission contre Belgique* [2003] Rec. I-2633, para. 7.

¹²⁶ CJCE, 28 octobre 1999, affaire C-187/98, *Commission contre Grèce* [1999] Rec. I-7713, au para 54.

¹²⁷ CJCE, 30 janvier 1985, affaire 143/83, *Commission contre Danemark* [1985] Rec. 427.

¹²⁸ *Commission contre Danemark*, cit., para. 9.

¹²⁹ CJCE, 10 avril 1984, affaire 14/83, *Von Colson et Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen* [1984] Rec. 1891, para. 26.

¹³⁰ CJCE, 13 novembre 1990, affaire C-106/89, *Marsleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] Rec. I-4135.

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

La Directive-cadre ne définit pas ce que l'on entend par orientation sexuelle. L'unique commentaire à cet égard figure dans l'exposé des motifs de la Commission à l'art. 1, qui établit une distinction entre "orientation sexuelle, qui est couverte (...), et comportement sexuel, qui en est exclu"¹³¹. Les premières critiques à l'encontre de cette limitation se trouvent dans la justification succincte de l'Avis de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, faisant partie du Rapport du Parlement européen sur la proposition de Directive-cadre¹³².

Le commentaire de la Commission pouvait être interprété comme tenant compte des craintes de certains États membres que la Directive-cadre les empêche d'interdire certaines formes de comportement sexuel (voir également *ci-dessous*, 2.4.2) ; dans ce sens, elle a été jugée inutile et déplacée (parce que rien dans la Directive ne touche aux interdictions criminelles), et comme étant excessivement large (parce qu'elle pourrait exclure tout comportement, pas seulement celui jugé illicite)¹³³.

Il est clair que cette limitation, que ne reflète pas la Directive, pourrait avoir de graves implications sur les homosexuels et les lesbiennes, si certains tribunaux devaient s'en inspirer pour trouver un traitement défavorable non discriminatoire sur la seule base du "comportement", et non de "l'orientation". Le même argument ne serait guère convaincant s'il était avancé dans le contexte d'une discrimination fondée sur la religion, parce que la liberté religieuse englobe également la liberté d'exprimer son propre credo en fonction de rites légaux (voir *ci-dessous*, 2.3.1). L'exposé aurait été mieux formulé s'il avait été dit que la Directive ne s'appliquait pas à un comportement différent de celui consistant dans le choix du sexe du partenaire.

L'interprétation restrictive serait contraire à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon laquelle une *conduite* homosexuelle est assurément un aspect de la vie privée¹³⁴, ou de l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹³⁵ (voir *ci-dessous*, 2.3.1). De même, elle peut être particulièrement gênante pour des couples de même sexe, mais à la lumière de *Grant* (CJCE) et de *Karner* (CEDH) la possibilité de considérer "faire partie d'un couple de même sexe" comme étant quelque chose de différent d'un aspect d'orientation" sexuelle semble lointaine (voir *ci-dessus*, 2.1.6).

En ce qui concerne les types "d'orientation" liés au sexe de la personne, à la lumière de la décision de la CJCE dans *P. contre S. et Cornwall County Council*¹³⁶, il semble correct de souligner que la discrimination fondée sur un changement de sexe doit être considérée comme une forme de discrimination

¹³¹ COM (1999) 565, 1999/0225 (CNS), JO 27/6/00 C 177 E/42. En ligne à l'adresse http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/1999/com1999_0565fr01.pdf.

¹³² Parlement européen, 21 septembre 2000, A5-0264/2000. A la p. 51, note 23, le rapporteur précisait "qu'il serait souhaitable que la Commission et le Conseil précisent que ce passage ne signifie en aucun cas que la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est caduqué dès lors qu'il s'avère que les intéressés ne se contentent pas de pensées et de fantasmes mais qu'ils passent à l'acte".

¹³³ Bell, 2001, 655.

¹³⁴ *Dudgeon contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, requête n°7525/76, peut être consultée en ligne à l'adresse <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹³⁵ *L. et contre v. Autriche*, 9 janvier 2003, requêtes n°39392/98 et 39829/98 ; *S.L. contre Autriche*, 9 janvier 2003, requête n°45330/99.

¹³⁶ CJCE, 30 avril 1996, affaire C-13/94, *P contre S et Cornwall County Council* [1996] Rec. I-2143.

fondée sur le sexe. Pour ce qui est des “orientations” liées au sexe en tant que forme d’“érotisme”, il ne serait pas raisonnable de spéculer qu’un comportement illégal entre dans la définition du terme, alors qu’il est peu probable que les formes légales de comportement érotique (le sadomasochisme, par exemple) seront considérées comme étant protégées par l’interdiction de la discrimination fondée sur “l’orientation sexuelle”. Voir également para 19.2.2.

2.2.3 *Discrimination directe (art. 2(2)(a) Directive)*

Suivant l’art. 2(2)(a) de la Directive-cadre, “une discrimination directe se produit lorsqu’une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l’un des motifs visés à l’Article 1^{er}”.

En ce qui concerne l’orientation sexuelle, il convient en particulier de distinguer personnes hétérosexuelles et personnes homosexuelles ou bisexuelles. En conséquence, (posé en termes asymétriques), une discrimination directe fondée sur l’orientation sexuelle trouve sa source dans un traitement qui impose aux homosexuels, aux lesbiennes et aux bisexuels des charges qui ne sont pas imposées aux hétérosexuels. Ces charges (comme une discrimination à l’emploi) sont souvent le résultat d’un préjugé, d’un stéréotype et d’une prévention associés à l’homosexualité. Etant donné les spécificités de l’orientation sexuelle, comme l’invisibilité, la charge additionnelle imposée sur les lesbiennes et les gays peut être, et est souvent, celle de l’imposition du silence par crainte d’être confronté à ce type de prévention et ses conséquences pénibles. Le silence et la dissimulation, à leur tour, peuvent avoir une incidence négative sur la perception qu’a la personne d’elle-même, en sa qualité d’individu tout aussi digne de considération et de respect, et sur la possibilité de mener une vie épanouie dans toute sa dimension sociale et relationnelle. Cela frustre l’un des objets conceptuels de l’égalité, celui de la protection de la dignité humaine.

2.2.4 *Discrimination indirecte (art. 2(2)(b) Directive)*

Le concept de discrimination indirecte reflète un “principe d’égalité axé sur les résultats”, qui se concentre sur les effets qu’un traitement apparemment neutre peut avoir sur un individu ou un groupe¹³⁷. A l’inverse de la définition donnée par la Directive relative à la charge de la preuve¹³⁸, l’art. 2(2)(b) de la Directive-cadre ne fait pas référence à la nécessité d’être désavantagé pour être une “une proportion nettement plus élevée” (que ceux non désavantagés), une formulation qui a conduit la CJCE à exiger une preuve statistique assez stricte¹³⁹.

A la place, la Commission a préféré la définition formulée par la CJCE dans des affaires relatives à la libre circulation des employés¹⁴⁰. Dans l’énoncé de la

¹³⁷ Fredman, 2001, 161.

¹³⁸ Directive 97/80/CE du Conseil, JO 20/1/98, L 14/6, art. 2.

¹³⁹ Voir Schiek, 2002, 296 ; Fredman, 2001, 162.

¹⁴⁰ CJCE, 23 mai 1996, *O’Flynn contre Adjudication Officer*, affaire C-237/94 [1996] Rec. 2417. Voir p. 8 de l’exposé des motifs de la première proposition, COM (1999) 565, 1999/0225 (CNS), JO 27/6/00 C 177 E/42, en ligne à l’adresse http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/1999/com1999_0565fr01.pdf, où il est dit que “Cette possibilité peut être établie sur la base de preuves statistiques ou par tout autre moyen démontrant qu’une disposition serait intrinsèquement défavorable à la ou les personnes concernées”.

Directive-cadre, une discrimination indirecte, donc, est dite se produire “lorsqu’une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d’entraîner un désavantage particulier pour des personnes d’une orientation sexuelle donnée, par rapport à d’autres personnes”, à moins que cela ne soit justifié (voir *ci-dessous*, 2.4.1). Les versions françaises, allemande et italienne de la Directive disent qu’il y a discrimination indirecte lorsqu’une disposition, un critère ou une pratique neutre est “susceptible” d’entraîner un désavantage particulier pour des personnes, et ce libellé suggère que la simple possibilité, et non une réelle probabilité, d’un désavantage donné est suffisante.

Dès lors, les lesbiennes, les homosexuels et les bisexuels n’ont pas besoin de présenter des données statistiques. Cette exigence constituerait une charge presque invincible parce que les principes de protection de la vie privée/confidentialité interdisent le “dénombrement” des employés homosexuels et lesbiennes. Comme le met en exergue le considérant 15 de la Directive-cadre, une discrimination indirecte peut être présumée à partir d’une variété de facteurs “conformément au droit national ou aux pratiques nationales” (ou par “notoriété de fait ou des études sociologiques qualitatives plutôt que quantitatives”¹⁴¹), un point qui demande un futur examen minutieux des preuves demandées par les tribunaux nationaux parce que des différences importantes peuvent surgir.

2.2.5 *Interdiction et concept de harcèlement (art. 2(3) Directive)*

Le harcèlement lié à (notamment) l’orientation sexuelle est considéré comme une forme de discrimination. Suivant l’art. 2(3), le comportement indésirable doit avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d’une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. La définition de harcèlement comme une forme de discrimination est une notion relativement nouvelle pour un certain nombre d’États membres et a poussé certains à demander une nouvelle Directive pour les formes de harcèlement qu’elle ne vise pas¹⁴².

