

## Défis en ce qui concerne le développement futur de la législation de l'UE relative à la non discrimination

L'égalité et la justice sont-elles possibles pour tous?

Helen Meenan\*

En 1876 Anthony Trollope écrivait « l'égalité serait un paradis si nous pouvions l'atteindre. »<sup>1</sup> Cette phrase s'applique volontiers à l'aventure que nous vivons depuis l'adoption en 2000 du paquet de mesures de lutte contre la discrimination, qui marque le début d'une ère nouvelle et la mise en place au niveau de l'UE d'une législation en matière de non discrimination. Elle permet tout aussi bien de dresser l'état des lieux que d'indiquer le chemin qu'il nous reste à parcourir. Pourquoi ? Parce que notre approche en ce qui concerne la discrimination et l'égalité a évolué et que nous consacrons tous nos efforts encore et toujours, à mieux comprendre ce qu'est la discrimination et qui en sont les victimes. La Commission européenne n'est pas la seule à constater régulièrement que la législation, à elle seule, ne permet pas de lutter contre la discrimination ou de promouvoir l'égalité et que, par conséquent, il convient d'arrêter des mesures complémentaires.<sup>2</sup> Ceci dit, cette contribution expliquera que la mise en œuvre correcte, le respect et l'application des règles existantes constituent l'un des grands défis présents et futurs auxquels se trouve confrontée la législation européenne de lutte contre la discrimination. Progresser dans ce domaine résoudrait déjà beaucoup de problèmes.

Depuis 2000, les développements se sont succédés à un tel rythme que les analyser est à la fois un exercice passionnant et une gageure. De nombreux ouvrages juridiques publiés sur l'article 13 du Traité CE et sur les directives de 2000, relatives à la race et à l'égalité de traitement dans l'emploi,<sup>3</sup> fournissent de multiples descriptions, analyses et critiques de ce que l'on appelle la hiérarchie des motifs interdisant la discrimination.<sup>4</sup> Il est certes légitime de considérer que la hiérarchie des motifs, confirmée dans les directives de 2000, peut varier en fonction de la discrimination en question. En ce qui concerne le champ d'application

---

\*Membre du Comité consultatif sur la législation et le vieillissement, Fédération internationale du vieillissement, Solicitor et visiting fellow, Kingston University, Surrey, Royaume Uni. Je remercie les Professeurs Gerard Quinn et Mark Bell de leurs conseils utiles.

<sup>1</sup> *Le Premier ministre*, (Chapman and Hall, 1876), Ch. 68.

<sup>2</sup> Communication de la Commission « L'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique », COM(2006) 643 final, p. 6 et Communication de la Commission « Non discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé », 2.7.2008, COM(2008) 420 final p. 3. et Communication de la Commission « L'application de la directive 2000/78/EC du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », COM(2008) 225 final du 19.6.2008, p. 9. Voir parmi d'autres, McCrudden et Kountouros, « Human rights and European equality law », dans H. MeenanEd. infra p. 116.

<sup>3</sup> Directive du Conseil 2000/43/EC du 29 Juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique [2000] JO L180, pp. 22-6 et directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [2000] JO L303, p. 16.

<sup>4</sup> Voir de façon générale, Mark Bell, Ed. pour la Commission européenne, *Critical Review of academic literature relating to the EU directives to combat discrimination*, (revue critique des travaux scientifiques disponibles sur les directives européennes relative à la non discrimination) (Bruxelles, 2004).

matériel, la race a toujours été et reste néanmoins au premier rang de la hiérarchie en matière de protection. Dans un même temps, à l'occasion de la présentation en 2008 de sa proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle en dehors du marché de l'emploi<sup>5</sup> (ci-dessous « proposition relative à l'égalité de traitement en dehors du marché de l'emploi »), la Commission a indiqué qu'« aucune hiérarchie ne saurait exister en matière de protection contre la discrimination », <sup>6</sup> principe qui fonde sa proposition. Mais elle précise également que, une fois la directive relative à l'égalité de traitement en dehors du marché du travail entrée en vigueur, « elle complétera le processus d'application de l'article 13 du traité CE aux discriminations fondées sur tous les motifs, et mettra un terme à toute perception du caractère hiérarchisé de la protection ».<sup>7</sup>

Nous examinerons cette proposition ultérieurement pour voir si elle est de nature, et – dans l'affirmative – dans quelle mesure, à aplanir la hiérarchie des motifs, et quels sont les autres pistes et défis qu'elle représente éventuellement pour le développement de la législation de l'UE relative à la non discrimination. Il est intéressant de rappeler que récemment, en 2005, la Commission a fait savoir, lors de la présentation de sa stratégie-cadre relative à la non discrimination et l'égalité des chances pour tous que, en raison des différences en matière de niveau et de portée de la protection contre les différentes formes de discrimination, elle n'entendait pas, à ce stade, présenter de nouvelles propositions législatives pour les autres motifs de discrimination énoncés à l'article 13 du traité.<sup>8</sup>

L'adoption depuis 2000 de nouvelles directives relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (même si seule une d'entre elles est basée sur l'article 13 du traité CE), atteste de l'évolution et de l'accélération récente de la législation de l'UE relative à la non discrimination.<sup>9</sup> Ceci dit, ce n'est pas seulement la multiplication des initiatives législatives qui est remarquable, mais aussi l'accélération du monde lui-même, qui fait partie du contexte dans lequel s'inscrivent les stratégies de l'UE relatives à la non discrimination et à l'égalité des chances, et qui représente les défis d'aujourd'hui et de demain dans ces domaines et dans nos vies en général. Nous avons frôlé ce mois-ci l'effondrement des systèmes financiers au Royaume Uni et aux Etats Unis d'Amérique. Les mondes de la finance et de l'emploi ont été ébranlés dans leurs fondements mêmes. Nos vies ont ressenti le souffle de la tourmente.

Nous nous rappelons qu'en 2004, le Groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans l'UE avait conclu que **l'élargissement, le vieillissement de la population et la mondialisation** constituaient les trois grands défis auxquels se trouvait confronté l'agenda

---

<sup>5</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008) 426 final.

<sup>6</sup> COM (2008) 420 final supra, p. 4.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Communication de la Commission « Non discrimination et l'égalité des chances pour tous – une stratégie-cadre », COM(2005) 224 final.

<sup>9</sup> La directive révisée relative à l'égalité de traitement 2002/73/CE, la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) 2006/54/CE et la directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services 2004/113/CE.

social européen.<sup>10</sup> En 2008, la Commission a constaté que les **mutations technologiques** (rapides), la mondialisation et le vieillissement de la population modifiaient les sociétés européennes, étant entendu que le facteur déterminant de notre époque était la mondialisation.<sup>11</sup> Ces quatre phénomènes constituent des facteurs déterminants de l'environnement dans lequel s'élabore la législation de l'UE relative à la non discrimination et à l'égalité des chances. Quel est leur impact réel dans ces domaines? Cette brève analyse ne prétend pas traiter cette question de façon exhaustive, mais permettra d'aborder sommairement chacun de ces facteurs.

### **Mutations technologiques rapides et mondialisation**

La mondialisation et le rythme des mutations technologiques sont des cibles en mouvement, source de menaces et d'opportunités accrues depuis une date récente. Avant septembre 2008, ces deux facteurs servaient à expliquer le fossé entre régions à fort et bas niveaux de compétence et de succès.<sup>12</sup> C'est la raison pour laquelle la Commission soulignait l'importance d'une politique sociale forte, dotée de la souplesse nécessaire pour s'adapter au changement.<sup>13</sup> La lutte contre la discrimination s'inscrit dans cette stratégie, de même que dans la stratégie de Lisbonne.<sup>14</sup> Cependant, le monde que nous avons connu n'est plus le même. Le fossé qui sépare les populations et les régions a tendance à se creuser, remet en cause l'agenda social renouvelé et les autres initiatives relatives à l'inclusion sociale. Il faut ajouter aux cataclysmes qui ont ébranlé les secteurs bancaire et financier l'entrée brutale en récession de l'Irlande, il y a encore peu un tigre économique. L'Irlande est le premier pays de la zone euro à plonger, mais risque fort d'être suivie par d'autres.<sup>15</sup>

### **Evolution démographique (vieillesse de la population)**

La prolongation de l'espérance de vie de plusieurs décennies est un véritable triomphe.<sup>16</sup> Elle constitue toutefois un défi, dans la mesure où elle nécessite de financer ces années de vie supplémentaires, de prendre en charge des conjoints ou des parents dans leur grand âge, bref elle impose aux individus et aux sociétés des contraintes plus lourdes que prévues. Au sein de l'UE, le taux de dépendance passera selon les estimations de 25% à l'heure actuelle à 53% en 2060, alors qu'une personne sur trois sera âgée de plus de 65 ans.<sup>17</sup> La mondialisation et l'évolution démographique se télescopent dans l'UE. Si nous étions tentés de les considérer comme des phénomènes distincts avant 2008, il serait folie de continuer à le faire.

---

<sup>10</sup> DG Emploi et affaires sociales, rapport du groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Europe élargie, (2004), p. 7.

<sup>11</sup> Communication de la Commission « Un agenda social renouvelé : opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle » COM(2008) 412 final, p. 3.

<sup>12</sup> Un agenda social renouvelé, supra, p. 4 et p. 5.

<sup>13</sup> Voir inter alia idem, p. 3.

<sup>14</sup> Un agenda social renouvelé, supra, p. 14.

