



The European Region
of the
International Lesbian
and Gay Association

Avenue de Tervueren 94 Tel.: +32-2 732 54 88
B-1040 Brussels, Belgium Fax: +32-2 732 51 64

info@ilga-europe.org
www.ilga-europe.org

**Après la directive cadre:
Combattre la discrimination en dehors de l'emploi**

Document directif de l'ILGA-Europe

(IE doc. 3/2002/FR)

Avril 2002

Écrit pour le Conseil exécutif de l'ILGA-Europe par Mark Bell, de la faculté de droit de l'université de Leicester.

Le présent document directif est publié avec l'aide de la Communauté européenne, dans le cadre de son action « l'Union européenne contre la discrimination ». Son contenu ne reflète pas nécessairement les positions ou les vues de la Commission européenne.

Introduction

En novembre 2000, le Conseil a adopté une directive cadre sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.¹ La directive, qui entrera en vigueur le 2 décembre 2003, interdit toute discrimination en matière d'emploi pour des raisons de religion ou de convictions, d'âge, de handicap ou d'orientation sexuelle. L'ILGA-Europe a résolument appuyé son adoption car, avec ce texte, l'Union européenne prenait une première initiative importante pour combattre la discrimination sociale et juridique à laquelle les homosexuels, les bisexuels et les transsexuels continuent de se heurter dans les États membres. Dans le présent document, nous voyons ce qu'il convient de faire ensuite. Nous avançons notamment que l'Union doit manifestement agir rapidement et compléter les mesures prises dans le domaine de l'emploi par de nouvelles dispositions visant à interdire la discrimination dans d'autres domaines, tels les soins de santé, l'enseignement et le logement.

En droit européen, la discrimination exercée à l'égard des transsexuels en raison de leur identité sexuelle apparaît comme une forme de discrimination sexuelle. Le principe en a été établi en 1996 dans l'affaire *P. c. S. et Cornwall County Council* par la Cour de justice, qui a jugé qu'un licenciement motivé par un changement de sexe constituait une discrimination fondée sur le sexe.² L'ILGA-Europe a plaidé pour l'ajout de « l'identité sexuelle » (*gender identity*) dans les dispositions de la Charte des droits fondamentaux relatives à la non-discrimination, de manière à protéger les transsexuels plus explicitement et plus complètement. L'expression n'apparaît pas dans le texte final de la Charte, mais l'on peut penser que la discrimination sexuelle visée à l'article 21.1 couvre le cas des transsexuels. Cela étant entendu, nous parlerons dans le présent texte de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle chaque fois que nous nous intéresserons de manière spécifique aux transsexuels.

Dans la première partie, nous examinons les raisons justifiant l'adoption d'une nouvelle directive. Dans la deuxième partie, nous considérons les domaines que cette directive devrait couvrir, et la troisième partie traite de l'application effective des normes antidiscriminatoires. Dans les conclusions, nous étudions ce qu'il convient de faire pour faire avancer ce nouveau programme.

1. Pourquoi faut-il une nouvelle directive contre la discrimination?

Le respect du principe d'égalité de traitement et la lutte contre toute forme de discrimination sont deux pierres angulaires du système juridique de l'Union européenne et sont inscrits en tant que tels dans la Charte des droits fondamentaux.³ Certes, la directive sur l'égalité raciale et la directive cadre ont marqué une contribution importante à la réalisation de ces principes dans toute l'Union, mais le cadre juridique communautaire en matière de discrimination reste incomplet. Le Conseil européen l'a reconnu dans l'Agenda social européen adopté en 2000:

« La cohésion sociale, le refus de toutes les formes d'exclusion et de discrimination et l'égalité entre les femmes et les hommes constituent des valeurs essentielles du modèle social européen. [...] La croissance doit pouvoir profiter à tous, ce qui suppose la poursuite et l'intensification d'actions volontaristes, notamment dans les quartiers difficiles, pour répondre à la complexité et aux multiples dimensions des phénomènes

¹ 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, JO [2000] L 303/16.

² Affaire C-13/94, *P. c. S. et Cornwall County Council* [1996] Rec. I-2143.

³ Voir le chapitre sur l'égalité et, notamment, l'article 21.

d'exclusion ou d'inégalité. Parallèlement à la politique de l'emploi, la protection sociale a un rôle primordial à jouer, mais il faut reconnaître aussi l'importance d'autres facteurs tels que le logement, l'éducation, la santé, l'information et la communication, la mobilité, la sécurité et la justice, les loisirs et la culture. »⁴

C'est sur ce domaine plus large de la politique sociale que nous axerons le présent document. Le chapitre qui suit énumère un certain nombre de raisons fondamentales confirmant la nécessité urgente pour l'Union d'aller plus loin que la directive existante pour se doter d'un cadre général antidiscriminatoire effectif.

a) Protéger le droit fondamental à l'égalité de traitement et à la non-discrimination

La discrimination à l'égard des homosexuels, bisexuels et transsexuels constitue une infraction au droit fondamental de ces personnes à l'égalité de traitement et au respect de la dignité individuelle. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 21.1 en particulier le disent:

« Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, [...] ou l'orientation sexuelle. »

La Charte s'inscrit dans le droit fil de l'évolution survenue au Conseil de l'Europe. En 1999, la Cour des droits de l'homme a confirmé que l'orientation sexuelle comptait parmi les motifs pour lesquels toute discrimination était interdite, conformément aux droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme.⁵ On notera aussi que le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a confirmé que le protocole n° 12 de la Convention⁶ englobait l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.⁷

La directive cadre vise à mettre en œuvre le droit à la non-discrimination en matière d'emploi. Pourtant, comme on vient de le montrer, la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme y voient un droit général, et non confiné à tel ou tel domaine. Qui plus est, la Charte reconnaît le caractère indivisible des droits économiques et sociaux. Si elle veut effectivement garantir l'égalité de traitement pour tous ses citoyens et résidents, l'Union européenne doit combattre la discrimination où qu'elle s'exerce.

b) Formes multiples et cumulatives de discrimination

Certains sont en butte à la discrimination à plus d'un titre. Ainsi, pour prendre un exemple simple, une lesbienne peut subir des brimades à cause à la fois de son sexe et de son orientation sexuelle.⁸ Pour donner tout son effet, les lois antidiscriminatoires doivent être adaptées aux besoins de la personne dans son intégralité, plutôt que viser tel ou tel aspect

⁴ Par. 23, Agenda social européen [2001] JO C157/4.

⁵ Par. 28, Cour européenne des droits de l'homme (Quatrième section), *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, requête n° 33290/96, 21 décembre 1999, [2001] 1 *Family Court Reporter* 653.

⁶ Le protocole n° 12 vise à créer un droit général et autonome à la non-discrimination, au contraire de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'interdit la discrimination que dans le cadre des droits énumérés dans la Convention. Le protocole n° 12 a été ouvert à la signature le 4 novembre 2000. À ce jour, seule la Géorgie l'a ratifié, mais 26 pays l'ont signé. Voir pour plus d'informations:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/CadreListeTraites.htm>.