La définition de harcèlement dans la Directive-cadre ne se limite pas au harcèlement *sexuel* et est identique à celle du harcèlement fondé sur le sexe présente dans la Directive modifiant la Directive relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement (art. 2(2))¹⁴³. Toutefois, cette dernière définit également le “harcèlement sexuel” comme “un comportement non désiré à connotation sexuelle, s’exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement”. Il a été avancé, et la Recommandation de la Commission de 1991 sur la protection de la dignité des hommes et des femmes au travail¹⁴⁴ va dans le même sens, que le harcèlement et le harcèlement sexuel contre les lesbiennes et les gays, “au motif de leur déviance par rapport aux rôles sexuels traditionnels”¹⁴⁵, constituent effectivement une discrimination fondée sur le sexe. Cela peut parfois conduire à l’application de la Directive modifiant la Directive relative à l’égalité de traitement, qui ne laisse pas aux États membres

¹⁴¹ Schiek, 2002, 296.

¹⁴² Driessen-Reilly & Driessen, 2003, 493.

¹⁴³ Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002, JO 5/10/02, L 269/15.

¹⁴⁴ 27 novembre 1991, JO 24/02/92 L 49/1. Adoptée par le Conseil par la Déclaration 19 décembre 1991, JO 4/2/92 C 27/1.

¹⁴⁵ Schiek, 2002, 297.

la possibilité de définir le harcèlement conformément au droit national ou aux pratiques nationales. Cette dernière possibilité qu'offre la Directive-cadre a été critiquée dans le but de compromettre son efficacité¹⁴⁶.

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

Selon l'art. 2(4), l'injonction de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes au motif de l'orientation sexuelle doit être considérée comme une forme de discrimination prohibée. Un cas spécifique est celui d'un employeur qui enjoint à une agence pour l'emploi de choisir du personnel parmi les hétérosexuels uniquement.

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

Dans les limites des compétences conférées à la Communauté (notons que l'art. 13 CE parle de "pouvoirs"), la Directive s'applique à un certain nombre de réalités liées à l'emploi et au travail:

- (a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ;
- (b) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique ;
- (c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ;
- (d) l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation d'employés ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations.

L'Art. 3 énonce clairement que la Directive s'applique à "toutes les personnes, tant pour le secteur public que le secteur privé". Cette formulation semble suffisamment vaste pour englober les zones grises que sont le service militaire obligatoire et le travail volontaire.

En outre, il convient de noter que les conditions d'"emploi" et de "travail" semblent être considérées comme des notions distinctes l'une de l'autre. Dans la proposition modifiée de Directive relative aux conditions de travail des employés intérimaires, les "conditions essentielles de travail et d'emploi" sont définies comme les conditions "fixées par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives, les conventions collectives et/ou d'autres dispositions générales liées à: (i) la durée du temps de travail, les heures supplémentaires, les pauses, les périodes de repos, le travail de nuit, les congés payés et les jours fériés et (ii) la rémunération"¹⁴⁷. La Directive-cadre peut avoir choisi de mentionner explicitement les deux types de "conditions" afin de faire en sorte que son champ d'application englobe également le

¹⁴⁶ Bell, 2001, 662.

¹⁴⁷ Proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, COM(2002)701 final, 28 novembre 2002.

harcèlement, que n'incluent clairement pas les conditions d'emploi, mais bien les conditions de travail.

La notion de "rémunération" a largement été interprétée par la CJCE, et il a déjà été remarqué que "tout l'éventail de prestations que les employeurs peuvent offrir aux partenaires des employés tombent dans le cadre de la Directive"¹⁴⁸ (y compris les prestations qui constituent "un avantage payé par l'employeur à l'employé en raison de l'emploi de ce dernier"¹⁴⁹). La large interprétation de la rémunération comme incluant les bénéfices octroyés aux partenaires des employés peut aller à l'encontre d'un certain nombre de déclarations non contraignantes, y compris le considérant 22 et l'exposé des motifs¹⁵⁰ de la Commission, tous visant à souligner que la Directive ne touche pas l'état civil et les prestations octroyées aux couples mariés. Au regard de la jurisprudence existante de la CJCE, la marge pour rejeter d'accepter que le refus d'octroi de bénéfices à des couples en raison de la combinaison des sexes constitue une forme de discrimination (directe) fondée sur l'orientation sexuelle (*Grant*) semble étroite ; lorsque la distinction a lieu en raison du lien juridique existant entre les partenaires, cependant, l'état civil entre en jeu (*D et Suède contre Conseil*).

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

La Directive-cadre s'applique à "toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé" (art. 3(1)).

Cette disposition n'indique pas clairement qui est visé par cette interdiction de discrimination. Rien dans ce texte ne suggère que l'interdiction s'adresse seulement aux employeurs (contractuels). La question, alors, est de savoir quelles autres catégories de personnes sont soumises aux exigences de la Directive. Le libellé choisi suggère qu'une large interprétation de la prohibition doit être préférée. Il convient de noter que, par exemple, le harcèlement est souvent le fait d'autres personnes que l'employeur contractuel (des collègues de travail ou des clients, par exemple) et que certains autres actes de discrimination (par exemple, le refus d'une promotion) peuvent également venir d'un patron/directeur. Il ne serait pas raisonnable dans de tels cas de refuser l'application de la Directive au motif qu'il n'existe pas de rapport contractuel entre l'auteur de la discrimination et la ou les personnes affectées.

En corollaire, se pose le problème de considérer l'employeur contractuel (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale) responsable des agissements de tiers ; par exemple, dans le cas de sociétés, se pose la question de savoir si la personne morale sera tenue responsable du comportement discriminatoire du patron/directeur. Il convient de noter que l'art. 2(2)(b)(ii) de la Directive mentionne spécifiquement "toute personne ou *organisation* auquel s'applique la

¹⁴⁸ Bell, 2001, 656.

¹⁴⁹ CJCE, 13 mai 1986, affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus contre Weber* [1986] Rec. 1607, paras. 20-22 ; voir également 17 mai 1990, affaire C-262/88, *Barber contre Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] Rec. I-1889, paras. 25-28.

¹⁵⁰ Le considérant 22 précise que "La présente Directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent". L'exposé des motifs, aux termes de l'art. 1, soutient "qu'il conviendrait de souligner que la présente proposition ne touche pas à l'état civil et n'empiète donc pas sur les droits à prestations des couples mariés" (voir COM(1999) 565 final, 1999/0225 (CNS), p. 8).

présente Directive”, laissant à penser que les personnes morales, aussi, sont soumises à ses dispositions. Qu’il s’agisse d’une personne physique ou d’une personne morale, il est réaliste d’avancer que tant le libellé de l’art. 3(1) que l’esprit de la Directive imposent un devoir d’attention dans l’employeur, au moins lorsque la question est suffisamment en son pouvoir.

Si elles devaient refuser d’offrir à une personne l’un de leurs services, les agences pour l’emploi seraient couvertes: considérer que ce cas échapperait au champ d’application de la Directive, sans rapport avec l’offre de biens et de services, irait à l’encontre de la disposition de l’art. 3(1)(a) relative à “l’accès à l’emploi”. On considère généralement que les services fournis par les agences pour l’emploi entrent dans la définition du terme “emploi”.

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

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

La différence entre préférence et comportement peut être illustrée par la décision de la CEDH dans *Lustig-Prean et Beckett*, où la Cour soutint qu’une politique globale excluant tous les homosexuels des forces armées, qu’il y ait eu comportement concret ou non, constitue une infraction de l’art. 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée). Le gouvernement britannique répliqua que, concernant les forces armées, étaient d’application des règles plus strictes, à même de réduire les droits individuels d’une manière qui ne s’applique pas à la société civile. Cette affirmation reposait sur la jurisprudence de la Cour, comme *Kalaç*¹⁵¹. Cependant, dans *Lustig-Prean*, la Cour distingue les faits de *Kalaç* parce que le premier avait été révoqué “en raison de sa conduite [religieuse] alors que, dans la présente affaire, les intéressés ont été révoqués en raison de leurs *caractéristiques personnelles* innées”¹⁵².

Le parallèle entre orientation sexuelle et religion est un élément particulièrement pertinent parce qu’il met en évidence la double structure de ces deux caractéristiques, qui impliquent une dimension interne (attirance/foi) et une dimension externe (comportement).

La première affaire d’orientation sexuelle pour laquelle la Cour rendit une décision positive en vertu de l’art. 8 de la Convention, *Dudgeon*¹⁵³, concernait en réalité le “comportement” (sexuel). La CEDH avança qu’un tel aspect était couvert par le droit au respect de la vie privée. Par sa décision dans *Lustig-Prean*, elle ajouta que le même droit couvrirait également l’orientation sexuelle en tant que “caractéristique personnelle”, qu’un comportement spécifique soit manifesté ou non. Dans deux affaires récentes concernant une plainte contre le maintien en vigueur dans la législation autrichienne d’une disposition qui pénalisait uniquement les *actes* homosexuels entre hommes adultes et

¹⁵¹ CEDH, 1 juillet 1997, *Kalaç contre Turquie*, requête n°20704/92, *Rapports* 1997-IV, p. 1209.

¹⁵² CEDH, 27 septembre 1999, requêtes n°31417/96 et 32377/96 (para. 86, emphase ajoutée).

¹⁵³ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, requête n°7525/76.

adolescents consentants âgés entre quatorze et dix-huit ans, la Cour conclut que l'art. 209 du Code pénal, l'article contesté, enfreignait l'art. 14 de la Convention conjointement avec l'art. 8¹⁵⁴. Ainsi, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle garantie par la Convention, et plus seulement l'art. 8 pris isolément, interdit aussi la discrimination fondée sur un comportement (homo)érotique.

