



HAL
open science

La politique antidiscriminatoire de l'Union Européenne

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La politique antidiscriminatoire de l'Union Européenne. Daniel Borrillo. Lutter contre les discriminations, La Découverte, 2003, 2-7071-4027-9. hal-01237739

HAL Id: hal-01237739

<https://hal.science/hal-01237739>

Submitted on 3 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

d'élaboration conceptuelle, de construction d'un raisonnement conforme aux attendus de la procédure. Mais, il s'agit aussi de la « recherche » au sens de production de connaissances novatrices autorisant une lecture nouvelle des rapports sociaux, pour tenter d'en dégager une analyse renouvelée des « inégalités de traitement » qui s'y développent et des processus qui y concourent, en dehors de toute « intention » ou de toute « responsabilité » clairement individualisable. Une « nouvelle lecture » de la « preuve » qui a vocation à bouleverser les schémas de la culture judiciaire traditionnelle. Elle reste à construire.

8

La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne

par *Daniel Borrillo*

INTRODUCTION

Comme le note Dominique Wolton, l'Europe constitue « la seule aventure politique d'envergure en cette fin de siècle » [Wolton, 1993]. Aventure économique d'abord, elle est devenue également une aventure citoyenne. Avec l'Acte unique européen de 1986, le traité de Maastricht de 1992 et celui d'Amsterdam de 1997, les bases légales d'une intervention politique semblent désormais consolidées. La tension entre le modèle d'intégration par le marché, favorisant une vision économiciste, et le modèle social qui privilégie la cohésion par l'intervention de la loi, est dépassée par le choix politique actuel consistant à rendre compatibles la loi du marché et les impératifs des droits fondamentaux¹. Le domaine spécifique dessiné par les actions antidiscriminatoires constitue un espace nouveau au sein duquel il semble plus facile de concilier les trois grandes traditions qui, en matière d'emploi et de droit social, alimentent la politique de l'Union. Entre le système anglo-saxon de caractère libéral, la tradition continentale de type étatique direct et le modèle scandinave de dialogue social permanent (mais sans intervention directe du pouvoir central), la lutte contre les discriminations permet de constituer un terrain commun

1. En 1995 le Comité de sages sur les droits fondamentaux notait : « *The inclusion of civic and social rights in the Treaties would help... Prevent Europe from being perceived as a bureaucracy assembled by technocratic elites far removed from daily concerns* », *Commission « For a Europe of civic and social rights »*, rapport du Comité des sages, Luxembourg, OOEPC, 1996.

où la société civile, les syndicats, les agents économiques et les administrations des États membres peuvent dialoguer et construire des outils adaptés à leurs propres cultures. Conforme à cet esprit, le traité d'Amsterdam a donné l'assise juridique de l'intervention communautaire en matière de lutte contre les discriminations. Inspirée par les précédents relatifs à l'égalité des femmes et à celle des ressortissants de l'Union européenne, l'article 13 du traité met fin à une longue controverse sur la pertinence politique et juridique de l'intervention européenne dans l'action antidiscriminatoire². Réduire les discriminations permettrait ainsi de faciliter une libre concurrence, c'est-à-dire non faussée par des comportements irrationnels des acteurs économiques (victimes de préjugés), mais aussi d'assurer le développement des potentialités de l'ensemble des agents du marché. Et, comme le note O. De Schutter, même si « un tel argument n'apparaît plus dans les travaux préparatoires des directives fondées sur l'article 13 » et que « l'on n'en retrouve aucune trace dans les Préambules » [De Schutter, 2001], le traité d'Amsterdam tente de concilier développement économique et plein emploi (titre VIII) en favorisant la participation généralisée au marché de l'emploi par le biais de l'intégration sociale³. Ainsi, le dispositif égalitaire de l'Union européenne, annoncé par l'ancien article 119 (actuel article 141) sur l'égalité des femmes au travail⁴, se complète par l'article 13 qui établit :

« Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites de compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

Désormais, et dans la mouvance de ce que Svein Andersen et Kjell Eliassen [1993] appellent l'« européification des politiques publiques »,

2. C'est surtout grâce à l'action du Parlement européen et des organisations non gouvernementales que l'Union Européenne s'est dotée des compétences spécifiques en la matière.