<sup>15</sup> « L'Irlande, first euro zone country to hit recession », John Murray Brown, Financial Times, 73-75. 25 septembre 2008, <http://www.ft.com/cms/s/0/648b1a1a-8af9-11dd-b634-0000779fd18c.html>

<sup>16</sup> Nations Unies, *Rapport de la seconde assemblée mondiale sur le vieillissement de la population*, Madrid, 8-12 April 2002, A/CONF.197/9, p. 5.

<sup>17</sup> Statistiques d'Eurostat dans focus 72/2008, *Population et conditions sociales*, p. 1.

Avant le début de ce mois, certaines craintes s'étaient manifestées à propos de l'article 6 de la directive relative à l'emploi, dans la mesure où celui-ci pourrait être opposé, à partir d'un certain âge, à des personnes à la recherche d'un emploi ou souhaitant poursuivre leur activité professionnelle. Des doutes s'étaient exprimés quant à la signification et au rôle du considérant 14 de la directive relative à l'emploi. Dans son arrêt *Palacios de la Villa*<sup>18</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a confirmé que la directive relative à l'emploi n'affectait pas le droit des états membres de fixer des âges de départ obligatoire à la retraite, mais elle a aussi statué que les législations nationales fixant un âge de départ obligatoire à la retraite entrent dans le champ d'application de la directive,<sup>19</sup> et doivent être appréciées en vertu des dispositions de l'article 6. La CJCE a examiné la loi espagnole conformément à l'article 6 et l'a déclarée conforme aux critères énoncés à cet article.<sup>20</sup>

D'autres d'affaires concernant le départ à la retraite sont encore pendantes devant la CJCE. Il y a exactement une semaine, le 23 septembre, l'avocat général Mazak a rendu ses conclusions dans l'affaire *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.<sup>21</sup> Cette saisine de la Cour concerne la loi britannique de mise en œuvre de la directive relative à l'emploi qui prévoit qu'il n'est pas illégal de licencier un salarié âgé de 65 ans ou plus, lorsque le départ à la retraite constitue le motif de licenciement.<sup>22</sup> L'avocat général Mazak a estimé que la directive s'applique à des règles nationales de ce type.<sup>23</sup> La quatrième question posée à la Cour porte sur la question de savoir si l'article 6(1) autorise une justification générale des différences de traitement fondées sur l'âge, ou si les états membres doivent spécifier ces différences. L'avocat général conclut: « Compte tenu de la protection substantielle que la directive 2000/78 vise donc à offrir aux personnes... la mise en œuvre complète de cette dernière ne sera sans doute pas réalisée en garantissant simplement que la législation nationale tombant dans le champ d'application de cette directive est véritablement conforme aux exigences d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui découlent de ladite directive. »<sup>24</sup> Il estime plutôt que l'application complète requiert l'adoption de règles nationales suffisamment claires, sans que cela exige l'établissement d'une liste à l'avance.<sup>25</sup> Bien que la High Court n'ait pas interrogé la Cour sur la compatibilité de la réglementation nationale avec la directive relative à l'emploi, l'avocat général Mazak a conclu, qu'à son avis, la législation nationale en question n'était pas incompatible avec la directive.<sup>26</sup>

Cet arrêt de la CJCE est d'une importance vitale, en particulier pour les salariés britanniques âgés. Plus que jamais, ils seront peut-être obligés de retravailler ou de travailler plus longtemps, en raison de la dépréciation de leur maison, de la chute de leurs valeurs boursières

---

<sup>18</sup> Affaire C-411/05, arrêt du 16 octobre 2007.

<sup>19</sup> Paragraphes 44-47.

<sup>20</sup> Paragraphes 73-75.

<sup>21</sup> Affaire C-388/07.

<sup>22</sup> Néanmoins, cela dépend du droit, tout à fait incertain, du salarié à demander de pouvoir poursuivre son activité professionnelle au-delà de 65 ans.

<sup>23</sup> Paragraphe 35.

<sup>24</sup> Paragraphe 50.

<sup>25</sup> Paragraphes 51-54.

<sup>26</sup> Paragraphes 21 et 56.

et des menaces pesant sur leurs retraites. Malgré un certain nombre d'initiatives dans le domaine de l'évolution démographique,<sup>27</sup> la Commission européenne reconnaît aujourd'hui que l'UE n'a pas relevé les défis existants en matière de démographie et de santé,<sup>28</sup> ce qui nous rappelle qu'il reste encore beaucoup à faire dans le domaine social et dans celui de l'emploi.<sup>29</sup>

## Elargissement

La perspective de l'élargissement de 2004 a largement pesé sur le calendrier et l'ampleur du paquet de mesures adopté par l'UE en 2000 en matière de non discrimination.<sup>30</sup> En 2004, l'élargissement a introduit une plus grande diversité au sein de l'UE, a fait des Rom la minorité ethnique la plus importante de l'UE élargie et a permis une prise de conscience plus générale des problèmes que rencontrent les minorités raciales et ethniques.<sup>31</sup> Les futurs élargissements concerneront les états de la région des Balkans occidentaux qui se seront qualifiés, états dans lesquels les Rom sont considérés comme le groupe ethnique minoritaire le plus vulnérable de la région.<sup>32</sup> En conséquence, les Rom resteront au centre de l'agenda de l'UE en matière de non discrimination et d'égalité des chances pour un bon bout de temps. L'éventuelle adhésion de la Turquie soulève la question de la liberté d'expression et des droits des communautés religieuses non musulmanes.<sup>33</sup> Dans la mesure où chaque élargissement introduit une plus grande diversité, il s'avérera sans doute un processus utile de remise en cause et d'encouragement de la législation de l'UE en matière de non discrimination et d'égalité des chances. Pour reprendre la formule d'Ann Numhauser-Henning, « la principale préoccupation de l'UE sera sans doute à l'avenir la question de l'élargissement. Ce n'est pas une surprise... que l'intégration et l'élargissement des cercles normatifs soient au centre de la législation relative à la non discrimination. Il sera donc particulièrement intéressant de suivre ce processus dans la perspective de la législation relative à la non discrimination ».<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> Par exemple, livre vert de la Commission « Face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre générations », COM(2005) 94 final.

<sup>28</sup> Communication de la commission « Un agenda social renouvelé: opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXIe siècle », résumé de l'étude d'impact, SEC(2008) 2157, p. 3.

<sup>29</sup> Idem, la Commission fait en particulier référence à la nécessité de garantir les systèmes de retraite.

<sup>30</sup> Mark Bell, « Article 13 EC: The European Commission's Anti-Discrimination Proposals », (2000) 29 ILJ pp. 79-84 et Evelyn Ellis, « EU Anti-Discrimination Law », (Oxford University Press, 2005), p. 29.

<sup>31</sup> Voir par exemple le Livre vert de la Commission « *Égalité et non discrimination dans l'Union européenne élargie* » (COM (2004)379, p. 20.

<sup>32</sup> Communication de la Commission « Document de stratégie pour l'élargissement et principaux défis 2007-2008 », COM(2007) 663 final, p.6.

<sup>33</sup> Idem, p. 17.

<sup>34</sup> Ann Numhauser-Henning Ed., *Legal Perspectives on Equal Treatment and non-Discrimination*, (Kluwer, 2001), p. 27. Noter que la Commission a proposé en 2008 une politique d'immigration européenne intégrée, en mettant l'accent sur une meilleure intégration afin que les avantages de l'immigration puissent se déployer pleinement, COM(2008) 359.

## **Evaluation des directives basées sur l'article 13 de la part des universitaires et des praticiens**

J'ai récemment eu l'honneur de conduire un projet concernant les motifs de discrimination contenus dans l'article 13 et les directives de 2000, projet qui a donné lieu à la publication d'un ouvrage en 2007. Cet ouvrage, intitulé « *Equality Law in an Enlarged European Union understanding the Article 13 Directives* » (« *Législation en matière d'égalité des chances dans une Union européenne élargie, pour une meilleure compréhension des directives basées sur l'article 13* »)<sup>35</sup>, est une tentative d'analyser trois éléments qui caractérisent le contexte dans lequel ces directives ont été adoptées et dans lequel elles continuent d'opérer, à savoir 1) l'évolution de l'article 13 CE et son contexte actuel, 2) les liens entre les droits de l'homme et la législation de l'UE en matière de non discrimination et 3) les changements démographiques et sociaux et la législation relative à l'égalité des chances. Dans la deuxième partie de cet ouvrage, un expert a essayé de mettre en perspective chacun des motifs de discrimination énumérés à l'article 13 avec chacun de ces contextes pour voir l'impact de certains facteurs, y compris des droits de l'homme, de l'accès à la justice, de l'élargissement et de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Permettez-moi de présenter certaines des principales conclusions de notre groupe, tout en gardant à l'esprit un certain nombre de considérations essentielles:

- 1) nous nous sommes efforcés de décortiquer chacun des motifs de discrimination et d'en pénétrer la signification au plus profond.
- 2) même si cela paraît une évidence, force est de constater la différence de chaque motif de discrimination par rapport aux autres dans son essence même. A la diversité considérable entre les motifs de discrimination s'ajoute la diversité considérable existant à l'intérieur même de certains motifs de discrimination.<sup>36</sup>
- 3) en prenant un peu de recul et en considérant cet ouvrage dans son ensemble, il est frappant de constater que les dispositions des directives amenées à jouer à court terme le rôle le plus important peuvent varier pour chaque motif de discrimination.
- 4) Ce qui ressort surtout, c'est que, même s'il avère nécessaire dans des circonstances exceptionnelles rares de prévoir des dispositions spécifiques pour un motif de discrimination donné, l'aménagement raisonnable à l'intention des personnes handicapées constituant un exemple parfaitement justifié, il faut faire preuve de la plus grande vigilance en ce qui concerne les dérogations ou les dispositions spécifiques créées pour un motif de discrimination donné.
- 5) Les directives basées sur l'article 13 ne contiennent aucune disposition en ce qui concerne la discrimination multiple. Cela constitue un défi présent et futur pour la législation communautaire relative à la non discrimination. Nous estimons que le temps est venu de définir une approche face à la discrimination multiple, y compris la discrimination