Certaines déclarations se rapportant à la Directive-cadre semblent suggérer que ne devrait pas être régi que le comportement sexuel (voir *ci-dessus*, 2.2.2 ; *ci-dessous*, 2.4.2). Toutefois, dans *Grant*, la CJCE a indiqué qu'une inégalité de traitement fondée sur le comportement (sous la forme de l'entretien d'une relation entre personnes du même sexe) peut constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir *ci-dessus*, 2.1.6). L'argument selon lequel la notion d'"orientation sexuelle" de la Directive-cadre (ou effectivement "la religion ou les convictions") inclut le comportement peut également être avancé sur la base de l'art. 2(5) de la Directive-cadre, une disposition qui n'aurait que peu d'utilité, voire aucune, si le sens de ces motifs était limité à l'attraction/la foi entendues comme une caractéristique interne de l'identité d'une personne: dans ce sens, en fait, les motifs protégés peuvent difficilement être vus comme un danger potentiel pour la sécurité publique, l'ordre public, le droit d'autrui, etc.

Un problème se pose dans les affaires de comportement discriminatoire en raison d'une orientation sexuelle perçue ou supposée. L'orientation sexuelle est généralement une caractéristique intangible et invisible. Lorsqu'un individu pratique la discrimination parce qu'il pense que la victime est gay, lesbienne ou bisexuelle, importe-t-il que la personne victime de la discrimination appartienne ou non à la catégorie ciblée?

Une réponse négative nous est offerte par la justification succincte de l'Avis de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, faisant partie du Rapport du Parlement européen sur la proposition de Directive-cadre¹⁵⁵.

La Directive-cadre ne se penche pas sur la question de manière explicite. La définition de discrimination directe à l'art. 2(2) des versions anglaise et française, au moins, ne fait pas référence à l'orientation sexuelle d' "untel" ou d' "unetelle". En conséquence, l'expression "fondée sur l'orientation sexuelle" peut et devrait être interprétée comme prohibant un traitement inégal des victimes qui ne sont pas (ou ne se considèrent pas comme étant) gays et lesbiennes, lorsque le motif de l'inégalité de traitement est (hypothétiquement) l'homosexualité¹⁵⁶.

¹⁵⁴ CEDH, *L. et contre v. Autriche*, 9 janvier 2003, requêtes n°39392/98 et 39829/98 ; *S.L. contre Autriche*, 9 janvier 2003, requête n°45330/99.

¹⁵⁵ Parlement européen, 21 septembre 2000, A5-0264/2000. A la p. 51, le rapporteur souligne que "l'interdiction des discriminations concerne l'interdiction d'une distinction établie par une personne vis-à-vis d'une autre sur la base d'une caractéristique ou d'une particularité attribuée par la première à cette dernière. La question de savoir si l'individu possède réellement cette caractéristique ou particularité est en principe dénuée de pertinence".

¹⁵⁶ Il est intéressant de souligner que la version italienne de la Directive Race indique "pour des raisons de [sa]/[son] race ou de [sa]/[son] origine ethnique" (un grand merci à Mark Bell d'avoir attiré mon attention sur ce point), alors que la version française de la même Directive dit "pour des raisons de race ou d'origine ethnique". La version anglaise indique "on the grounds of racial or ethnic origin".

Il ne devrait pas importer que la discrimination se produise ou non parce que la victime est en réalité identifiée comme une lesbienne, un gay ou un bisexuel, en raison d'une caractéristique que l'on leur attribue généralement ou en raison d'une simple erreur: la largeur du libellé de l'art. 2(1) de la Directive doit viser à interdire toute discrimination fondée sur une supposition erronée concernant l'orientation sexuelle d'une personne¹⁵⁷.

Si la discrimination fondée sur une supposition erronée n'est pas régie, se posera alors la question de la preuve quant à l'orientation sexuelle de la victime (voir *ci-dessous*, 2.5.9).

2.3.2 *Discrimination sur la base de la déclaration, ou de l'absence d'occultation, de l'orientation sexuelle*

Il arrive que les employeurs n'objectent pas à la préférence, au comportement ou à la relation homosexuelle, lesbienne ou bisexuelle de leurs employés, mais n'acceptent pas leur expression ou leur manifestation (verbalement ou non verbalement) vis-à-vis d'autrui, comme des collègues ou le public. Un traitement défavorable résultant du coming-out devrait être considéré comme un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, parce que cela équivaldrait à un traitement moins favorable fondé sur l'expression ou la manifestation de l'orientation sexuelle, une caractéristique personnelle protégée. Voir *ci-dessus*, para. 2.3.1 relatif à la non-utilisation de pronoms. Si l'on objectait à la seule déclaration en tant que personne homosexuelle, lesbienne ou bisexuelle, on serait alors face à un cas de discrimination directe ; la comparaison avec une personne se déclarant hétérosexuelle serait purement hypothétique, mais l'art. 2(2)(a) n'exclut pas cette possibilité. Si aussi le coming-out en tant que hétérosexuel était interdit on pourrait arguer que cela constitue une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, parce que le besoin du coming-out est plus grand parmi les non-hétérosexuels, afin d'éviter d'être pris, automatiquement et presque inconsciemment, pour des hétérosexuels.

Dans certains cas, il peut arriver qu'un employeur réagisse négativement à d'autres affirmations lancées par l'employé, seulement indirectement liées à l'orientation sexuelle. Dans *Morissens*¹⁵⁸, une ancienne affaire tranchée sous la CEDH, le motif du renvoi était, en réalité, la violation de confidentialité. L'affaire avait trait à un licenciement en raison d'allégations publiques faites par une employée lesbienne à propos du manque de transparence dans les procédures de promotion, lorsqu'elle rapporta des rumeurs selon lesquelles elle n'avait pas été nommée à cause de son orientation sexuelle. La Commission européenne des Droits de l'Homme imposa un devoir de retenue sur les employés, plus large pour les membres du service public, par rapport à leur critique de la direction. Selon l'avis de la Commission, l'art. 10 de la Convention (droit à la liberté d'expression) n'a pas été violé en raison de (i) la nature spécifique du service public, qui induit une obligation de confidentialité (*devoir de réserve*) particulière, et (ii) du mode d'expression utilisé.

¹⁵⁷ Bell, 2002, 115.

¹⁵⁸ CEDH, 3 mai 1988, *Morissens contre Belgique* [1988] 56 DR 127.

2.3.3 Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexe différent

Dans le cas de cohabitants non mariés, j'ai déjà souligné qu'un traitement défavorable entre couples de même sexe et de sexe opposé n'a pas été considéré contraire à la législation relative à l'égalité entre hommes et femmes de la Communauté (voir *Grant*, ci-dessus, 2.1.6). Cependant, dans la même affaire, la CJCE jugea qu'une telle situation de fait constituait un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, pas encore interdite par le droit communautaire au moment où la décision avait été prise¹⁵⁹.

Cette situation de fait peut être décrite comme un exemple de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, parce que le seul critère pertinent qui sous-tend le traitement défavorable est la combinaison des sexes du couple. Aujourd'hui, il semble raisonnable de déduire de *Grant* que le traitement défavorable entre partenaires de même sexe et partenaires de sexe différent est régi par la Directive-cadre ; cela est particulièrement vrai à la lumière de l'art. 3(1)(c), qui précise que le champ d'application de la Directive englobe des éléments tels que la "rémunération", dont les prestations du partenaire sont une composante. En conséquence, lorsqu'un employeur accorde des bénéfices pour conjoint à des partenaires de sexe opposé non mariés, il doit également reconnaître ces prestations à des partenaires de même sexe non mariés. Comme cela a été souligné, cette interprétation de la Directive-cadre peut avoir une pertinence pratique variable, plus prononcée lorsque les employeurs reconnaissent déjà les partenaires de sexe opposé non mariés, mais sans rapport lorsqu'ils ne les reconnaissent pas du tout, mais elle équivaut à une préparation importante en vue de futurs aménagements¹⁶⁰. Par exemple, elle s'appliquerait également à un traitement défavorable entre partenaires de même sexe enregistrés et partenaires de sexe opposé enregistrés. Ce cas peut se présenter en France, aux Pays-Bas, en Belgique et dans certaines communautés espagnoles, où l'enregistrement de partenaires est accessible aux couples de même sexe et de sexe opposé.

En ce qui concerne le traitement défavorable entre partenaires mariés et non mariés, la base de distinction est évidemment l'état civil, parce que seuls les époux mariés se voient accorder des bénéfices. Comme déjà mentionné, l'exposé des motifs et le considérant 22 précisent que la Directive est sans préjudice pour l'état civil et les prestations qui en dépendent. D'aucuns ont débattu de la possibilité de considérer cette forme de traitement défavorable comme un cas de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle ; l'argument est que le mariage est une institution spécifiquement hétérosexuelle (parce qu'elle demande une différence de sexe) ; en conséquence, le choix du mariage comme critère pour l'octroi de bénéfices dresse une distinction basée seulement sur l'orientation sexuelle (excepté lorsque le mariage entre personnes du même sexe est autorisé)¹⁶¹. Une analogie a été établie avec la discrimination fondée sur la grossesse, traitée comme une forme de discrimination directe fondée sur le sexe parce que la raison du traitement défavorable repose sur une caractéristique qui n'appartient qu'à un sexe¹⁶².

¹⁵⁹ para. 47.

¹⁶⁰ Waaldijk, 2001, 645.