⁷ Par. 4, réponse à la recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire sur la situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe, 765^{ème} réunion, 19 septembre 2001. Disponible à l'adresse: <http://cm.coe.int/dec/2001/765/f43.htm>.

⁸ Par exemple, *Pearce c. The Governing Body of Mayfield School* [2001] *Industrial Relations Law Reports* 669.

isolé de sa personnalité. Malheureusement, le niveau inégal de protection contre la discrimination dans le droit communautaire actuel fait que celui-ci n'apporte pas de réponse à la problématique de la discrimination multiple. Ainsi, il ne serait pas possible à un propriétaire de refuser de louer à un homosexuel asiatique parce qu'il est de souche asiatique, mais bien parce qu'il est gay. Un propriétaire raciste pourrait donc se justifier en mettant en avant un trait du candidat locataire autre que la race. Dans toute stratégie visant à combattre la discrimination multiple doit figurer un élément essentiel, qui est un degré égal de protection contre toutes les formes de discrimination.

Il va aussi de soi que la lutte contre la discrimination en matière d'emploi suppose que l'on s'intéresse à la discrimination dans des domaines connexes. Il est notamment impossible de distinguer l'égalité de traitement pour les enseignants homosexuels, bisexuels ou transsexuels de la nécessité de combattre l'homophobie et la transphobie⁹ dans le système éducatif en général. Pour créer un environnement éducatif propice à l'égalité tant pour le personnel enseignant que pour les élèves, il importe de se pencher sur des questions plus larges, telle la manière dont est abordée l'homosexualité et l'identité sexuelle dans les programmes scolaires.

c) Éliminer les obstacles à la liberté de circulation

Il est reconnu dans la directive cadre que la discrimination sur le lieu de travail peut entraver la libre circulation des personnes.¹⁰ Toutefois, ce n'est pas la seule forme de discrimination que le candidat à l'émigration peut rencontrer. Ainsi, s'il ne peut louer un logement ou contracter une hypothèque dans un pays donné, il y a moins de chances qu'il s'y installe. Ces obstacles sont particulièrement grands pour les couples non mariés quittant un pays où ils bénéficient d'une reconnaissance juridique. Aux Pays-Bas, les couples homosexuels peuvent se marier depuis le 1^{er} avril 2001.¹¹ Des lois instituant le contrat d'union civile (statut qui confère au couple la plupart des droits inhérents au mariage) ont été promulguées au Danemark (1989), en Suède (1995), aux Pays-Bas (1998) et en Finlande (2001).¹² Dans d'autres pays, il existe des lois qui organisent la reconnaissance juridique des couples homosexuels et leur reconnaissent une série de droits, qui restent bien en deçà du mariage ; c'est le cas de la France,¹³ de l'Allemagne,¹⁴ du Portugal¹⁵ et de certaines régions d'Espagne.¹⁶

En fin de compte, une partie de la solution au problème des entraves à la libre circulation des personnes réside dans l'élimination par tous les États des barrières discriminatoires interdisant l'accès au mariage et dans l'institution partout du partenariat civil. Les États devraient aussi introduire une forme de reconnaissance mutuelle des contrats d'union civile contractés ailleurs dans l'Union. De fait, le Parlement européen a recommandé dès 1994 que les États le

⁹ Haine de l'autre provoquée par son identité sexuelle.

¹⁰ Le onzième considérant dit ceci: « la discrimination fondée sur [...] l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment [...] la libre circulation des personnes. »

¹¹ Loi du 21 décembre 2000 (*Staatsblad* 2001, n° 9) relative à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels: voir K Waaldijk, « Latest news about same-sex marriage in the Netherlands (and what it implies for foreigners) », <http://ruljis.leidenuniv.nl/user/cwaaldij/www/NHR/news.htm>.

¹² Voir R Wintemute et M Andenæs (éd.), *Legal recognition of same sex partnerships – a study of national, European and international law* (Oxford: Hart, 2001).

¹³ Voir D Borrillo, « Le Pacte civil de solidarité: une reconnaissance timide des unions de même sexe » (2001) 3 *Aktuelle juristische Praxis* 299.

¹⁴ Euroletter n° 84, novembre 2000: <http://www.steff.suite.dk/eurolet.htm>.

¹⁵ Euroletter n° 88, mai 2001, *ibid*.

¹⁶ F Salas, « The stable unions law in Catalonia » dans R Wintemute et M Andenæs (éd.), *Legal recognition of same sex partnerships – a study of national, European and international law* (Oxford: Hart, 2001).

fassent.¹⁷ C'est clairement vers cela que l'on va en Europe, mais à court terme, on réduirait déjà grandement ces obstacles en interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, y compris celle à l'égard des couples homosexuels, dans tous les domaines de la vie.

d) Promouvoir l'inclusion sociale

L'agenda social européen adopté par le Conseil européen en décembre 2000 met un accent considérable sur la lutte contre la pauvreté et sur la promotion de l'inclusion sociale.¹⁸ Le lien entre la pauvreté et toutes les formes de discrimination a été amplement démontré. La discrimination marginalise des secteurs entiers de la société et les empêche d'accéder dans des conditions d'égalité à des biens sociaux élémentaires, tels l'emploi, les soins de santé, l'éducation et le logement. Des recherches menées en Irlande en 1995 ont confirmé que les homosexuels et les bisexuels ne faisaient pas exception à la règle. Contrairement à une idée répandue sur l'aisance des gays (on a pu parler en anglais de "Pink Pound" – la livre rose, ou l'argent des homos), il est apparu à la suite d'une enquête de l'agence irlandaise de lutte contre la pauvreté (*Combat Poverty Agency*) que la discrimination en matière d'éducation, d'emploi, de logement et de services financiers contribuait à accroître notablement le risque de pauvreté pour les homosexuels et les bisexuels.¹⁹ Beaucoup de lesbiennes étaient de surcroît doublement désavantagées à cause de leur sexe.²⁰ Le lien entre orientation sexuelle et inclusion sociale apparaît aussi dans le plan d'action national pour l'inclusion sociale et contre la pauvreté lancé par l'Allemagne en 2001.²¹ Tout comme la directive cadre complète de manière essentielle la stratégie de l'Union européenne en matière d'emploi, une directive antidiscrimination plus large constitue un élément nécessaire de la politique d'inclusion sociale.

e) Pas de hiérarchie dans le principe d'égalité

Depuis toujours, les dispositions communautaires de lutte contre la discrimination pèchent par le degré inégal de protection selon le type de discrimination concerné. On a pu espérer que la démarche choisie dans l'article 13 du traité CE corrigerait cette « hiérarchie », mais les premiers textes juridiques adoptés ensuite n'ont fait que la renforcer. Certes, en matière d'emploi, la directive cadre interdit toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle, mais il existe aussi une deuxième directive, adoptée en juin 2000, qui ne traite que de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, et qui a une portée pratique beaucoup plus large, puisqu'elle interdit toute discrimination dans les domaines de « la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement ».²²

Cette deuxième directive est un heureux précédent en matière d'action contre la discrimination en dehors de l'emploi. Il n'en demeure pas moins que, n'étant pas

¹⁷ Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la CE, [1994] JO C61/40, par. 14.

¹⁸ Voir note 4 plus haut.