---

<sup>35</sup> Helen Meenan, ed., (Cambridge University Press, 2007), ISBN 978-0-521-86530

<sup>36</sup> Par exemple, origine raciale ou ethnique et âge.

intersectionnelle. Une analyse et une approche intersectionnelles prendraient en compte la discrimination résultant de l'interaction entre deux ou plusieurs motifs de discrimination<sup>37</sup> et nous permettrait d'aborder les sous-catégories existantes à l'intérieur d'un motif de discrimination donné. La Commission européenne accorde désormais une attention accrue à la discrimination multiple, et un rapport récent commandité par ses soins indique que le manque de données disponibles freine les progrès dans ce domaine.<sup>38</sup> Ce rapport recommande néanmoins l'adoption d'une législation spécifique pour lutter contre la discrimination multiple, y compris la réalisation d'une analyse intersectionnelle.<sup>39</sup>

6) Robin Allen a relevé les nombreuses autres occasions manquées dans le cadre des directives relatives à la race et à l'emploi. Il est frappant de constater que la discrimination pour cause d'association avec une autre personne et la discrimination fondée sur une supposition ont été laissées de côté. Effectivement, ces formes de discrimination n'ont pas fait l'objet des discussions lors de la conférence de Vienne organisée en 1998 par la Commission dans le cadre de l'élaboration des directives basées sur l'article 13.<sup>40</sup> Même si Allen estime que la discrimination fondée sur une supposition en particulier, entre dans le champ d'application des directives, il faudra attendre l'arrêt de la CJCE pour en savoir plus.<sup>41</sup> La discrimination pour cause d'association avec une personne a fait l'objet d'une saisine à titre préjudiciel dans l'affaire *Coleman v Attridge Law*, Affaire 303/06,<sup>42</sup> dans laquelle la CJCE a statué que la discrimination directe fondée sur le handicap incluait la discrimination en raison de l'association avec la personne handicapée. Qu'il ait fallu que la mère d'un enfant handicapé soit obligée de saisir la Cour pour faire établir ce fait prouve le coût humain de la non inclusion de ce principe dans la directive.

Allen souligne également que les directives ne contiennent pas de dispositions indiquant la façon de résoudre les conflits résultant des droits à garantir en cas de procédures concurrentes.<sup>43</sup> McCrudden and Kountouros invoquent une autre dimension, celle des tensions possibles entre non discrimination et protection d'autres droits. Ils lancent une mise en garde contre « l'éventualité de plus en plus probable de se voir face...à une remise en cause de la législation relative à la non discrimination au motif de la liberté d'association, du droit au respect de la vie privée et familiale, de la liberté d'expression, du droit de propriété, de la liberté religieuse et de la liberté de contracter ».<sup>44</sup>

Il apparaît au cours de cet ouvrage que le concept aristotélicien d'égalité ne suffit pas à éradiquer des pratiques discriminatoires profondément enracinées et induire les vastes

---

<sup>37</sup> P. 5

<sup>38</sup> Commission européenne, « *Lutter contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et législation* », (Communautés européennes, 2007).

<sup>39</sup> P. 53

<sup>40</sup> Robin Allen *infra*, p. 65

<sup>41</sup> Robin Allen QC, « Article 13 EC, Evolution and current contexts », dans H. Meenan Ed., *supra*, pages 65-66. Voir aussi Lisa Waddington, « Protection for Family and Friends : addressing Discrimination by Association », dans *Revue du droit européen relatif à la non discrimination*, numéro 5, juillet 2007, pages 13-21

<sup>42</sup> Arrêt du 17 juillet 2008

<sup>43</sup> P. 69.

<sup>44</sup> C. McCrudden et H. Kountouros, « Human Rights and European Equality Law », dans H. Meenan Ed., *supra*, p. 114.

changements structurels nécessaires.<sup>45</sup> C'est ce que constate la Commission avec de plus en plus d'insistance à l'occasion de chaque exercice de révision.<sup>46</sup> Ann Numhauser-Hemming fait observer qu'il existe des différences en ce qui concerne les objectifs assignés par l'article 13 aux différents motifs de non discrimination – lutte contre la discrimination ou promotion de l'égalité des chances.<sup>47</sup> Elle constate des différences de fond entre les règles applicables à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et celles applicables à la discrimination fondée sur le sexe. Il est vrai que la discrimination fondée sur le sexe fait l'objet d'une approche volontariste, en particulier depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Le professeur Ann Numhauser-Hemming considère les articles 2 et 3(2) du traité CE comme « *un tournant dans la législation de l'UE en matière d'égalité entre les hommes et les femmes, qui est passée de l'interdiction négative de la discrimination à une approche positive et volontariste afin de promouvoir efficacement l'égalité entre les hommes et les femmes* ». <sup>48</sup>

Passons maintenant rapidement en revue chaque motif de discrimination des directives de 2000.

- **Le sexe**

Ce motif, qui figure dans le traité CE depuis le début, a toujours eu, et a encore, un statut constitutionnel très fort.<sup>49</sup> Il bénéficie par exemple de l'intégration dans toutes les activités de l'UE depuis 1996.<sup>50</sup> Le handicap et la race font également l'objet de l'intégration dans les politiques communautaires, mais la structure est différente pour chacun de ces trois motifs. L'intégration n'existe pas encore ni pour la religion ou les convictions, ni pour l'âge ou l'orientation sexuelle. La clause de non discrimination horizontale<sup>51</sup> contenue dans le traité de Lisbonne pourrait en revanche modifier cet état de choses après ratification du traité, si elle devient un jour réalité.

La directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et des services et la fourniture de biens et de services 2004/113/EC, adoptée sur la base de l'article 13 du traité CE, fait du sexe le deuxième motif de non discrimination basé sur l'article 13 à bénéficier d'une protection aussi forte. Nous savons parfaitement que cette directive définit un champ de protection plus restrictif que la directive relative à la race, dans la mesure où elle exclut les médias, la publicité et l'éducation<sup>52</sup> et contient certaines

---

<sup>45</sup> P. 354

<sup>46</sup> Voir par exemple la communication sur l'application de la directive 2000/78/CE, infra p. 9.

<sup>47</sup> P. 150

<sup>48</sup> Supra, p. 148

<sup>49</sup> Voir Ann Numhauser-Hemming, « EU Sex Equality Law post Amsterdam », dans H. Meenan Ed. Supra, pages 147 – 148.

<sup>50</sup> Communication de la Commission « Intégrer l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'ensemble des politiques et des actions communautaires » COM(96) 67 final.

<sup>51</sup> Article 19

<sup>52</sup> Article 3(3)

qualifications en matière d'assurance.<sup>53</sup> Il est intéressant de noter que cette directive contient également des justifications pour la discrimination directe fondée sur le sexe.<sup>54</sup> Il est vrai que la possibilité de justifier la discrimination directe en ce qui concerne certains motifs de l'article 13 est une des caractéristiques des directives<sup>55</sup> basées sur l'article 13 et des autres dispositions en matière de non discrimination, y compris la directive relative au travail à temps partiel et la directive relative aux contrats de travail à durée déterminée.<sup>56</sup>

Une des conclusions les plus saillantes de Numhauser-Henning est la constatation que « la question de l'inclusion sociale – en particulier dans le marché du travail, qu'il s'agisse des femmes ou des salariés âgés, des citoyens des nouveaux États membres ou des personnes handicapées, constitue une des préoccupations majeures pour l'avenir. Une approche fondée sur les droits fondamentaux exige que l'égalité des chances soit garantie bien au-delà du domaine traditionnel de la population active et soit élargie non seulement aux femmes, mais également à d'autres groupes marginalisés laissés pour compte par la directive relative à la race... Le concept aristotélicien d'égalité ne suffit certainement pas à promouvoir des développements de ce type et doit être complété par une pluralité de concepts d'égalité différents et des mesures positives au sens le plus large de la définition. »<sup>57</sup>

- **L'origine raciale ou ethnique**

Tandis que ce motif de discrimination arrive au premier rang de la hiérarchie en matière d'égalité des chances, Mark Bell a analysé la politique de l'UE relative à la lutte contre le racisme, et constaté qu'un examen de la situation en dehors de la directive relative à la race donne en fait un tableau tout à fait différent. En ce qui concerne la race, un certain nombre de mesures additionnelles en dehors de la directive sont à la fois importantes et nécessaires. C'est ainsi par exemple que la Commission a fait en 2001 une proposition de décision-cadre sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, contenant des dispositions visant la condamnation dans tous les états de l'UE d'un certain nombre de comportements qui seraient qualifiés d'infractions pénales. Le processus pour trouver un accord sur cette décision s'est avéré lent et semé d'embûches,<sup>58</sup> de sorte qu'une adoption formelle n'est toujours pas

---

<sup>53</sup> Article 5

<sup>54</sup> Article 4(5) qui stipule: « la présente directive n'exclut pas les différences de traitement, si la fourniture de biens et de services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires. »

<sup>55</sup> Voir en particulier, article 6 de la directive relative à l'emploi qui autorise la justification objective de la discrimination directe fondée sur l'âge.