¹⁶¹ Bell, 2001, 668.

¹⁶² Bell, 2001, 668.

Toutefois, il a plus fréquemment été avancé que le traitement défavorable entre conjoints mariés et partenaires du même sexe non mariés équivalait à une forme de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, parce que l'exigence du mariage est un critère apparemment neutre qui désavantage particulièrement les lesbiennes et les gays, dans la mesure où ils ne peuvent se marier¹⁶³. À l'inverse du considérant 22 non contraignant, la Directive-cadre même ne contient rien qui exclue cette forme de discrimination indirecte de ses interdictions. Le considérant 22, toutefois, donne une forte indication qu'une certaine discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle pourrait ne pas être régie par le principe de l'égalité de traitement. Peut-on en conclure qu'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle découlant de l'état civil doit toujours être traitée comme étant objectivement justifiée? Par qui le test de justification doit-il être effectué? Les tribunaux? Les États membres bénéficient-ils de la faculté d'introduire une législation qui exclut tout traitement défavorable de ce type de la portée de l'interdiction?

Sur le fond, aux termes de la Directive-cadre, la justification d'une discrimination indirecte doit être évaluée en fonction du caractère *approprié* et *nécessaire* des moyens utilisés pour atteindre un objectif *légitime*. Les deux premiers éléments au moins de ce test général soulèvent des questions de fait. En théorie, la mission de déterminer si l'exclusion de partenaires non mariés constitue ou non un critère qui entre dans ce système de justification est laissée à l'appréciation au cas par cas des juges nationaux, comme dans tout autre cas de discrimination indirecte. En cas d'incertitude, le juge nationale pourrait faire référence à la CJCE, posant la question de savoir si la Directive exige ou non à un employeur d'octroyer des prestations tant aux conjoints (de sexe opposé) mariés qu'aux partenaires de même sexe non mariés. Dans *Bilka*, la CJCE a indiqué que, en matière de discrimination indirecte, "il appartient à la juridiction nationale, qui est seule compétente pour apprécier les faits, de déterminer si et dans quelle mesure les motifs exposés par un employeur pour expliquer l'adoption d'une pratique salariale qui s'applique indépendamment du sexe de l'employée, mais qui frappe en fait davantage de femmes que d'hommes, peuvent être considérés comme raisons économiques objectivement justifiées"¹⁶⁴ ou, comme avancé dans *Rinner-Kühn*¹⁶⁵ et dans *Hill*¹⁶⁶, de déterminer si la pratique "est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe".

À la lumière de cette jurisprudence, il semble possible que, en cas de référence pour une question préjudicielle quant à savoir si un cas de traitement différent mis en pratique (même involontairement) par des employeurs entre partenaires mariées et non mariées de même sexe constitue ou non une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle justifiée, la CJCE renvoie la question au juge nationale, parce que la réponse fait intervenir des questions de fait. Il reste à voir si la CJCE dit également que *seules* les juridictions nationales se voient confier l'évaluation de la justification objective, ce qui exclurait vraisemblablement les parlements nationaux. Cette interprétation paraît étayée par le considérant 15, qui précise que "l'appréciation des faits qui permettent de

¹⁶³ Bell, 2001, 668 ; Waaldijk, 2001, 645 ; Waaldijk, 1999, 41.

¹⁶⁴ CJCE, affaire 170/84 *Bilka*, *cit.*, para. 36.

¹⁶⁵ CJCE, 13 juillet 1989, affaire 171/88 [1989] Rec. 2743, para. 15.

¹⁶⁶ CJCE, 17 juin 1998, affaire C-243/95 [1998] Rec. I-3739, para. 35.

présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente”.

On pourrait avancer qu'une exception dans le droit national (semblable au considérant 22, mais contraignante) limiterait le champ d'application de la Directive, empêchant ainsi *toute* juridiction nationale d'évaluer le caractère nécessaire et approprié de l'exclusion ; et, partant, qu'il n'existerait pas de procédure adéquate pour la défense des droits.

Dans *Karner*, une affaire de discrimination directe entre conjoints de sexe opposé et de même sexe non mariés, en examinant si un traitement défavorable était justifié, la Cour des Droits de l'Homme a clairement dit que le test analytique doit prendre en compte les circonstances concrètes de l'espèce: “La Cour est prête à reconnaître que la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue *en principe* une raison importante et légitime qui *pourrait* justifier une différence de traitement (...). Il reste à *examiner* si, *dans les circonstances de l'espèce*, le principe de proportionnalité a été respecté”¹⁶⁷. Une perspective similaire est partagée par les points de vue de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies dans *Young contre Australie*¹⁶⁸, un litige relatif au droit du partenaire de même sexe d'un vétéran de guerre à une pension à la mort de son partenaire. Après que la pension lui a été refusée, M. Young prétendait que le p. 5E(2) de la Veteran's Entitlement Act, qui stipule que le “membre d'un couple” englobe uniquement le conjoint légalement marié ou le partenaire non marié de sexe opposé, était contraire à l'art. 26 (égalité devant la loi et égale protection de la loi) du Pacte international des droits civils et politiques. La Commission déclara la plainte valable, arguant que le gouvernement australien n'avait fait montre d'aucune justification objective et raisonnable en distinguant couples de sexe opposé et de même sexe non mariés. Une fois encore, la question de la justification de la différence de traitement paraît cruciale.

En conclusion, on peut soutenir que les deux affaires, et le libellé plus explicite de *Karner* en particulier, justifient le rôle des juridictions dans l'évaluation de la justification de la différence de traitement, et ne prêchent pas en faveur d'une exemption législative manifeste d'analyse.

En ce qui concerne l'inégalité de traitement entre partenaires mariés et enregistrés, la situation de fait coïncide avec celle exposée dans *D et Suède contre Conseil* (voir *ci-dessus*, 2.1.6), où une allocation de foyer n'était octroyée qu'à des conjoints mariés, à l'exclusion de partenaires enregistrés (et non mariés). Ce type de traitement défavorable n'est possible qu'à l'encontre d'employés en provenance de pays qui ont adopté des systèmes de partenariat enregistré ; si le partenariat enregistré est considéré comme étant tout à fait équivalent au mariage, la seule différence étant que le premier est totalement spécifique aux homosexuels et le deuxième est totalement spécifique aux hétérosexuels, toute différence de traitement entre les deux constituerait alors une forme de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

¹⁶⁷ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Karner contre Autriche*, 24 juillet 2003, requête n°40016/98, para. 40 (emphase ajoutée).

¹⁶⁸ UNHCR, 29 août 2003, CCPR/C/78/D/941/2000.

Toutefois, en particulier lorsque le partenariat enregistré est considéré comme une forme d'enregistrement qui n'influence pas l'état civil des parties concernées (qui seraient considérées comme restant, en réalité, célibataires, comme en France, en Belgique et en Allemagne), la situation de fait peut être traitée de la même façon que la précédente (discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle), parce que les partenaires de même sexe ne peuvent se marier, et comme une forme de distinction basée sur l'état civil (voir *ci-dessus*, 2.1.6).

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

Cette forme de discrimination peut concerner les personnes qui sont d'une façon ou d'une autre associées à des lesbiennes et des gays (parce que ce sont des parents ou des proches, des amis, des voisins, etc ou parce qu'ils participent aux événements ou aux organismes.). Bien que cela n'induisse pas pour la personne caractérisée par le motif visé un traitement moins favorable, ni ne place cette personne dans une position désavantageuse particulière, une telle différence de traitement a pour but d'étiqueter les lesbiennes et les gays comme un groupe indésirable de personnes, en refusant d'établir des relations (de travail) avec des personnes, ou avec leurs activités, qui les fréquentent, et constitue donc une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Une fois encore, étant donné que la Directive n'utilise pas de pronoms possessifs, l'orientation sexuelle sur la base de laquelle survient la différence de traitement ne doit pas être celle de la victime, mais uniquement l'une des raisons de ce traitement.

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

La Directive s'applique à "une personne" (art. 2(a)), à "des personnes" (art. 2(b)) ou à "toutes les personnes" (art. 3) sans autre précision. Cela peut concerner un groupe d'employés lesbiens ou homosexuels qui se voit refuser le temps ou les locaux pour se réunir, ou se voit refuser la possibilité de distribuer des prospectus ou de placarder des affiches.

Dans une décision en vertu de l'art. 11 de la Convention européenne (liberté d'association) qui s'est attiré toutes sortes de critiques, la CEDH a statué que la condition à l'enregistrement d'une association de gays et de lesbiennes, exigeant que les mineurs ne soient pas autorisés à y adhérer, poursuivait les objectifs légitimes de la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui, et, partant, que l'enregistrement pouvait légalement être refusé¹⁶⁹. Une situation de fait similaire semble improbable dans le domaine de l'emploi ; hormis cela, il n'y a pas de raison d'exclure les groupes et organisations du champ d'application de la Directive.

Comme pour le cas du coming-out (voir *ci-dessus*, par. 2.3.2), la comparaison avec un groupe d'hétérosexuels est purement hypothétique, mais le libellé de

¹⁶⁹ CEDH, 12 mai 2000, *Szivárvány társulás a melegek jogaiért* contre Hongrie, requête n°35419/97 (non parue) ; voir Farkas, 2001, 573.

l'art. 2(2) de la Directive ne l'exclut pas. La discrimination peut être directe (si seuls les groupes homosexuels étaient ciblés) ou indirecte (lorsque toutes les activités ou manifestations ayant trait à la sexualité ou à la discrimination étaient interdites).