¹⁹ GLEN and NEXUS Research Cooperative, *Poverty – lesbians and gay men. The economic and social effects of discrimination* (Dublin: Combat Poverty Agency, 1995) 88.

²⁰ Ibid 3.

²¹ Voir p. 33 et p. 59 : http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/jun/napincl2001de_en.pdf.

²² Article 3.1.e)-h), 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, [2000] JO L180/22.

accompagnée de mesures équivalentes pour d'autres formes de discrimination, il s'ensuit une différence inacceptable entre les degrés de protection différents selon les formes de discrimination.²³ La Charte de l'Union stipule clairement que « toute » discrimination fondée « notamment » sur tel ou tel motif doit être interdite²⁴, un principe étayé par d'autres normes internationales relatives aux droits de l'homme. Ainsi, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques enjoint à tous les signataires de veiller à ce que la loi garantisse « à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination ».

Malheureusement, il apparaît déjà que l'Union s'apprête à suivre une approche sélective dans l'élargissement de la protection juridique contre la discrimination à des domaines autres que l'emploi. Le Conseil européen a marqué son appui à l'idée d'adopter d'ici 2003 une directive allant dans ce sens mais limitée à la discrimination fondée sur le sexe.²⁵ La Commission a aussi indiqué qu'elle comptait présenter pour 2003 une proposition similaire, concernant cette fois la discrimination fondée sur le handicap.²⁶ L'ILGA-Europe se félicite de ces initiatives et les appuie. Nous notons en particulier la possibilité qui s'offrira de mieux combattre la discrimination fondée sur l'identité sexuelle dans le cadre d'une nouvelle directive sur l'égalité entre les sexes, étant donné l'interprétation large donnée à la notion de « sexe » par la Cour de justice. Nous croyons toutefois qu'une approche sélective ne fera qu'entériner la hiérarchie existant actuellement en matière d'égalité de traitement, certains motifs de discrimination étant implicitement considérés comme plus graves que d'autres. Il n'y a pas de raison pour que la discrimination à l'égard des femmes soit interdite dans des domaines tels que le logement ou les soins de santé, mais pas la discrimination à l'égard des homosexuels – lesbiennes et gays – ou des bisexuels. De plus, la prolifération des textes juridiques ne fait qu'embrouiller les choses, non seulement pour les fournisseurs de service qui doivent respecter la loi, mais aussi pour les citoyens qui doivent pouvoir comprendre et exercer leurs droits.

Le Parlement européen a déjà exprimé le souhait de voir la portée de la directive sur l'égalité raciale élargie à tous les motifs énumérés dans la directive cadre.²⁷ L'ILGA-Europe y souscrit. Nous craignons toutefois qu'une approche « verticale » (c.à.d. ventilée par motif) des dispositions antidiscrimination ne retarde ou n'empêche un accord sur l'élargissement de la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. Nous voyons notamment une difficulté potentielle – qui ne peut être ignorée – à obtenir un accord unanime du Conseil sur une directive exclusivement consacrée à la problématique de l'orientation sexuelle.

2. Que doit couvrir la directive?

²³ Voir L. Waddington et M. Bell, *More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives* (2001) 38 *Common Market Law Review* 587.

²⁴ Article 21.1.

²⁵ Agenda social européen approuvé par le Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000, [2001] JO C157/4.

²⁶ L. Waddington, *Article 13 EC: setting priorities in the proposal for a horizontal employment Directive* (2000) 29 *Industrial Law Journal* 176, 181.

²⁷ « Dans un délai de trois années suivant l'adoption de la présente directive, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, le Conseil décidera pour l'ensemble des motifs de discrimination énumérés à l'article 13 TCE d'élargir le champ d'application minimum aux domaines décrits dans la directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement des personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique », amendement 35, résolution du Parlement européen sur la proposition de directive cadre, 5 octobre 2000.

L'Union européenne a des compétences délimitées et ne peut prendre de dispositions législatives que dans ces domaines. La base juridique de toute nouvelle directive contre la discrimination est à rechercher dans l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne :

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

Il convient de noter que la portée de l'article 13 ne va pas au-delà des prérogatives de la Communauté européenne. Cela veut dire qu'on ne peut traiter, sur sa seule base, de tous les domaines où la discrimination existe. Ainsi, les questions relatives à l'ordre public et au droit pénal sont normalement abordées au niveau de l'Union européenne dans le cadre du Traité sur l'Union, qui est un cadre juridique distinct du Traité CE. Il semble clair que la lutte contre la discrimination imputable à la police ou à la justice, ou inscrite dans le droit pénal, doit se faire avec les procédures et instruments prévus dans le Traité UE, plutôt que dans le Traité CE.

Toutefois, si l'on veut que l'interdiction de discriminer soit vraiment effective, elle doit être aussi large que possible. Il est notamment difficile de prévoir toutes les situations dans lesquelles il risque d'y avoir discrimination et la loi, pour ne pas avoir de failles, doit comporter une certaine souplesse. On trouve un exemple de la manière dont on peut concilier une interdiction globale de la discrimination et les compétences limitées de la Communauté à l'article 12 du Traité CE : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». L'on peut concevoir la même approche pour une future directive contre la discrimination et interdire de manière générale toute forme de discrimination en dehors du domaine de l'emploi, pour autant que la Communauté soit compétente.

Outre cette interdiction globale, il serait bon d'avoir, pour plus de clarté, une liste non exhaustive des domaines dans lesquels la discrimination est expressément interdite. La directive sur l'égalité raciale pourrait servir d'exemple. Nous examinons ci-après chacun des domaines couverts par cette directive et voyons en quoi il est pertinent en matière d'orientation ou d'identité sexuelle.

a) Protection sociale, y compris sécurité sociale et soins de santé

i) Sécurité sociale

Les principales difficultés rencontrées par les homosexuels, les bisexuels et les transsexuels en matière de sécurité sociale tiennent à la non-reconnaissance des couples et des familles qu'ils fondent et à l'absence de droit aux prestations sociales qui en découle.²⁸ Le traitement réservé aux couples non mariés par les régimes publics de retraite est à cet égard particulièrement important. Souvent, certaines prestations, comme les pensions de veuf ou

²⁸ Il est vrai que, parfois, les couples homosexuels tirent un avantage de cette non-reconnaissance aux fins des prestations sociales. Par exemple, au Royaume-Uni, certaines allocations sont réduites en fonction des revenus du cohabitant et le fait que la cohabitation ne soit pas reconnue peut avoir pour conséquence le versement d'allocations plus importantes au bénéficiaire. Voir Northern Ireland Human Rights Commission, *Enhancing the rights of lesbian, gay and bisexual people in Northern Ireland* (Belfast: NIHRC, 2001) 71.