<sup>56</sup> Bien qu'elles n'aient pas été adoptées sur la base de l'article 13 du traité CE. Pour plus de détails, voir en outre Ann Numhauser-Henning, supra, p. 173

<sup>57</sup> Pages 176-177

<sup>58</sup> Bell dans H. Meenan Ed., supra, pages 184-185

intervenue à ce jour, en septembre 2008. C'est en 1998 que la Commission a intégré pour la première fois la lutte contre le racisme dans sa politique, à l'occasion de l'élaboration de son Plan d'action contre le racisme. Toutefois, le processus d'intégration et les résultats ont de façon générale moins progressé que pour la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe.<sup>59</sup>

Bell a souligné les difficultés rencontrées pour définir exactement ce que contient le terme d'«origine raciale ou ethnique». Il a mentionné l'exemple du recoupement entre race et religion.<sup>60</sup> Il s'est interrogé sur les raisons pour lesquelles la race a fait l'objet d'une directive particulière.<sup>61</sup> La pluralité des notions de race et d'ethnicité revient à dire que les causes de discrimination et de traitements désavantageux varient selon les différents groupes raciaux et ethniques, et que par conséquent il faut une solution sur mesure pour chaque groupe et pour chaque problème.<sup>62</sup> Il insiste en particulier sur la situation désespérée dans laquelle se trouvent les Rom et écrit « l'inégalité de traitement établie et l'exclusion des Rom représentent un véritable défi et posent la question des limites de la législation relative à la non discrimination. En particulier, une stratégie fondée sur le recours individuel n'est pas suffisante pour rompre avec les handicaps cumulés en matière d'éducation, de logement, de santé et de marché du travail ». Aussi bien avant, qu'après la rédaction de ces lignes, la Commission s'est montrée responsable et soucieuse d'améliorer la situation catastrophique des Rom. Un nombre important d'initiatives complémentaires ont été conçues à l'intention des Rom.<sup>63</sup> Cela prouve l'existence d'une volonté de compléter les directives en cas de besoin et augure bien, espérons-le, quant à d'autres motifs et d'autres groupes dans d'autres circonstances ou d'autres contextes.

Ce qui toutefois est préoccupant à propos de ce motif de discrimination, c'est le faible nombre d'actions engagées dans les États membres, ainsi que l'indiqué l'Agence des droits fondamentaux pour 2008.<sup>64</sup> Dans certains États membres, ce nombre est pratiquement négligeable, ce qui renvoie éventuellement, au-delà de la directive, à des problèmes culturels locaux de caractère plus général.<sup>65</sup>

- **La religion ou les convictions**

---

<sup>59</sup> P. 192

<sup>60</sup> Pages 183-184.

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> Voir pour plus de détails pages 200 -201

<sup>63</sup> Voir par exemple H. Meenan Ed., supra, 'Introduction', p. 4 et le site internet de la Commission consacré aux Roms.

<sup>64</sup> Agence européenne des droits fondamentaux, rapport annuel 2008, p. 107

<sup>65</sup> Idem.

Dans le chapitre rédigé par ses soins, Gwyneth Pitt nous rappelle que, parmi les motifs de discrimination de l'article 13, la religion ou les convictions est le seul motif qui figure en tant que liberté positive dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).<sup>66</sup> Les autres motifs de discrimination de l'article 13 se retrouvent quant à eux dans l'article 14 de la CEDH, contenant les dispositions relatives à la non discrimination et dont l'application est très limitée. Il serait naturel de penser que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg pourrait constituer une référence utile pour les magistrats des juridictions européennes amenées à se prononcer sur « la religion ou les convictions » dans le cadre des directives basées sur l'article 13. Cependant le professeur Pitt met en garde et estime que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme interprètent de façon trop restrictive la protection accordée par l'article 9 de la CEDH aux actions engagées par des salariés ; une approche analogue en ce qui concerne la directive aurait pour résultat un « impact décevant parce que restrictif ».<sup>67</sup>

Pitts déplore que l'absence de définition de la religion ou des convictions puisse causer des problèmes en ce qui concerne ce motif de discrimination. Elle doute qu'il soit sage de laisser les questions de définition à l'appréciation des tribunaux nationaux, avec l'aide éventuelle de la CJCE, et soulève un série de questions laissées en suspens par la directive :

- 1) les tests de définition pratiqués dans d'autres contextes juridiques sont-ils applicables?
- 2) quels sont les caractéristiques permettant d'identifier une religion ou des convictions?
- 3) les convictions politiques sont-elles protégées?
- 4) les exigences inhérentes à une religion ou à des convictions feront-elles l'objet d'un examen objectif de la part de la Cour ou d'un examen subjectif selon la conscience de l'individu ?<sup>68</sup>

Par dessus tout, la question cruciale est de savoir où s'arrête la protection des convictions. Là encore Pitt estime peu conseillé de suivre en pratique l'approche en apparence libérale de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la structure de la directive est différente et devra faire l'objet d'un examen différent.<sup>69</sup> Elle fait également observer que la plupart des États membres ont d'ores et déjà inclus les convictions politiques dans leur législation en matière de non discrimination. Les difficultés que peuvent rencontrer les états pour

---

<sup>66</sup> « Religion or belief : aiming at the right target? » dans H. Meenan Ed., Supra, p. 208

<sup>67</sup> Idem p. 209

<sup>68</sup> Pages 209-210

<sup>69</sup> Il s'agira moins de vérifier si l'état est dans son bon droit que de savoir si des convictions données satisfont aux critères de qualification de « religion ou conviction », Pitt supra, p. 211

définir ce qu'est une conviction légitime fait apparaître une différence de plus entre religion ou conviction d'une part et les autres motifs de discrimination de l'article 13 d'autre part. En règle générale, les autres motifs sont moins controversés et les dispositions en matière de non discrimination reflètent un consensus sur la signification de certains motifs.<sup>70</sup> Elle estime d'autre part, qu'accorder une protection absolue à la religion et aux convictions pourrait dans certains cas amener à protéger des individus animés par des convictions odieuses.<sup>71</sup>

Autre question épineuse: quelles sont les preuves qu'un salarié doit fournir pour attester de sa religion ou de ses convictions ?<sup>72</sup> Cette question, de même que celle de savoir si le test sera de nature objective ou subjective, ne trouvent pas de réponse dans la directive. Un éclairage de la part de la CJCE serait utile, mais là encore Pitt estime que l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas la meilleure source d'inspiration en ce qui concerne ce motif de discrimination.<sup>73</sup> La dernière différence entre la CEDH et la directive, c'est que la directive ne fait pas référence aux manifestations d'une religion ou d'une croyance. Une question se pose: les termes « fondée » sur la religion ou les convictions sont-ils suffisants et de nature à inclure les manifestations de la religion ou des convictions ? Pitt relève que si les manifestations ne sont pas incluses, une action pour discrimination fondée sur la religion ou les convictions « ne sera possible qu'en présence d'une discrimination indirecte ou de harcèlement ».<sup>74</sup>

Pitt donne deux exemples pertinents de manifestations de religion ou de convictions susceptibles de se produire fréquemment, celui du code vestimentaire au travail et celui des pauses nécessaires pour l'observation des pratiques religieuses. Sur ce point également, elle préconise de ne pas suivre la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme. L'examen de cette question implique cependant de se demander si l'élargissement de la notion d'aménagement raisonnable aux besoins des salariés en ce qui concerne l'exercice de leurs pratiques religieuses ne serait pas positif. La directive n'impose certainement pas cette obligation, néanmoins Pitt considère que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut s'avérer utile en ce qui concerne la religion ou les convictions.<sup>75</sup> Enfin, elle relève une autre particularité de la religion ou des convictions – à savoir que la religion constitue dans certains cas la marque d'une identité de groupe, et qu'il s'agit plus d'une discrimination fondée sur la race que d'une discrimination fondée sur la religion en tant que croyance personnelle. Or la directive ne distingue pas entre ce phénomène et d'autres significations des termes religion ou convictions.

---

<sup>70</sup>Au niveau de la législation communautaire et dans le contexte de la directive relative à l'emploi, il paraît clair que l'âge est entendu principalement au sens d'âge chronologique. Voir H. Meenan, « Age Discrimination – Of Cinderella and The Golden Bough », dans H. Meenan Ed., p. 279.