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

Dans *Lustig-Prean*, la Cour des Droits de l'Homme soutint que les questions relatives à l'orientation sexuelle des candidats n'étaient pas justifiées et violaient l'art. 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée)¹⁷⁰. Partant, il est clair qu'interroger un employé à propos de son orientation sexuelle constitue un comportement inacceptable. Toutefois, il ne ressort pas clairement de la décision de la Cour si une mesure de rétorsion contre un refus de répondre à une question sera considérée contraire au principe de l'égalité de traitement. Sur cette question, la CJCE a fourni une réponse moins claire en ce qui concerne la révélation d'une maladie en acceptant de se soumettre à un examen médical avant recrutement. La CJCE a soutenu (dans une affaire liée au personnel) que le droit au respect de la vie privée conféré par l'art. 8 de la Convention avait été enfreint par un test de dépistage du VIH effectué sans le consentement du candidat¹⁷¹. Cependant, elle a également retenu que, à la suite d'un refus de donner son consentement à un test de dépistage du VIH jugé nécessaire pour un examen médical en bonne et due forme, "l'institution ne saurait être obligée de supporter le risque de l'engager". Cette conclusion, donc, ne contribue pas à trouver l'équilibre entre obligation de révélation et droit à la protection de la vie privée. Il va sans dire que l'orientation sexuelle, à l'inverse de la condition physique, ne peut jamais être considérée comme un motif d'inaptitude à travailler, excepté lorsqu'elle tombe sous le coup de l'exception prévue à l'art. 4(1).

Dans une affaire concernant le licenciement discriminatoire d'une femme qui n'avait pas informé le futur employeur de sa grossesse avant la signature du contrat, qui ne portait que sur une période déterminée de six mois, la CJCE n'a pas considéré l'absence d'information comme une circonstance susceptible de compromettre le caractère illégal du licenciement fondé sur la grossesse¹⁷².

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

Certains pays frappaient d'interdiction criminelle l'activité homosexuelle entre adultes consentants, aggravaient la situation de certains délinquants ou définissaient de manière plus restrictive les notions de scandale public et analogues lorsque l'homosexualité entraînait en jeu, ou prévoyaient des âges de consentement différents pour les rapports hétérosexuels et homosexuels. Ces interdictions ne s'appliquaient pas aux mêmes actes lorsqu'ils étaient commis

¹⁷⁰ CEDH, 27 septembre 1999, requête n°31417/96 et 32377/96, para. 103-104.

¹⁷¹ CJCE, 5 octobre 1994, affaire C-404/92 P., *X contre Commission*, [1994] Rec. I-4737. Le Tribunal de première instance a rejeté les plaintes: voir 18 septembre 1992, affaires jointes T-121/89 et T-13/90 [1992] Rec. II-2195 ; 24 juin 1992, affaire T-11/90, *H. S. contre Conseil* [1992] Rec. II-1869 ; 14 avril 1994, affaire T-10/93 A. *contre Commission* [1994] Rec. II-179 ; voir Craig & De Búrca, 2003, 367.

¹⁷² CJCE, 4 octobre 2001, affaire C-109/00, *Tele Danmark A/S* [2001] Rec. I-6993.

entre des personnes de sexe différent et, en fait, ne s'appliquaient que lorsqu'il était question d'une activité sexuelle entre hommes.

Il peut arriver qu'un employeur exige un casier judiciaire vierge, mais qu'un homosexuel ait été condamné pour une infraction sans équivalent hétérosexuel.

A titre illustratif, on pourrait citer l'affaire *Thlimmenos contre Grèce*¹⁷³. La Cour de Strasbourg a vu une violation de l'art. 14 de la Convention conjointement avec l'art. 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) dans l'affaire d'un témoin de Jéhovah, condamné précédemment pour insubordination pour avoir refusé de porter un uniforme militaire, dont la candidature à un concours public de recrutement avait été rejetée en raison de son casier judiciaire antérieur. Le gouvernement grec soutenait que l'exigence d'absence de condamnation criminelle antérieure pour délit grave était d'ordre général et neutre par rapport à la religion, parce qu'elle s'appliquait aussi aux chrétiens orthodoxes et catholiques grecs en cas de condamnation pour délit grave. La Cour jugea que l'exclusion du concours reposait sur le fait qu'il se trouvait "dans la situation d'une personne condamnée" et qu'une telle différence de traitement n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'art. 14 relativement au "droit à la liberté de profession", un droit qui n'est pas garanti par la Convention (para. 41). Toutefois, la plainte ne reposait pas sur la différence de traitement entre personnes condamnées et les autres, mais sur l'absence de différence de traitement entre certains délinquants condamnés en raison de leurs convictions religieuses et les autres délinquants. La Cour a considéré que cela était discriminatoire parce que l'exclusion fondée sur le casier judiciaire antérieur du plaignant ne pouvait être justifiée: sa condamnation antérieure ne dénotait pas la "malhonnêteté" ou la "turpitude morale" du délinquant, contrairement à d'autres délinquants (para. 47).

La Cour, donc, effectua un examen de la *ratio legis* de la disposition sur laquelle se basait la condamnation, trouva une différence dans la situation du plaignant par rapport à d'autres délinquants et conclut que "le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes" (para. 44).

Ce *ratio-decendi* pourrait avoir des conséquences d'une portée considérable dans de nombreux domaines (dans et hors du monde de l'emploi) où la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est pratiquée. Au sens de la Directive, une affaire telle que celle-ci peut être interprétée comme un cas de discrimination indirecte (voir *ci-dessus*, 2.2.4).

2.3.8 *Harcèlement*

Faire des avances sexuelles importunes à une personne équivaudrait à un harcèlement au sens de l'art. 2(3) de la Directive-cadre, quel(s) que soi(en)t le(s) sexe(s) ou la (les) orientation(s) sexuelle(s) des personnes concernées. Cependant, la prohibition n'est pas limitée au comportement sexuel.

¹⁷³ CEDH, 6 avril 2000, requête n°34369/97, *Rapports des Arrêts et Décisions* 2000-IV.

La généralité de la notion adoptée dans la Directive semble permettre d'englober les expressions d'homophobie, induisant mépris et raillerie à l'adresse des lesbiennes, gays et bisexuels, tant par l'employeur et les collègues de travail que les clients¹⁷⁴. Les paroles désobligeantes, lorsqu'elles sont une marque d'homophobie, portent atteinte à la dignité de la victime et créent un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, un cas de harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle au sens de l'art. 2(3). L'exposé des motifs maintient que le harcèlement peut prendre diverses formes, "qui vont des paroles et des gestes à la production, l'affichage ou la diffusion d'écrits, d'images ou d'autres matériels"¹⁷⁵, tant que ce comportement est grave. Cela montre à loisir que la législature voulait introduire une notion large de ce qui devait être considéré comme étant inacceptable.

L'expression d'avis négatifs à propos de l'homosexualité peut être considérée comme à la frontière entre harcèlement et liberté d'expression, demandant une bonne dose de pondération dans le chef des personnes chargées de la mise en œuvre des dispositions de la Directive.

2.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

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

Il n'y a pas de désavantage (indirect) illégal lorsque l'apparement neutre disposition, critère ou pratique est objectivement justifié par un objectif légitime et lorsque les moyens d'atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Il a été souligné que la possibilité de justification du désavantage (indirect) devrait faire pencher la balance en faveur de considérer la discrimination fondée sur l'état civil comme étant indirecte plutôt que directe (voir 2.3.3)¹⁷⁶ ; cela appelle un examen attentif des différentes solutions que vraisemblablement les juridictions adopteront.

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

L'art. 2(5) énumère un certain nombre d'objectifs d'intérêt général qui ont la préséance sur l'égalité de traitement telle que l'entend la Directive-cadre, sous réserve d'un test de nécessité. Les mesures qui sont présumées enfreindre l'interdiction de discrimination seront préservées lorsqu'elles sont *nécessaires* à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui. En matière d'orientation sexuelle, d'aucuns ont avancé que cette disposition sert à préserver les dispositions pénales de l'État dans les affaires de pédophilie ou autre comportement sexuel¹⁷⁷ ; toutefois, le risque existe que,

¹⁷⁴ Bell, 2001, 661.

¹⁷⁵ COM(1999) 565 final, 1999/0225 (CNS), p. 9.

¹⁷⁶ Comme la présence du test de justification, absent de la discrimination directe, permet une plus grande souplesse de contrôle du désavantage indirect que la Cour n'est pas prête à imposer (du moins entièrement) à l'employeur: Bell, 2001, 668.

¹⁷⁷ Bell, 2002, 115.

par contraste avec la jurisprudence de la CEDH qui précise clairement que les activités homosexuelles peuvent pas faire l'objet d'une interdiction pénale¹⁷⁸, il lui incombera de poser des limites particulières dans des domaines sensibles, tels que les forces armées¹⁷⁹.

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

Suivant l'art. 3(3) de la Directive, le respect du principe de l'égalité de traitement et du droit à la non-discrimination "ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale". Une quelconque conséquence de cette disposition sur la législation des États membres reste à voir.

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

Les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement, qui sinon serait interdite, ne constitue pas une discrimination lorsque "en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante". L'objectif doit pour cela être légitime et l'exigence doit être proportionnelle.

L'objet de l'art. 4(1) est de justifier une présomption de violation du principe de l'égalité de traitement lorsqu'un traitement différent est nécessaire en raison de la nature d'un travail particulier: par exemple, une compagnie théâtrale faisant paraître une annonce pour un poste pour un acteur qui devra jouer le rôle d'Othello de Shakespeare pourra exclure les personnes de race caucasienne et exiger que le futur acteur présente une certaine couleur de peau.