veuve, sont réservées aux couples mariés.²⁹ Cela doit changer, surtout si l'on se réfère à l'article 3.3 de la directive cadre, qui exclut de son champ d'application « les versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale ». Sinon, des problèmes peuvent se poser dans des domaines tels que les allocations versées à titre d'aide sociale en cas de funérailles. L'élimination de la discrimination dans le domaine de la sécurité sociale suppose aussi qu'il ne soit plus fait de distinction en matière fiscale entre couples mariés et couples non mariés. Par exemple, les taxes sur l'héritage pénalisent souvent les personnes non mariées.³⁰

ii) Soins de santé

En matière de soins de santé, la discrimination s'inscrit dans plusieurs contextes. Tout d'abord, les gays, lesbiennes et bisexuels peuvent en faire l'expérience en tant qu'utilisateurs des services de santé. C'est un problème qui a été mis en lumière dans une enquête menée récemment dans plusieurs pays candidats à l'adhésion. Ont dit avoir été ainsi victime de discrimination :

- 13% des homo/bisexuels interrogés en Roumanie ;³¹
- 10% de ceux interrogés en Pologne ;³²
- 7,6% de ceux interrogés en Slovénie.³³

Cette discrimination consiste en déclarations ou actes homophobes de la part du personnel de santé ; on notera aussi que certains continuent de voir dans l'homosexualité un trouble psychiatrique. L'attitude des psychologues apparaît comme un problème récurrent en Hongrie³⁴ et 7% des homosexuels interrogés en Slovénie se sont entendu dire qu'elles devaient suivre un traitement psychiatrique.³⁵ Cela était les sources faisant état, dans certains pays candidats à l'adhésion, de l'impréparation des professionnels de la santé, dont les psychologues, en matière d'homosexualité.³⁶ On a moins de données empiriques sur les pays déjà membres de l'Union européenne, mais il est permis de supposer que les mêmes problèmes existent. L'ignorance des professionnels de la santé empêche aussi les transsexuels de pouvoir recourir aux services de santé sans craindre la discrimination.

Les parents et les proches des patients homosexuels, bisexuels ou transsexuels peuvent aussi se heurter à la discrimination s'ils ne sont pas reconnus comme tels par la loi ou les services de santé.³⁷ Cela peut avoir une incidence sur le droit de visite,³⁸ mais aussi sur l'accès à

²⁹ J Mee et K Ronayne, *Partnership rights of same sex couples* (Dublin: Equality Authority, 2000) 21.

³⁰ Ibid 37.

³¹ ACCEPT, *Sexual orientation discrimination in Romania – a survey of violence, harassment and discrimination against Romania's lesbian, gay, bisexual and transgender community* (Bucarest: ACCEPT, 2001) 24.

³² Association Lambda Warszawa, *Report on discrimination on grounds of sexual orientation in Poland* (Varsovie: Lambda Warszawa Stowarzyszenie, 2001) 20.

³³ SKUC-LL, *Sexual orientation discrimination in Slovenia* (Ljubljana: SKUC-LL, 2001) 16.

³⁴ Par. I.5.37, Háttér Baráti Társaság a Melegekért et Labrisz Leszbikus Egyesület, *Report on the Discrimination of Lesbians, Gay Men and Bisexuals in Hungary* (Budapest, 2001). Ces quatre rapports sont disponibles à l'adresse <http://www.ilga-europe.org>.

³⁵ SKUC-LL, voir note 33.

³⁶ T Greif, « Slovenia » dans ILGA-Europe, *Equality for lesbians and gay men – a relevant issue in the EU accession process* (Bruxelles: ILGA-Europe) 73; M Molnárová, « Slovakia » dans ILGA-Europe, *Equality for lesbians and gay men – a relevant issue in the EU accession process* (Bruxelles: ILGA-Europe) 65.

³⁷ Mobility International, ILGA-Europe et UNITED for Intercultural Action, *Obstacles et passerelles – rapport final de projet*, p. 23. Disponible à l'adresse : www.ilga-europe.org.

l'information et aux décisions concernant le traitement. C'est important à la fois pour le patient, qui ne doit pas se retrouver seul, et pour son compagnon ou sa compagne, quand le patient ne peut plus prendre de décision de manière autonome. En l'occurrence, ce sont souvent des couples non mariés qui sont concernés ici, mais il peut aussi s'agir de droits parentaux. Si un parent n'a pas la tutelle de l'enfant, il peut se voir empêché de participer à des décisions concernant le traitement de l'enfant.

Les techniques de procréation assistée sont encore un domaine où les minorités sexuelles sont souvent discriminées. Les lois relatives à l'insémination artificielle varient considérablement en Europe. La loi autrichienne de 1992 y barre l'accès aux femmes célibataires³⁹ et le Danemark a décidé en 1997 d'interdire aux médecins des hôpitaux publics et privés d'inséminer des lesbiennes.⁴⁰

Ces exemples portaient sur des formes de discrimination que rencontrent les particuliers, mais il en existe d'autres, qui sont plus structurelles. Les priorités budgétaires des autorités sanitaires, notamment, risquent d'institutionnaliser une organisation discriminatoire des soins de santé, en négligeant les questions propres aux homosexuels, bisexuels et transsexuels. Le cas des opérations de changement de sexe est éloquent. On connaît l'affaire *pour le compte de A et autres*,⁴¹ où les plaignants demandaient que soit revue la politique sanitaire du North West Lancashire (en Angleterre) voulant que le changement de sexe soit classé dans la même catégorie que les détachements ou les liftings et interdisant par conséquent presque entièrement toute affectation de fonds publics à ce genre d'opération. Même lorsque le changement de sexe est pris en charge, cela est parfois accompagné de l'obligation de stérilisation, qu'aucune raison médicale ne justifie.

Ces formes de discrimination ne seront pas efficacement combattues par la simple promulgation d'un droit des individus à la non-discrimination en matière de soins de santé. En Hongrie, bien que 84% des personnes séropositives connues soient des homosexuels de sexe masculin, rares sont les campagnes de sensibilisation qui mentionnent l'homosexualité.⁴² Les recours aux tribunaux par des particuliers sont inefficaces pour ce qui est de contester la discrimination au niveau des politiques budgétaires, puisque cette forme de discrimination a pour résultat moins d'initiatives en faveur des minorités sexuelles, mais pas un déni de soins à telle ou telle personne concrète. Il s'ensuit qu'il faut une stratégie qui ne se limite pas à assister les particuliers qui portent plainte, mais qui prévoit aussi des mécanismes pour enquêter sur les facteurs structurels d'inégalité.

b) Avantages sociaux

³⁸ K Krickler, « Autriche » dans ILGA-Europe (éd.), *Égales en droits – les homosexuel/les dans le dialogue civil et social* (Bruxelles: ILGA-Europe, 1998) 36.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ S Jensen, « La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave » dans D Borrillo (éd.), *Homosexualités et droit* (Paris: PUF, 1998) 264.

⁴¹ *R c. North West Lancashire Health Authority, pour le compte de A et autres* [2000] 1 *Weekly Law Reports* 977.

⁴² B Sándor, « Hungary » dans ILGA-Europe, *Equality for lesbians and gay men – a relevant issue in the EU accession process* (Bruxelles: ILGA-Europe) 32.