3. Voir en ce sens l'Agenda social européen adopté par le Conseil européen de Nice, 7-9 décembre 2000.

4. Il ne faut pas oublier que cet article fut introduit à la demande de la France qui craignait que sa protection envers les salariées ne se retourne contre ses propres entreprises en la mettant dans une situation moins concurrentielle (voir arrêt Defrenne CJCE, 8 avril 1976).

la lutte contre les discriminations constitue un exemple paradigmatique d'un nouvel espace politique en voie de formation⁵. Comme le remarquent ces auteurs, avant d'être un lieu de décision, l'Europe apparaît de plus en plus comme un lieu de débat, c'est-à-dire l'espace stratégique où sont formulés les problèmes et où la palette des solutions est définie : « Elle fixe le cadre intellectuel et normatif qui détermine les grandes orientations des politiques publiques. »

L'article 13 et les directives qui le mettent en œuvre instaurent une nouvelle action communautaire en matière d'égalité qui représente l'exigence minimale à laquelle l'ensemble des États membres doit se soumettre. L'horizon de l'Union européenne est modeste, il ne s'agit pas tant d'atteindre une égalité réelle mais plutôt de créer les conditions d'une véritable égalité des chances par le biais d'une politique efficace de lutte contre les discriminations et ceci non seulement dans les cas de figure où la volonté de discriminer est prouvée (discrimination directe), mais aussi dans les situations où, sans volonté discriminatoire, existent des effets concrets arbitraires qui mettent un individu ou un groupe d'individus dans une place moins avantageuse (discrimination indirecte). Des mesures communautaires de lutte contre les discriminations existaient cependant bien avant le traité d'Amsterdam, celui-ci ne fait que les renforcer et les élargir à des situations nouvelles.

Notre étude s'articule autour de deux grands axes, l'un analytique et l'autre critique, afin de présenter l'état des lieux politico-juridique d'une part et de nous interroger d'autre part sur la portée des mesures mises en œuvre et de leur efficacité réelle. Nous n'analyserons pas les différentes politiques des États membres, une telle étude comparée mériterait à elle seule une publication⁶. Nous n'aborderons pas non plus les programmes du Conseil de l'Europe, ni les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous traiterons exclusivement les outils politiques et juridiques élaborés par les autorités de l'Union européenne.

5. Pour une analyse générale de la construction des politiques publiques européennes voir [Muller, 1994].

6. Sur la présentation et l'évaluation des politiques nationales voir : Commission européenne, « Rapport des dispositions juridiques des États membres pour combattre la discrimination », dir. Emploi et Affaires sociales, Bruxelles 2000. Sur les discriminations raciales voir le rapport de l'Observatoire européen des phénomènes raciaux et xénophobes, 2002 (<http://eunrc.eu.int>).

ÉTAT DES LIEUX ET ANALYSE DES POLITIQUES DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

À une première question relative à l'action de l'Union européenne en matière d'égalité et de lutte contre les discriminations, nous répondons d'une manière quelque peu brutale mais réaliste : l'Union européenne fait ce qu'elle peut faire. Sur ce terrain, comme sur d'autres plans, l'action européenne est limitée politiquement par le principe de subsidiarité, lequel établit que dans les domaines où la compétence communautaire n'est pas exclusive, l'Union européenne n'intervient « que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Le texte même de l'article 13 nous le rappelle : « Dans les limites des compétences que [le traité CE] confère à la Communauté ». La compétence communautaire délimite ainsi l'espace dans lequel l'Union européenne est à même de participer. Dans les annexes du traité d'Amsterdam et conformément aux règles de subsidiarité et de proportionnalité, la Commission justifie son intervention avec des arguments se référant à l'objectif communautaire d'un marché du travail égalitaire permettant l'« insertion professionnelle des personnes⁷ » et l'« exploitation de leur potentiel en termes économiques et sociaux⁸ ». Cependant, elle n'hésite pas à faire référence aux droits de l'homme et place également son action « morale » sous l'autorité de la Charte européenne des droits fondamentaux, laissant ainsi une porte ouverte à des nouvelles interventions. Les domaines du travail et de l'emploi demeurent les espaces privilégiés d'intervention. C'est ici que toutes les sources de discriminations allant du sexe à l'orientation sexuelle en passant par la race, le handicap ou la religion trouvent une sanction explicite⁹.

7. « Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen, au comité économique et social et au comité des régions concernant un certain nombre de mesures communautaires de lutte contre les discriminations », document de la Commission européenne du 25 novembre 1999.

8. « Fiche d'évaluation de l'impact de la proposition sur les entreprises et, en particulier, sur les petites et moyennes entreprises », annexe de la proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 1999.

9. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE, L 303 du 21/12/00, p. 16.

L'intensité de l'intervention communautaire dépend des « catégories¹⁰ » protégées. Historiquement ce sont les ressortissants des pays européens dans d'autres pays membres qui ont constitué avec les femmes les deux « groupes » protégés par le droit communautaire. En effet, très tôt, l'Europe a donné une base juridique à l'action politique en matière d'égalité des femmes dans le marché du travail (article 119 du traité de Rome de 1957, devenu article 141). L'égalité de traitement des travailleurs ressortissants de la communauté a également constitué un principe d'action politique proclamé par les traités constitutifs de la CEE. Ainsi, outre la protection générale de l'article 12, l'article 39 (2) garantit le droit à la libre circulation dans l'espace européen. Le règlement 1612/68 et la directive 68/360 de 1968 (complétée par la directive 90/364) établissent que les travailleurs des pays membres doivent jouir des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux. Jusqu'à la signature du traité d'Amsterdam, ce furent pratiquement ces deux situations qui trouvaient une protection juridique en droit communautaire. D'autres critères de discrimination étaient formellement condamnés mais cette prohibition n'impliquait pas une intervention contraignante des autorités communautaires. La discrimination fondée sur le handicap représentait l'une de ces situations interdites. En effet, le 21 décembre 1981 le Conseil approuve une résolution relative à l'intégration sociale des handicapés à laquelle de nombreuses autres résolutions, décisions et recommandations suivront, allant dans le même sens. Cependant, avant la directive 2000/78, les États membres étaient complètement libres de prendre ou de ne pas prendre des mesures protectrices envers les handicapés.

Abordée principalement sous l'angle de la retraite, la discrimination fondée sur l'âge a également constitué assez tôt une préoccupation communautaire. Dès 1982 une recommandation du Conseil et deux rapports de la commission invitent les États à promouvoir la protection des retraités¹¹. De même, la direction générale pour l'emploi et les affaires sociales de la commission anime le Forum européen de

10. Nous utilisons indistinctement les termes « catégories », « sources », « situations », « groupes » pour faire référence aux différents phénomènes liés à un individu ou un ensemble d'individus définis *a priori* ou *a posteriori* par les normes, les pratiques, les personnes privées ou publiques ainsi que les institutions se trouvant à l'origine du traitement discriminatoire.

11. Une décision de la commission du 17 octobre 1991, relative au groupe de liaison des personnes âgées (JO, n° L 296) et une déclaration de principe du Conseil de l'Union européenne du 6 décembre 1993, à l'occasion de la clôture de l'année ->

la jeunesse afin d'œuvrer pour l'amélioration de la situation sociale des jeunes, en encourageant et en concentrant son attention sur leur inclusion sociale¹². Une résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres du 14 décembre 2000 *relative à l'intégration sociale des jeunes* invite les États membres à « faire de l'amélioration de la situation socio-économique des jeunes [...] une priorité transversale des politiques pertinentes dans l'Union européenne ». Mais, comme pour le handicap, ces mesures relatives à l'âge constituent des simples conseils adressés aux pays membres sans portée obligatoire.