<sup>71</sup> Pages 213 – 214

<sup>72</sup> P. 214

<sup>73</sup> Pages 214-215

<sup>74</sup> P. 216

<sup>75</sup> P. 216

Pitt se prononce pour différents niveaux de protection en matière de religion en tant que caractéristique attributive et demande que les concepts de race et d'ethnicité soient élargis, de manière à intégrer cette dimension de la religion.<sup>76</sup> Elle attire notre attention sur les conflits potentiels entre les différents motifs de discrimination, et les conflits potentiels à l'intérieur d'un même motif.<sup>77</sup> Cette éventualité existe pour au moins un autre motif de discrimination de l'article 13, à savoir pour l'âge. Après avoir examiné la question de la religion ou des convictions, leurs différentes significations, en particulier à la lumière du passage opéré par le droit communautaire d'un modèle d'intégration dans le marché à un modèle de politique sociale, Pitt demande dans ses conclusions pourquoi la protection se cantonne au secteur de l'emploi et s'il ne conviendrait pas de compléter les motifs de discrimination de l'article 13 par ceux de l'article 14 de la CEDH.<sup>78</sup>

- **Le handicap**

Les initiatives en faveur de la non discrimination des personnes handicapées sont d'autant plus importantes que ces dernières sont nombreuses dans l'UE, à savoir 50 millions.<sup>79</sup> A l'instar du sexe et de l'âge, l'attention spéciale accordée au handicap remonte à la période antérieure au traité d'Amsterdam. Dans sa Communication de 1996 « *Égalité des chances pour les personnes handicapées: une nouvelle stratégie européenne* », la Commission a proposé, entre autre, d'intégrer le handicap dans ses propres processus internes.<sup>80</sup> Gerard Quinn souligne que le handicap peut interférer avec l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, voire même la religion<sup>81</sup> pour entraîner des formes particulières de désavantage. Il considère l'UE comme « un des champions reconnus dans le monde en ce qui concerne la mise en place d'une législation relative à la non discrimination fondée sur le handicap dans le secteur de l'emploi », suite à l'adoption de la directive relative à l'emploi.<sup>82</sup>

Le principe de non discrimination est particulièrement précieux en ce qui concerne le handicap, dans la mesure où il permet de remettre en cause les clichés visant les personnes handicapées et pour reprendre les mots de Quinn « de mettre le projecteur sur la personne derrière le handicap et d'inciter les employeurs, dans le secteur de l'emploi, à considérer avec plus de rationalité ce que la personne handicapée peut apporter, contrairement à ce que les clichés peuvent suggérer ». <sup>83</sup> Le concept « d'aménagement raisonnable » est un élément pour atteindre cet objectif. Quinn

---

<sup>76</sup> Pages 226-227

<sup>77</sup> P. 227

<sup>78</sup> Pages 229-230

<sup>79</sup> Forum européen des personnes handicapées.

<sup>80</sup> Gerard Quinn, « Disability Discrimination Law in the EU », dans H. Meenan Ed., supra, pages 232-235.

<sup>81</sup> Même si ce n'est pas dans le contexte de l'UE ou de ses États membres, p. 235

<sup>82</sup> Ibid p. 242

<sup>83</sup> P. 245

opère une distinction entre l'obligation en matière d'aménagement raisonnable qui revêt un caractère hautement individuel, selon le handicap de la personne concernée, et le concept plus général d'actions positives.<sup>84</sup>

L'absence de définition du handicap a eu des implications importantes en ce qui concerne l'ampleur de la protection, et nous savons que le premier arrêt de la CJCE concernant le handicap dans le contexte de la directive relative à l'emploi, dans l'affaire *Chacon Navas*<sup>85</sup>, portait sur la définition du handicap. La CJCE a tout d'abord constaté que la notion de handicap n'était pas définie dans la directive relative à l'emploi et que la directive ne renvoyait pas aux législations des États membres pour la définition de cette notion.<sup>86</sup> Ensuite, étant donné la nécessité de pouvoir disposer d'une interprétation uniforme de la législation communautaire et du principe de l'égalité de traitement, la Cour a estimé dans ces circonstances devoir procéder à une interprétation autonome et uniforme valable pour l'ensemble de la Communauté.<sup>87</sup> La Cour a statué que, dans le contexte de la directive relative à l'emploi, « la notion de « handicap » doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. »<sup>88</sup> Elle a ensuite établi que la notion de handicap excluait la maladie, point sur lequel portait justement cette affaire.<sup>89</sup>

Il est bien-sûr légitime de faire valoir que certains autres motifs de discrimination de l'article 13 auraient tout avantage à être interprétés de façon autonome et uniforme dans toute la Communauté. Reste à savoir si cette interprétation doit résulter de définitions et précisions contenues dans de nouvelles directives de consolidation ou de révision, ou d'une définition élaborée par la CJCE au terme d'un processus long, aléatoire et purement réactif. Qui sait d'ailleurs si la Cour aurait à cœur de fournir de la même façon une définition d'autres motifs de discrimination ? La signification de la notion de sexe par exemple peut paraître évidente, celle « d'âge » en revanche me semble avoir tout intérêt à l'avenir à être précisée par la Cour.

Quinn estime que la notion de discrimination indirecte « remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap », d'autant plus que cette forme de discrimination est la plus fréquente dans le contexte du handicap.<sup>90</sup> Il met en garde contre les préjugés qui parfois sont à la source de cette forme de discrimination. Contrairement aux autres motifs de discrimination, il existe deux possibilités d'attaquer une discrimination indirecte: la justification objective générale, applicable à tous les motifs de discrimination, et l'aménagement raisonnable. Quinn conclut que

---

<sup>84</sup> Pages 245 – 246

<sup>85</sup> Affaire 13/05, arrêt du 11 juillet 2006.

<sup>86</sup> Paragraphe 39.

<sup>87</sup> Paragraphe 40

<sup>88</sup> Paragraphe 43

<sup>89</sup> Paragraphe 44

<sup>90</sup> P. 260

l'efficacité des législations nationales en matière de lutte contre la discrimination dépendra de la façon dont « l'aménagement raisonnable » sera mis en œuvre.<sup>91</sup>

Le handicap bénéficie donc de dispositions supplémentaires relatives aux actions positives. En plus de la clause générale de l'article 7(1) de la directive relative à l'emploi autorisant les États membres à adopter des mesures positives, l'article 7 (2) autorise des actions positives en ce qui concerne le handicap. Cette disposition vise à garantir que le principe de l'égalité de traitement des personnes handicapées soit respecté, sans préjudice du droit des États membres de prendre des mesures concernant la santé et la sécurité au travail ou d'adopter et de maintenir des dispositions ou des facilités destinées à leur intégration. Quinn porte certes un jugement positif sur ces dispositions, dans la mesure où elles favorisent une meilleure insertion des personnes handicapées dans le marché de l'emploi, mais envisage aussi une multiplication des affaires portées devant la Cour concernant l'interface entre la législation relative à la non discrimination et celle relative à la santé et la sécurité dans le contexte du handicap.<sup>92</sup>

- **L'âge**

Nous avons déjà examiné un certain nombre d'éléments qui confèrent à la religion et aux convictions une place unique parmi les motifs de discrimination de l'article 13. L'âge lui aussi possède certaines caractéristiques qui le distinguent des autres motifs de discrimination, même si cela revêt une forme différente que pour la religion et les convictions. La première de ces caractéristiques, c'est que l'âge s'ajoute très souvent aux autres motifs de discrimination pour induire une discrimination multiple. D'autre part, l'âge a un rôle fédérateur, puisque nous progressons tous en âge. Nous vivrons tous plus longtemps, c'est souhaitable, et ferons face aux chances et aux défis de l'évolution démographique. Ceci dit, l'âge ne saurait être assimilé aux autres motifs de discrimination, dans la mesure où il constitue sans aucun doute un « non choix » et que le vieillissement est inéluctable.<sup>93</sup>

Comme d'autres motifs de discrimination, l'âge n'a pas été défini, et il peut l'être au moins de trois façons : l'âge chronologique, l'âge social et l'âge physiologique.<sup>94</sup> Il ne fait aucun doute que la directive vise l'âge chronologique. Cette approche chronologique pose toutefois problème, en raison de l'existence dans de nombreux États membres de dispositions en matière d'âge limite ou d'âge de départ à la retraite. Elle ne tient pas compte en effet de l'augmentation considérable de l'espérance de vie, cause principale du vieillissement de la population en Europe et dans d'autres régions du monde – bref de l'évolution démographique. Elle ignore également le fait que le vieillissement est un processus éminemment individuel et que les personnes appartenant à une même classe d'âge constituent un groupe hétérogène et non

---

<sup>91</sup> Pages 268 – 269

<sup>92</sup> Pages 271 – 273

<sup>93</sup> H. Meenan dans H. Meenan, ed. supra, pages 279-283.

<sup>94</sup> H. Meenan, supra, p. 279.

homogène en ce qui concerne leurs capacités fonctionnelles. De nombreux facteurs expliquent cette hétérogénéité. C'est la raison pour laquelle le processus de vieillissement appelle une réponse personnalisée aux problèmes posés par la perte des capacités fonctionnelles au travail, plutôt que l'application automatique des justifications objectives prévues à l'article 6 de la directive relative à l'emploi qui s'appliquent à toute une catégorie des salariés sur la base du seul âge chronologique.

Se fonder sur l'âge comme motif de discrimination revient souvent à « retourner le couteau dans la plaie ». En combinaison avec le sexe, l'âge produit fréquemment ce que les sociologues désignent du nom de « âgisme en raison du sexe » au travail.<sup>95</sup> Cela s'ajoute aux problèmes liés à la perception de l'âge, phénomène affectant particulièrement les femmes dans les emplois où l'apparence physique joue un rôle important, par exemple les présentatrices de journaux télévisés. Rodeheaver qualifie le fait que les femmes, à partir d'un certain âge, et contrairement aux hommes, ne sont plus considérées comme « présentables » dans certains métiers, de *labor market progeria*.<sup>96</sup> C'est ainsi que les femmes peuvent être victimes de la discrimination fondée sur l'âge lorsqu'elles vieillissent.<sup>97</sup>

L'âge peut également entraîner des discriminations au sein d'un même groupe, lorsqu'un cadre âgé discrimine un salarié âgé par exemple.<sup>98</sup> Indépendamment de tout cela, il apparaît que des catégories de populations âgées différentes ont des expériences diverses mais concordantes en matière de discrimination fondée sur l'âge.<sup>99</sup> Cela signifie que la lutte contre la discrimination requiert des stratégies différentes, si l'égalité de traitement doit devenir réalité, à la faveur des dispositions relatives à l'âge, pour toutes les catégories de personnes. Tout cela constitue un vaste défi pour le développement de la législation de l'UE relative à la non discrimination, d'autant plus que l'âge est un phénomène beaucoup plus complexe qu'il y paraît à première vue, à la fois en tant que caractéristique de l'être humain et que motif de discrimination. L'âge deviendra un facteur de plus en plus important vu l'augmentation de l'espérance de vie, étant entendu que beaucoup d'entre nous devront travailler plus longtemps pour financer ces années supplémentaires mais risquent d'en être empêchés par la discrimination dite « légitime » autorisée par les législations nationales adoptées et maintenues sur la base de l'article 6 de la directive relative à l'emploi. Contrairement au handicap, la directive ne braque pas les projecteurs sur la personne derrière l'âge.<sup>100</sup> De bons arguments plaident en faveur de l'élargissement de « l'aménagement raisonnable » à l'âge, voire à d'autres motifs de discrimination de l'article 13.