La directive sur l'égalité raciale comprend dans son champ d'application les « avantages sociaux ». ⁴³ C'est une notion issue du droit communautaire et du concept de libre circulation ; la Commission la définit comme des « prestations à caractère économique ou culturel accordés dans les États membres par les pouvoirs publics ou par des organismes privés ». ⁴⁴ Sa portée est devenue évidente dans les dispositions de droit communautaire relatives à la discrimination fondée sur la nationalité, puisqu'elle a été invoquée pour contester la discrimination dans divers domaines, dont les allocations de chômage ⁴⁵ ou les indemnités pour frais funéraires ⁴⁶. Cette idée de non-discrimination en matière d'avantages sociaux est pertinente pour notre propos. La Cour de justice a notamment statué en 1986 que le droit de se faire rejoindre par sa compagne ou son compagnon dans un autre État de l'Union était un « avantage social ». ⁴⁷ L'interdiction de la discrimination dans ce domaine pourrait donc constituer un moyen important de défendre le principe d'égalité de traitement en matière d'immigration (voir aussi le point e) plus bas).

c) Éducation

L'éducation est un domaine particulièrement crucial où la discrimination rencontrée par les enseignants et les élèves homosexuels, bisexuels et transsexuels est amplement démontrée. Une enquête effectuée en 1998 dans 307 écoles anglaises et galloises a révélé que 61% des enseignants connaissaient des gays, des lesbiennes ou des bisexuels parmi les élèves. En rapport avec l'homophobie, 82% étaient au courant de cas d'insultes verbales et 26% de cas de molestation accompagnée de brimades. Pourtant, seulement 6% des établissements mentionnaient expressément les actes homophobes dans le cadre de leur action contre la violence à l'école. ⁴⁸ Les recherches menées en Irlande confirment ces résultats : 57% des gays et des lesbiennes interrogés ont eu des difficultés à l'école (dépression, manque de confiance en soi et brimades), ce que 89% d'entre eux expliquaient par leur orientation sexuelle. De plus, 59% ont dit avoir eu des problèmes dans l'enseignement supérieur. ⁴⁹ De nombreuses autres recherches menées au niveau international montrent que le risque de tentative de suicide est plus élevé chez les jeunes homosexuels, filles ou garçons. ⁵⁰ De toute évidence, on pourrait grandement réduire ce risque en s'attaquant à l'homophobie et à la transphobie dans l'enseignement.

Comme pour la santé, la discrimination dans l'enseignement existe aussi bien au niveau « micro » qu'au niveau « macro ». Sous certaines formes, les enseignants et les étudiants en font directement l'expérience. On connaît le problème de la violence à l'école, mais il convient aussi de songer à d'éventuelles discriminations dans les procédures d'inscription et

⁴³ Voir M Bell, *Meeting the challenge? A comparison between the EU Racial Equality Directive and the Starting Line* dans I Chopin et J Niessen (éd.), *The Starting Line and the incorporation of the Racial Equality Directive into the national laws of the EU Member States and accession states* (Londres : Migration Policy Group et Commission for Racial Equality, 2001).

⁴⁴ Commission (1999), proposition de directive du Conseil 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 (1999) 566, 25 novembre 1999, p. 8.

⁴⁵ Affaire C-57/96, *H. Meints c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [1997] Rec. I-6689.

⁴⁶ Affaire C-237/94, *O'Flynn c. Adjudication Officer* [1996] Rec. I-2617.

⁴⁷ Affaire 59/85, *Pays-Bas c. Reed* [1986] Rec. 1283.

⁴⁸ N Douglas, I Warwick, S Kemp et G Whitty, *Playing it safe: responses of secondary school teachers to lesbian, gay and bisexual pupils, bullying, HIV and AIDS education and Section 28* (Londres: Health and Education Research Unit, Institute of Education, 1997) 22-26.

⁴⁹ GLEN (voir note 19) 45-48.

⁵⁰ Gay HIV Strategies et NEXUS Research Cooperative, *Education – lesbian and gay students – developing equal opportunities* (Dublin: Gay HIV Strategies, 2000) 14.

d'évaluation ou dans l'application des procédures disciplinaires. Les normes vestimentaires associées au port de l'uniforme viennent renforcer des conceptions rigides de l'identité sexuelle. Les parents homosexuels, bisexuels ou transsexuels rencontrent parfois des difficultés, par exemple lorsqu'ils doivent participer à des réunions de parents, et leur orientation ou leur identité sexuelle peut faire que leurs enfants sont victimes de brimades de la part de leurs condisciples.

Il existe d'autres formes de discrimination encore, qui sont plus subtiles, mais tout aussi lourdes de conséquences. C'est ainsi qu'il importe que l'on réfléchisse à la représentation de l'homosexualité et des questions relatives à l'identité sexuelle dans les programmes scolaires, l'éducation sexuelle étant à cet égard cruciale.

En Angleterre et au Pays de Galles, la fameuse « section 28 » (l'article 28 du *Local Government Act* [loi sur les pouvoirs locaux] de 1988) représente un cas rare de discrimination explicite, puisqu'il est fait interdiction aux pouvoirs locaux d'encourager les enseignants à présenter l'homosexualité comme « un rapport familial acceptable ». ⁵¹ Sur le long terme, il est difficile aux particuliers de recourir aux tribunaux pour faire corriger la discrimination constatée dans les programmes scolaires. Il faut plutôt tout faire pour intégrer le principe d'égalité à l'occasion de l'élaboration et de la révision de ces programmes. Comme dans le cas du secteur des soins de santé, cela suppose une affectation des ressources et des mécanismes d'application qui aillent plus loin que les plaintes que des particuliers peuvent déposer.

d) Accès aux biens et aux services, y compris le logement

La discrimination dans les biens et les services représente toute une problématique : l'accès aux bars, aux restaurants, aux hôtels, les loisirs, les services bancaires, les assurances, etc. Ainsi, une enquête menée auprès d'homos, bis et transsexuels en Roumanie a fait apparaître que 10,6% des personnes interrogées avaient été victimes de discriminations dans des établissements commerciaux; ⁵² une enquête semblable en Pologne a donné un chiffre de 20%. ⁵³ Dans le cas de la Pologne, la discrimination était surtout sensible dans les bars, les restaurants et les hôtels. ⁵⁴ Les réponses trahissent aussi une *crainte* de la discrimination – c'est là la raison donnée par 71% des personnes interrogées en Pologne qui disent cacher leur orientation sexuelle dans ce genre d'endroit. ⁵⁵

L'accès aux biens et aux services est un domaine où nombreux sont les États membres qui ont déjà interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le Danemark, la Finlande, la France, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède ont légiféré en la matière. ⁵⁶ C'est un domaine qui est en rapport très direct avec les objectifs de l'Union européenne, puisque le marché intérieur est avant tout caractérisé par l'élimination des obstacles à la libre circulation des biens et des services. ⁵⁷

⁵¹ Article 2A du *Local Government Act* de 1986 (tel que modifié).

⁵² ACCEPT, voir note 31, p. 25.

⁵³ Association Lambda Warszawa, voir note 32, p. 20.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid 21.

⁵⁶ Voir pour un aperçu général la Commission, « Rapport sur les dispositions juridiques prises par les États membres pour combattre la discrimination » (Luxembourg: OPOCE, 2000) et ILGA-Europe (éd.), *Égaux en droits – les homosexuel/les dans le dialogue civil et social* (Bruxelles: ILGA-Europe, 1998).