Bien que la lutte contre les discriminations fondées sur la race et les origines ethniques n'ait pas constitué une préoccupation principale de la Communauté européenne¹³, nous trouvons toutefois quelques références indirectes dans sa politique envers les étrangers non communautaires. En effet, la suppression des frontières au sein de la Communauté a mis en évidence la nécessité d'une coordination des différentes politiques d'immigration des États membres. Dès 1985, la Commission a commencé à élaborer des règles relatives à l'immigration provenant des États tiers¹⁴, celles-ci se fondent sur une idée politique à deux dimensions : contrôle de l'immigration et intégration des immigrés résidents. Plus tard, la lutte contre les discriminations raciales apparaîtra comme un élément central dans la politique d'intégration proposée par la Commission. En 1990, le Conseil élabore une résolution relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie qui sera suivie par des nombreuses autres résolutions du Parlement européen. Le 2 juin 1997, l'Union européenne crée un Observatoire des phénomènes racistes et xénophobes, véritable baromètre du degré de tolérance de la société européenne et des mécanismes qu'elle met en place pour se protéger de l'hostilité envers les étrangers. L'influence de ce domaine

→ européenne des personnes âgées et de la solidarité entre les générations (JO, n° C 343) élargissent l'objectif en promouvant l'intégration des personnes âgées dans tous les domaines de la vie dans la société.

12. « Politique du Forum de la jeunesse sur la stratégie européenne pour l'emploi et les jeunes », « Rapport du Forum de la jeunesse sur l'emploi des jeunes dans l'Union européenne 1999 », « De l'éducation à l'emploi : l'expérience des jeunes dans l'Union européenne », etc. Voir : www.youthforum.org.

13. Historiquement cette question était de la compétence du Conseil de l'Europe en tant qu'organe chargé de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

14. *Guidelines for a Community Policy on Migration*, COM (1985) 48, 7/3/85.

d'intervention fut capitale. En effet, l'article 13 du traité d'Amsterdam a été conçu d'abord comme un instrument de lutte contre le racisme, l'étendue de la directive qui met en œuvre l'article dans le domaine des discriminations raciales montre la place privilégiée qui est réservée à ce combat¹⁵. En effet, l'égalité de traitement instituée par cette directive va au-delà de l'emploi et du travail pour s'étendre à la santé, la protection sociale, l'éducation et l'accès aux biens et services y compris le logement.

Malgré les deux résolutions de 1984 et 1994 du Parlement européen relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, la CJCE avait statué, dans l'affaire *Lisa Grant v. South-West Trains*, que le droit communautaire ne couvrirait pas ce type de discriminations¹⁶. Ce précédent judiciaire empêchait également d'assimiler la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à celle relative au sexe. Une intervention législative créant une nouvelle compétence explicite semblait alors nécessaire. Malgré les réticences de plusieurs gouvernements, elle s'est finalement imposée dans la rédaction définitive de l'article 13¹⁷.

L'ensemble des sources de discriminations prévu par l'article 13 est repris plus tard par la Charte européenne des droits fondamentaux. Celle-ci va encore plus loin, non seulement par l'introduction du terme « notamment » (qui montre que la liste n'est pas exhaustive), mais aussi par l'inclusion explicite de nouvelles catégories. En effet, son article 21 considère « interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Au-delà de l'emploi, l'Union européenne intervient seulement en relation à trois sources de discriminations, à savoir celles relatives

15. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE, L 180 du 19 juillet 2000.

16. CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/South West Trains Limited*, aff. C-249/96, rec. I-636; concl. Av. gén. Helmer, rec. I-63.