Il est très difficile d'imaginer certains emplois pour lesquels une orientation sexuelle particulière est nécessaire. Le considérant 18 précise que la Directive ne saurait avoir pour effet d'astreindre "les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer". Il s'agit d'un argument valable, en vérité, dans certaines limites: il l'est parce que les "capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions" ne sont pas un motif protégé, et peuvent être affecté par d'autres caractéristiques que l'orientation sexuelle (comme, par exemple, l'aptitude physique).

Le libellé utilisé à l'art. 4(1) est très large. Il a été souligné qu'il est probable que les États membres le transposeront sans changements importants, confiant ainsi au pouvoir judiciaire la mission de définir des exceptions concrètes¹⁸⁰. La Commission a jugé que "la question de savoir si une différence de traitement particulière réunit les conditions de l'article 4, paragraphe 1, dépend de la nature du poste ou de l'emploi concerné"¹⁸¹.

¹⁷⁸ CEDH. 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, requête n°7525/76, peut être consultée en ligne à l'adresse <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷⁹ Skidmore, 2001, 130.

¹⁸⁰ Schiek, 2002, 298.

¹⁸¹ Réponse donnée par Mme Diamantopoulou au nom de la Commission, 28 juillet 2003, JO 15.1.2004, C 11 E/250.

On peut espérer que les États membres feront montre de la plus grande prudence dans l'introduction de règles spécifiques et dans l'octroi à la juridiction de pouvoirs discrétionnaires qui étendent cette exception d'une manière contraire à la Directive.

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

La première partie de l'art. 4(2) protège la législation nationale en vigueur, ou la future législation reprenant des pratiques existantes, qui autorise les églises ou d'autres "organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions" à exercer une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions en leur qualité d'employeurs. Cette disposition est sans rapport avec l'orientation sexuelle: elle permet uniquement à ces institutions d'ignorer l'interdiction de discrimination fondée sur la religion, tenant ainsi compte de la religion ou des convictions de la personne alors qu'autrement il s'agirait de pratique interdite. La disposition précise qu'elle ne justifie pas la discrimination pour tout autre motif. Il n'est pas clair ce que l'art. 4(2), première partie ajoute à la clause générale de l'art. 4(1).

Le deuxième paragraphe de l'art. 4(2) tire comme conclusion de la première partie que la Directive est sans préjudice du droit des églises (et des "organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions") de requérir des personnes travaillant pour elles une "attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation". Cette formulation est considérablement plus vague que la première partie, et elle doit être interprétée comme une précision de celle-ci (en réalité, il est dit "donc", "thus" dans la version anglaise). En conséquence, elle ne peut être interprétée comme permettant toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'une des interprétations possibles de cette deuxième partie est qu'un traitement différent *fondé sur la religion ou les convictions* peut être justifié lorsque l'exigence de loyauté limite la liberté d'exprimer (certains avis concernant) une orientation sexuelle particulière¹⁸². Dans certains cas, cette forme de différence de traitement peut conduire à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ce qui n'est évidemment pas autorisé. En outre, il est également précisé que d'autres dispositions de la Directive doivent être respectées, et que lesdites organisations agissent "en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales". Il apparaît que le sens de l'exigence de loyauté sera laissé à l'appréciation du pouvoir judiciaire. Cela, à son tour, pourrait constituer une source de différences considérables entre les États et un domaine où l'on peut s'attendre à certains litiges.

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

Les actions positives au sens classique du terme n'apparaissent généralement pas comme un instrument viable pour réparer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Toutefois, dans les secteurs où un haut degré de pluralisme est certainement recommandable, comme la télévision, les services de police, l'enseignement, le recrutement d'employés lesbiens, homosexuels et

¹⁸² Quoi qu'il en soit, les conditions de la première partie de l'art. 4(2) doivent être remplies ("une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée").

bisexuels pour certains postes peut être vu comme une forme d'action positive visant à "assurer la pleine égalité en pratique" (art. 7 Directive), et par conséquent protégée par la présente disposition.

L'art. 7 de la Directive semble ne permettre que les mesures positives adoptées par les États membres, et non par les employeurs. À la lumière de cette disposition, il peut être raisonnable d'avancer que les employeurs peuvent prendre une mesure positive spécifique seulement si les États membres ont, dans leur mise en œuvre de la législation, prévu une clause leur permettant de le faire.

Il est tout à fait possible que des employeurs prennent des mesures pour s'attaquer à des questions spécifiques concernant l'orientation sexuelle sur le lieu de travail, comme la confidentialité, la visibilité, la déclaration et la sécurité personnelle. On pourrait difficilement considérer cela comme une discrimination fondée sur l'orientation hétérosexuelle¹⁸³.

2.5 Voies de recours et application du droit

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

La CJCE peut rendre des questions préjudicielles lorsqu'elle est saisie par des tribunaux nationaux sur l'interprétation du droit communautaire. Les procédures et sanctions pour l'application des obligations découlant de la Directive-cadre sont laissées aux États membres, sous réserve du principe d'équivalence (voir également ci-dessous, 2.5.4).

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

À l'inverse de la Directive Race et de la Directive relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes modifiée, la Directive-cadre n'impose pas aux États membres d'instituer un organe spécialisé dans le traitement des affaires de discrimination ou de promouvoir l'égalité. Néanmoins, l'établissement d'un tel organe pour les matières de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut aider un État à respecter les obligations des art. 9(1) et 9(2).

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

L'exigence d'un examen ou d'un contrôle juridictionnelle est considérée comme un principe général de droit communautaire¹⁸⁴. La défense des droits prévus par l'art. 9(1) est, par conséquent, l'expression de ce principe, auquel les États membres doivent se conformer. Le libellé de l'art. 9(1) ("accessibles à toutes les personnes") suggère que la disponibilité d'une procédure pénale seulement n'est pas suffisante. Voir également le paragraphe suivant.

¹⁸³ Un grand merci à Hans Ytterberg d'avoir attiré mon attention sur ce point.

¹⁸⁴ CJCE, 15 mai 1986, affaire 222/84, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] Rec. 1651. Voir Craig & De Búrca, 2003, 339.

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

Le choix des sanctions est laissé aux législateurs nationaux, mais elles doivent être *effectives, proportionnées* et *dissuasives*. La CJCE a jugé en plusieurs occasions sur la question du type de sanctions à prévoir au niveau national pour l'enforcement d'un droit conféré à des personnes par le droit communautaire¹⁸⁵.

En matière d'emploi, en particulier, la CJCE décida en *Von Colson* que la pleine mise en œuvre de la Directive 76/207 (plus vague en son libellé que l'art. 17) induit des sanctions de nature à assurer une "protection juridictionnelle effective et efficace" ; partant, la réparation des personnes ayant subi une discrimination doit aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique "comme, par exemple, le remboursement des frais occasionnés par leur candidature"¹⁸⁶. Ce principe a par la suite été confirmé en *Dekker*¹⁸⁷, où la Cour conclut que l'on doit ignorer les règles nationales choisies par les États membres pour régir les affaires de discrimination (comme de responsabilité civile) lorsque l'effet pratique du principe de l'égalité de traitement est compromis, c'est-à-dire par les règles sur la preuve d'une faute ou par la possibilité d'invoquer des motifs d'exemption. Dans *Marshall II*¹⁸⁸, la Cour jugea que l'assurance d'une protection juridictionnelle effective et efficace définie en *Von Colson* induisait que la fixation d'un plafond maximal pour l'indemnisation financière ne pouvait constituer une mise en œuvre correcte de l'art. 6 de la Directive 76/207, et que l'attribution d'intérêts doit être considérée comme "une composante indispensable d'un dédommagement". En *Draehmpaehl*¹⁸⁹, la Cour appliqua le principe d'équivalence, jugeant que la fixation d'un plafond maximal de dédommagement dans les seules affaires de discrimination violant le droit communautaire, mais pas dans les affaires d' "une nature et d'une importance similaires" qui constituent des violations du droit national, ne respecte par l'exigence voulant que les sanctions pour une infraction au droit communautaire soient analogues à celles imposées pour une infraction au droit national. Toutefois, la jurisprudence de la CJCE a également confirmé les limitations de divers types existant en droit national¹⁹⁰.

Les dernières modifications apportées à la Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement 76/207/CEE¹⁹¹ prévoient que le dédommagement dû en cas de comportement discriminatoire peut être limité

¹⁸⁵ Voir CJCE, 19 juin 1990, affaire C-213/89, *Factortame I* [1990] Rec. I-2433 ; 13 mars 1991, affaire C-377/89, *Cotter et McDermott contre Minister for Social Welfare et Attorney General* [1991] Rec. I-1155 ; 25 juillet 1991, affaire C-208/90, *Emmott contre Minister for Social Welfare* [1991] Rec. I-4269.

¹⁸⁶ CJCE, 10 avril 1984, affaire 14/83, *Von Colson et Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen* [1984] Rec. 1891. Voir également affaire 222/84, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, *cit.* ; 11 juillet 1991, affaires C-87-88-89/90, *Verholen contre Sociale Verzekeringsbank* [1991] Rec. I-3757 (sur les règles nationales de qualité) ; 15 octobre 1987, affaire 222/86 *UNCETEF contre Heylens* [1987] Rec. 4097 ; 22 septembre 1998, affaire C-185/97, *Coote contre Granada Hospitality Ltd* [1998] Rec. I-9285 (sur le droit d'accès aux tribunaux).