---

<sup>95</sup> P. 282

<sup>96</sup> Dean Rodeheaver « Labor Market Progeria: On the Life Expectancy of Presentability among Working Women », dans L. Glasse et J. Hendricks, *Gender & Aging*, (Baywood Publishing Company, Inc., 1992), p. 101.

<sup>97</sup> P. 289

<sup>98</sup> C. Oswick et P. Rosenthal dans M. Noon et E. Ogbonna, *Equality, Diversity and Disadvantage in Employment* (Palgrave, 2001), p. 9

<sup>99</sup> Pages 284-285.

<sup>100</sup> Voir le commentaire de Gerard Quinn supra.

En ce qui concerne l'âge, le défi majeur consiste peut-être dans le fait qu'il existe trois catégories de raisons de non application ou de non application potentielle de la directive relative à la non discrimination, ce qui est plus que pour les autres motifs de discrimination et atteint des records pour l'article 6. Il faut reconnaître que certaines d'entre elles sont imputables aux difficultés de mise en œuvre de la directive<sup>101</sup> ; ceci dit, le libellé de l'article 6 est flou et redoutablement ouvert. L'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Mangold v Rudiger Helm*<sup>102</sup> prouve que le triple test de l'article 6 fonctionne, nonobstant ses faiblesses. La formulation très floue de l'article 6 entraînera sans doute pendant un bon bout de temps des recours.

Mais les problèmes posés par l'âge dans un futur proche résultent, par dessus tout, du fait que la plupart d'entre nous devront prendre en charge des membres de leur famille pendant plus longtemps que nos parents n'ont eu à le faire. L'hypothèse de voir un salarié d'un certain âge victime de discrimination fondée sur l'âge, parce qu'il a un conjoint à charge, ou celle de voir n'importe quel salarié ayant à charge un membre de sa famille âgé ou infirme victime lui aussi de discrimination, sera à l'avenir un sujet d'une acuité particulière. L'arrêt de la Cour dans l'affaire *Coleman* semble indiquer une ouverture vers la prise en compte d'autres critères, en dehors de la discrimination fondée sur l'âge. Il s'avère néanmoins restrictif, dans la mesure où il porte sur la prise en charge d'une personne qui doit elle-même répondre aux critères concernant les motifs de discrimination de l'article 13.

- **L'orientation sexuelle**

C'est le seul motif de discrimination dans les directives basées sur l'article 13 à ne pas faire l'objet de dispositions spécifiques ou de dérogations. Barry Fitzpatrick estime que c'est un truisme de dire que tous les groupes de personnes concernées par les différents motifs de discrimination font face à des problèmes différents, de sorte que certains des nouveaux motifs de discrimination doivent être réglementés par la législation de façon variable.<sup>103</sup> Bien que la directive n'ait pas été modifiée, il relève certains aspects concernant l'orientation sexuelle qui distingue celle-ci des autres motifs de discrimination. Le fait qu'une personne ait fait ou non son « outing » en ce qui concerne son orientation sexuelle influence la discrimination plus ou moins marquée dont elle est victime.<sup>104</sup> Une personne qui n'a pas fait son « outing » est en revanche confrontée à des problèmes concernant la protection de la vie privée.<sup>105</sup>

Fitzpatrick juge que, puisque l'orientation sexuelle a été intégrée comme motif supplémentaire « d'un autre ordre » dans l'article 14 de la CEDH depuis 2001,<sup>106</sup> cette disposition, en combinaison avec le « droit au respect la vie privée et familiale »

---

<sup>101</sup> Par exemple les articles 3.3 et 6.2.

<sup>102</sup> Affaire C-144/04.

<sup>103</sup> Barry Fitzpatrick, « 'Mainstreaming' of sexual orientation into European Equality Law », dans H. Meenan Ed., supra, p. 314

<sup>104</sup> P. 314

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* (2001) 29 EHRR 548

énoncé à l'article 8 de la CEDH confère à ce motif de discrimination une dimension « droits de l'homme » considérable.<sup>107</sup>

Il considère problématique l'inclusion de l'orientation sexuelle dans la directive relative à l'emploi, en raison principalement de l'absence de définition. Il prévoit aussi d'éventuels conflits avec d'autres motifs de discrimination et souligne que « l'incompatibilité entre certaines croyances religieuses et l'acceptation des relations entre individus LGB constitue actuellement un dilemme majeur pour la législation et la politique en matière d'égalité de traitement, tant au niveau national qu'au niveau européen.<sup>108</sup> Parmi toutes les dispositions des directives, il prédit qu'à court terme les dispositions relatives à la « non discrimination » seront plus importantes en ce qui concerne l'orientation sexuelle que le principe d'« égalité des chances » de la directive. Parmi les dispositions relatives à la non discrimination, il lui semble que la discrimination directe et le harcèlement sont a priori les plus pertinentes. C'est la raison pour laquelle l'introduction d'une définition du harcèlement lui paraît particulièrement importante en ce qui concerne ce motif de discrimination.<sup>109</sup> La définition de la discrimination indirecte de la directive qui se base sur un « désavantage particulier » plutôt que sur l'« effet disproportionné », et qui ne requiert pas de preuve sous forme de statistiques est de nature à servir les intérêts des individus LGB. La raison en est la réticence des individus LGB à révéler leur orientation sexuelle,<sup>110</sup> même à des fins d'évaluation.

Pour les individus LGB, l'accès à la justice peut également être en butte à des obstacles, en raison de leur réticence à révéler leur identité. En conséquence, et malgré le recours que constituent les dispositions de l'article 9.2 de la directive, la création d'un organisme spécialisé dans la promotion de l'égalité de traitement serait particulièrement importante en ce qui concerne l'orientation sexuelle en général.<sup>111</sup> Il s'interroge enfin sur la possibilité ou l'impossibilité d'avoir un jour un système de sanctions basé sur la réparation qui soit « efficace, proportionné et dissuasif », alors que, en matière de harcèlement homophobe, c'est plutôt un changement de politique et de pratiques, de même qu'une approche plus volontariste qui sont nécessaires.<sup>112</sup>

En 2008, l'Agence européenne des droits fondamentaux a décidé de consacrer son premier rapport à l'orientation sexuelle dans l'UE et a conclu que l'incitation à l'homophobie et les crimes homophobes constituaient des obstacles à la libre circulation et des violations d'autres droits.<sup>113</sup> Elle a recommandé l'adoption de mesures pénales partout en Europe pour combattre ce phénomène. Le rapport souligne

---

<sup>107</sup> P. 317

<sup>108</sup> P. 321

<sup>109</sup> P. 328

<sup>110</sup> Pages 332 – 333

<sup>111</sup> Pages 339-340

<sup>112</sup> Pages 340-341

<sup>113</sup> Oliver De Schutter, *Homophobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation in EU Member States Part I Legal Analysis*, (Agence européenne des droits fondamentaux, 2008).

également l'absence de véritable égalité de traitement pour les couples homosexuels, même après la mise en œuvre de la directive relative à l'emploi.

La commission européenne, ses réseaux d'experts et les autres organismes chargés de l'évaluation de l'application des directives basées sur l'article 13

**La directive relative à la race**

C'est en 2006 que la Commission européenne a publié son premier rapport sur l'application de la directive relative à la race.<sup>114</sup> A l'époque, la directive avait six ans d'existence et il était remarquable de constater que jusqu'à cette date aucune affaire n'avait été portée devant la CJCE par une juridiction nationale.<sup>115</sup> Il n'en va pas de même pour l'âge. Le rapport mentionnait les retards intervenus dans la mise en œuvre dans certains États membres, de même que les retards en ce qui concerne la communication à la Commission, conformément à la directive, des détails de la mise en œuvre. Nous savons depuis que la Commission avait déjà engagé à cette date une procédure contre 14 États membres, leur enjoignant de mettre en œuvre de façon satisfaisante la directive relative à la race. Les avis motivés demandaient aux États membres d'appliquer pleinement la directive. Ils portaient sur trois domaines :

- mise en œuvre concernant uniquement le secteur de l'emploi,
- définitions autres que celles contenues dans la directive,
- incohérence des dispositions destinées à venir en aide aux victimes de la discrimination.<sup>116</sup>

En ce qui concerne les aspects plus positifs, le rapport soulignait que les trois principaux éléments de la directive étaient bel et bien respectés, à savoir qu'elle s'appliquait à toutes les personnes, qu'elle ne se limitait pas au secteur de l'emploi et qu'elle faisait obligation aux États membres de désigner un organisme national chargé de promouvoir l'égalité de traitement des personnes, sans distinction de la race ou de l'origine ethnique.<sup>117</sup> Une des raisons du succès de ces organismes nationaux réside dans le fait que les victimes de discrimination hésitent à saisir les tribunaux par crainte d'être victimisées et en raison des coûts. Une ONG ou un organisme national chargé de promouvoir l'égalité de traitement conseilleront au contraire rapidement et gratuitement.<sup>118</sup> Il convient de se demander si les victimes de discriminations fondées sur les nouveaux motifs contenus dans la directive relative à l'emploi auront elles

---

<sup>114</sup> Communication de la Commission, « *L'application de la directive 2000/43/EC du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* », COM(2006) 643 final.