17. L'action de l'ILGA Europe (International Lesbian and Gay Association) a joué un rôle majeur dans l'inclusion du terme « orientation sexuelle » dans la liste énoncée par l'article 13.

au sexe, à la nationalité et à la race ou aux origines ethniques¹⁸. Dans le premier cas de figure, les outils communautaires ont progressivement inclus les hommes en tant que catégorie éventuellement sous-représentée. En effet, jusqu'à la mise en œuvre de la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe, les textes européens en faisant référence au sexe visaient en réalité les femmes.

Outre l'emploi (directive 2002/73 modifiant la directive 76/207), les discriminations fondées sur le sexe sont également prohibées dans les domaines de la sécurité sociale (79/7/CEE et 86/378/CEE) et du congé parental (directive 96/34/CEE). Le harcèlement sexuel est aujourd'hui également considéré comme une forme de discrimination que les victimes soient des femmes ou des hommes aussi bien hétérosexuels que homosexuels. Concernant les discriminations fondées sur la nationalité, bien que l'on ne puisse pas parler d'une catégorie « universelle » en ce sens qu'elle est interdite principalement pour les ressortissants des différents pays de l'Union européenne, le domaine de protection comprend, outre l'emploi, le droit au permis de séjour, les déductions fiscales et les bénéfices sociaux dérivés de la situation familiale¹⁹.

Mais c'est en relation à la race et aux origines ethniques (catégorie véritablement universelle puisque, comme toutes les autres situations prévues par l'article 13, elle comprend non seulement les ressortissants des pays membres mais aussi l'ensemble des personnes se trouvant sur le sol européen) que la compétence communautaire trouve ses frontières les plus étendues. En effet, la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, outre l'emploi, protège également contre les discriminations dans les activités non salariées, syndicales ou professionnelles, la santé, la sécurité sociale, l'éducation, l'accès et la fourniture de biens et services ainsi que le logement.

18. Le terme « origine ethnique » ne fait pas référence à l'appartenance physiologique de l'individu à une « race » mais à l'assignation à un groupe culturel caractérisé par une histoire et une tradition communes. Voir en ce sens De Schutter [1997, p. 65-68].

19. « Commission v. Grèce », C-187/96, jugement 29 octobre 1998.

LES OUTILS D'INTERVENTION DE L'UNION EUROPÉENNE

La politique européenne trouve son expression la plus achevée dans la mise en place des directives communautaires, véritables instruments d'harmonisation de l'ensemble des pratiques nationales. Avec les décisions de la CJCE, les directives et les règlements (*hard law*), l'Union européenne façonne le desin juridique commun des États membres.

En ce qui concerne les femmes, l'article 141 du traité de Rome constitue la base légale pour des mesures communautaires en faveur de l'égalité des chances en matière d'emploi. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (et bien que l'article 13 ne s'applique pas aux discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi), la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes représente l'une des missions prioritaires de la Communauté (article 2) et constitue un objectif transversal des politiques européennes (article 3), appelant pour ce faire tous les domaines de compétence de l'Union. L'article 141-3 permet à l'Union européenne de prendre des mesures contre les discriminations fondées sur le sexe non pas à l'unanimité, comme cela est prévu par l'article 13 pour les autres « catégories », mais à la majorité simple. Le sexe apparaît ainsi protégé en tant que source de discriminations d'une manière plus efficace en ce sens que la majorité simple peut être obtenue avec moins de difficulté que l'unanimité. De surcroît, une directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, « concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins », avait mis en place un système des règles protectrices à l'égard des femmes. La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 (modifiée par la directive 2002/73), « relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail », complète l'arsenal juridique en la matière.

Concernant les discriminations fondées sur la nationalité, trois articles fondamentaux et une directive constituent la base d'intervention juridique européenne. L'article 12 (prohibition des discriminations fondées sur la nationalité), l'article 39 (libre circulation des travailleurs ressortissants des pays membres de l'Union européenne)

et l'article 7 du règlement 1612/68 (égalité des conditions sociales et fiscales entre travailleurs européens) définissent la politique générale. En ce qui concerne les étrangers non communautaires, il faut noter que la décision du Conseil du 26 mai 1997 relative à l'échange d'information concernant le retour volontaire des ressortissants des pays tiers tend simplement à organiser leur départ sans proposer véritablement une option d'intégration.

