

# **Application des Directives 2000/78 et 2000/43 de l'UE dans les Etats membres et conséquences d'une non-transposition ou d'une transposition incorrecte**

## **1. Introduction**

1. L'emploi et le travail ont été reconnus, au sein de la Communauté européenne (UE), comme étant des éléments clés pour garantir l'égalité des chances de toutes les personnes. Ils contribuent fortement à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale et leur permettent de réaliser leurs potentiels. Depuis sa création, l'UE a encouragé les Etats membres à œuvrer pour parvenir à un haut niveau d'emploi et de protection sociale et à de meilleures normes en matière de logement et de qualité de vie, de cohésion économique et sociale et de solidarité. La discrimination peut sérieusement saper ces réalisations et nuire à l'intégration sociale, dans le monde du travail et de façon générale. Dans le contexte de la mise en place d'un cadre juridique complet visant à établir cette égalité, la Communauté européenne (CE) a adopté, en 2000, deux directives sur l'égalité qui font l'objet de cette conférence.
2. La directive sur l'égalité sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive 2000/43) et la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) imposent aux Etats membres l'obligation d'établir un cadre juridique permettant de mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement et d'interdire toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, la religion ou la croyance, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle. Elles ont été adoptées afin d'assurer une norme de protection minimale dans ce domaine, dans tous les Etats membres. Elles n'empêchent pas les Etats membres d'assurer, par leur législation nationale, une plus grande protection contre la discrimination que la protection minimale exigée par les directives. Toutefois, lorsqu'ils transposent les directives, les Etats membres n'ont pas le droit d'abaisser le niveau de protection existant.
3. Les directives protègent les personnes physiques et morales, au sein de l'Union européenne, y compris celles qui ne sont pas des ressortissants de l'Union. Les deux directives interdisent la discrimination dans le domaine de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle. De plus, la directive sur l'égalité sans distinction de race interdit toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans le domaine de la protection sociale, ceci incluant la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès et la fourniture de biens et de services offerts au public, y compris le logement. Dans le cadre de leurs objectifs, les deux directives protègent les personnes physiques et morales contre les discriminations directes et indirectes, le harcèlement, les instructions visant une discrimination et la victimisation.
4. Les directives découlent directement de l'article 13 du Traité établissant la Communauté européenne et ont été adoptées à l'unanimité par les gouvernements de l'UE dans les 18 mois précédant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, en mai 1999.

5. Les deux directives ne couvrent pas la discrimination fondée sur le sexe. Depuis 1957, le Traité CEE contient une disposition interdisant les inégalités de rémunération entre hommes et femmes, disposition qui a été révisée par le Traité d'Amsterdam. Depuis 1975, l'UE a publié plusieurs directives relatives à la discrimination fondée sur le sexe et la Cour de justice (CJCE) a rendu bon nombre d'arrêts dans des affaires de discrimination fondée sur le sexe. Ces directives ont maintenant été harmonisées dans la directive refondue 200, entrée en vigueur en 2006 et qui doit être entièrement transposée d'ici à août 2008. Cette session ne s'occupera donc pas de discriminations fondées sur le sexe.

### **Résumé de la transposition à ce jour**

6. Les directives devaient être pleinement transposées le 19 juillet 2003, pour la directive sur l'égalité sans distinction de race, et le 2 décembre 2003, pour la directive sur l'égalité en matière d'emploi. Les 10 nouveaux Etats membres avaient jusqu'au 1er mai 2004 pour les deux directives. Cependant, la directive sur l'égalité en matière d'emploi accordait aux Etats membres une période additionnelle pour transposer les dispositions concernant les discriminations fondées sur l'âge ou les handicaps, et leur faisait obligation d'envoyer un rapport d'avancement annuel à la Commission. Pour les discriminations fondées sur l'âge, la Suède, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas ont repoussé cette date limite de 3 années entières jusqu'au 2 décembre 2006 et le Danemark a repoussé la date au 2 décembre 2004. Pour les handicaps, le Royaume-Uni et la France ont repoussé la date limite de trois années entières et le Danemark d'un an.
7. La Commission a rédigé un rapport sur les progrès réalisés dans la transposition et l'a soumis au Conseil, en octobre 2005. Ses conclusions se résument comme suit. Pour les handicaps, une nouvelle législation a été introduite en France, au Royaume-Uni et au Danemark. Pour l'âge, les Pays-Bas ont adopté une législation mais, jusqu'au 2 décembre 2006, il sera encore possible d'établir un rapport entre un licenciement obligatoire et une date de départ à la retraite à moins de 65 ans, sans qu'il soit nécessaire de justifier ce licenciement. La Belgique a fait savoir à la Commission qu'elle estimait avoir transposé la directive, à part l'article 6 qui dispose que certaines différences de traitement peuvent être justifiées dans certaines circonstances. La Suède a créé une commission chargée d'examiner comment on peut étendre à l'âge la législation d'antidiscriminatoire actuelle. Elle devait présenter un rapport en janvier 2006. Le Royaume-Uni a entrepris une consultation publique sur un projet de législation dérivée relatif à la question de l'âge et qui est maintenant entré en vigueur le 1er octobre 2006. L'Allemagne a soumis à la Commission le projet de loi qui existait avant les élections, qui avaient interrompu le processus législatif. La Commission a considéré l'entrée en vigueur de la nouvelle législation au Danemark, en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni comme des avancées positives vers une transposition intégrale de la directive pour le 2 décembre 2006 et a exprimé l'espoir que les autres Etats membres mettraient leur législation en vigueur pour la date butoir. Depuis, d'autres progrès ont été réalisés. En Allemagne, par exemple, la loi du 18 août 2006 portant transposition des directives européennes réalisant le principe de l'égalité de traitement transpose de façon générale ces directives.
8. Le processus de mise en œuvre n'a donc pas été appliqué uniformément dans les pays de l'UE. La Communauté européenne a maintenant introduit des recours en manquement à

l'encontre des Etats membres qui n'ont pas respecté les dates butoirs pour se conformer aux directives et n'ont pas demandé de prolongation. Ces recours sont discutés ci-dessous et ont, dans certains cas, donné lieu à des arrêts rendus contre des Etats membres, afin d'assurer que la transposition aura bien lieu.