¹⁸⁷ CJCE, 8 novembre 1990, affaire C-177/88 *Dekker* [1990] Rec. I-3941.

¹⁸⁸ CJCE, 2 août 1993, affaire C-271/91, *Marshall contre Southampton et South West Area Health Authority II* [1993] Rec. I-4367.

¹⁸⁹ CJCE, 22 avril 1997, affaire C-180/95, *Nils Draehmpaehl contre Urania Immobilienservice OHG* [1997] Rec. I-2195.

¹⁹⁰ Voir Craig & De Búrca, 2003, 244 sqq.

¹⁹¹ Directive 76/207/CEE du Conseil, JO 14/2/1976, L 39/40.

par la fixation d'un plafond maximal antérieur uniquement dans des circonstances exceptionnelles spécifiquement mentionnées¹⁹².

Enfin, une violation du droit communautaire par l'État, par exemple sous la forme d'une mise en œuvre incorrecte de Directives, peut entraîner sa responsabilité en vertu des conditions prévues dans *Francovich*¹⁹³ et *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*¹⁹⁴.

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

La Directive-cadre ne précise pas qui est la personne, physique et/ou morale qui sera frappée de sanctions, mais l'art. 3(1) stipule clairement que la Directive "s'applique à toutes les personnes" (voir également ci-dessus, 2.2.8).

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

Une évaluation de la connaissance des questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle parmi les opérateurs de droit communautaire renverrait aux structures en place dans les États membres, comme les programmes de formation pour fonctionnaires de police, etc. Il ne semble pas que la question ait fait l'objet d'une attention spécifique du Tribunal de première instance ou de la CJCE.

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

La Directive-cadre oblige les États membres à aller (quelque peu) au-delà de l'enforcement individuel, un aspect particulièrement faible de la législation anti-discrimination. Au moins, il est demandé aux États membres de permettre à des associations d'engager, pour le compte ou à l'appui des plaignants, toute procédure judiciaire ou administrative. Le considérant 29 précise que le pouvoir des associations d'engager des procédures sera "sans préjudice des règles de procédure nationales relatives à la représentation et à la défense devant les juridictions".

On ne sait pas exactement si le choix prévu par l'art. 9(2) est laissé au législateur ou doit être offert aux associations ou à d'autres personnes morales¹⁹⁵. Si agir "à l'appui" d'un tiers est une possibilité généralement reconnue en vertu du droit procédurier, dans certains cas la possibilité d'agir "pour le compte" de la victime conteste les notions existantes dans divers États membres. Ce libellé peut être interprété comme signifiant plus que le simple fait d'agir en qualité de conseil juridique devant les tribunaux, parce qu'elle requiert en soi l'approbation (voire l'instruction) du plaignant. Comme la Directive dit

¹⁹² Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO 5/10/2002, L 269/15.

¹⁹³ CJCE, 19 novembre 1991, affaires C-6-9/90, *Francovich et Bonifaci contre Italie* [1991] Rec. I-5357.

¹⁹⁴ CJCE, 5 mars 1996, affaires jointes C-46/93 & C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contre Allemagne*, et *R. contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres* [1996] Rec. I-1029.

¹⁹⁵ Voir également ci-dessous, par. 19.5.7.

“avec son approbation”, agir “pour le compte de” semble renvoyer à la possibilité que, par exemple, des ONG introduisent des plaintes de leur propre initiative, sous réserve de l'autorisation de la victime, par opposition à ne fournir qu'une représentation juridique.

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

Une fois que la victime a établi “des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination direct ou indirecte” (art. 10(1)), la Directive, comme les mesures précédentes en matière de droit sur l'égalité entre hommes et femmes¹⁹⁶, impose à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. C'est effectivement un aspect essentiel de toute mesure de lutte contre la discrimination et vise à s'attaquer aux difficiles questions concernant la preuve qui caractérisent souvent les plaintes pour discrimination. Il convient de noter que, aux termes de l'art. 10(3), le transfert de la charge de la preuve ne s'applique pas aux procédures pénales et, en vertu de l'art. 10(5), il “peut ne pas s'appliquer ... aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente”.

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

Afin d'établir la discrimination, il doit être établi qu'un traitement moins favorable ou un désavantage particulier repose sur l'un des motifs prohibés. Comme nous l'a appris le para. 2.3.1, ce test peut être particulièrement problématique concernant l'orientation sexuelle, mais uniquement lorsqu'un comportement discriminatoire sur la base d'une présomption erronée quant à l'orientation sexuelle de la victime est considéré comme n'étant *pas* interdit. La charge additionnelle n'est pas abordée dans le corps de la Directive-cadre. Toutefois, le considérant 31 stipule qu'il n'incombe pas à la partie défenderesse de prouver que la partie demanderesse (...) est d'une orientation sexuelle donnée”. Le libellé du considérant semble suggérer une charge supplémentaire, imposée à la victime d'un traitement différent, d'établir qu'elle est d'une orientation sexuelle donnée. Cela va à l'encontre du respect des droits à la vie privée, car cela contraindrait une personne à publiquement dévoiler les aspects les plus intimes de sa vie. En outre, les juridictions ou les organes administratifs responsables de la mise en œuvre n'auraient pas les moyens nécessaires pour faire une telle détermination. Enfin, cela dissuaderait les victimes de déposer leurs plaintes, par crainte d'une plus grande exclusion¹⁹⁷.

2.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

Le choix des mesures pour combattre les rétorsions est laissé à la discrétion des États membres, qui, cependant, ne peuvent s'abstenir de les adopter. Rien dans la Directive-cadre ne suggère que seules les victimes de discrimination doivent être protégées contre les rétorsions tandis que les témoins doivent être

¹⁹⁶ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO 20/1/98, L 14/6.

¹⁹⁷ Bell, 2002, 115.

exclus. En outre, rien ne suggère que seul un licenciement en représailles doit tomber sous le coup de la protection contre les rétorsions.

2.6 Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes

L'essentiel des dispositions arrêtées dans la Directive vise à réguler certains aspects du comportement des employés et d'autres personnes (patron/directeur, collègues de travail, clients, etc.). Toutefois, une partie importante de la lutte contre la discrimination consiste également en la réforme ou la suppression de distinctions juridiques qui sont devenues illégales après la Directive ; cet effort concerne principalement le législateur et d'autres organes. En fait, l'art. 16 (intitulé "Conformité") exige des États membres que :

"a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement ;

b) soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des activités non salariés et des organisations d'employés et d'employeurs".

Au moins deux clarifications doivent être apportées concernant cette disposition. Elles ont trait à la définition de l'égalité de traitement et au champ d'application.

La première partie de la disposition, sous la lettre (a), fait référence à la nécessité de supprimer les lois et autres mesures "contraires au principe de l'égalité de traitement". Sortie de son contexte, cette phrase peut avoir des conséquences d'une très grande portée. Afin de clarifier le sens exact de ce libellé, il est nécessaire de rappeler ce que stipule l'art. 2 de la Directive à propos du principe de l'égalité de traitement. Aux termes de l'art. 2, égalité de traitement signifie l'absence de discrimination directe et indirecte fondée sur l'un des motifs mentionnés dans l'art. 1. Partant, la disposition de l'art. 16 ne demande la suppression que des lois et mesures qui induisent encore une discrimination fondée sur les motifs protégés par la Directive, pas sur d'autres motifs.

Deuxièmement, une interprétation de l'art. 16 en accord avec la finalité de la Directive soulignée à l'art. 1 conseillerait de limiter l'exercice de l'art. 16 aux seules lois et autres mesures discriminatoires qui ont trait à l'emploi ou au travail, bien que cela ne soit pas explicitement dit. Cette interprétation, en conséquence, ne porterait pas sur les mesures qui peuvent encore appliquer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine du droit pénal ou du droit de la famille, même si l'on pourrait arguer que, si ces mesures devaient être jugées indirectement discriminatoires en vertu de l'art. 2 de la Directive (sous réserve de toutes les exceptions et justifications de l'art. 2 et sqq.), elles tomberaient sous le coup de la disposition de l'art. 16.

Enfin, il existe des mesures discriminatoires qui, bien qu'elles soient techniquement régies par la disposition de l'art. 16, seraient épargnées par l'art. 2(5) de la Directive ; cela ne surviendrait que lorsqu'elles seraient nécessaires à la préservation d'intérêts publics prédominants (voir *ci-dessus*, par. 2.4.2).

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

La Directive impose aux États membres de supprimer toute disposition législative, réglementaire et administrative qui continue à discriminer sur la base de l'orientation sexuelle (dans le domaine de l'emploi). Cela devrait concerner les obstacles encore posés à l'accès aux homosexuels et aux lesbiennes aux forces armées (qui constituent évidemment un domaine d'emploi public). Ces obstacles peuvent prendre la forme d'une législation primaire, de règlements, de circulaires, de directives, etc. Au sens de l'art. 16 de la Directive, toutes les dispositions doivent être modifiées ou supprimées afin d'assurer le plein respect du principe de l'égalité de traitement.

Ces règles peuvent également être observées sous un angle différent: comme des actes qui illustrent la volonté de l'administration publique considérée comme (n'importe quel autre) employeur. En conséquence, il est évident qu'elles seraient considérées illégales (comme les actes de n'importe quel autre employeur) également aux termes des dispositions de l'art. 2 et sqq. de la Directive.

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

Voir ci-dessus, par. 2.6.1.

2.6.3 *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)*

Une variable partie des règles régissant les relations industrielles trouve sa source dans des conventions collectives. Même si, comme on l'a vu plus haut (voir para. 2.2.1), une mise en œuvre par les seules conventions collectives peut ne pas être suffisante, l'art. 16 vise à assurer que ces conventions sont également mises en conformité avec la Directive. La même rectification doit être opérée pour les contrats individuels et les autres sources de règles en matière d'emploi et de travail.