<sup>115</sup> Idem, p. 8

<sup>116</sup> Communiqué de presse, *Commission acts to close gaps in race equality rules*, Brussels, 27 juin 2007, IP/07/928.

<sup>117</sup> Idem, p. 4

<sup>118</sup> Idem

aussi peur de la victimisation et reculeront devant les coûts d'une procédure. Douze États membres au moins ont créé dans l'intervalle des organismes nationaux ou des structures similaires chargés de promouvoir l'égalité de traitement sans distinction non seulement de la race et de l'origine ethnique mais également de nombreux autres facteurs ; ceci dit, ils ne sont pas tous dotés des mêmes pouvoirs.<sup>119</sup> Est-ce une bonne chose pour la législation de l'UE relative à l'égalité de traitement?

### **La directive relative à l'emploi**

En juin 2008, la Commission a publié son rapport sur l'application de la directive relative à l'emploi<sup>120</sup> et a conclu que « la mise en œuvre de la directive constitue un succès, dans la mesure où tous les États membres se sont dotés d'une législation relative à la non discrimination couvrant tous les motifs de discrimination de la directive... Le cadre juridique peut être jugé conforme dans la plupart des États membres, la question de l'application dans les faits restant le défi majeur ».<sup>121</sup> Certains éléments du rapport sont cependant décevants. Rares, voire inexistantes sont les cas de recours devant les juridictions nationales en ce qui concerne l'orientation sexuelle; le rapport cherche l'explication dans le fait que ce domaine est nouveau dans la plupart des États membres. Une autre explication est la réticence des victimes à révéler leur orientation sexuelle.<sup>122</sup>

Dans la plupart des États membres, la religion ou les convictions n'ont pas fait l'objet de définitions. Le rapport note que fixer les limites de la religion ou des convictions peut s'avérer problématique, surtout lorsqu'il existe un lien avec l'ethnicité.<sup>123</sup> Les jurisprudences nationales concernent d'ores et déjà des affaires de port de signes religieux distinctifs au travail et d'exercice de pratiques religieuses,<sup>124</sup> étant entendu que certaines de ces affaires ont été jugées dans la perspective des droits de l'homme plutôt que dans celle de la discrimination. Le rapport souligne que ce type de conflits est préoccupant en ce qui concerne l'application de la directive.

### **L'âge**

Le rapport constate que la priorité, c'est de veiller à ce que les législations nationales soient mises en conformité avec la directive. Toutefois, la majorité des dispositions en vigueur concernant l'âge n'ont pas été modifiées. Rares sont les États membres à avoir remis à plat leurs lois instituant des distinctions en fonction de l'âge. Voilà qui est à mon avis quelque peu déprimant, d'autant plus que AGE – la plateforme européenne des personnes âgées, faisait observer dès 2004 qu'aucun État membre

---

<sup>119</sup> Commission européenne, « Développer la législation relative à la non discrimination en Europe », (OOPEC, juillet 2007), pages 66-69.

<sup>120</sup> Communication de la Commission, « L'application de la directive 2000/78/EC du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », COM(2008) 225 final.

<sup>121</sup> Idem, p. 9

<sup>122</sup> P. 3

<sup>123</sup> P. 3

<sup>124</sup> P. 4

n'avait annoncé son intention de réviser sa législation à la lumière de l'article 16 de la directive.<sup>125</sup> Le dernier rapport publié en 2007 par AGE sur la mise en œuvre de la directive reconnaît que l'application de l'article 16 prendra beaucoup de temps, dans la mesure où pratiquement toutes les conventions collectives, les règles internes et les règlements s'appliquant au travail contiennent des limites d'âge, et que le processus de mise en œuvre de la directive n'est pas encore arrivé à son terme dans la plupart des États membres.<sup>126</sup> La question du respect des dispositions de l'article 16 ne se limite d'ailleurs pas à l'âge. On peut constater de façon générale que peu d'États membres ont mis leur législation en conformité avec le principe de l'égalité de traitement.<sup>127</sup> Dans la plupart des pays, la mise en conformité n'intervient d'ailleurs qu'après une décision de justice.<sup>128</sup>

Le rapport de la Commission note que la plupart des États membres ont adopté une législation générale inspirée de l'article 6, et que presque tous les États membres ont des dispositions législatives garantissant la protection des salariés jeunes et âgés.<sup>129</sup> Il prend acte des nombreuses pratiques existantes dans les États membres en matière d'âge obligatoire de départ à la retraite, de même que des précisions apportées par la CJCE dans l'arrêt *Palacios de la Villa*, dans lequel la Cour statue que, bien que le considérant 14 précise que les dispositions nationales établissant des âges fixes de départ à la retraite n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, - elles se retrouvent tout de même dans le champ d'application de la directive et doivent satisfaire aux critères de l'article 6, à partir du moment où elles s'appliquent en raison de la fin du contrat de travail.

## **Le handicap**

La moitié des États membres n'ont pas défini le handicap dans leur législation de mise en œuvre. Nous le savons, la CJCE a donné une définition du handicap dans son arrêt *Chacon Navas*. En revanche, presque tous les États membres ont transposé l'obligation d'aménagement raisonnable.<sup>130</sup> Néanmoins, les dispositions nationales varient une fois encore largement.<sup>131</sup>

Même si la plupart des États membres sont allés au-delà du minimum requis par la directive,<sup>132</sup> le tableau au sein de l'ensemble de l'Union est contrasté. Au-delà de la transposition des éléments de la directive concernant la non discrimination, ce sont une fois de plus les éléments plus lâches, ceux de procédure qui ont été transposés de

---

<sup>125</sup> AGE la plateforme européenne des personnes âgées, « Analyse d'AGE sur l'état de la mise en œuvre de la directive relative à l'emploi en décembre 2004 », p. 8.

<sup>126</sup> AGE « Rapport sur la mise en œuvre et l'application de la directive relative à l'égalité de traitement dans l'emploi 2000/78/CE », novembre 2007, p. 14.

<sup>127</sup> Commission européenne, « Développer la législation relative à la non discrimination en Europe, Comparaison entre les 25 États membres », (OOPEC, juillet 2007), p. 75.

<sup>128</sup> Idem

<sup>129</sup> Rapport de la Commission, supra, p. 4-5

<sup>130</sup> P. 6

<sup>131</sup> Idem

<sup>132</sup> Idem

la façon la plus décevante. Ce sont les dispositions de la directive relatives à la diffusion de l'information et au dialogue social qui ont été le moins bien mises en œuvre formellement.<sup>133</sup> A la date de rédaction du rapport, quatre États membres n'avaient pas transposé correctement l'article 10 concernant le renversement de la charge de la preuve, tandis qu'un État membre l'avait fait pour tous les motifs de discrimination, sauf pour le handicap!<sup>134</sup>

L'intérêt principal que représente peut-être ce rapport, c'est qu'il met l'accent sur les victimes et les aides qui leur sont destinées. Il constate que le nombre de cas de discrimination porté devant les juridictions est faible dans la plupart des États membres, ce qui pourrait indiquer qu'il existe des obstacles réels ou supposés à l'accès à la justice. De plus, dans de nombreux pays, les victimes potentielles ont peu conscience de leurs droits. Le rapport énumère un certain nombre d'obstacles à l'accès à la justice, tels la transposition incomplète des mesures de protection contre la victimisation ou le niveau des sanctions très disparate au sein de l'UE.<sup>135</sup>

Le rapport envisage également l'existence d'autres obstacles à l'accès à la justice, tels que l'accès à l'aide judiciaire, les délais limités pour porter une affaire devant les tribunaux, la longueur, les coûts et la complexité d'une procédure judiciaire. Dans la mesure où des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives sont d'une importance capitale, la Commission a proposé de réaliser courant 2008 une étude comparative sur le niveau de sanctions et la longueur des délais dans chaque État membre.<sup>136</sup>

Enfin, la Commission a engagé des poursuites contre les États membres responsables de ne pas avoir mis en œuvre correctement la directive; dix-sept États membres ont reçu un avis motivé et l'Allemagne a fait l'objet au début de l'année d'une mise en demeure. Les violations sont les mêmes que pour la directive relative à la race : restriction du champ d'application personnel et matériel, problèmes de définition de la discrimination et incohérences des dispositions visant à aider les victimes.<sup>137</sup> En résumé, on constate des problèmes de transposition et d'application, tant en ce qui concerne la directive relative à la race, que celle relative à l'emploi.<sup>138</sup> Une autre conclusion est possible. Le niveau de protection varie selon le pays de l'UE dans lequel réside la victime. Que certains États membres soient allés très au-delà du niveau minimum requis par la directive en ce qui concerne certains motifs de discrimination (bien que ce ne soit d'ailleurs pas toujours les mêmes) et que d'autres aient omis de transposer certains éléments essentiels, signifie que certains États membres se situent largement au-dessus du niveau requis et que d'autres ne l'ont pas atteint. De telles disparités ne sauraient être bénéfiques à l'UE, même à court terme.