### **Quelles sont les actions qui peuvent être prises lorsqu'il n'y a pas transposition intégrale?**

9. Si un Etat membre n'a pas transposé les directives ou ne les a pas transposées correctement, un certain nombre de voies s'offre au particulier qui veut invoquer les dispositions des directives, bien que celles-ci n'aient pas été transposées correctement ni intégralement dans la législation nationale. Lorsque le discriminateur présumé est l'Etat ou un organe public, les dispositions des directives, qui sont claires, précises et inconditionnelles, peuvent être directement invoquées devant les tribunaux nationaux.<sup>1</sup> Ces dispositions sont définies comme ayant un 'effet vertical direct'. Cela signifie que, si un Etat membre a omis de transposer les directives en temps utile ou les a mal transposées, les particuliers faisant valoir qu'ils ont été discriminés par un organe public peuvent cependant invoquer les dispositions de ces directives.
10. Ceci peut être nécessaire lorsqu'il n'y a pas de loi nationale transposant la directive. Conformément à la jurisprudence constante, les directives ne peuvent pas être directement invoquées contre d'autres particuliers ou contre des entités privées devant les tribunaux nationaux (ceci est généralement décrit comme la possibilité que les directives aient un 'effet horizontal direct').<sup>2</sup>
11. Lorsque le discriminateur présumé est un autre particulier ou une entité privée, les tribunaux nationaux doivent dans tous les cas donner aux directives un 'effet indirect' et faire tout ce qui est possible pour interpréter la loi nationale dans un sens compatible avec le droit communautaire. Cela signifie que, dans la mesure du possible, les tribunaux nationaux sont obligés d'interpréter la législation nationale à la lumière des directives, afin d'atteindre les résultats voulus par les directives. Peu importe, en l'occurrence, que la législation nationale ait été adoptée avant ou après les directives.<sup>3</sup> C'est aussi le cas, à plus forte raison, lorsque le litige soumis au tribunal national concerne l'application de dispositions nationales adoptées spécifiquement dans le but de transposer une directive qui doit conférer des droits aux particuliers. Le tribunal national doit présumer que l'Etat membre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à la façon de transposer la directive, avait l'intention de remplir toutes les obligations découlant de la directive concernée.<sup>4</sup>
12. L'autre possibilité offerte aux particuliers est d'invoquer la notion de responsabilité de l'Etat. Lorsque, après expiration de la date limite de transposition, il n'y a pas de loi nationale

---

<sup>1</sup> Affaire C-9/90 *Francovich e.a.* [1991] Rec. I-5357, paragraphe 11, et affaire C-62/00 *Marks & Spencer* [2002] Rec. I-6325.

<sup>2</sup> Affaire C-152/84 *Marshall* [1986] Rec. 723, paragraphe 48; affaire C-91/92 *Faccini Dori* [1994] Rec. I-3325, paragraphe 20; et affaire C-2201/02 *Wells* [2004] Rec. I-1000, paragraphe 56.

<sup>3</sup> Voir C-106/89 *Marleasing* [1990] Rec. I-4135, paragraphe 8.

<sup>4</sup> Affaire C-334/92 *Wagner Miret* [1993] Rec. I-6911, paragraphe 20.

transposant une directive, ou lorsqu'une loi est contraire au droit communautaire, l'Etat membre doit compenser toute perte éventuellement subie par des particuliers et qui découle directement de son manquement à transposer la directive.<sup>5</sup> Trois conditions doivent être remplies:

- i. le but de la disposition communautaire qui a été violée doit être de conférer des droits aux particuliers;
- ii. cette violation doit être suffisamment sérieuse;
- iii. il doit y avoir un lien causal entre le manquement de l'Etat et le dommage souffert par le particulier concerné.

13. Les tribunaux nationaux peuvent être priés de décider si un Etat membre a omis de transposer la directive ou de donner plein effet à ses dispositions. Si le tribunal estime que c'est le cas, le demandeur aura alors droit aux réparations prévues par la législation nationale, par exemple à une compensation.

14. Les tribunaux nationaux peuvent également soumettre les questions concernant l'interprétation d'exigences particulières des directives à la Cour de justice des Communautés européennes. Celle-ci examinera alors le cas et instruira le tribunal sur l'interprétation correcte de la disposition du droit communautaire (voir plus bas). Lorsqu'un tribunal national n'est pas certain que la transposition de la directive soit correcte, ou n'est pas certain de l'interprétation à donner à un terme particulier de la directive, il peut poser à la Cour de justice des CE (CJCE) une question préjudicielle sur l'interprétation des directives, afin d'être en mesure de rendre un jugement dans l'affaire qui lui est soumise (article 234 Traité CE).

15. Les tribunaux de dernière instance (ceux dont les jugements ne peuvent pas faire l'objet de voies de recours) sont obligés de soumettre de telles questions à la CJCE. Celle-ci répond aux questions sur les dispositions pertinentes des directives et donne son interprétation, en tenant compte des circonstances de l'affaire soumise au tribunal national. Ce faisant, elle prend en compte les observations des parties et toutes les observations soumises par les gouvernements des Etats membres ou par la Commission.