⁵⁷ Article 3.1.c) du Traité CE.

Le logement peut être considéré comme un bien (quand il est acheté) ou un service (quand il est loué). Les homosexuels, bisexuels et transsexuels rencontrent plusieurs formes de discrimination dans ce domaine. Les candidats locataires peuvent devoir cacher leur orientation sexuelle au propriétaire.⁵⁸ Les transsexuels sont particulièrement exposés, dans la mesure où les gens présument leur identité sexuelle sur la base de leur apparence physique. Pour les candidats acheteurs, la discrimination des compagnies d'assurance peut compromettre un prêt hypothécaire.⁵⁹ Une fois locataires ou propriétaires d'un logement, les homosexuels, bisexuels et transsexuels sont encore exposés au harcèlement possible des voisins. On a constaté en Irlande en 1995 que 11% des gays et des lesbiennes interrogés avaient ainsi essuyé des insultes et, chose significative, 43% ont indiqué qu'ils craignaient des problèmes si le voisinage venait à connaître leur orientation sexuelle.⁶⁰

La question du bail en cas de décès du compagnon ou de la compagne peut aussi devenir un problème. C'est le fond d'une affaire pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Karner c. Autriche*. M. Karner a partagé un appartement avec son compagnon à Vienne de 1989 à 1994, année où ce dernier est décédé. Le propriétaire a voulu résilier le bail, qui avait été initialement conclu avec le défunt. La Cour suprême autrichienne a tranché en faveur du propriétaire. Bien que la loi autrichienne sur les baux prévoit que le contrat soit transmissible à un cohabitant, la Cour a estimé que cela ne couvrait pas les couples homosexuels. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré la plainte de M. Karner recevable, y voyant un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pouvant être en infraction avec la Convention.⁶¹

Enfin, quand une personne homosexuelle, bisexuelle ou transsexuelle arrive à l'âge où elle doit trouver soit des services de soins à domicile soit une maison de retraite, elle risque de constater que ses besoins ne sont pas compris ou pas satisfaits. À ce jour, il n'existe en Europe qu'un complexe résidentiel spécialement conçu pour les gays et les lesbiennes. C'est la fondation L.A. Ries, d'Amsterdam, qui le gère ; l'initiative est née de la constatation que, dans les structures existantes, les pensionnaires subissaient parfois des brimades à cause de leur orientation sexuelle.⁶² Des recherches effectuées dans le nord-est de l'Angleterre ont montré que deux tiers des personnes interrogées (des hommes et des femmes homosexuels) préféreraient une résidence mixte (homo et hétéro) tandis qu'un tiers opterait pour une résidence réservée à un sexe.⁶³ Si une personne se voit refusée dans une maison de retraite à cause de son orientation sexuelle ou de son identité sexuelle, il y a manifestement raison à procès. Il n'en demeure pas moins que l'on agira plus efficacement en intervenant au niveau des décideurs et de la fourniture des services. Les prestataires de service doivent comprendre que le principe d'égalité de traitement ne sera pas réalisé sans information, formation et services spécialisés. Encore une fois, on voit que la possibilité d'aller en justice doit s'accompagner d'autres mesures si l'on veut défendre le principe d'égalité.

e) Immigration

⁵⁸ Mobility International et al, voir note 37, p. 22.

⁵⁹ J Lewis, « Royaume-Uni » in ILGA-Europe (éd.), *Égales en droits – les homosexuel/les dans le dialogue civil et social* (Bruxelles: ILGA-Europe, 1998), 92.

⁶⁰ GLEN, voir note 19, p. 66.

⁶¹ Décision partielle de recevabilité quant à la requête 40016/98, *Karner c. Autriche*, 11 septembre 2001. Voir <http://www.echr.coe.int/hudoc>. Pour une affaire semblable au Royaume-Uni, voir *Fitzpatrick c. Sterling Housing Association* [2001] 1 Appeal Cases 27.

⁶² Age Concern, *Opening Doors – working with older lesbians and gay men* (Londres: Age Concern England, 2001) 43.

⁶³ Ibid 33.

L'ILGA-Europe a déjà produit un document directif sur les grandes orientations de l'Union européenne relatives à la justice et aux affaires intérieures, dans lequel nous traitons en détail de la discrimination en matière d'immigration et de droit d'asile.⁶⁴ Le problème clé tourne autour des droits des homosexuels, des bisexuels, des transsexuels qui migrent, et de leurs familles. En l'état, le droit communautaire ne prévoit le droit au regroupement familial que pour les couples mariés et leur famille. Or les Pays-Bas sont le seul pays membre de l'Union où un couple homosexuel puisse se marier. Il s'ensuit que la plupart des familles fondées par des homosexuels, bisexuels ou transsexuels sont exclues du droit au regroupement familial, pourtant inscrit dans le droit communautaire. L'ILGA-Europe recommande que soient aussi reconnues les autres formes d'union légalement reconnues qui se sont récemment multipliées dans l'Union européenne, ainsi que le droit à la libre circulation pour tous les couples fondés sur une relation durable et pour leurs enfants. Cela suppose une modification des textes relatifs spécifiquement à l'immigration, mais le principe de non-discrimination devrait s'appliquer à l'immigration en général. Ainsi seraient bannis non seulement les définitions discriminatoires de la famille, mais aussi la discrimination ou les vexations qui marquent l'administration du droit relatif à l'immigration. L'immigration ne figure pas dans le champ d'application de la directive sur l'égalité raciale, mais elle relève clairement du Traité CE et de son titre IV. Il n'y a donc pas d'obstacle juridique empêchant son inclusion dans une directive générale contre la discrimination.

f) Asile

On peut dire à peu près la même chose du droit d'asile, qui n'est pas mentionné non plus dans la directive sur l'égalité raciale. Les demandes d'asile présentées au motif de persécutions liées à l'orientation sexuelle ou à l'identité sexuelle doivent être traitées de la même manière que celles justifiées par d'autres formes de persécution. Il faut interdire toute discrimination ou vexation liée à l'orientation ou à l'identité sexuelle dans l'application des lois relatives au droit d'asile. Enfin, comme en matière d'immigration, beaucoup de ces textes de lois contiennent des définitions discriminatoires de la famille.⁶⁵ Les droits au regroupement familial notamment sont souvent tributaires d'une union maritale sanctionnée par la loi, alors que le mariage reste inaccessible à la plupart des minorités sexuelles.

C. Comment peut-on mieux faire appliquer les lois interdisant la discrimination?

Pour son application, la directive cadre repose sur l'action en justice des particuliers. La seule exception à cette règle est que les associations qui ont un intérêt légitime dans la réalisation du principe d'égalité de traitement peuvent engager une procédure judiciaire pour le compte ou à l'appui du plaignant.⁶⁶ Cette disposition est certes la bienvenue, mais elle ne permet pas aux associations d'agir en tant que telles et suppose qu'il y ait toujours un plaignant concret. Une stratégie fondée sur le seul recours aux tribunaux par des particuliers a peu de chance d'être pleinement efficace, surtout s'agissant des motifs d'orientation et d'identité sexuelle, pour lesquels l'expérience accumulée dans l'Union européenne fait apparaître que ces recours

⁶⁴ Voir à www.ilga-europe.org.

