

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

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

1 Introduction

par Kees Waaldijk et Matteo Bonini-Baraldi²

traduit de l'anglais

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

² Dr. C. Waaldijk (c.waaldijk@law.leidenuniv.nl) est maître de conférences à l'Institut d'études juridiques E.M. Meijers de l'Université de Leiden, et le coordinateur du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle. Dr. M.T. Bonini-Baraldi (m.t.bonini@law.leidenuniv.nl) est chercheur à l'Institut d'études juridiques E.M. Meijers de l'Université de Leiden, assistant-coordonateur 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). Les deux coordinateurs souhaitent exprimer leur gratitude M. Alan Littler LL.M. (chercheur), Mme Riekje Boumlak (secrétaire) et M. Wout Morra (assistant chercheur) pour leur aide indispensable et leur soutien lors de la rédaction de ce rapport.

1.1 Présentation

Depuis 1999, l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne autorise l'adoption de mesures appropriées pour lutter contre la discrimination dans un certain nombre de domaines, y compris l'orientation sexuelle. Sur la base de l'article 13, le Conseil de l'Union européenne a adopté en novembre 2000 la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (ci-après: la Directive). La Directive requiert que les États membres prennent des mesures pour interdire la discrimination, en matière d'emploi et de travail, fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en vue de remplir les normes mises en avant à cette fin. Le Conseil a également décidé de mettre sur pied un programme d'action commune afin de lutter contre la discrimination (2001-2006). Le programme d'action vise à promouvoir des mesures destinées à combattre la discrimination directe ou indirecte dans un certain nombre de domaines, à améliorer la compréhension des questions liées à la discrimination, à développer la capacité à empêcher et à traiter la discrimination et à promouvoir et à répandre les valeurs et pratiques à la base de la lutte contre la discrimination.

Le présent rapport, *La lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi: législation dans quinze États membres de l'Union européenne*, présente les résultats des activités du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle. Le Groupe a été créé de manière formelle en octobre 2002 dans le contexte du programme d'action commune pour lutter contre la discrimination, en vue de fournir une analyse indépendante de la transposition de la Directive par les États membres en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi.

Tout en laissant de côté les mesures qui s'attaquent à la discrimination fondée sur d'autres motifs, ce rapport décrit donc la législation préexistante et également la législation nouvelle ou en projet visant à lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. Il examine aussi de manière critique à la lumière de sa conformité avec les dispositions de la Directive. Avant l'adoption de celle-ci, huit des (à l'époque) quinze États membres disposaient d'une législation interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi (IRL, ESP, FRA, LUX, NLD, DNK, SWE et FIN). Ces législations suivaient cependant une variété d'approches pas toujours compatibles avec les exigences de la Directive. Tous les États membres étaient obligés d'apporter des modifications à leur cadre législatif afin de transposer les dispositions de la Directive en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi.

Le Groupe est constitué de quinze experts juridiques indépendants, sélectionnés pour leur connaissance du système juridique national et de la langue du pays, ainsi que pour leur expertise dans les questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le Groupe a été coordonné depuis la faculté de droit de Leyde par l'expert néerlandais Kees Waaldijk, assisté du chercheur italien Matteo Bonini-Baraldi. En janvier 2004 le chercheur britannique Alan Littler a rejoint l'équipe des coordinateurs. Le Groupe comprend en outre des professeurs de droit des universités de Séville,

Leicester, Londres, Louvain, Paris, Bruxelles et Berlin, plusieurs juristes en exercice, et l'ombudsman suédois contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.³

La date ultime pour transposer la Directive était le 2 décembre 2003; cependant, étant donné que le processus de mise en œuvre n'était pas encore arrivé à son terme dans quelques États membres, le présent rapport ne prétend pas détenir le mot de la fin sur l'état de la transposition. Ce rapport, qui a été complété en été 2004, vise à représenter la situation de la législation adoptée et en projet telle qu'elle était à la veille de l'accession des nouveaux États membres à l'Union européenne le 1^{er} mai 2004. Ce n'est qu'occasionnellement que des développements ayant eu lieu après cette date ont été pris en compte.