16. Les arrêts de la CJCE sur les renvois préjudiciels sont d'importantes sources de droit pour l'application correcte et uniforme des dispositions des directives. Les renvois préjudiciels ont été vitaux pour l'interprétation de la législation communautaire sur l'égalité des sexes. Ils ont été utilisés par les parties au litige, les ONG, les syndicats, les commissions statutaires et d'autres organisations intéressées dans les Etats membres, pour clarifier les dispositions des directives et tester l'adéquation de la législation dans leur pays.

17. Peu à peu, des affaires d'interprétation des notions clés contenues dans les directives sont soumises aux tribunaux nationaux des Etats membres. Vous en trouverez quelques exemples ci-dessous.

---

<sup>5</sup> *Francovich e.a.* [1991] Rec. I-5357

18. Dans la récente affaire **Mangold**<sup>6</sup>, qui sera discutée en détail dans une session ultérieure, un tribunal allemand de première instance a soumis à la CJCE quelques questions concernant la conformité d'une disposition de la loi nationale sur les contrats à durée déterminée avec la directive sur l'égalité en matière d'emploi. Les faits concernaient M. Mangold, 56 ans, qui avait engagé une action contre son employeur devant le tribunal du travail de Munich, par laquelle il contestait la durée limitée de son contrat. Selon la loi allemande réglementant les contrats à durée déterminée (la « TzBfG »), ce genre de contrats est seulement autorisé lorsqu'ils sont justifiés par une raison objective.
19. Toutefois, l'article 14(3) de la TzBfG prévoit une exception permettant de conclure des contrats à durée déterminée avec des personnes de 58 ans; de tels contrats ne nécessitent pas de raisons objectives. Un amendement légal à cette disposition, en janvier 2003, avait abaissé l'âge de 58 à 52 ans. Le tribunal du travail de Munich a demandé à la CJCE si les règles allemandes sur les contrats à durée déterminée pour les travailleurs d'un certain âge étaient compatibles avec l'article 6 de la directive 2000/78. La CJCE a estimé qu'une disposition du droit national permettant d'offrir des contrats à durée déterminée à toute personne de plus de 52 ans, sans restrictions, constituait une discrimination fondée sur l'âge, qui violait à la fois le principe général d'égalité du droit communautaire et, plus spécifiquement, l'article 6 de la directive 2000/78.
20. Tandis que la Cour a concédé que l'objectif d'intérêt public de la TzBfG était légitime, puisque son but était clairement de promouvoir l'intégration professionnelle des travailleurs âgés au chômage, elle a estimé que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif allaient au-delà de ce qui était approprié et nécessaire. Elle a noté qu'une loi comme la TzBfG pourrait mener à une situation dans laquelle tous les travailleurs de plus de 52 ans se verraient offrir légalement des contrats à durée déterminée jusqu'à leur retraite.
21. Chose fort intéressante, la Cour a estimé que cette conclusion ne pouvait être remise en cause par le fait que, pour les dispositions concernant l'âge, la directive n'avait pas besoin d'être transposée en droit allemand avant le 2 décembre 2006. La Cour a déclaré que le principe général d'égalité de traitement, en particulier par rapport à l'âge, ne pouvait pas être conditionné à l'expiration du délai accordé aux Etats membres pour la transposition de la directive. Elle a conclu qu'il « est de la responsabilité du tribunal national de garantir la pleine application du principe général de non-discrimination indépendamment de l'âge, sans égard aux dispositions du droit national qui seraient en contradiction avec le droit communautaire ». C'est le cas, que le délai pour la transposition d'une directive soit expiré ou non.
22. Le renvoi préjudiciel introduit par un tribunal espagnol devant la CJCE dans l'affaire **C-13/05 Chacón Navas** (JO C 69/8, 19.3.2005) avait donné lieu à un premier arrêt sur un handicap. La question était l'interprétation du terme handicap, aux fins de la protection exigée par la directive sur l'égalité en matière d'emploi. En particulier, il était demandé si la protection prévue par la directive, dans laquelle l'article 1 fixe un cadre général de lutte contre la discrimination fondée sur un handicap, couvrait une employée qui avait été licenciée par sa société pour la simple raison qu'elle était malade. La Cour a statué que la discrimination

---

<sup>6</sup> Affaire C-144/04 **Mangold / Rüdiger Helm**, arrêt de la Grande Chambre du 22 novembre 2005

fondée sur un handicap n'incluait pas le licenciement « pour simple maladie ». Elle a dit que, aux fins de la directive, la notion de « handicap » « doit être entendue comme se référant à une limitation se traduisant, en particulier, par des diminutions physiques, mentales ou psychologiques et qui empêche la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » et que le « handicap » est différent de la « maladie ». « Par conséquent, ces deux notions ne peuvent pas être simplement considérées comme identiques ». La CJCE conclut donc que: « Pour que cette limitation relève de la notion de handicap, il doit être probable qu'elle durera longtemps... Rien dans la directive 200/78 ne laisse entendre que les travailleurs soient protégés par l'interdiction de toute discrimination fondée sur le handicap, dès qu'ils sont atteints de quelque maladie que ce soit. »

23. Quelques commentateurs ont trouvé ce raisonnement peu satisfaisant. Ni la question préjudicielle, ni les faits de l'affaire ne suggéraient qu'un travailleur soit couvert par la définition de handicapé « dès qu'il est atteint de quelque maladie que ce soit ». Mme Chacón Navas avait été officiellement en congé maladie pendant 7 mois ½ avant d'être licenciée. La maladie et le handicap, de toute évidence, ne sont pas des termes voisins, mais ils ne s'excluent pas non plus mutuellement. La maladie peut handicaper. La CJCE a déclaré que la signification et la portée du handicap doivent faire l'objet d' « une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté ». Toutefois, étant donné que la directive comporte une clause de non régression, cela garantira que les Etats membres qui, comme le Royaume-Uni, ont une définition plus large du handicap, ne seront pas affectés par ce jugement restrictif.