Outre la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, plusieurs résolutions et déclarations contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie viennent compléter le dispositif européen dans la matière. Outre le règlement portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, un plan d'action contre le racisme (COM 1998, 183 FINAL) ainsi que la déclaration en 1997 de l'« année européenne contre le racisme » permettent (avec le renforcement de la coopération judiciaire) d'affiner le système de répression des manifestations racistes.

Au-delà de la directive générale (2000/78/CE), plusieurs résolutions, décisions et rapports relatifs à la protection des personnes handicapées invitent les États à mettre un terme aux discriminations dont elles sont victimes. Trois textes attirent particulièrement notre attention, celui du 31 mai 1990 concernant l'intégration des enfants et des jeunes affectés d'un handicap dans les systèmes d'enseignement ordinaires, celui du 20 décembre 1996 concernant l'égalité des chances pour les personnes handicapées et enfin celui du 17 juin 1999 relatif à l'égalité des chances en matière d'emploi pour les handicapés. De plus, une décision du Conseil du 3 décembre 2001 consacre 2003 l'« année européenne des personnes handicapées ».

Comme les autres figures, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle se trouvent explicitement prohibées aussi bien par l'article 13 du traité d'Amsterdam que par l'article 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux. La directive 2000/78 vise l'égalité de traitement en matière d'emploi indépendamment de l'orientation sexuelle des salariés. Des textes non contraignants font également référence à la protection des homosexuels. Dès 1984, le Parlement européen invitait les États membres à mettre fin à ce type de discriminations²⁰.

20. Résolution sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail, 13 mars 1984.

Trois résolutions ultérieures²¹ complètent l'action du Parlement européen dans ce domaine²². Enfin, la religion est abordée par une déclaration n° 11 relative au statut des Églises annexée au traité d'Amsterdam. Sur ce type de discriminations, il s'agit surtout de protéger la liberté de croyance des minorités religieuses installées en Europe.

AU-DELÀ DES TEXTES JURIDIQUES ET DES RECOMMANDATIONS ÉTHIQUES

Les programmes d'action, accompagnant les mesures répressives, encouragent l'élaboration de politiques préventives fondées sur l'éducation et la sensibilisation des opinions publiques. Il s'agit d'abord de mieux connaître les phénomènes discriminatoires afin de les prévenir efficacement. Ainsi, l'EUMC (Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes) a permis la création d'un réseau RAXEN (European Racism and Xenophobia Information Network) et d'une banque de données afin de regrouper les efforts en la matière. L'initiative Equal pour la promotion de pratiques nouvelles de lutte contre les discriminations en relation avec le marché du travail constitue un autre exemple de politique préventive. Enfin, la décision du Conseil du 27 novembre établissant un programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations (2001-2006) a permis la mise en œuvre des actions tendant à comprendre les questions liées aux discriminations, à développer la capacité à prévenir et à promouvoir les valeurs qui sous-tendent la lutte contre les discriminations. À cet effet, la commission est assistée d'un comité consultatif qui participe aux orientations générales des différents programmes et à la répartition des crédits des actions²³. Pour le suivi des mesures, l'Union européenne a mis en place des nouveaux groupes

21. Résolution du Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne A-3-0028/94; résolution du Parlement européen sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes de l'Union européenne B4-0824 et 0852/98; résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (chapitres consacrés aux « discriminations fondées sur l'orientation sexuelle » et aux « relations non maritales ») A5-0223/2001.