1.2 Comment lire ce rapport

Le présent rapport consiste en vingt chapitres (le chapitre 1^{er} étant son introduction et le chapitre 20 ses conclusions). Les chapitres ont été rédigés suivant une matrice commune, qui peut être consultée ci-dessus (après la table des matières, à la fois en anglais et en français); la numérotation uniforme des paragraphes devrait faciliter la comparaison entre différents États membres sur un sujet particulier.

Le chapitre 2 est une discussion du droit européen concernant les questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi. Les chapitres 3 à 17 fournissent une description et une analyse critique de la législation nationale de chacun des quinze "anciens" États membres (par ordre alphabétique du nom des pays). Les informations fournies dans les chapitres nationaux sont pour la plus grande partie basées sur les sources généralement utilisées par les spécialistes en droit, comme les textes législatifs, les travaux préparatoires, les décisions judiciaires, les livres et les articles de revues de droit. Chaque chapitre contient une liste de la littérature utilisée en notes de bas de page, située tout à la fin. Le résumé (ou même le texte complet) de la plupart des dispositions, décisions, articles de revues de droit et livres cités aux chapitres 2 à 19 et les références qui y sont faites ont été stockées dans la banque de données en ligne du Centre d'études et de recherches juridiques comparées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Cersgosig).⁴

A la fin de chaque chapitre (du moins pour les pays disposant d'une législation ou d'un projet de législation), l'expert a inclus une liste des principaux manquements qu'il estime affecter la législation nationale.

Aux chapitres 18 et 19 suit la partie comparative de ce rapport. Le chapitre 18 est un aperçu du droit domestique et il se base sur des informations énoncées dans les rapports nationaux (chapitres 3 à 17). Il consiste principalement en tableaux comparant le droit des quinze États membres. Sa partie introductive explique comment les tableaux ont été préparés et comment les consulter au mieux. Le chapitre 18 ne fait cependant aucune référence à la Directive ni à la compatibilité du droit national avec elle. Ce type d'analyse est plutôt prévu au

³ Le Groupe a installé sa propre page Internet à l'adresse www.emmeijers.nl/experts, avec des informations de base à propos du Groupe, de ses activités et de ses membres.

⁴ Disponible à l'adresse www.cersgosig.informagay.it.

chapitre 19, où l'état du droit des quinze États membres est comparé et rassemblé en une évaluation critique de sa conformité avec la Directive. Chaque paragraphe contient une conclusion mettant en lumière les manquements qui peuvent affecter le droit national, ainsi que quelques exemples de ce que l'on peut considérer comme de bonnes pratiques. Le chapitre 20 résume les conclusions du chapitre 19. A la fin du chapitre 20, on trouvera un tableau résumant les principales conclusions du rapport.

Il est important de noter que le présent rapport ne fournit qu'une ébauche d'analyse de la mise en œuvre de la Directive. Cela provient, entre autres raisons, du fait que deux États membres (DEU et GRC) n'ont pas encore présenté de proposition définitive pour la transposition de la Directive, et que les propositions au LUX) sont encore en discussion et pourraient être amendées au Parlement. La législation régionale nécessaire à la mise en œuvre de la Directive n'a pas encore été adoptée en DEU, et pas encore partout en AUS.

1.3 Le contenu en un coup d'œil

La structure uniforme des chapitres 2 à 19, présentée ci-dessus,⁵ permet de voir d'un coup d'œil les nombreux sujets analysés dans ce rapport. Le Groupe a choisi de se focaliser sur les dispositions cruciales de la Directive, laissant de côté d'autres dispositions qui pourraient mériter davantage d'attention à un stade ultérieur: la diffusion de l'information (art. 12 de la Directive), le dialogue social (art. 13) et le dialogue avec les organisations non gouvernementales (art. 14). Comme l'indique le titre, le centre d'intérêt du Groupe a été l'analyse des mesures adoptées ou en projet en vue de la mise en œuvre de la Directive. Une telle analyse concerne les dispositions suivantes de la Directive: les art. 1 à 4 (objet, concept de discrimination, champ d'application et exigences professionnelles), 7 (action positive), 9 à 11 (défense des droits, charge de la preuve et rétorsion) et 16 et 17 (conformité et sanctions).