24. Dans un renvoi très récent du 20 juillet 2006, en provenance du Royaume-Uni, l'affaire C-303/06 **Coleman / Attridge Law**, la CJCE se voit demander si la directive 2000/78/CE protège seulement contre la discrimination les personnes qui sont elles-mêmes handicapées, ou si elle protège également les employés qui, bien qu'ils ne soient pas handicapés eux-mêmes, sont discriminés en raison de leur association avec une personne handicapée.

## Recours en manquement

25. Quand la Commission croit qu'un Etat membre a violé le droit communautaire, elle a le droit d'engager un « recours en manquement », en vertu de l'article 226 du Traité CE. Comme cela est expliqué plus haut, pour chaque directive adoptée, une date limite est fixée pour la transposition de ses objectifs en droit national et tous les Etats membres sont légalement obligés de respecter cette date butoir, à moins qu'une alternative ou une exception ne soit convenue. Une fois le délai expiré, la Commission européenne peut émettre une non-communication et ensuite engager un recours contre l'Etat membre, afin d'assurer la transposition intégrale. Le but est de résoudre le problème le plus vite possible avec l'Etat membre en question.

- I. « **Non-communication** », un Etat membre se voit notifier qu'il a omis de communiquer à la Commission européenne ses mesures nationales de transposition de la législation communautaire avant la date limite fixée pour la transposition. L'Etat membre dispose au départ d'un délai de 2 mois pour communiquer ses raisons.

II. « **Non-conformité** », un Etat membre se voit notifier par la Commission européenne que ses mesures nationales ne sont pas conformes à la / aux directive(s) en question. La Commission donne à l'Etat membre un délai raisonnable pour mettre sa législation en conformité avec la / les directives.

26. Si l'affaire n'est pas réglée pendant les étapes préliminaires du recours en manquement, et si la Commission européenne est de l'opinion raisonnée qu'un Etat membre viole toujours le droit communautaire, la CJCE sera appelée à se prononcer sur le sujet. Si la CJCE confirme le cas, elle pourra imposer une sanction financière à l'Etat membre en question, en vertu de l'article 228 CE, lorsque cet Etat membre ne se conforme pas à l'arrêt. Les trois critères fondamentaux pris en compte par la Cour sont, en principe, le degré de gravité du manquement, sa durée et la capacité de l'Etat membre à payer l'amende.<sup>7</sup> En particulier, la Cour considère les effets du manquement sur les intérêts privés et publics, ainsi que l'urgence à persuader l'Etat membre de remplir ses obligations.

27. Les recours en manquement introduits au motif de la directive comportent un certain nombre de cas qui ont donné lieu à des arrêts contre des Etats membres, ceci incluant l'affaire C-43/05 contre l'Allemagne et l'affaire C-70/05 contre le Luxembourg, les deux recours concernant l'omission de transposer la directive sur l'égalité en matière d'emploi.

## **Transposition dans les Etats membres**

28. Le niveau de transposition dans les trois Etats membres Royaume-Uni, Allemagne et République tchèque, tel qu'il a été rapporté en 2006, est résumé ci-dessous. Il s'agit d'exemples de la situation générale en matière de transposition et des difficultés rencontrées dans les différentes juridictions. Etant donné que des changements sont en cours, il peut y avoir eu de nouveaux développements depuis la rédaction du rapport.

### **Royaume-Uni**

29. Au Royaume-Uni, la législation adoptée pour satisfaire aux exigences de transposition de la directive 2000/43 et de la directive 2000/78 est maintenant en vigueur, sauf pour ce qui concerne l'âge car, sur ce point, le Royaume-Uni a notifié son intention de différer la transposition jusqu'au 2 décembre 2006. Le Royaume-Uni a également notifié son intention d'apporter d'autres amendements à la transposition intégrale de la directive 2000/78 en matière de discrimination fondée sur un handicap et de discrimination dans la formation professionnelle. Le rapport sur la transposition a estimé que, à certains égards, la législation du Royaume-Uni n'était pas conforme aux directives. Les principaux problèmes soulignés par le rapport d'experts étaient les suivants:

---

<sup>7</sup> Affaire C-119/04 CE *Commission / République italienne*

- la définition de la discrimination indirecte est plus étroite que dans la directive et le test est potentiellement moins rigoureux ;
- il n’y a pas de droit statutaire à demander une réparation légale pour instructions de discrimination; en outre, la législation du Royaume-Uni n’interdit pas les instructions de discrimination en raison de l’orientation sexuelle ni, en Grande-Bretagne, en raison de la religion ou des convictions ;
- le travail indépendant et l’emploi ne sont pas tout à fait couverts ;
- le test prévu dans la législation du Royaume-Uni pour justifier les exigences professionnelles essentielles est moins rigoureux que dans les directives ;
- la loi interdisant la discrimination fondée sur la religion ou les convictions en Grande-Bretagne n’est pas satisfaisante car elle est assujettie aux §§ 58 – 60 de la *School Standards and Framework Act* (loi cadre sur l’école et les normes scolaires) de 1998 ;
- l’imposition d’un « test du caractère raisonnable » dans la définition du harcèlement peut être en conflit avec le principe de non-régression des directives ;
- il n’y a pas de disposition permettant aux organisations d’engager des actions en justice au nom d’un demandeur ;
- la définition de la victimisation exige un comparateur et est rétrospective; elle ne permet pas de mesures préventives ;
- la jurisprudence a démontré que les sanctions pour actes illicites de discrimination ou de harcèlement dont disposent les tribunaux et les cours ne sont ni efficaces, ni proportionnées, ni dissuasives ;
- la compensation pour discrimination indirecte « non-intentionnelle » est restreinte ;
- la *Disability Discrimination Act* (DDA) (loi contre la discrimination des personnes handicapées) offre seulement une protection aux personnes couvertes par la définition statutaire de « handicapés », mais n’interdit pas la discrimination et le harcèlement etc. « fondés sur le handicap », ce qui a pour conséquence que, en vertu de la législation du Royaume-Uni, les personnes qui sont perçues comme handicapées ou associées à une personne handicapée ne sont pas protégées contre la discrimination ;