⁶⁵ Par exemple, à l'article 15 de la directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, [2001] JO L212/12.

⁶⁶ Article 9.2.

seront peu nombreux.⁶⁷ Il y a là un point faible de la directive cadre qui doit être corrigé dans toute nouvelle directive future. On songe à plusieurs mesures qui pourraient être adoptées : création d'organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement, possibilité pour les associations de saisir les tribunaux et obligations positives de défendre l'égalité.

a) Création d'organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement

L'une des différences les plus frappantes entre la directive sur l'égalité raciale et la directive cadre est l'absence dans la deuxième de toute obligation pour les États membres de mettre en place des organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement, lesquels, dans le cas de la première directive, peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme.⁶⁸ Ces organismes devraient au moins apporter une aide indépendante aux personnes victimes d'une discrimination, conduire des études indépendantes concernant les discriminations et publier des rapports indépendants et émettre des recommandations concernant ces discriminations. Ni la Commission ni le Conseil n'ont expliqué de manière convaincante pourquoi les victimes de la discrimination raciale ont plus besoin d'une assistance et d'un appui institutionnels que les victimes de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, l'âge, un handicap, la religion ou les convictions. Qui plus est, la position commune du Conseil sur la modification proposée à la directive de 1976 relative à l'égalité de traitement inclut l'obligation pour les États de créer ce genre d'organismes pour venir en aide aux victimes de discriminations fondées sur le sexe.⁶⁹

Au niveau national, on trouve déjà plusieurs exemples de bonnes pratiques en matière de discrimination fondée sur l'orientation ou l'identité sexuelle. Depuis 1999, il existe en Suède un médiateur qui ne s'occupe que de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.⁷⁰ Aux Pays-Bas, la discrimination fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle relève de la Commission pour l'égalité de traitement, créée en 1995.⁷¹ En Irlande, la promotion de l'égalité de traitement (y compris en dehors des paramètres sexe et orientation sexuelle) relève du mandat d'un organisme appelé *Equality Authority*⁷² et le Bureau du Directeur pour les enquêtes en matière d'égalité (*Office of the Director of Equality Investigations*)⁷³ traite d'incidents concrets de discrimination. Enfin, on notera que le gouvernement belge propose d'élargir les compétences du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme à un large éventail de motifs de discrimination, dont l'orientation sexuelle.⁷⁴ La directive sur l'égalité raciale montre bien qu'il est possible de respecter les spécificités nationales dans la

⁶⁷ Aux Pays-Bas, où la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est interdite par la loi générale sur l'égalité de traitement de 1995, le nombre d'affaires concernant l'orientation sexuelle est nettement moindre que pour les autres motifs de discrimination. En 1999, sur 118 affaires traitées par la Commission pour l'égalité de traitement, seulement 7 avaient trait à l'orientation sexuelle. Voir Commissie Gelijke Behandeling, *Jaarverslag 1999*, à l'adresse <http://www.cgb.nl/jaarverslagframeset.html>. En Irlande, pour l'année 2000, le Bureau du Directeur des enquêtes en matières d'égalité n'a été saisi que d'un incident, ce qui représentait 0,7% de toutes les affaires traitées (The Office of the Director of Equality Investigations, *Annual Report 2000* [Dublin: ODEI] 17).

⁶⁸ Article 13.

⁶⁹ Conseil de l'UE, « Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail », doc. n° 9848/01, Bruxelles, 17 juillet 2001.

⁷⁰ Voir <http://www.homo.se>.

⁷¹ Voir <http://www.cgb.nl>.

⁷² Voir <http://www.equality.ie>.

⁷³ Voir <http://www.odei.ie>.

⁷⁴ Communiqué du 6 décembre 2000, « Lutte contre le racisme ». Voir <http://faits.fgov.be>.

mise en place de ce genre d'organisme, tout en veillant à ce que tous les particuliers aient un droit minimal à une assistance institutionnelle dans l'ensemble de l'Union.

b) Possibilité pour les associations de saisir les tribunaux

Comme nous l'avons dit plus haut, la directive cadre ne permet pas aux associations de saisir les tribunaux en leur nom propre (à moins que l'association elle-même ne soit victime d'une discrimination). La possibilité de combattre activement la discrimination s'en trouve réduite d'autant. Ainsi, dans l'affaire *Grant c. South-West Trains*,⁷⁵ une employée d'une société de chemins de fer avait contesté en justice le refus opposé par cette société d'accorder des billets gratuits à sa compagne, alors que les partenaires des employés hétérosexuels en bénéficiaient. Il y avait là de toute évidence un fait qui ne concernait pas que Lisa Grant, mais bien tous les employés de South-West Trains engagés dans une relation homosexuelle. Plutôt que de devoir attendre que quelqu'un aille devant les tribunaux, il serait plus efficace de permettre aux associations, telles que les syndicats, de contester les pratiques discriminatoires. Toute directive future visant à combattre la discrimination devrait donc prévoir que les associations ayant un intérêt légitime dans la promotion de l'égalité de traitement puissent agir de leur propre chef, de même que les organismes officiels évoqués plus haut.

c) Obligations positives de promouvoir l'égalité

Les mesures évoquées plus haut rendraient le recours aux tribunaux plus facile quand c'est nécessaire. Il faut cependant aussi reconnaître que beaucoup de questions relatives à l'égalité de traitement dans les grandes orientations publiques ne se prêtent pas à un règlement judiciaire. Les plaintes déposées par des particuliers ou des associations sont un moyen efficace de défendre le droit *néгатif* de ne pas subir de discrimination, mais des stratégies alternatives et complémentaires sont aussi nécessaires pour avancer vers la mise en place d'un droit *positif* à l'égalité. Cette idée se reflète notamment dans l'acceptation croissante du fait qu'il faut intégrer le principe d'égalité à tous les stades de l'élaboration, de la mise en œuvre et de l'évaluation des politiques (« mainstreaming »).

La Commission a déjà reconnu explicitement ce principe d'intégration pour la discrimination fondée sur le sexe,⁷⁶ l'origine raciale ou ethnique,⁷⁷ et le handicap.⁷⁸ Pourtant, comme il est dit dans la décision relative au programme d'action : « les différentes formes de discrimination ne se classent pas par ordre d'importance et sont toutes également intolérables ».⁷⁹ L'un des grands points faibles de la politique actuelle de l'Union européenne dans ce domaine est l'absence de tout cadre clair régissant l'intégration du principe d'égalité dans toutes les grandes orientations. Au niveau national, les exemples se multiplient quant à la

⁷⁵ C-249/96 [1998] ECR I-621.

⁷⁶ Commission, « Intégrer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires » COM (96) 67.

⁷⁷ Commission, « Rapport sur la mise en œuvre du Plan d'action contre le racisme – le 'mainstreaming' d'anti-racisme », janvier 2000. Voir à :

http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamri/eu_racism/main_fr.htm.

⁷⁸ Commission, « Intégration de la politique des personnes handicapées dans l'ensemble de la politique sociale de l'UE », document de travail de la DGV, 1999.