Au début de chaque chapitre, le paragraphe 1^{er} inclut des informations sur les conditions générales concernant la protection constitutionnelle contre la discrimination, les principes généraux et les concepts d'égalité, la division des pouvoirs législatifs relatifs à la discrimination en matière d'emploi et la structure de base du droit de l'emploi. Le paragraphe 1^{er} donne également au lecteur une impression générale de la manière dont les questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi sont traitées dans le pays concerné. Il est en fait possible d'y trouver une brève description des dispositions sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi, d'importants cas de jurisprudence sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, de dispositions sur la discrimination en matière d'emploi ou de travail ne couvrant pas (encore) l'orientation sexuelle et de dispositions sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines que l'emploi et le travail.

Le paragraphe 2 de chaque chapitre est consacré à l'interdiction de discriminer requise par la Directive. Dans ce but, il fournit un aperçu des instruments utilisés pour transposer la Directive et de leur contenu en ce qui concerne: le

⁵ La structure peut être trouvée, en anglais et en français, après le sommaire du présent rapport.

concept d'orientation sexuelle (art. 1), les définitions de la discrimination directe et indirecte (art. 2(2)), le harcèlement (art. 2(3)) et l'injonction de discriminer (art. 2(4)). Toujours en vue de délimiter la nature réelle et l'impact de la législation pertinente, le paragraphe 2 inclut une discussion des champs d'application matériel et personnel de l'interdiction (art. 3).

Le paragraphe 3 qui leur succède présente plusieurs formes de comportement dans le domaine de l'emploi et vise à évaluer s'ils sont interdits comme discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ces situations de fait sont celles dont on considère qu'elles pourraient affecter les travailleurs et salariés gays, lesbiennes et bisexuels, ainsi que leurs groupes ou manifestations et les personnes qui s'associent à eux. Chaque chapitre s'efforce par exemple de donner une réponse aux questions de savoir si la discrimination fondée sur une préférence ou un comportement homosexuel supposé est couverte ou si la discrimination fondée sur le coming out d'une personne l'est. De plus, il s'attaque aussi aux possibles cas de discrimination par rapport à des avantages professionnels accordés aux partenaires des travailleurs, ainsi qu'aux conséquences du refus d'une personne de répondre à une question concernant son orientation sexuelle.

Les paragraphes 4 et 5 traitent respectivement des exceptions à l'interdiction de discriminer, ainsi que des sanctions et l'application de droit. L'analyse de chaque chapitre concernant le système d'exceptions vise à évaluer les positions prises par les États membres en ce qui concerne des sujets comme le droit d'autrui, les exigences professionnelles, les employeurs de base religieuse et l'action positive. Dans le paragraphe consacré à l'application de droit, bien que la Directive n'exige pas que les États membres mettent sur pied des organismes spécifiques de mise en œuvre, leur rôle est analysé en parallèle avec celui d'organismes chargés de l'application de la loi plus traditionnels.

Le paragraphe 6 traite des efforts consentis par les États membres pour éliminer du système juridique les dispositions ou règles qui avaient encore un contenu discriminatoire, ainsi que pour s'assurer que les dispositions discriminatoires contenues dans des contrats, des conventions collectives ou des règles internes sont amendées ou supprimées.

Le paragraphe 7, enfin, conclut l'analyse en énonçant les manquements qui, selon l'opinion de l'auteur, affectent la législation nationale en ce qui concerne les dispositions de la Directive. Comme indiqué précédemment, une analyse comparative des divers manquements peut être trouvée au chapitre 19 et dans les conclusions de ce rapport (chapitre 20).

En 2004 le Groupe d'experts a, à la demande de la Commission de la CE, entrepris également une étude thématique, sur la discrimination en ce qui concerne les avantages pour les partenaires des employés. Le rapport de cette étude séparée mais liée, écrite par Alan Littler basée sur des matériaux fournis par les experts, est ajouté comme appendice au rapport principal.

Les auteurs et coordinateurs seront heureux de recevoir tout commentaire ou toute suggestion de la part des lecteurs.⁶

⁶ Voir www.emmeijers.nl/experts pour leurs coordonnées.