30. Dans l’affaire **R(ex-parte Amicus e.a) / Secretary of State for Trade and Industry**,<sup>8</sup> Amicus et six autres syndicats avaient demandé l’annulation de certaines dispositions des

---

<sup>8</sup> [2004] EWHC 860 (Admin) (Haute Cour administrative d’Angleterre et du Pays de Galles); [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/860.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/860.html)



règlements de 2003 sur l'égalité en matière d'emploi (orientation sexuelle), qui sont les règlements de transposition de la directive sur l'égalité en matière d'emploi en ce qui concerne l'orientation sexuelle. Les syndicats contestaient plusieurs exceptions aux nouveaux règlements, en demandant une révision judiciaire des exceptions aux exigences professionnelles essentielles, y compris l'exception particulière concernant le travail pour les objectifs d'une religion organisée et l'exception concernant la discrimination relative aux avantages conditionnés à la situation de famille. Ils faisaient valoir que ces dispositions n'étaient pas compatibles avec la directive sur l'égalité en matière d'emploi et/ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les règlements ont été confirmés à tous les égards. L'affaire est intéressante car elle montre comment une contestation à l'échelle nationale, en matière de transposition, peut éclaircir la signification des lois nationales transposant une directive, en adoptant une approche décidée.

31. Il y avait trois grandes questions. Le règlement 7(2) contient une exception relative à la discrimination, lorsque l'orientation sexuelle est une exigence professionnelle essentielle et déterminante, même si l'exception s'applique non seulement au cas où une personne ne satisfait pas, en fait, à cette exigence en matière d'orientation sexuelle, mais aussi au cas où il est « raisonnable » que l'employeur « ne soit pas satisfait que la personne y satisfasse ». Ceci a été critiqué au motif que cela permettait aux employeurs et aux tribunaux d'agir en fonction de stéréotypes, quant à la façon dont une personne se présente comme lesbienne ou gay, bien qu'ils ne le reconnaissent pas. Cependant, la Cour a estimé que le règlement 7(2) avait « un raisonnement sensé »: si un employeur, qui désire se référer à une exigence professionnelle essentielle et valide, demande quelle est l'orientation sexuelle d'une personne, il ne devrait pas forcément prendre sa réponse pour de l'argent comptant.
32. L'exigence de « caractère raisonnable », dit le juge, « garantit que la décision ne puisse être légalement basée sur de simples hypothèses ou stéréotypes sociaux. » Le règlement 7(3) contient une exception spécifique à l'interdiction de discrimination, à savoir le travail « pour les objectifs d'une religion organisée ». La cour a estimé que ceci était compatible avec la directive mais a ajouté que, de par sa propre construction, cette exception était « très restrictive », de sorte que, par exemple, un emploi comme enseignant dans une école religieuse était peu susceptible d'en faire l'objet. En outre, pour pouvoir se référer à une exigence professionnelle essentielle, il faut que celle-ci soit appliquée « de façon conforme aux doctrines de la religion », ce qui constituait un test objectif de portée très restreinte. De même, l'alternative autorisant à formuler une exigence professionnelle essentielle relative à l'orientation sexuelle, lorsque cette exigence est formulée « en raison de la nature de l'emploi et du contexte dans lequel il est exécuté, afin d'éviter tout conflit avec les fortes convictions religieuses d'un nombre significatif d'adeptes », est conçue de telle sorte qu'elle exige « un examen attentif de la nature précise de l'emploi » et doit être considérée comme un « test objectif et non subjectif ». Le principal résultat de cette décision, est, par conséquent, qu'elle limite toute légitimation éventuelle d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à un très petit nombre d'emplois.
33. L'interprétation que donnent les juges au terme « orientation sexuelle », aux fins des règlements, est également intéressante. Le gouvernement du Royaume-Uni avait fait la distinction entre l'« orientation » d'une personne, qui est protégée, et les manifestations de

son orientation ou son comportement, qui peuvent ne pas être protégés. Le juge a statué, au contraire, que « la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle concerne autant la manifestation de cette orientation, sous la forme du comportement sexuel, que la sexualité en tant que telle. » L'orientation sexuelle et sa manifestation dans le comportement sexuel sont « liées de façon inextricable » à la vie privée et à l'identité d'une personne. Le libellé de la dérogation dans l'article 4(1) de la directive, qui se réfère à une différence de traitement « basée sur une caractéristique relative à » l'orientation sexuelle, était « assez large pour inclure une différence de traitement fondée sur le comportement sexuel relatif lui-même à l'orientation sexuelle ».