La manière de procéder semble être laissée à la discrétion des États membres. En réalité, la Directive suggère trois options différentes:

- 1) que les dispositions discriminatoires *soient* déclarées nulles et non avenues ;
- 2) que les dispositions discriminatoires *puissent être* déclarées nulles et non avenues ;
- 3) que les dispositions discriminatoires soient modifiées.

L'expression "soient ou puissent être déclarées" semblent se prêter à au moins deux interprétations.

Dans un premier sens, cela peut être interprété comme une règle sur les voies de recours: la nullité serait, ainsi, une option ("les dispositions ... soient ... déclarées nulles et non avenues"), que cela soit automatique ou déclaré par voie judiciaire ; et l'annulabilité serait une autre option ("puissent être

déclarées”, même si dans ce cas la disposition n’est habituellement pas “déclarée” mais “rendue” nulle et non avenue).

Dans un deuxième sens, la même expression peut être interprétée comme indiquant les organes desquels le seul recours prévu (nullité) est supposé provenir. La nullité peut être la conséquence directe et automatique d’une certaine déclaration normative du législateur (“soient déclarées nulles et non avenues”), ou la conséquence d’une décision judiciaire (“puissent être déclarées nulles et non avenues”).

Si la première option est préférée, elle laisse une certaine marge de créativité aux États membres. Cependant, la deuxième option paraît plus raisonnable. Cette interprétation tiendrait compte de la possibilité que dans certains États la nullité d’une clause contractuelle doive toujours être déclarée par une juridiction (tandis que dans d’autres, elle peut être considérée comme étant automatique), faisant ainsi en sorte que lorsqu’il n’existe pas de nullité automatique, les juridictions disposent d’une base juridique manifeste pour déclarer la disposition discriminatoire nulle et non avenue.

En conclusion, l’expression “soient ou puissent être” ne fait référence qu’aux différentes sources de nullité, et non à différents recours autres que la nullité.

Les “dispositions” mentionnées dans l’art. 16, au point (b) ne sont pas seulement contractuelles, mais également unilatérales, comme les règlements intérieurs d’entreprises ; par ailleurs, des exemples d’actes unilatéraux sont les statuts régissant les activités non salariés et les organisations d’employés et d’employeurs. Dans ce cas, bien que dans certains pays ces règlements puissent être vus comme des clauses de contrats à prendre ou à laisser standard, dans d’autres ils peuvent être considérés comme des actes administratifs d’organes institutionnels. Les différences entre les approches ont suggéré que, parfois, une intervention juridictionnelle peut être préférable.

De plus, dans certains pays une action en nullité n’est pas soumise à des limitations dans le temps, tandis qu’une action en annulabilité ne peut pas être introduite après qu’un certain laps de temps se soit écoulé. La nullité (ou la modification) semble, donc, être le recours choisi par l’art. 16 pour assurer son respect.

2.7 Observations conclusives

La situation juridique générale des Communautés européennes en matière de protection des droits fondamentaux évolue depuis plus de trente ans. Les droits des homosexuels, lesbiennes et bisexuels n’ont que récemment été intégrés dans des mesures contraignantes, tels l’art. 13 CE et la Directive-cadre, pour lutter contre la discrimination.

L’interdiction de discrimination imposée par la Directive-cadre englobe un certain nombre de domaines différents ; une partie sont généraux, d’autres ont des répercussions et des ramifications spécifiques en matière d’orientation sexuelle. Parmi les premiers, figurent les questions relatives aux instruments de mise en œuvre de la Directive proprement dits, les notions de discrimination directe et indirecte, le harcèlement, le champ d’application personnel et matériel, etc. Parmi les seconds, se trouvent des aspects relatifs à la notion

d'orientation sexuelle et les nombreuses complexités et nuances subtiles concernant une préférence ou un comportement effectif ou supposé. D'autres questions portant sur la vie des homosexuels, des lesbiennes et des bisexuels, susceptibles d'entraîner des réactions discriminatoires dans le domaine de l'emploi, concernent le coming-out, les partenariats, les manifestations et l'activité des organisations, les réponses à des questions concernant l'orientation sexuelle, l'existence d'un casier judiciaire pour des délits sans équivalent hétérosexuel, la charge de la preuve de l'orientation sexuelle, etc.

Ce chapitre a tenté d'analyser les notions et instruments utilisés par la Directive du point de vue de la protection des futurs employés ou des employés homosexuels, lesbiens et bisexuels. Si l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aujourd'hui une réalité, certains aspects de la Directive-cadre, dans une tentative de trouver un juste équilibre entre différents intérêts, appellent un examen plus approfondi en ce qui concerne leur mise en œuvre concrète, spécialement dans les domaines des prestations accordées aux partenaires et à la loyauté à l'éthique religieuse de certains employeurs.

Littérature citée dans les notes

Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Antwerp, Oxford, New York: Intersentia, 2002).

Barnard, Catherine, *EC Employment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

Barnard, Catherine, The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows? (1998) 57 Cambridge Law Journal 353-373.

Bell, Mark & Waddington, Lisa, Reflecting on inequalities in European equality law (2003) 28 European Law Review 349-369.

Bell, Mark, *Anti-Discrimination Law and the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2002)

Bell, Mark, Equal rights and EU Policies, in Krickler, Kurt (ed), After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union (Brussels: ILGA-Europe, 1999) 26-39

Bell, Mark, Sexual Orientation Discrimination in Employment: An Evolving Role for the European Union, in Wintemute, Robert & Andenaes, Mads (eds.) *Legal Recognition of Same-Sex Couples. A Study of National, European and International Law* (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2001), 653-676.

Bell, Mark, The New art.13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law? (1999) 6 Maastricht Journal of European and Comparative Law 5.

Bell, Mark, The right to equality and non-discrimination, in T Hervey, J Kenner (eds) *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2003), 91-110.

Blanpain, Roger, *European Labour Law* (The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2002), 8th revised ed.

Borrillo, Daniel, La politique anti-discriminatoire de l'Union européenne, in Borrillo, Daniel (ed.), *Lutter contre les discriminations* (Paris: La Découverte, 2003), 139-152.

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), 3rd ed.

Driessen-Reilly, Miriam & Driessen, Bart, Don't shoot the messenger: a look at Community law relating to harassment in the workplace (2003) 28 European Law Review, 493-507.

Farkas, Lilla, Nice on Paper: The Aborted Liberalisation of Gay Rights in Hungary, in Wintemute, Robert & Andenaes, Mads (eds.) *Legal Recognition of Same-Sex Couples. A Study of National, European and International Law* (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2001), 563-574.

Flynn, Leo, The Implications of art. 13 EC. After Amsterdam Will Some Forms of Discrimination be more Equal than Others? (1999) 36 Common Market Law Review 1127.

- Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- Fredman, Sandra, Equality: A New Generation? (2001) 30 *Industrial Law Journal* 145-168.
- Janis, Mark, Kay, Richard & Bradley, Anthony, *European Human Rights Law. Text and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 2nd ed.
- Mancini, G.F. & O'Leary, S., The new frontiers of sex equality law in the European Union (1999) 24 *European Law Review* 331-353.
- McCrudden, Christopher, Theorising European Equality Law, in Costello, Cathryn & Barry, Ellis (eds.) *Equality in Diversity* (Dublin: Ashfield, 2003) 1-38.
- More, Gillian, The Principle of Equal Treatment: From market Unifier to Fundamental Right?, in Craig, Paul & De Burca, Grainne (eds) *The Evolution of EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 1999) 517-553.
- Ovey, Clare & White, Robin, *Jacobs and White: The European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 3rd ed.
- Schiek, Dagmar, A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/??/EC changing Directive 76/207/EEC in context (2002) 8 *European Law Journal* 290-314.
- Skidmore, Paul, The EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-discrimination Policy? (2001) 30 *Industrial Law Journal* 126.
- Snyder, Francis, The Community as Employer. Staff Regulations: an Aspect of European Community Law and its Relevance to Lesbians and Gay Men, in Waaldijk, Kees & Clapham, Andrew, *Homosexuality: A European Community Issue* (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 251-260.
- Tesauro, Giuseppe, *Diritto comunitario*, 3rd ed. (Padova: CEDAM, 2003).
- Van Dijk, P. & van Hoof, G., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998) 3rd ed.
- Waaldijk, Kees, Towards Equality in the Freedom of Movement of Persons, in *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union* (Brussels: ILGA-Europe, 1999) 40-49.
- Waaldijk, Kees, Towards the Recognition of Same-Sex Partners in European Union Law: Expectations Based on Trends in National Law, in Wintemute, Robert & Andenaes, Mads (eds.) *Legal Recognition of Same-Sex Couples. A Study of National, European and International Law* (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2001), 635-651.
- Waddington, Lisa & Bell, Mark, More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives (2001) 38 *Common Market Law Review* 587-611.
- Waddington, Lisa, Throwing Some Light on Article 13 EC Treaty (1999) 6 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1-4.
- Whittle, Richard & Bell, Mark, Between social policy and Union citizenship: the Framework Directive on equal treatment in employment (2002) 27 *European Law Review* 677-691.
- Wintemute, Robert, *Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1997).
- Wintemute, Robert, Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents Under the European Convention, in Wintemute, Robert & Andenaes, Mads (eds.) *Legal Recognition of Same-Sex Couples. A Study of National, European and International Law* (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2001) 713-729.