22. Pour une analyse plus approfondie voir Borrillo [2000].

23. « Proposition de décision du conseil établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination », COM, 1999, 567 final.

d'experts juridiques indépendants (comme il en existait déjà pour les discriminations fondées sur le sexe) ayant comme but l'analyse de la transcription des directives communautaires dans le droit national ainsi que l'évaluation des politiques *ad hoc*. Le soutien des organisations non gouvernementales²⁴ constitue aussi un moyen privilégié par la Commission pour la réalisation des impératifs communautaires²⁵. Pour assurer la pleine égalité, l'Union européenne encourage également les États à mettre en place des actions positives et des mesures spécifiques (art. 7, directive 2000/78).

CRITIQUE DE LA SITUATION ACTUELLE

Malgré les déclarations de principe, des textes officiels soulignant que « les différentes formes de discriminations ne se classent pas par ordre d'importance et sont toutes également intolérables²⁶ », force est de constater que, dans l'état actuel du droit et de la politique communautaires, les différentes « catégories » ne se trouvent pas protégées de la même façon. Il semble évident que les diverses situations ne peuvent pas être traitées d'une manière analogue. En effet, l'âge et le handicap n'affectent pas une population déterminée (comme la race ou l'orientation sexuelle), mais n'imposent qu'un individu à un moment ou à un autre de sa vie. Cependant, cette caractérisation ne peut nullement constituer une justification à l'élaboration d'une quelconque hiérarchie parmi les sources de discriminations. Or, à la lumière de l'analyse des instruments juridiques et des programmes d'action, une telle hiérarchisation dans la protection apparaît clairement [Borrillo, 2002]. En effet, les discriminations fondées sur le sexe sont prohibées de la manière la plus formelle dans trois articles du traité de Rome. De plus, vingt-cinq ans d'expérience d'action en la matière et plus d'une dizaine de directives consacrées à l'égalité des femmes furent complétés par

une pléthore de résolutions et recommandations²⁷. Il existe également depuis longtemps un Comité consultatif de l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi qu'un réseau d'experts juridiques sur l'application du droit communautaire sur l'égalité entre femmes et hommes²⁸.

Dans la gradation hiérarchique, nous trouvons un peu plus bas les dispositions concernant les prohibitions des discriminations fondées sur la nationalité²⁹. L'article 12, l'article 39 (libre circulation des travailleurs ressortissants des pays membres de l'Union européenne) et l'article 7 (égalité des conditions sociales et fiscales entre travailleurs européens) constituent les bases légales de cette protection. Le règlement 1612/68 sur la libre circulation des travailleurs européens assure l'égalité des citoyens dans ce domaine. Les ressortissants des pays tiers se trouvent beaucoup moins bien protégés. La décision du Conseil du 26 mai 1997 relative à l'échange d'information concernant le retour volontaire des ressortissants des pays tiers, comme nous l'avons déjà signalé, n'œuvre pas pour l'intégration. Concernant la race et le sexe, les normes européennes prévoient explicitement l'existence de quotas ainsi que la création d'organismes de promotion de l'égalité. Ce qui n'est pas le cas pour les autres catégories.

Nous retrouvons la même hiérarchie non seulement par rapport aux catégories mais également en relation aux domaines d'intervention. L'article 13 du traité d'Amsterdam ne protège pas les individus de la même manière dans toutes les situations. Si la discrimination se produit au travail, toutes les « catégories » sont protégées, en revanche si cela se produit en dehors du travail, seules la race et l'origine ethnique constituent une source discriminatoire susceptible de sanctions.

27. Parmi lesquelles la recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes; la résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 5 octobre 1995, concernant le traitement de l'image des femmes et des hommes dans la publicité et les médias; l'annexe XVIII de l'accord sur l'Espace économique européen relatif à la santé et à la sécurité au travail, au droit du travail et à l'égalité de traitement des hommes et des femmes...

28. *Equality between Women and Men. Monitoring, Implementation and Application of Community Equality Law. General Report 1997 and 1998 of the Legal experts' group on equal treatment of men and women. Employment and Social Affairs, European Commission.*

29. En fait, les discriminations envers les ressortissants des pays européens dans un autre pays membre de l'Union trouvent la sanction la plus efficace mais, comme il ne s'agit pas d'une catégorie universelle, nous plaçons le sexe dans le haut de la pyramide.

24. Par exemple : European Women's Lobby, European Disability Forum, European Migrant's Forum, ILGA Europe...

25. « La Commission et les organisations non gouvernementales : le renforcement du partenariat », document de discussion de la commission, CCE, COM, 2000, 11 final.

26. Décision du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination, considérant (5).

Comme le note Mark Bell (lorsqu'il donne l'exemple hypothétique d'une femme allemande d'origine turque victime de discrimination), si la discrimination est liée à l'emploi, elle est protégée aussi bien par rapport à son genre que vis-à-vis de son origine ethnique. En revanche, si elle se voit refuser un bien ou un service, seule sa condition raciale lui permet le bénéfice d'une protection juridique. La directive européenne ne prévoit pas la sanction des discriminations fondées sur le sexe en matière de fourniture de biens ou de services [Bell, 2002, p. 213].

Seule une politique globale de protection de l'ensemble des critères énoncés par l'article 13 du traité de Rome et par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux mettra fin à la situation hiérarchique dans laquelle nous nous trouvons actuellement. Toutes les formes de discriminations dans n'importe quel domaine de la vie privée, familiale³⁰, professionnelle et sociale doivent être combattues avec la même rigueur et la même efficacité.

Les politiques plus anciennes de lutte contre les discriminations fondées sur le genre et envers les minorités raciales devraient permettre la constitution d'une sorte d'expertise qui profiterait aux nouveaux arrivants. Enfin, il faut également être très vigilant afin d'éviter que ces « catégories » plus classiques (sexe et race) n'éclipsent les autres (âge, handicap et orientation sexuelle) et que le domaine de l'emploi n'empêche une lecture attentive des discriminations qui se produisent aussi ailleurs.

Au-delà de l'action législative, il est indispensable d'engager une politique préventive efficace³¹. Comme le soulignait déjà Jean-Paul Sartre : « Pour voir clair dans une situation injustifiable, il n'est pas suffisant que l'opresseur la regarde honnêtement, il faut aussi qu'il change la structure de ses yeux. » Seule une volonté politique forte permettra de modifier cette structure qui empêche encore de mettre en place de véritables garanties d'égalité de chances pour tous.

30. Le droit de la famille n'étant pas de la compétence de l'Union, il revient aux États membres de se conformer aux propositions du Parlement européen.

31. Surtout en ce moment où les partis conservateurs qui gouvernent la majorité des États membres ne se montrent pas très enthousiastes à l'heure de mettre en place des programmes de lutte contre les discriminations.

9

Une question d'égalité

par Claire L'Heureux-Dubé

INTRODUCTION

En parallèle à la mondialisation des rapports juridiques qui marque dorénavant notre époque, les sociétés et les juristes du monde entier font face à peu près au même moment à des enjeux et des questions légales sensiblement similaires. En effet, tel que le mentionne un auteur québécois, la reconnaissance sociale et juridique des couples de même sexe représentée, pour de nombreux pays occidentaux, un enjeu politique controversé et il semble que, autant au Canada qu'ici en France, les discussions législatives sur cette question soulèvent de grandes passions, et entraînent parfois de profonds clivages [Roy, 2001, p. 667]. Au cours des dernières années, plusieurs législateurs à travers le monde ont élaboré différents systèmes d'enregistrement civil parallèles au mariage et accessibles aux couples homosexuels, et de nombreuses solutions législatives ont été proposées pour répondre à l'épineuse question de la place qu'occupent ces unions sur l'échiquier juridique.

C'est avec grand intérêt que j'ai suivi les élaborations législatives du Parlement français sur le PACS qui, avant son adoption en 1999, avait déjà fait couler beaucoup d'encre. Il semble impossible de discuter des principales caractéristiques du PACS sans éviter de mentionner les nombreux reproches qu'on lui adresse. Un auteur souligne qu'un des grands paradoxes du PACS semble être le recul qu'il représente