34. La requête portait aussi sur la question de savoir si la directive permettait d'exclure la pension de réversion et toutes les autres allocations déterminées par rapport à la situation de famille de la protection qu'assure le droit à ne pas être discriminé en raison de son orientation sexuelle. La Cour a décidé que la directive permettait une telle exclusion, bien que le langage étayant cette conclusion ne figure clairement que dans un considérant de la directive et non pas dans son texte proprement dit. Le juge a reconnu qu'un seul considérant ne faisait pas suffisamment autorité pour limiter sensiblement le champ d'application d'une directive, mais a confirmé le règlement pertinent, au motif que statuer différemment frustrerait l'intention du législateur telle qu'elle apparaissait dans le considérant.<sup>9</sup>

## Allemagne

35. Le rapport sur l'Allemagne a souligné que la loi contre la discrimination n'est pas encore considérée comme un domaine de la législation en soi mais comme une exigence générale contraignante pour le législateur, l'exécutif et le pouvoir judiciaire. Ceci peut créer, pour le législateur, des difficultés à bien comprendre les exigences des directives. En outre, étant donné que l'antidiscrimination n'est pas un domaine établi du droit allemand, les juristes et les tribunaux manquent souvent d'expertise et ne reçoivent pas de formation pour acquérir des connaissances détaillées de ce domaine. Les actes législatifs contre la discrimination sont conçus dans une tradition de sanctions pénales contre le racisme et l'antisémitisme, en partie considérée comme une réaction typiquement allemande à l'holocauste. Dans le droit du travail, la législation est basée sur la notion de la responsabilité de l'employeur, plutôt que sur celle des droits civiques. Une tradition oblige les employeurs à employer les personnes handicapées (5 % pour les sociétés d'au moins 20 employés); sinon, ils doivent payer un droit compensatoire à l'Etat, car une législation de discrimination positive est développée depuis plus de 20 ans dans la fonction publique, pour lutter contre la discrimination fondée sur le sexe.

36. Afin de transposer la directive sur l'égalité en matière d'emploi, une clause générale contre la discrimination dans le travail collectif a été introduite dans le § 75 de la *Betriebsverfassungsgesetz* (loi sur les relations entre employeurs et employés).

---

<sup>9</sup> Depuis la décision, la *Civil Partnerships Act* a donné aux partenaires civils de même sexe les mêmes droits aux prestations; la réclamation de pension de réversion ne peut être rétroactive.

Conformément à cette disposition, il est du devoir de l'employeur et du comité d'entreprise de veiller à ce que tous les employés soient traités conformément à la loi et au principe d'équité, c.-à-d. qu'aucune personne ne doit être traitée différemment en raison de sa famille, de sa religion, de sa nationalité, de ses origines, de ses activités politiques ou syndicales ou de ses convictions, ni de son sexe ou de son identité sexuelle. Elle est cependant limitée aux entreprises privées de plus de cinq employés, n'est pas applicable au recrutement et ne s'applique pas aux entreprises de nature religieuse, culturelle politique ou similaire distincte, ce dernier point étant conforme aux directives. Une disposition similaire existe dans la législation sur le travail collectif dans la fonction publique. L'Etat a également une action spécifique dans des domaines particuliers, comme la législation sur l'assistance sociale destinée aux enfants et aux jeunes ou visant le chômage et, depuis 1994, une loi parfaitement inefficace contre le harcèlement sexuel.

37. Il n'existe pas de loi d'antidiscrimination en ce qui concerne l'âge qui aille au-delà de l'obligation de veiller à ce que, dans le domaine de l'emploi, les personnes d'un certain âge ne soient pas désavantagées; cependant, selon le tribunal fédéral du travail, ceci ne s'applique pas aux cas de licenciement. Bien au contraire, les limites d'âge sont pratique courante dans le domaine de l'emploi et les tribunaux les acceptent largement. L'Allemagne a choisi l'option de différer la transposition à cet égard. Toutefois, la discrimination fondée sur le sexe et concernant l'accès aux régimes d'allocations vieillesse a fait l'objet de plusieurs décisions des tribunaux.

38. En résumé, l'auteur du rapport sur l'Allemagne a indiqué qu'au moment de la rédaction du rapport, les efforts entrepris pour transposer les directives étaient hésitants, suscitaient des réponses négatives de la part de nombre d'acteurs importants, en particulier des organisations d'employeurs et des compagnies d'assurances, et n'étaient pas encore terminés. Toutefois, les partis politiques sont disposés à transposer la directive, tout en n'étant pas d'accord sur son degré ni sur ce que doit signifier la « transposition ». Les partis conservateurs et les groupes de pression des employeurs, des églises et des assureurs se sont fortement opposés au projet de loi débattu au Bundestag. Même dans les revues universitaires, on trouve des visions exagérées d'avalanches de procès qui pourraient ruiner l'économie allemande et presque aucun scientifique ne prend position pour la loi. Quelques ONG ont également critiqué le projet de loi comme n'allant pas assez loin. L'Institut allemand des droits de l'homme a soutenu les efforts du gouvernement. Etant donné la tradition allemande de ne pas porter en justice de telles affaires et l'hésitation des tribunaux à rendre des jugements sur les compensations, et en l'absence de dommages punitifs, de telles inquiétudes semblent totalement irréalistes. Cependant, tout ceci entrave fortement les efforts de transposition.

39. En 2002, le gouvernement allemand a accepté la nécessité d'une révision législative basée sur les nouvelles directives et le ministère de la Justice a publié un projet de loi contre la discrimination, projet qui a ensuite été retiré. En 2003, différents organes du gouvernement ont été chargés de préparer une législation et, à la fin de 2004, un projet du gouvernement a été publié et adopté par le Bundestag en juin 2005. Toutefois, il a été victime du principe de discontinuité, après la dissolution du Bundestag, en juillet 2005, et les élections de septembre. La procédure législative a dû reprendre au point de départ avec le nouveau

parlement. Le projet proposait de remplacer et d'optimiser la législation existant contre la discrimination fondée sur le sexe et le handicap et couvrait « la race ou l'origine ethnique, le sexe, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'identité sexuelle ». Il allait plus loin que les directives à différents égards, particulièrement pour le droit civil relatif aux biens et aux services. Certains Etats ont envisagé de publier une législation ou fait des déclarations sur la transposition relevant de leur compétence. Cependant, comme cela est indiqué plus haut, une loi visant la transposition générale des directives a été adoptée en août 2006.

40. En outre, la législation allemande existante doit être examinée attentivement afin d'en éliminer la discrimination, ce que les projets de lois actuels de transposition des directives ne semblent pas annoncer.
41. Pour les affaires de discrimination fondée sur l'âge, voir l'importante affaire **Mangold** mentionnée plus haut. En outre, une action alléguant une discrimination et un licenciement fondés sur l'âge a été engagée. La demanderesse a perdu le procès qu'elle avait engagé en raison de son licenciement contre une société qui avait introduit des systèmes informatiques et l'avait licencié. Cette société estimait que la demanderesse n'était pas assez compétente pour gérer les nouveaux systèmes et qu'il n'y aurait pas d'« harmonie » avec ses collègues qui étaient beaucoup plus jeunes qu'elle. Malheureusement, peut-être, le tribunal n'a pas appliqué la directive mais a discuté et rejeté la plainte pour discrimination fondée sur l'âge, en indiquant que l'employeur pouvait utiliser l'argument de l'harmonie.

## République tchèque

42. Une clause générale d'antidiscrimination figure dans la Charte des droits et libertés fondamentales. Cette charte est un des premiers éléments de la législation fédérale postcommuniste tchécoslovaque et a été décrétée partie intégrante du nouvel ordre constitutionnel établi, en 1993, par la nouvelle République tchèque. La charte est divisée en cinq chapitres et inclut un chapitre de dispositions générales établissant l'égalité des droits, le principe de non-discrimination qui s'applique à tous les droits et libertés fondamentales et le principe de l'Etat de droit. Le second chapitre, intitulé Droits de l'homme et libertés de base, comporte deux parties: 1. les droits de l'homme primordiaux, la présentation des droits personnels, y compris le droit de libre circulation, le droit à la dignité et à la liberté de la personne, les droits de propriété, la liberté de religion, le droit à la vie privée, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants et l'interdiction de l'esclavage; 2. l'instauration de certains droits politiques. Le troisième chapitre est consacré aux droits des minorités nationales et ethniques, stipule le principe de non-discrimination, le droit à l'épanouissement personnel y compris l'éducation des minorités, le droit d'utiliser la langue d'une minorité et le droit d'autodétermination dans les questions impliquant les minorités. Le chapitre IV est consacré aux droits économiques, sociaux et culturels, Le chapitre V couvre les droits procéduraux (droit à un procès équitable). Les dispositions de la charte couvrent plus ou moins les mêmes droits que ceux qui figurent dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Une étude comparative du texte montre qu'en certains endroits les dispositions de la charte sont plus

détaillées que celles des instruments internationaux (telles les dispositions du chapitre V concernant le droit à un procès équitable) mais qu'en d'autres endroits, elles ont un libellé plus vague (par exemple pour les droits économiques, sociaux et culturels). L'article 3 de la charte garantit l'égalité d'accès aux droits et libertés fondamentales et inclut une liste non exhaustive interdisant explicitement toute discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion ou la croyance, les convictions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale ou ethnique, la fortune et la naissance ou toute autre situation. Il ne garantit pas spécifiquement une protection contre une discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou d'un handicap. Tous les motifs qui n'y sont pas explicitement inclus sont, selon la jurisprudence, contenus implicitement dans les termes « autre situation ». Le seul organe compétent pour donner à la charte une interprétation contraignante est la cour constitutionnelle. La cour constitutionnelle ne peut fournir cette interprétation que par l'intermédiaire d'une décision judiciaire. Autant que le sache l'auteur de ce rapport, la cour constitutionnelle n'a pas rendu de décision judiciaire portant sur un cas de discrimination fondée sur l'âge ou sur l'orientation sexuelle. On trouve des clauses antidiscriminatoires (parfois énumératives, parfois non-exhaustive) dans différentes lois ordinaires régissant l'emploi et les relations de travail.

43. De 2003 à 2004, les définitions de la discrimination requises par les directives sur l'égalité sans distinction de race et l'égalité en matière d'emploi ont été insérées dans le code du travail 5, dans la nouvelle loi sur l'emploi et dans la loi sur le service assuré par les services de sécurité. D'autres mesures sont nécessaires pour assurer la pleine conformité avec les directives. Les travaux sur le nouveau projet complexe de loi interdisant la discrimination ont été terminés en juillet 2004 mais, en raison de la crise gouvernementale de l'été et de la nomination du nouveau gouvernement, il a seulement été approuvé par le gouvernement en décembre 2004 et doit être débattu au parlement.

**44. Etat de la transposition des directives en République tchèque. Le rapport de 2006 identifie les principaux problèmes indiqués ci-dessous.**

- Certains emplois ne sont pas couverts par le code du travail.
- Les lois nationales les régissant sont incompatibles avec les directives. Il n'y a pas de dispositions antidiscriminatoires dans ces lois (ni même de définitions de la discrimination directe et indirecte) et les dispositions antidiscriminatoires du code du travail ne s'appliquent pas ici (lois régissant les relations de travail des juges, des procureurs, des députés, des membres des autorités locales et les relations de travail des prisonniers et des volontaires).
- Le motif de handicap.
- Lorsqu'une activité est effectuée dans le cadre d'un travail indépendant (et non pas sous forme d'emploi salarié) les clauses et définitions antidiscriminatoires du code du travail et de la loi sur l'emploi ne s'appliquent pas. Les lois régissant le travail indépendant sont donc en infraction avec les directives (p.ex. les lois régissant le travail indépendant des avocats, des médecins des notaires et de beaucoup d'autres);

- Dans la loi sur l'emploi (qui traite également de certains acquis sociaux des travailleurs indépendants en ce qui concerne la formation professionnelle et le recyclage), le terme « état de santé » est considéré comme raison de discrimination directe, alors que le terme « handicap » est seulement utilisé dans la définition de la discrimination directe ou indirecte (art. 2 par. 1 alinéa b) ii)). L'office de la sécurité sociale a autorité pour prendre une décision reconnaissant une personne comme « handicapée ». Les autres personnes n'ont pas droit à ces avantages sociaux. Par conséquent, il ne semble pas que la définition de la discrimination indirecte fondée sur un handicap soit compatible avec la directive.
  - La République tchèque, en tant que nouvel Etat membre, n'avait pas la possibilité de différer la transposition de la directive 2000/78/CE. Le projet de loi d'antidiscrimination transposant les deux directives de l'UE a été approuvé par le gouvernement en décembre 2004 et soumis au parlement début 2005.
45. Ce projet propose d'accorder une protection contre la discrimination qui va au-delà des exigences minimales des directives de l'UE. Il a le même champ d'application matériel et assure le même niveau de protection contre tous les motifs de discrimination. Il propose de conférer les compétences prévues à l'article 13 (directive 2000/43/CE) au médiateur public (Ombudsman tchèque).
46. La directive n'a pas été transposée par des lois régissant la protection sociale (protection sociale, soins de santé et accès aux soins de santé). La directive n'a pas non plus été transposée par des lois régissant l'éducation et l'accès à l'éducation, ni par des lois régissant l'accès aux biens et aux services et la protection des consommateurs, ni par des lois régissant l'accès au logement.
47. **Jurisprudence** – Deux affaires intéressantes concernant des Rom:
- **Jan Kovac (demandeur) / AZ ALFA s.r.o. (défendeur)**, (Tribunal supérieur de Prague)
    - b. 10.12.2002 1 Co 162/2002-64 (numéro de dossier) une première décision dans une affaire civile dans laquelle le tribunal a expressément reconnu une discrimination raciale directe comme violation de la dignité humaine d'une personne discriminée et donc le droit de cette personne à la protection d'un tribunal civil, en vertu des dispositions sur la protection de la personnalité (Section 11 du Code civil). Le demandeur s'était vu refuser l'accès à une discothèque avec, pour explication, que les Rom n'avaient pas le droit d'y entrer. La cour d'appel a souligné que, lorsqu'il y avait discrimination, le tribunal devrait toujours envisager une compensation pour préjudice moral et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance, qui avait estimé qu'une excuse était une compensation adéquate. Des dommages-intérêts de 75.000 CZK (2.500 €) à titre de compensation du préjudice moral, ont été réduits à 50.000 CZK (1.600 €) par la cour d'appel, après que le défendeur ait interjeté un nouvel appel.

- **František Krosčen (demandeur) / Bohema Travel s.r.o. (défendeur)**<sup>10</sup> La première affaire d'un tribunal civil tchèque concernant une plainte pour harcèlement racial. Le demandeur Rom a invoqué la définition du harcèlement telle qu'elle figure dans la directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement sans distinction de race et a conclu que, créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant de ce genre, entraine dans les limites où la protection de l'intégrité de la personne devait être assurée. Le demandeur d'origine Rom avait porté plainte contre le propriétaire du restaurant qui avait, dans les locaux du restaurant, présenté pendant longtemps la statue d'une déesse antique tenant à la main une batte de baseball portant l'inscription visible « Go to get gypsies » (va attraper des gitans). Le tribunal a estimé que l'acte du défendeur était « inapproprié », mais a refusé de tenir le défendeur pour responsable d'une violation des droits de la personnalité, étant donné que le domaine de l'intégrité de la personne ne couvre pas exactement le harcèlement. Il n'y a pas de définition spécifique du harcèlement dans la loi tchèque. Au moment où ce rapport est rédigé, il n'y a toujours pas de disposition législative définissant le harcèlement racial dans l'accès aux biens et aux services ni garantissant aux victimes des recours efficaces. Comme le harcèlement racial en matière d'accès aux biens et aux services ne peut être traité que par référence aux dispositions relatives à la protection de la personnalité qui figurent dans le code civil, la protection adéquate est refusée dans des cas comme celui-ci.

## Conclusion

48. La transposition est un processus continu dans lequel des progrès sont réalisés mais qui est loin d'être terminé. Lorsque la transposition n'a pas eu lieu ou est insuffisante, des mesures peuvent être prises, tant à l'échelle nationale que par la CJCE, pour protéger les droits des personnes, pour clarifier la loi et pour accélérer le processus de mise en œuvre. En outre, la Commission peut agir et elle le fait.

**TESS GILL**

**OLD SQUARE CHAMBERS**

[gill@oldsquare.co.uk](mailto:gill@oldsquare.co.uk)

**21.11.06**

---

<sup>10</sup> Toutes les informations sur l'affaire sont dans le fichier au Centre de la citoyenneté / des droits civils et des droits de l'homme. Disponibles sur demande auprès de [poradna@iol.cz](mailto:poradna@iol.cz).