---

<sup>133</sup> P. 7

<sup>134</sup> P. 8 et note en bas de page n° 22 de ce document.

<sup>135</sup> P. 8

<sup>136</sup> Idem

<sup>137</sup> Communiqué de presse, « Commission acts to close gaps in employment equality rules », Bruxelles, 31 janvier 2008, IP/08/155.

<sup>138</sup> Voir Communication de la Commission sur l'application de la directive 2000/78/CE, supra, 9.

## La proposition de directive relative à l'égalité de traitement en dehors de l'emploi – solutions et défis

Les éléments principaux de la proposition sont les suivants:

- 1) elle vise à lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle et à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en dehors de l'emploi.<sup>139</sup>
- 2) la discrimination dans le domaine de la protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), des prestations sociales, de l'éducation, de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et services disponibles au public, y compris le logement, est interdite.<sup>140</sup>
- 3) La notion de discrimination inclut désormais le refus d'aménagement raisonnable pour les personnes handicapées, conformément à la Convention des Nations unies relatives aux droits des personnes handicapées.<sup>141</sup>
- 4) Le handicap bénéficie d'une disposition prévue dans la directive, selon laquelle l'accès des personnes handicapées dans tous les domaines couverts par la directive doit être fourni « à l'avance ». C'est un développement révolutionnaire. La proposition prévoit certaines limites à cette obligation dans la mesure, où elle imposerait une charge disproportionnée ou nécessiterait des modifications substantielles en ce qui concerne le produit ou le service. Néanmoins, l'obligation de fournir l'accès à l'avance est une notion nouvelle dans la législation de l'UE relative à la non discrimination et il faudra en préciser la portée. De plus, cette notion est susceptible, d'une part de rendre l'argument de la charge disproportionnée moins facile à invoquer, alors que, d'autre part, la charge disproportionnée constitue une limite légitime à cette obligation.

La proposition prévoit également que, dans certains cas, un aménagement raisonnable soit nécessaire pour garantir l'accès effectif à une personne handicapée donnée. L'argument de la charge disproportionnée s'applique là aussi et il est prévu de dresser une liste non exhaustive de critères pour définir si la charge est disproportionnée.

Toutefois, la proposition fait une distinction en ce qui concerne les petites et moyennes entreprises (PME) et constate que, ce qui s'avère approprié pour une grande entreprise, ne l'est pas forcément pour une PME. Elle précise que l'obligation de procéder à un aménagement raisonnable n'entraîne pas seulement

---

<sup>139</sup> Article 1

<sup>140</sup> En ce qui concerne les biens et les services, seules les activités professionnelles ou commerciales sont couvertes, article 3.

<sup>141</sup> Voir article 2.5, considérant (2).

des modifications physiques, mais également, le cas échéant, la mise à disposition de moyens alternatifs de fourniture d'un service.<sup>142</sup>

Le Forum européen des personnes handicapées a fait connaître récemment sa position sur cette proposition; il en a salué les aspects positifs, mais a fait observer qu'à plusieurs égards, elle n'est pas conforme à la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et qu'elle confondait certaines notions essentielles. Il s'est prononcé contre certaines des exceptions prévues en ce qui concerne le handicap.<sup>143</sup>

- 5) En ce qui concerne la fourniture de services financiers, « les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou de statistiques précises et pertinentes ».<sup>144</sup>
- 6) La proposition comporte une disposition comparable à l'article 6 de la directive relative à l'emploi, autorisant les États membres à considérer que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination si, dans le contexte de la législation nationale, elles se justifient par un but légitime et que les moyens pour atteindre ce but sont appropriés et nécessaires. Elle ajoute « la présente directive n'exclut pas la fixation d'un âge spécifique pour accéder aux prestations sociales, à l'éducation et à certains biens ou services. »<sup>145</sup>
- 7) La proposition fait obligation aux États membres de créer un organisme chargé de la promotion de l'égalité de traitement de toutes les personnes, sans discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Cette disposition se veut un équivalent des dispositions de la directive relative à la race dans le domaine des biens et des services.<sup>146</sup> Comme dans la directive 2004/113/CE, la proposition définit les compétences dont doivent être dotés les organismes nationaux: assistance indépendante fournie aux victimes, réalisation d'études indépendantes sur la discrimination, publication de rapports indépendants et recommandations sur toute question liée à de telles discriminations.<sup>147</sup>

### Analyse

L'élargissement de la protection contre la discrimination aux secteurs en dehors de l'emploi est, de loin, la façon la plus explicite qui soit de réfuter la théorie d'une

---

<sup>142</sup> P. 9

<sup>143</sup> Forum européen des personnes handicapées, *Observations sur la proposition du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (directives basées sur l'article 13), révisée 7 août 2008.*

<sup>144</sup> Article 2.7

<sup>145</sup> Article 2.6

<sup>146</sup> P. 11

<sup>147</sup> Article 12

hiérarchie des motifs de discrimination. Deuxièmement, il faut relever l'obligation faite aux États membres de créer un organisme chargé de la promotion de l'égalité de traitement. Néanmoins, en raison de la définition précise du champ d'application matériel, il ne fait aucun doute que cette proposition ne concerne que l'égalité de traitement en dehors de l'emploi, laissant ainsi de côté la promotion de l'égalité de traitement dans l'emploi. De plus, les différences existantes entre la directive relative à la race et la directive 2004/113 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services demeurent.

Reprendre l'article 6 de la directive relative à l'emploi en ce qui concerne l'âge peut paraître faire peu de cas de l'âge dans la fameuse hiérarchie des motifs de discrimination. Ceci dit, la dernière phrase de l'article 2.6 dit : « en particulier, la présente directive n'exclut pas la fixation d'un âge spécifique pour accéder aux prestations sociales, à l'éducation et à certains biens ou services. », ce qui signifie donc que des âges limites peuvent être fixés en ce qui concerne les prestations sociales et l'éducation. Cela peut rendre la directive plus facile à appliquer, mais en l'absence de référence à « certains biens et services », le législateur national n'est pas mieux avisé quant aux limites de la protection fondée sur l'âge en ce qui concerne la fourniture de biens et de services.

Cette proposition constitue un développement important et bienvenu, et permet de corriger en partie la hiérarchie des motifs de discrimination. Cependant, certaines lacunes continuent d'exister et certaines questions importantes devront être réglées. Il est regrettable que certaines dérogations prévues pour l'âge soient de caractère très général, et que l'article 6 ait été repris purement et simplement. La hiérarchie des motifs de discrimination dans le domaine de l'égalité de traitement connaît une érosion progressive, mais n'est néanmoins certainement pas prête de disparaître rapidement. Nous devons compenser le fait que « les différents motifs de discrimination varient substantiellement et requièrent tous une réponse sur mesure »<sup>148</sup> par une approche plus positive et volontariste chaque fois que cela est possible.

L'objectif concevable pour l'avenir pourrait être la refonte des directives et leur fusion dans une directive unique relative à l'ensemble des motifs de discrimination énoncés à l'article 13.<sup>149</sup> Un tel exercice n'est pas facile, mais serait certainement très utile pour aider les victimes de la discrimination à mieux connaître et faire valoir leurs droits. Il permettrait peut-être aussi de progresser dans la solution du grand problème non résolu : celui de la discrimination multiple.

---

<sup>148</sup> «Non discrimination et égalité des chances: un engagement renouvelé », supra, p. 5.

<sup>149</sup> Cette possibilité a déjà été évoquée ailleurs, voir Professeur Mark Bell, *Extending EU Anti-Discrimination Law: Report of an ENAR Ad Hoc Expert Group on Anti-Discrimination Law*, (Bruxelles, 2008) p. 18

Il est scandaleux de devoir constater qu'un tiers seulement des citoyens de l'UE connaissent leurs droits en matière de non discrimination.<sup>150</sup> A mes yeux, l'un des grands défis présents et futurs de l'UE dans ce domaine est de faire progresser la prise de conscience. Une meilleure prise de conscience, une meilleure connaissance entraîneraient une multiplication des affaires portées devant les tribunaux par les gens ordinaires, qui ont largement fait évoluer le droit communautaire. Les media se feraient l'écho de ces affaires, ce qui ferait encore progresser la prise de conscience, et la multiplication des affaires permettrait aux professions juridiques de perfectionner leur savoir-faire en ce qui concerne les nouveaux motifs de discrimination. A cet égard, les États membres doivent mettre en œuvre les dispositions de la directive concernant la diffusion de l'information sur les lois relatives à la non discrimination, promouvoir le dialogue social et encourager le dialogue avec les ONG.

Il ne faut cependant pas trop compter sur les litiges individuels pour faire avancer la cause de la non discrimination et de l'égalité de traitement, d'autant que, comme nous l'avons indiqué *inter alias* dans ce document, nous en sommes encore actuellement à résoudre certains problèmes d'accès à la justice. Nous avons parcouru déjà beaucoup de chemin, cependant il reste encore beaucoup à faire. La discrimination est une expérience humaine unique et déplaisante. Nous devons lutter de toutes nos forces contre la discrimination, c'est un impératif moral, et nous battre pour que l'égalité de traitement devienne réalité dans tous les domaines et pour chaque groupe et sous-groupe d'individus. Dans cette formidable aventure, nous devons veiller à ce que personne ne soit laissé sur le bord du chemin.

---

<sup>150</sup> La discrimination dans l'Union européenne: perceptions, expériences et attitudes, enquête spéciale d'Eurobaromètre 296, 2008, p. 22