Voir à : http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/key_fr.htm.

⁷⁹ Cinquième considérant, décision du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), [2000] JO L303/23.

manière d'y parvenir. C'est l'Irlande du Nord qui s'est montrée la plus novatrice, en imposant à tous les pouvoirs publics de réaliser leur mission en :

« prenant dûment en compte la nécessité de promouvoir l'égalité des chances – a) entre les personnes de croyances religieuses, de convictions politiques, d'appartenance raciale, d'âge, d'état civil ou d'orientation sexuelle différents ; b) entre les hommes et les femmes de manière générale ; c) entre les personnes handicapées et celles qui ne le sont pas et d) entre ceux qui ont des personnes à charge et ceux qui n'en ont pas. »⁸⁰

Un texte cadre précis requiert de tous les pouvoirs publics qu'ils se dotent de « plans pour l'égalité », consistant en mécanismes de consultation et d'évaluation de toutes leurs orientations et missions, de sorte que soit garanti le respect de l'obligation d'égalité.⁸¹

Créer une structure qui mette le principe d'égalité au cœur des lois et des politiques de l'Union européenne est un objectif qui dépasse le champ du présent papier. Toutefois, le principe d'intégration (« mainstreaming ») devrait inspirer toute nouvelle directive de lutte contre la discrimination. On trouvera un exemple de la façon dont cela peut se faire dans la position commune arrêtée par le Conseil concernant la modification de la directive de 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, dont l'article 1.1.a) se lit comme suit :

« Les États membres tiennent activement compte de l'objectif de l'égalité entre hommes et femmes lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des dispositions législatives, réglementaires et administratives, ainsi que des politiques et activités [...] ».⁸²

De la même manière, toute directive future de lutte contre la discrimination doit imposer aux États membres une obligation positive de promouvoir l'égalité, indépendamment de l'orientation ou de l'identité sexuelle.

D. Conclusions et recommandations

Le présent document directif expose les raisons pour lesquelles l'Union européenne doit adopter une nouvelle directive contre la discrimination et définit les domaines clés auxquels cette directive devrait s'appliquer. L'expérience que nous avons de la directive cadre nous fait croire qu'un consensus sur l'opportunité de nouvelles dispositions législatives européennes contre la discrimination prendra du temps et de la persuasion. D'une part, il appartient aux associations nationales et européennes de défense des droits des homosexuels, bisexuels et transsexuels et de défense des droits de l'homme de prendre l'initiative d'une campagne pour des dispositions plus fortes ; d'autre part, les différentes institutions européennes, dont la Commission et le Parlement en particulier, pourraient apporter un appui constructif aux associations homosexuelles, bisexuelles et transsexuelles dans la poursuite de cet objectif.

Premièrement, si les homosexuels, les bisexuels, les transsexuels et leurs associations sont bien conscients de la réalité quotidienne de la discrimination dans des domaines tels le logement, les soins de santé, l'enseignement et les biens et les services, il reste un travail de recherche à faire pour avoir une notion plus claire des problèmes précis rencontrés dans ces domaines. Des projets, notamment de recherche empirique, pourraient être appuyés dans le

⁸⁰ Article 75 du Northern Ireland Act de 1998 [Loi sur l'Irlande du Nord]. Voir aussi B Fitzpatrick, *The Fair Employment and Equal Treatment (Northern Ireland) Order 1998, The Northern Ireland Act 1998*, (1999) 28 *Industrial Law Journal* 336.

⁸¹ S Mullally, *Mainstreaming equality in Ireland : a fair and inclusive accommodation?*, (2001) 21 *Legal Studies* 99.

⁸² Conseil UE, voir note 69.

cadre du programme d'action adopté dans la foulée de l'article 13 ou d'autres programmes de l'Union. Un excellent exemple du type de projet à développer est l'initiative GLEE, subventionné par l'Union, sur les « projets éducatifs visant à combattre l'homophobie et l'hétérosexisme ». ⁸³ De plus, la négociation d'une nouvelle directive ayant des chances de coïncider avec l'élargissement de l'Union, il est essentiel que le financement soit conçu pour permettre la participation de tous les pays candidats à l'adhésion.

Deuxièmement, il est question d'une directive spécifique sur la discrimination fondée sur le handicap dans le contexte de la proposition de la Commission visant à proclamer une année européenne des handicapés en 2003. ⁸⁴ Avant cela, en 1997, l'Année européenne contre le racisme avait été un catalyseur dans l'ajout de l'article 13 au Traité CE et la création à Vienne de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes. Vu l'approche exhaustive et horizontale sous-jacente à l'article 13, nous croyons qu'une *année européenne de l'égalité* serait, à ce stade, une initiative extrêmement constructive. Ce serait l'occasion de promouvoir l'égalité sur tous les plans et dans tous les domaines de la vie, ainsi que de faire prendre conscience du fait que la discrimination ne se rencontre pas que sur le lieu de travail. Encore une fois, il serait crucial que l'initiative englobe tous les pays candidats à l'adhésion.

Enfin, l'ILGA-Europe note que, alors que la discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, le handicap et l'âge a chaque fois fait l'objet d'une communication et d'un rapport de la Commission, il n'existe encore aucun document d'orientation générale relatif à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. En évaluant ses activités et sa politique en la matière, la Commission apporterait une plus grande visibilité et une plus grande clarté à la politique anti-discriminatoire de l'Union européenne vis-à-vis des homosexuels, des bisexuels et des transsexuels.

Recommandations

- L'Union européenne doit agir vite pour adopter des dispositions législatives interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle en dehors de la problématique de l'emploi.
- Ces dispositions législatives doivent s'appliquer à tous les domaines relevant de la compétence de l'Union, et à tout le moins à la protection sociale, à la sécurité sociale, aux soins de santé, aux avantages sociaux, à l'enseignement, à l'accès et à la fourniture de biens et de services, au logement, à l'immigration et au droit d'asile.
- Elles devraient obliger les États membres à mettre sur pied un organisme de promotion de l'égalité de traitement, dont la mission serait de venir en aide aux personnes victimes de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. Cet organisme devrait avoir la possibilité d'enquêter sur les cas de discrimination et d'engager des poursuites.
- Ces dispositions législatives devraient autoriser les associations ayant un intérêt légitime dans la promotion de l'égalité à ouvrir des procédures judiciaires autrement que pour le compte d'un plaignant.
- Toute instance ayant une mission d'intérêt public, que ce soit au niveau national ou européen, devrait avoir l'obligation de promouvoir l'égalité, sans faire de distinction

⁸³ Voir <http://glee oulu.fi/index.html>.

⁸⁴ COM (2001) 271.

pour l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle, à tous les stades de l'élaboration, de la mise en œuvre et de l'évaluation des politiques.

- L'Union européenne devrait subventionner des recherches plus approfondies sur la nature et la portée de la discrimination rencontrée par les homosexuels, les bisexuels et les transsexuels dans les domaines autres que l'emploi.
- La Commission devrait proposer une « année européenne de l'égalité ».
- La Commission devrait présenter une communication sur le rôle de l'Union européenne dans la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle.