

# Interprétation dynamique

## La législation anti-discrimination européenne dans la pratique IV

« *Interprétation dynamique : La législation anti-discrimination européenne dans la pratique IV* » est publié par Equinet, le réseau européen des organismes de promotion de l'égalité.

**Membres d'Equinet** : Agence fédérale de lutte contre les discriminations, **Allemagne** | Médiateur en charge de l'égalité de traitement, **Autriche** | Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, **Belgique** | Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, **Belgique** | Commission pour la protection contre les discriminations, **Bulgarie** | Cabinet du Commissaire en charge de l'administration, **Chypre** | Cabinet du Médiateur, **Croatie** | Conseil pour l'égalité de traitement, **Danemark** | Institut danois des droits de l'homme, **Danemark** | Conseil pour la promotion de l'égalité de traitement et la non-discrimination raciale ou ethnique, **Espagne** | Defensoria, Médiateur en charge de l'égalité des genres de la Communauté autonome du Pays basque, **Espagne** | Commissaire en charge de l'égalité des chances, **Estonie** | Médiateur pour l'égalité des femmes et des hommes, **Finlande** | Cabinet du Médiateur en charge des minorités, **Finlande** | Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, **France** | Centre pour l'égalité de traitement, **Grand Duché du Luxembourg** | Commission pour l'égalité et les droits humains, **Grande-Bretagne** | Cabinet du Médiateur, **Grèce** | Autorité pour l'égalité de traitement, **Hongrie** | Cabinet du Commissaire parlementaire pour les droits des minorités nationales et ethniques, **Hongrie** | Autorité en charge de l'égalité, **Irlande** | Bureau national contre la discrimination raciale, **Italie** | Cabinet du Médiateur, **Lettonie** | Médiateur en charge de l'égalité des chances, **Lituanie** | Commission nationale pour la promotion de l'égalité, **Malte** | Commission pour l'égalité pour l'Irlande du Nord, **Irlande du Nord** | Médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination, **Norvège** | Commission pour l'égalité de traitement, **Pays-Bas** | Commission pour la citoyenneté et l'égalité des genres, **Portugal** | Conseil gouvernemental pour les droits de l'homme, **République Tchèque** | Conseil national de lutte contre la discrimination, **Roumanie** | Centre national pour les droits humains, **Slovaquie** | Médiateur en charge de l'égalité, **Suède**

Secrétariat d'Equinet | Rue Royale 138 | 1000 Bruxelles | Belgique

info@equineteurope.org | www.equineteurope.org

ISBN 978-92-95067-32-6

© Equinet 2009

La reproduction est autorisée si la source est précisée.

La présente publication bénéficie du soutien du programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale - PROGRESS (2007-2013). Ce programme est géré par la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne. Il a été établi pour appuyer financièrement la poursuite des objectifs de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, tels qu'ils sont énoncés dans l'agenda social, et contribuer ainsi à la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne dans ces domaines.

Le programme, qui s'étale sur sept ans, s'adresse à toutes les parties prenantes susceptibles de contribuer à façonner l'évolution d'une législation et de politiques sociales et de l'emploi appropriées et efficaces dans l'ensemble de l'UE-27, des pays de l'AELE-EEE ainsi que des pays candidats et pré-candidats à l'adhésion à l'UE.

PROGRESS a pour mission de renforcer la contribution de l'UE et d'aider ainsi les États membres à respecter leurs engagements et mener à bien leur action en vue de créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité et de bâtir une société plus solidaire. Dès lors, il contribuera :

- à fournir une analyse et des conseils dans les domaines d'activité qui lui sont propres ;
- à assurer le suivi et à faire rapport sur l'application de la législation et des politiques communautaires dans ces mêmes domaines ;
- à promouvoir le transfert de politiques, l'échange de connaissances et le soutien entre les États membres concernant les objectifs et priorités de l'Union, et
- à relayer les avis des parties prenantes et de la société au sens large.

Pour de plus amples informations, veuillez consulter : <http://ec.europa.eu/progress>

Cette publication a été préparée par le Groupe de Travail d'Equinet sur l'interprétation dynamique. Les opinions qui y sont formulées sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement la position ou l'opinion ni de la Commission européenne ni de chaque membre d'Equinet. La Commission européenne et Equinet ne sont pas responsables de l'usage qui pourrait être fait des informations contenues dans la présente publication.

Table des matières

## **Préface**

p 5

## **Chapitre 1**

Étude de cas sur la discrimination fondée sur la race | p 7

## **Chapitre 2**

Étude de cas sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle | p18

## **Chapitre 3**

Étude de cas sur la discrimination fondée sur l'âge | p 28

## **Annexe 1**

Réponses des pays à l'étude de cas sur la discrimination fondée sur la race | p 35

## **Annexe 2**

Réponses des pays à l'étude de cas sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle | p  
70

## **Annexe 3**

Réponses des pays à l'étude de cas sur la discrimination fondée sur l'âge | p 112



# Préface

Le groupe de travail d'Equinet sur l'interprétation dynamique se concentre sur l'interprétation des concepts juridiques de la discrimination prévus par les Directives contre la discrimination, ainsi que sur la façon dont la législation nationale a mis en œuvre ces Directives afin d'harmoniser et de garantir un niveau optimal d'égalité au sein de l'UE. Le groupe de travail est constitué d'experts juridiques qui travaillent pour des organismes de promotion de l'égalité, ce qui donne à leur contribution une approche pragmatique grâce à l'analyse de la manière dont les Directives et la législation nationale sont appliquées dans la pratique.

Les membres du groupe de travail se servent de cas réels comme base d'une analyse comparative de l'application des dispositions contre la discrimination, telles que stipulées par les législations nationales et européennes. Cette approche permet une comparaison des différentes solutions juridiques apportées aux cas de discrimination, répondant ainsi à des objectifs tels que : l'identification de tendances dans la mise en œuvre des Directives et leur traduction dans les législations nationales, l'identification d'éventuelles lacunes dans les domaines nécessitant une protection ou une clarification juridique des Directives et l'identification d'éventuelles lacunes dans les systèmes juridiques nationaux.

En 2009, les membres du groupe de travail ont été invité à se concentrer sur des cas liés à la discrimination dans la fourniture de biens, de facilités et de services et en particulier 1) les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, 2) la discrimination fondée sur la religion ou les croyances, 3) les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'âge<sup>1</sup>. Ces affaires présentent un lien étroit avec la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle<sup>2</sup>. Elles permettent de comprendre l'intérêt d'une nouvelle directive destinée à améliorer et harmoniser la protection contre la discrimination au sein des Etats membres en matière de biens et de services et combler les lacunes du dispositif actuel contre les discriminations en dehors du champ professionnel. De même, la comparaison des différentes solutions juridiques apportées aux cas de discrimination attire l'attention sur les compétences des organismes de promotion de l'égalité en matière d'assistance aux victimes de discrimination dans ces domaines.

Les cas portent sur trois thèmes principaux : le profilage racial des voyageurs aériens dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et pour des raisons de sécurité; la discrimination dans la fourniture de services de reproduction aux couples de même sexe ; et la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de services financiers. Ces cas soulèvent des questions fondamentales sur les circonstances de discrimination pratiquée par les fournisseurs de services envers des groupes particuliers.

Le résumé des constats pour chaque cas contient un certain nombre de conclusions et enseignements, qui, nous l'espérons, auront une valeur pratique pour les organismes de promotion de l'égalité, les gouvernements nationaux, les institutions européennes et les autres parties prenantes dans le cadre de leur travail sur le droit européen de lutte contre la discrimination.

Notons que les conclusions ne se basent uniquement sur le travail du personnel de onze organismes de promotion de l'égalité et non pas sur le travail de tous les membres d'Equinet. Les conclusions peuvent par conséquent ne pas représenter la position définitive d'un État membre, en particulier sur l'effet des Directives en général. En outre, les conclusions ne reflètent pas nécessairement la position ou l'opinion des organismes de promotion de l'égalité impliqués dans la préparation du présent rapport, ou qui sont membres d'Equinet mais n'ont pas participé à cette étude de cas.

---

<sup>1</sup> Les membres du groupe de travail ont dû répondre à une série de questions préparées par le modérateur du groupe et par le Policy Coordinator d'Equinet. Le groupe s'est réuni le 29 juin 2009 à Bruxelles et le 18 septembre 2009 à Copenhague afin de réviser les données et discuter la forme finale du rapport. Toute l'information contenue dans le présent rapport est celle précisée au 22 décembre 2009.

<sup>2</sup> 2.7.2008 COM(2008) 426 final

Equinet, le réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, remercie tous ceux et celles qui ont offert leur temps et expertise pour contribuer à la réalisation de ce rapport.

Peter Reading  
Modérateur du groupe de travail

Krzysztof Śmiszek  
Policy Coordinator, Equinet

# Chapitre 1

## Étude de cas sur la discrimination fondée sur la race

### Cas d'espèce

Le plaignant n'a pas eu accès au bureau d'enregistrement automatique de la compagnie aérienne XYZ pour se rendre de Tula en Grande-Bretagne en 2007. On l'a adressé au bureau d'enregistrement manuel pour plusieurs raisons. Tout d'abord, XYZ voulait vérifier qu'il disposait des documents nécessaires à son voyage et ensuite, XYZ voulait déterminer le but de son voyage, payé avec une carte de crédit ne lui appartenant pas. Enfin, son nom n'était pas d'origine scandinave ou britannique connue, mais à consonance arabe/moyen-orientale.

Se sentant discriminé, le plaignant a introduit une plainte auprès d'un comité spécialisé en la matière.

Selon XYZ, la compagnie aérienne pratique le profilage des réservations (à une date indéterminée, avant les vols) selon plusieurs critères ne pouvant être révélés en détail pour des raisons de sécurité. Ces critères sont également appliqués à la prévention des infractions.

Pour sa défense, XYZ fait référence à deux lettres datées du 14 janvier et du 16 juin 2008. Dans cette dernière, XYZ déclare que le nom des passagers, ainsi que la date d'achat du billet, les conditions de paiement, l'itinéraire et la réservation font partie des facteurs influençant la décision de la compagnie aérienne quant aux personnes devant être renvoyées à l'enregistrement manuel. XYZ a également informé le comité des plaintes que durant cette période, le gouvernement britannique lui avait enjoint de soumettre les passagers se rendant au Royaume-Uni à des contrôles de sécurité plus stricts.

Dans un cas similaire précédent, porté devant le comité des plaintes, XYZ avait affirmé que la sélection des passagers adressés à l'enregistrement manuel était entre autres basée sur l'origine scandinave ou britannique des voyageurs. Ce cas concernait un vol en 2006. Dans le cas présent, XYZ n'a pas fourni d'information laissant à croire au comité des plaintes que les critères de sélection différaient de ceux utilisés dans le cas précédent.

XYZ a indiqué que tous les voyageurs se rendant en Grande-Bretagne ayant payé le billet avec une carte de crédit appartenant à autrui, étaient renvoyés à l'enregistrement manuel. Toutefois, les questions sont parfois approfondies et dans ces situations, la décision se base sur une évaluation globale. XYZ n'a pas contesté l'information fournie par le plaignant selon laquelle le personnel du comptoir lui a demandé qui avait payé le billet, mais on ignore si la compagnie a approfondi son enquête sur le fait que le billet avait été payé avec une carte de crédit appartenant à autrui.

Le plaignant a informé le comité de plaintes que l'employé de XYZ ne s'est pas contenté de vérifier ses documents, mais a également déclaré à une personne au téléphone qu'il parlait couramment le tula, à la suite de quoi l'enregistrement a été effectué et le plaignant a été autorisé à monter à bord de l'avion. Cette information n'a pas été contestée par XYZ.

XYZ a indiqué, comme dans le cas précédent, que la décision de mettre le plaignant à part en l'adressant à l'enregistrement manuel répondait à la nécessité de vérifier ses documents.

## Questions

Envisagez le cas dans le contexte de votre législation et de votre jurisprudence nationales ou décrivez comment il serait envisagé par l'autorité compétente de votre pays. Veuillez notamment répondre aux questions suivantes :

1. Cette affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :

- la directive 200/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.
- la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).
- toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.

Veuillez envisager l'effet éventuel de l'article 3.2 de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, disposant « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers (...) sur le territoire des États membres (...) ».

2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?

3. Existe-t-il une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?

Pour ce qui concerne la discrimination fondée sur la religion, s'il n'existe pas de législation nationale l'interdisant en matière de fourniture de services, veuillez indiquer aussi si cette discrimination fondée sur la religion serait établie en vertu de la proposition de directive.

4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir des informations sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.

Veuillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.

5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?

6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?

## Législation

### **Directive du Conseil 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique**

#### Article 2

1. Aux fins de la présente directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement », l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

3. Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres.

4. Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons de race ou d'origine ethnique est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1.

#### Article 3.2

La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés.

### **Proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement des individus sans distinction de religion ou de croyance, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle**

#### Article 2

1. Aux fins de la présente directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

(a) une discrimination directe est réputée se produire lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> ;

b) une discrimination indirecte est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

3. Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

4. Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de certaines personnes pour l'un des motifs visés à l'article 1er est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1.

(...)

8. La présente directive est sans préjudice des mesures générales prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, au maintien de l'ordre public et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui.

## Résumé des conclusions

Le cas concerne la pratique de profilage racial, de plus en plus utilisée par des organismes publics ou privés dans la fourniture de services ou l'exercice de fonctions publiques telles que les contrôles aux frontières. Ces derniers temps, avec la menace terroriste, le profilage racial a été utilisé dans divers contextes, tels que des contrôles de sécurité par des compagnies aériennes et des activités de fouille des forces de police.

Le profilage racial est souvent discriminatoire et a été défini par le Réseau européen contre le racisme (ENAR) comme :

*« L'utilisation par les services de police, de sécurité, de l'immigration ou des douanes, de généralisations fondées sur la race, l'ethnicité, la religion ou l'origine nationale, plutôt que d'éléments liés au comportement individuel ou d'indices objectifs, pour servir de base aux soupçons sur lesquels on engage des actions discrétionnaires de maintien de l'ordre. C'est souvent à travers les choix qu'opèrent les policiers lorsqu'ils décident qui ils vont arrêter dans la rue, pour des contrôles d'identité, des interrogatoires, des fouilles, et parfois des gardes à vue, que cette pratique est la plus manifeste. Le profilage ethnique peut également être utilisé pour « forer » des données ou conduire des recherches automatisées dans les bases informatiques, dans le but de repérer des suspects potentiels de terrorisme ou pour cibler les politiques de surveillance des milieux susceptibles de radicalisation<sup>3</sup>. »*

Le profilage racial a été examiné dans plusieurs rapports récents, par exemple par l'initiative Open Society. Il a également fait l'objet d'une récente décision par le Comité des droits de l'homme des Nations unies sur la procédure de pétition individuelle, laquelle a révélé une violation de la Convention internationale des Nations unies sur les droits civils et politiques<sup>4</sup>. L'affaire concernait les forces de police espagnoles, qui avaient appréhendé des Espagnoles appartenant à une minorité ethnique suspectées d'être des immigrantes illégales.

Cette affaire soulève des questions importantes sur l'étendue du droit des compagnies aériennes à soumettre des personnes d'origine raciale ou ethnique différente à des contrôles de sécurité, sur la relation entre les actions des compagnies aériennes et des gouvernements nationaux dans la protection de la sécurité nationale, et sur la qualification de telles actions

<sup>3</sup> Fiche d'information n°40, 2009.

<sup>4</sup> Le profilage ethnique dans l'Union européenne : omniprésent, inefficace et discriminatoire, mai 2009.

de discrimination raciale ou religieuse en vertu des directives sur l'égalité et de la législation nationale en vigueur en matière de lutte contre la discrimination.

### **1. Cette affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

**- la directive 200/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**

**- la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**

**- toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

**Si oui, veuillez envisager l'effet éventuel de l'article 3.2 de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, disposant « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers (...) sur le territoire des États membres (...) ».**

Toutes les réponses affirment que l'affaire s'inscrit dans la portée de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la proposition de directive. La première envisage une protection contre toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans une série de secteurs, notamment, dans son article 3.1) h), en matière d'accès et de fourniture de biens et de services au public. De même, la proposition de directive, dans sa forme actuelle, protège contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions dans l'accès et la fourniture de biens et de services au public.

En ce qui concerne la protection au niveau national, l'ensemble des réponses sont également positives quant à la portée de la législation nationale en matière de protection contre toute discrimination fondée sur la race. En effet, l'ensemble des États membres étaient tenus de transposer pleinement la directive dans le droit national, ce que tous ont à présent fait.

En ce qui concerne toute discrimination potentielle fondée sur la religion, il est intéressant de constater que plusieurs réponses mentionnent que la législation nationale protège déjà contre la discrimination fondée sur la religion ou les croyances, en dépit du fait qu'il n'existe pas encore de législation européenne en la matière (la proposition de directive n'étant pas encore en vigueur). C'est le cas de neuf des onze réponses, dont celle de la Norvège, qui n'est pas membre de l'UE. Deux États membres (l'Autriche et la Finlande) ne disposent pas actuellement d'une législation nationale contre la discrimination fondée sur la religion en matière de fourniture de biens et de services. En Autriche, on envisage de modifier la loi sur l'égalité de traitement afin d'y inclure cette protection contre la discrimination fondée sur la religion. En Finlande, la loi sur l'égalité n'apporte pas de protection contre toute discrimination fondée sur la religion en matière de fourniture de biens et de services, la seule possibilité étant d'introduire une action pénale, nécessitant l'apport de preuves de niveau pénal supérieur.

Cela souligne l'importance d'un accord sur la proposition de directive afin d'apporter une protection harmonisée contre la discrimination fondée sur la religion au sein de l'UE, en particulier au vu des problèmes soulevés par la discrimination religieuse subie par des groupes tels que les musulmans<sup>5</sup>.

Les directives sur l'égalité contiennent des dispositions indiquant qu'elles ne s'appliquent pas aux différences de traitement fondées sur la nationalité et qu'elles s'appliquent sans préjudice des dispositions et des conditions relatives à l'entrée et au séjour de ressortissants de pays tiers sur le territoire des États membres. Il s'agit de l'article 3.2 de la directive sur la race et de l'article 3.5 de la proposition de directive. Cette exception s'applique à des situations de discrimination fondée sur la nationalité par les États membres, par exemple en matière d'immigration, de contrôle et des décisions d'entrée et de ses conditions dans un État membre.

L'ensemble des réponses indiquent que cette exception ne s'applique pas, et ce pour diverses raisons. Tout d'abord, la personne n'a pas été traitée différemment à cause de sa nationalité, mais parce que son nom n'avait pas d'origine scandinave ou britannique connue. Ensuite, les actions de la compagnie aérienne n'étaient pas liées au refus ou non d'entrée du ressortissant de pays tiers en Grande-Bretagne, mais plutôt à un contrôle renforcé de l'individu à la demande du gouvernement britannique.

#### **Conclusions :**

**Le cas d'espèce s'inscrit dans la portée de la directive sur la race et de la proposition de directive, en matière de discrimination fondée sur la religion ou les convictions.**

#### **Enseignements tirés:**

**Plusieurs États membres ne disposant pas de protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions en matière de fourniture de biens et de services, il convient de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin d'apporter une protection renforcée et harmonisée contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions.**

## **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Toutes les réponses indiquent que l'organisme national de promotion de l'égalité pourrait fournir une assistance en cas de plainte pour discrimination fondée sur la race. La nature de cette assistance varie selon la structure et les prérogatives de l'organisation. Certaines peuvent apporter des conseils ou jouer le rôle de médiateurs dans tout conflit, ainsi que parvenir dans certains cas à des décisions non contraignantes. Il s'agit généralement d'organismes de promotion de l'égalité de type médiateurs, comme le médiateur en charge de l'égalité de traitement en Autriche et le médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination en Norvège. D'autres organismes peuvent apporter une assistance juridique aux particuliers dans le cadre de plaintes pour discrimination portées devant les cours et tribunaux compétents. Il s'agit notamment du Centre national slovaque pour les droits humains, de la Commission pour l'égalité et les droits humains en Grande-Bretagne et du médiateur suédois en charge de l'égalité.

En ce qui concerne les plaintes pour discrimination, les cours et tribunaux compétents varient selon le système judiciaire du pays.

---

<sup>5</sup> Un musulman sur trois affirme avoir subi des discriminations dans les 12 mois écoulés. Voir rapport UE-MIDIS, « *Data in Focus Report : Muslims* », Agence pour les droits fondamentaux, 2009.

En ce qui concerne les plaintes pour discrimination fondée sur la religion, notons que le médiateur pour l'égalité de traitement et la Commission pour l'égalité de traitement en Autriche, ainsi que le médiateur en charge des minorités et le tribunal compétent en matière de discrimination en Finlande ne sont pas compétents en matière de plaintes, aucune législation n'interdisant actuellement la discrimination religieuse en matière de fourniture de biens et de services.

La proposition de directive nécessitera l'établissement d'un organisme de promotion de l'égalité afin d'aider les victimes de telles discriminations et de permettre une réparation adaptée si cette discrimination est avérée. Il est donc important que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible, afin d'instaurer les organismes de promotion de l'égalité permettant d'apporter l'assistance nécessaire pour les matières couvertes par la directive et que les victimes de discrimination disposent d'un forum leur permettant d'introduire de telles plaintes pour discrimination.

#### **Enseignements tirés:**

**Plusieurs États membres ne disposent pas de protection contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions en matière de fourniture de biens et de services. Il est important de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin :**

- qu'un organisme de promotion de l'égalité soit créé pour apporter une assistance aux particuliers pour ce type de plaintes pour discrimination ;
- que les cours et tribunaux compétents soient désignés afin d'entendre les plaintes pour discrimination et permettre le cas échéant une réparation.

### **3. Existe-t-il une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

**En ce qui concerne la discrimination religieuse, s'il n'existe pas de législation nationale l'interdisant en matière de fourniture de services, répondez également à la question de savoir si cette discrimination fondée sur la religion serait établie en vertu de la proposition de directive.**

#### Discrimination fondée sur la race

La plupart des réponses (neuf sur onze) concluent à une discrimination directe. Plusieurs raisons justifient ce nombre de réponses positives. Tout d'abord, dans plusieurs États membres, la définition de race est plus large que celle de la directive, qui ne couvre que la race et l'origine ethnique. Dans de nombreux États membres, d'autres aspects sont envisagés, tels que la langue, l'origine nationale et la couleur de peau. La sélection d'une personne sur la base de son nom est si étroitement liée à son origine raciale, ethnique ou nationale qu'elle peut être assimilée à une discrimination fondée sur la race. De plus, plusieurs réponses soulignent le fait que l'utilisation de l'origine du nom d'une personne n'est pas un critère neutre, ne constituant donc probablement pas une discrimination indirecte.

Huit des onze réponses indiquent également qu'il peut s'agir d'un cas de discrimination indirecte, deux pays (la Norvège et la Slovaquie) affirmant que c'est de toute évidence le cas.

Selon eux, les critères de sélection d'une personne pour l'enregistrement manuel sur la base de l'origine de son nom sont neutres. Une personne peut en effet avoir un nom non scandinave ou britannique et être néanmoins d'origine ethnique scandinave ou britannique, par exemple en cas de mariage avec une personne d'origine ethnique différente et adoption

de son nom. Par ailleurs, une personne peut avoir un nom traditionnellement scandinave ou britannique et être d'une autre origine ethnique, par exemple si elle a vécu en Scandinavie ou en Grande-Bretagne durant des générations et a une origine ethnique mixte.

Les critères désavantagent cependant particulièrement les personnes d'origine arabe, un pourcentage énorme d'entre elles ne portant pas de nom d'origine scandinave ou britannique, les qualifiant dès lors pour l'enregistrement manuel et des contrôles de sécurité renforcés.

L'avantage de la qualification de discrimination directe est qu'elle ne nécessite généralement pas de justification, à la différence de la discrimination indirecte.

#### Discrimination fondée sur la religion

Il est intéressant de constater que cinq des réponses concluent à une discrimination directe fondée sur la religion et six, une discrimination indirecte fondée sur la religion.

Dans le premier cas, certaines réponses considèrent que les critères d'enregistrement manuel, à savoir un nom non scandinave ou britannique connu mais d'origine arabe ou moyen-orientale, sont liés à la religion de la personne et s'assimilent dès lors à une discrimination directe fondée sur la religion.

D'un autre côté, d'autres réponses écartent la discrimination directe fondée sur la religion, la personne n'ayant pas été traitée différemment à cause de sa religion, en particulier durant l'enregistrement. Il s'agirait alors d'une discrimination indirecte fondée sur la religion, un nombre disproportionné de musulmans étant particulièrement désavantagés par cette politique.

#### **Conclusions :**

**On pourrait conclure à la fois à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race. Toutefois, la discrimination directe présente un avantage, car elle ne doit généralement pas être justifiée.**

**Elle peut être établie lorsque la raison du traitement défavorable de la personne est si étroitement liée à sa race ou à son origine ethnique que l'on peut conclure à un traitement fondé sur la race ou l'origine ethnique.**

**Les réponses sont partagées, environ la moitié concluant à une discrimination directe fondée sur la religion et l'autre, à une discrimination indirecte. Une fois de plus, la discrimination directe fondée sur la religion présente un avantage, car elle ne doit habituellement pas être justifiée. Cependant, il pourrait dans ce cas particulier être plus difficile d'en apporter la preuve.**

#### **Enseignements tirés:**

**Afin d'apporter une protection renforcée et plus claire contre la discrimination fondée sur la race dans l'Union européenne, la directive sur la race devrait peut-être explicitement mentionner qu'elle apporte une protection contre la discrimination fondée notamment sur l'origine nationale, la langue ou la couleur de peau.**

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir des informations sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

**Veillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.**

#### Discrimination fondée sur la race

En matière de discrimination directe fondée sur la race, aucune exception de la directive sur la race ne s'applique au cas d'espèce. Soulignons qu'il n'existe pas d'équivalent à l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination en cas de mesures nationales nécessaires à la sécurité publique, à l'ordre public, à la prévention des délits pénaux et à la protection des droits et des libertés d'autrui. Toutefois, de telles dispositions peuvent exister en droit constitutionnel national des droits de l'homme en application de la Convention européenne des droits de l'homme.

Puisqu'aucune exception ne s'applique, toutes les réponses penchent pour une discrimination directe fondée sur la race.

Pour ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur la race, la question centrale est l'objectif légitime et les moyens proportionnés d'y parvenir. Bien que plusieurs réponses concluent à la légitimité de la sécurité et de la protection contre les activités délictueuses telles que le terrorisme, toutes celles qui concernent la discrimination indirecte considèrent les moyens comme disproportionnés. Par exemple, la réponse du Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme assimile l'activité à un profilage racial basé sur des stéréotypes et la stigmatisation de ces groupes. La réponse de la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement et de la Commission britannique pour l'égalité et les droits humains insiste sur le fait que la compagnie aérienne aurait pu utiliser des mesures alternatives pour garantir la sécurité, notamment en soumettant l'ensemble des voyageurs aux mêmes contrôles de sécurité.

Les faits démontrant une discrimination raciale, l'article 8 de la directive sur la race prescrit un renversement du poids de la preuve. La compagnie aérienne doit prouver que les moyens mis en œuvre sont proportionnés et dans ce cas précis, c'est peu probable.

#### Discrimination fondée sur la religion

L'article 2.8 de la proposition de directive énonce une exception générale à la discrimination directe et indirecte fondée sur la religion, similaire à l'article 2.5 de la directive sur l'emploi 2000/78/CE. De plus, la discrimination indirecte fondée sur la religion peut être justifiée là où les moyens mis en œuvre pour atteindre un objectif légitime sont proportionnés.

Cette exception s'apparente à celles de la Convention européenne des droits de l'homme et des législations nationales de mise en œuvre. La plupart des réponses indiquent que l'exception ne s'applique pas à ces faits, car ils n'impliquent pas la législation nationale et les actions d'un gouvernement national. Ils sont le fait d'une compagnie aérienne suivant la requête d'un gouvernement national, rendant les mesures mises en place difficilement nécessaires.

Toutefois, plusieurs réponses (celles de la Norvège et des Pays-Bas) indiquent que la législation nationale sur l'égalité ne s'appliquerait pas s'il existait un texte national en matière de sécurité publique et que les actions s'y conformaient. Aux Pays-Bas, la législation sur l'égalité ne s'applique pas aux actes de l'administration publique, sauf en matière de travail (mais seulement en cas de discrimination fondée sur la race) et de protection sociale. Cette exception semble plus large que celle de l'article 2.8 et soulève le problème potentiel que les exceptions néerlandaises concernant la fourniture de biens et de services soient plus larges que celles autorisées par les directives sur l'égalité.

Pour ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur la religion, toutes les réponses indiquent qu'il est peu probable que les mesures utilisées soient proportionnées et donc qu'il était probable qu'une discrimination fondée sur la religion pourrait être établie.

#### **Conclusions :**

**La directive sur la race ne formule pas d'exception expresse en matière de discrimination pour cause de sécurité publique, au contraire de l'article 2.8 de la proposition de directive, tant que les mesures prises en droit national sont nécessaires.**

**Cette exception doit être interprétée de manière stricte et s'applique donc peu probablement au cas d'espèce. Les actions de la compagnie aérienne ne semblent pas se conformer aux droits nationaux et il est de toute manière peu probable qu'elles soient considérées comme nécessaires.**

**Pour ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur la race ou la religion, bien que les mesures poursuivent probablement un but légitime de sécurité publique, elles peuvent difficilement être qualifiées de proportionnées et de nécessaires.**

#### **Enseignements tirés:**

**Il convient d'évaluer la conformité avec la directive sur la race des exceptions en droit national en matière d'égalité concernant les actes de l'administration publique dans la fourniture de biens et de services.**

### **5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

Sept des dix réponses envisageant la question de l'injonction de discriminer répondent de manière positive. Il s'agit de l'instruction de la compagnie aérienne à son personnel d'utiliser l'enregistrement manuel pour les personnes portant des noms non scandinaves ou non britanniques.

Seules trois des dix réponses envisageant la question du harcèlement racial ou religieux répondent de manière positive ou affirment qu'il peut être établi. En effet, la plupart des réponses ne concluent pas que la gravité des faits viole la dignité de la personne et crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Notons que la Grande-Bretagne et le Danemark n'envisagent actuellement aucune protection contre le harcèlement fondé sur la religion et les convictions dans la fourniture de biens et de services. Cela montre l'importance de la proposition de directive, apportant une protection renforcée et harmonisée dans ce domaine.

#### **Conclusions :**

**La majorité des réponses indiquent que l'on peut probablement conclure à une injonction de discrimination.**

### **Enseignements tirés:**

**Plusieurs États membres ne disposant pas de protection contre le harcèlement fondé sur la religion ou les convictions en matière de fourniture de biens et de services, il est important de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin d'apporter une protection renforcée et harmonisée contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions.**

### **6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Les sanctions et les réparations varient selon les systèmes juridiques nationaux. Toutefois, il existe plusieurs réparations de base. Il s'agit notamment de la réparation pour vexation, d'une ordonnance d'interdiction de reproduire ce comportement et d'une injonction de publication de la décision (en Belgique et en Hongrie, par exemple).

Comme susmentionné, dans les États membres ne disposant pas actuellement d'une protection contre la discrimination fondée sur la religion dans la fourniture de biens et de services, aucune sanctions ni réparations n'existent.

# Chapitre 2

## Étude de cas sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

### Cas d'espèce

#### Informations générales

Le 1<sup>er</sup> juillet 2005, la législation suédoise sur la procréation assistée a été amendée afin que les couples lesbiens puissent bénéficier de ce type de traitement. En vertu de la nouvelle législation, une femme dans une relation stable (hétérosexuelle ou homosexuelle) peut avoir recours à la procréation assistée (insémination par donneur ou fécondation in vitro) si l'autre personne a donné son consentement écrit. Le couple doit se soumettre à une évaluation psychologique et être considéré à même de devenir parents.

Certains aspects plus spécifiques, tels que la limite d'âge du traitement (la fertilité étant réduite avec l'âge), ainsi que le nombre et le type de traitements disponibles, ne sont pas réglementés par la législation. Ces questions sont tranchées par les entités administratives en charge du traitement médical dans une zone géographique donnée, les Conseils de comté.

Selon les politiques de ces conseils, la procréation assistée est actuellement proposée via six traitements d'insémination par donneur pour chaque couple (ou quatre traitements d'insémination et un in vitro). Si ce traitement aboutit (naissance d'un enfant), un autre cycle de traitements est disponible (appelé cycle de traitements de « fratrie »). Le traitement n'est proposé qu'aux femmes âgées de moins de 40 ans. Pour les couples lesbiens, seule une des femmes peut bénéficier du traitement. Ce traitement est essentiellement gratuit, avec des frais nominaux uniquement.

#### Circonstances de l'affaire

Peu après l'entrée en vigueur de la législation amendée, un couple lesbien (A et B) ont contacté les autorités sanitaires du comté afin de solliciter un traitement de procréation assistée. Selon le couple, elles ont alors été informées, ainsi que lors de leurs contacts suivants avec les autorités sanitaires, de la limite d'âge, mais pas de la politique selon laquelle le traitement n'était disponible que pour l'une d'entre elle.

L'une des femmes (A) étant très proche de la limite d'âge, le couple a décidé qu'elle bénéficierait en premier du traitement. Le couple s'est rendu compte que A atteindrait l'âge de 40 ans avant la fin des six inséminations par donateur et a tenté de transférer le traitement à B.

Après trois inséminations infructueuses, A a atteint 40 ans et le traitement a donc été interrompu. Le couple a alors sollicité un traitement pour B. Cette demande a été refusée par les autorités sanitaires du comté, leur politique limitant le traitement à l'un des membres du couple lesbien.

Le couple a introduit une plainte auprès du médiateur pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, débouchant par la suite sur une action en réparation au bénéfice des plaignantes devant le tribunal de district compétent.

Dans son rapport au tribunal, le médiateur a affirmé que le refus de faire bénéficier B du traitement de procréation assistée constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture de soins de santé.

Pour soutenir sa position, le médiateur argue que le comté avait créé une politique aux effets négatifs (aucune chance de devenir parents) à destination des couples lesbiens uniquement, mais sans effets négatifs pour tous les couples hétérosexuels. De plus, la politique mentionne spécifiquement les couples d'une orientation sexuelle donnée (les femmes vivant en couple lesbien), ce qui est directement discriminatoire. Cette affirmation est réfutée par le Conseil de comté, qui prétend qu'en vertu de la politique les couples lesbiens étaient en fait traités sur un pied d'égalité avec les couples hétérosexuels, la politique n'étant au final pas discriminatoire.

Le médiateur argue également que la politique constitue une discrimination indirecte, les couples lesbiens étant désavantagés par rapport aux couples hétérosexuels. Le médiateur observe que la règle selon laquelle un seul des membres du couple peut bénéficier d'un traitement par insémination de donateur ou par fécondation in vitro n'avait aucun effet négatif pour les couples hétérosexuels, alors que pour les couples lesbiens, cela signifie que le couple ne peut bénéficier d'un traitement pouvant déboucher sur une conception. De plus, en réponse à l'affirmation du Conseil de comté selon laquelle la règle avait un but légitime (à savoir la préservation de ressources médicales), le médiateur insiste sur le fait que les circonstances ne permettent pas au tribunal de décider si le Conseil de comté est tenu d'allouer davantage de ressources à un couple lesbien qu'à un couple hétérosexuel. La question est en revanche de savoir si le refus des autorités sanitaires du comté d'autoriser le couple à « partager » le nombre total d'inséminations par donateur pour tous les couples hétérosexuels ou lesbien (six au total) est discriminatoire.

Dans son jugement du 22 octobre 2008, le tribunal de district a conclu que la décision des autorités sanitaires de refuser le traitement de B était directement discriminatoire et a condamné le Conseil de comté au paiement à B de dommages et intérêts d'un montant de 50 000 SEK (approximativement 5 000 €). Toutefois, le tribunal a écarté l'argument selon lequel A était également victime d'une discrimination. Il a été fait appel de la décision devant la cour d'appel. L'audience était fixée le 30 septembre 2009.

## Questions

Envisagez le cas dans le contexte de votre législation et de votre jurisprudence nationales ou décrivez comment il serait envisagé par l'autorité compétente de votre pays. Veuillez notamment répondre aux questions suivantes :

1. *L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?*

2. *Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?*

*Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.*

*Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.*

3. *Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?*

4. *A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre conjoints de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?*

5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?

Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».

Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.

6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?

7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?

## Législation

### **Proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement des individus sans distinction de religion ou de croyance, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle**

#### *Considérant 17*

Tout en interdisant la discrimination, il est important de respecter les autres libertés et droits fondamentaux, notamment la protection de la vie privée et familiale ainsi que les transactions qui se déroulent dans ce cadre, la liberté de religion et la liberté d'association. Cette directive est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation. Elle est également sans préjudice du caractère laïque de l'État, des institutions et organismes publics ou de l'éducation.

#### *Article 1*

La présente directive instaure un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines que l'emploi et le travail.

#### *Article 2*

1. Aux fins de la présente directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs visés à l'article 1er.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

(a) une discrimination directe est réputée se produire lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> ;

b) une discrimination indirecte est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce

*critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.*

Article 3.2

*Cette directive est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation.*

### **Traité CE**

Article 50

*Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.*

*Les services comprennent notamment :*

- a) des activités de caractère industriel,*
- b) des activités de caractère commercial,*
- c) des activités artisanales,*
- d) les activités des professions libérales.*

Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants.

## **Résumé des conclusions**

L'affaire soulève des questions fondamentales de discrimination et d'éventuelles violations des droits humains en matière de droit de la famille et de droits reproductifs fondées sur l'orientation sexuelle. Ces questions sont controversées : la capacité des États membres à exclure la vie de famille et les droits reproductifs de la portée du droit européen en matière de discrimination ; le degré du droit à la procréation assistée des couples de même sexe ; et si ce droit existe, le degré de fourniture de cette procréation assistée à des conditions différentes que les couples hétérosexuels.

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Bien que dans six des États membres, les faits s'inscrivent dans la législation nationale actuelle de lutte contre la discrimination, dans quatre d'entre eux (l'Autriche, Chypre, le Danemark et la Finlande) et en Norvège, le droit civil n'interdit pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture de services ou de soins de santé. Cela souligne le fait qu'un accord sur la proposition de directive sera essentiel afin d'apporter une protection renforcée et harmonisée face à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

En ce qui concerne les droits à la procréation assistée pour les couples de même sexe, la Belgique semble être le pays le plus avancé. Toutes les femmes âgées de moins de 43 ans, qu'elles soient ou non en couple, peuvent bénéficier d'un traitement, donc dans le cas qui nous occupe, les deux femmes pourraient recevoir six traitements.

En revanche, dans quatre États membres (l'Autriche, la Slovaquie, Chypre et la Hongrie), les couples lesbiens ne peuvent bénéficier d'une procréation assistée en vertu du droit national. Par conséquent, il n'y aurait aucune possibilité d'introduire une plainte pour discrimination en vertu de la législation nationale en matière d'égalité. Cela montre pourquoi on a essayé d'exclure les « droits reproductifs » de la portée de la proposition de directive.

Cela soulève deux questions. Tout d'abord, celle de savoir si le refus de faire bénéficier les couples lesbiens de la procréation assistée viole leurs droits humains, leur droit à la vie de famille et leur droit à la non discrimination en vertu des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon des arguments similaires à ceux de la décision EB contre France<sup>6</sup>. Ce point est envisagé à la question 6.

Deuxièmement, on pourrait arguer qu'afin d'assurer réellement l'égalité des personnes quelle que soit leur orientation sexuelle, les couples lesbiens devraient avoir le droit d'avoir recours à la procréation assistée au même titre que les couples homosexuels, et dans certains cas les femmes célibataires. Cela permettrait également de garantir que les couples de même sexe puissent jouir pleinement de leur droit à la vie de famille. Par conséquent, le Conseil européen devrait envisager de supprimer les dispositions liées à l'état familial et aux droits reproductif de l'exception de l'article 3.2 de la proposition de directive, ou de faire dépendre cet article d'une exigence de non discrimination quelle que soit son fondement.

#### **Enseignements tirés:**

**Plusieurs États membres ne disposant pas de protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière de fourniture de biens et de services et de soins de santé, il est important de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin d'apporter une protection renforcée et harmonisée contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.**

**Des problèmes pourraient survenir dans l'application de la proposition de directive là où l'état familial et les droits à la reproduction ne sont pas protégés quelle que soit l'orientation sexuelle.**

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

**Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.**

Toutes les réponses indiquent que les faits s'inscrivent dans la portée de la proposition de directive (les couples de même sexe ayant dans cette affaire accès à la procréation assistée). Toutefois, il convient de souligner, comme susmentionné, que puisque l'article 2.8 de la proposition de directive est sans préjudice du droit national sur le droit à la reproduction, là où les États membres n'autorisent pas les couples de même sexe à avoir recours à la procréation assistée, la directive ne s'appliquera pas à ce type de faits. Quatre des États membres n'autorisent pas ce type de traitement de procréation assistée.

Les réponses indiquent que l'affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive et ce, pour deux raisons. La première, que la procréation assistée constituerait un service tel que défini par l'article 50 du Traité CE tel qu'interprété par la Cour européenne de justice dans l'affaire Geraets-Smits [2001] C-157/99, arguant qu'un traitement médical est un service même s'il est fourni gratuitement. C'est important dans l'affaire qui nous occupe, puisque seuls des frais nominaux ont été réclamés pour le traitement. La seconde raison est que le

---

<sup>6</sup> Requête n° 43546/02, 28 janvier 2008.

traitement pourrait également être considéré dans le cadre des soins de santé tels qu'envisagés à l'article 3.1 a) de la proposition de directive.

#### **Conclusion :**

**L'affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive, le traitement de procréation assistée constituant soit un service, soit un soin de santé.**

**Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.**

### **3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Dans les cinq pays où il n'existe aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture de biens et de services, ni les organismes de promotion de l'égalité ni les cours et tribunaux ne sont compétents pour connaître d'une plainte pour discrimination. En Finlande, une affaire de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être introduite dans le système pénal. Toutefois, la charge de la preuve étant de niveau pénal, elle serait plus difficile à apporter.

La proposition de directive nécessitera l'établissement d'un organisme de promotion de l'égalité afin d'aider les victimes de telles discriminations et d'apporter une réparation adaptée si cette discrimination est avérée. Il est donc important que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible, afin d'instaurer les organismes de promotion de l'égalité permettant d'apporter l'assistance nécessaire pour les matières couvertes par la directive et que les victimes de discrimination disposent d'un forum leur permettant d'introduire de telles plaintes pour discrimination.

Dans les six pays envisageant ce type d'affaires, la nature et la forme de cette assistance varie selon la structure et les prérogatives de l'organisation. Certaines peuvent apporter des conseils ou jouer le rôle de médiateurs dans tout conflit, ainsi que parvenir dans certains cas à des décisions non contraignantes. La Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement en est un exemple. D'autres organismes peuvent apporter une assistance juridique aux particuliers dans le cadre de plaintes pour discrimination portées devant les cours et tribunaux compétents. Il s'agit notamment du Centre national slovaque pour les droits humains, de la Commission pour l'égalité et les droits humains en Grande-Bretagne et du médiateur suédois en charge de l'égalité.

En ce qui concerne les plaintes pour discrimination, les cours et tribunaux compétents varient selon le système judiciaire du pays.

#### **Enseignements tirés:**

**Plusieurs États membres ne disposant pas de protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière de fourniture de biens et de services, il est important de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin :**

- **qu'un organisme de promotion de l'égalité soit créé pour apporter une assistance aux particuliers pour ce type de plaintes pour discrimination ;**

- que les cours et tribunaux compétents soient désignés afin d'entendre les plaintes pour discrimination et d'apporter le cas échéant des réparations.

#### **4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre conjoints de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

L'affaire soulève des questions épineuses sur la conceptualisation de la nature de la discrimination, la personne compétente pour en juger et les circonstances éventuelles dans lesquelles des personnes peuvent être traitées différemment afin d'éviter toute discrimination.

Un facteur essentiel est de savoir si les couples de même sexe peuvent être envisagés ensemble ou séparément dans la détermination de l'existence d'une discrimination.

##### Discrimination directe

Plusieurs réponses indiquent que si les couples de même sexe sont envisagés comme deux membres d'un couple, il est probable qu'elles aient été traitées sur un pied d'égalité avec les couples hétérosexuels, chaque couple n'ayant droit qu'à six traitements. On peut dès lors conclure à l'absence de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

Cependant, cette approche est discutable, les couples de même sexe et les couples hétérosexuels n'étant pas comparables dans des situations où deux femmes d'un couple de même sexe peuvent (du moins en théorie) avoir des enfants. De plus, la discrimination pourrait être considérée selon la perspective des individus et non des couples.

Si l'on considère A et B individuellement, A a bénéficié de traitements avant l'âge de 40 ans (âge limite), mais ceux-ci n'ont pas abouti. Il est donc peu probable qu'elle ait subi une discrimination directe. Quant à B, elle s'est vu refuser tout traitement en vertu de la politique du conseil selon laquelle seule l'une des femmes d'un couple lesbien pouvait en bénéficier. Sept des réponses indiquent qu'il s'agit là d'une discrimination directe contre B en tant que lesbienne, son traitement moins favorable étant uniquement dû à ce statut.

##### Discrimination indirecte

Si l'on considère A et B comme un couple ou individuellement, 10 des 11 réponses indiquent que même s'il ne s'agit pas d'un cas de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, il s'agit bien de discrimination indirecte. En effet, même si l'on peut prétendre que les pratiques de six traitements sont neutres car appliqués à tous les couples quelle que soit leur orientation sexuelle, les couples lesbiens et les individus s'en trouvent défavorisés, n'ayant pu bénéficier de traitements supplémentaires ou du moins se répartir les traitements (3 chacune).

##### **Conclusions :**

**Sept des onze réponses indiquent qu'il s'agit clairement ou éventuellement d'un cas de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.**

**Dix des onze réponses indiquent qu'il s'agit clairement ou éventuellement d'un cas de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.**

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

**Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».**

**Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.**

Les effets de l'article 3.2 et du considérant 17 de la proposition de directive sont similaires sur certains points, mais vont au-delà du considérant 22 de la directive sur l'emploi, selon lequel la directive est « sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent ». Cette disposition est sujette à interprétation par la Cour européenne de justice dans sa décision Maruko, concernant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi (droit à la pension de survie).

Selon la décision, en vertu du considérant 22 les États membres peuvent déterminer dans leur droit national si les couples de même sexe peuvent jouir des mêmes droits que les couples hétérosexuels. Toutefois, là où le droit national garantit des droits « comparables », les États membres ne peuvent discriminer une personne sur la base de son orientation sexuelle.

À ce sujet, les réponses indiquent que A et B ayant bénéficié de droits à la reproduction et à la procréation assistée comparables, l'article 3.2 et le considérant 17 ne font pas exception au principe de non discrimination.

Pour les réponses concluant à la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, toutes indiquent qu'elle ne peut être justifiée.

Par ailleurs, la discrimination indirecte peut être justifiée là où les moyens mis en œuvre pour atteindre un objectif légitime sont proportionnés. Selon Conseil de comté, la politique à l'égard des couples lesbiens se justifie par la « préservation des ressources médicales ». Le sens de cette justification n'est pas exactement clair, mais il signifie probablement qu'autoriser deux lesbiennes à bénéficier de traitements coûterait plus cher, notamment pour les tests.

Les réponses apportent une série de raisons infirmant cette justification :

- À eux seuls, les inconvénients financiers ne suffisent pas à justifier la discrimination (réponses autrichienne et suédoise)<sup>7</sup>.
- Comme l'indique l'affaire Karner contre Autriche et EB contre France dans le contexte du droit relatif à la discrimination des droits humains, là où l'orientation sexuelle est impliquée, « il faut des raisons particulièrement graves pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle » (Danemark et Grande-Bretagne, Chypre, Belgique).
- la politique n'est pas proportionnée, car elle aurait pu par exemple permettre au couple de partager les six traitements, avec un coût supplémentaire minimal (Grande-Bretagne, Belgique).

Par conséquent, toutes les réponses indiquent que puisque les couples de même sexe jouissaient de droits comparables en matière de procréation assistée, B a indirectement été discriminée par le conseil et la politique n'était pas justifiée.

---

<sup>7</sup> Voir l'affaire Dekker 177/88 sur la discrimination fondée sur la grossesse et l'affaire Kutz-Bauer 187/00.

## **Conclusions :**

**L'effet de l'article 3.2 et du considérant 17 de la proposition de directive est que même si les États membres conservent le droit de choisir de faire jouir les couples de même sexe de droits comparables en matière d'état marital et familial, ainsi que de droits reproductifs, là où ces droits existent les politiques et les pratiques ne peuvent discriminer les individus sur la base de leur orientation sexuelle.**

**Pour les réponses concluant à une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, aucune justification n'est permise.**

**Pour celles concluant à une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, il n'y a aucune justification également. Des raisons particulièrement convaincantes et profondes sont nécessaires pour justifier une différence de traitement. À lui seul, le désavantage financier ne suffit pas.**

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

Toutes les réponses indiquent que puisque la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est directement incorporée dans leur droit national, une plainte pour violation des articles 8 et 14 de la convention pourrait également être introduite par B.

Il n'est pas certain que ces plaintes aboutiraient. Toutefois, au vu de la décision EB c. France relative au droit d'une lesbienne d'adopter un enfant, concluant à une violation des articles 8 et 14, ce type de plainte aurait de fortes chances d'aboutir. Il serait intéressant de soulever la question de la violation de ces articles par le droit national en matière de droit à la reproduction devant la Cour européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne les prérogatives des organismes de promotion de l'égalité, aucun (à l'exception de la Commission en charge de l'égalité et des droits humains en Grande-Bretagne) ne pourrait représenter des particuliers introduisant une plainte pour violation des droits humains, ces organismes ne pouvant agir au nom d'individus quelle que soit la procédure que ce soit et/ou leurs prérogatives se limitant au droit de lutte contre la discrimination.

Quant à la Commission en charge de l'égalité et des droits humains, elle ne pourrait représenter un particulier que si une plainte pour discrimination était également introduite, mais elle pourrait dans ce cas intervenir dans une procédure en violation des droits humains.

Étant donné le chevauchement entre une plainte pour discrimination et en violation des droits humains dans ces types d'affaires, le mandat des organismes de promotion de l'égalité pourrait être étendu afin d'apporter leur assistance en matière de droits humains.

## **Conclusions :**

**Une plainte en violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) pourrait être introduite devant les juridictions nationales, la CEDH ayant été directement incorporée dans l'ensemble des États membres.**

### **Enseignements tirés:**

**La question de la violation, par les lois nationales sur les droits à la reproduction, du droit à la vie privée et à la non discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être soulevée au sein des juridictions nationales ou de la Cour européenne des droits de l'homme.**

**Dans la plupart des États membres, les organismes de promotion de l'égalité n'ont pas le pouvoir d'apporter leur assistance ou d'intervenir dans des plaintes en violation des droits humains.**

**Les organismes de promotion de l'égalité devraient envisager s'ils peuvent connaître de ces affaires. Dans le cas contraire, il devrait être envisagé d'étendre les prérogatives des organismes de promotion de l'égalité, du moins dans les affaires de violation de l'article 14 de la CEDH.**

### **7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

En ce qui concerne les plaintes pour discrimination, les sanctions et les réparations varient selon le système judiciaire du pays. Toutefois, il existe plusieurs réparations de base. Il s'agit notamment de la réparation pour vexation, d'une ordonnance d'interdiction de reproduire ce comportement et une injonction de publication de la décision (comme en Belgique et en Hongrie, par exemple).

Pour les plaintes en violation des droits humains, le recours est généralement une déclaration de violation des droits concernés et une réparation potentielle en cas de violation grave.

Comme susmentionné, dans les États membres ne disposant pas actuellement d'une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture de biens et de services, aucunes sanctions ni réparations n'existent actuellement.

# Chapitre 3

## Étude de cas sur la discrimination fondée sur l'âge

### Cas d'espèce

Le plaignant a sollicité un crédit à tempérament auprès d'un fournisseur de crédit pour l'achat de deux appareils ménagers dans un magasin pour un total de 169 980 HUF (environ 650€). Le plaignant était âgé de 69 ans lorsqu'il a sollicité de crédit, qu'il a obtenu et qu'il est parvenu à rembourser à temps et sans faute.

Trois mois plus tard, le plaignant a atteint 70 ans et a sollicité un autre crédit à tempérament auprès de la même institution financière. Il souhaitait en effet acheter une machine à laver d'un montant de 75 000 HUF (environ 290€). Après avoir complété et soumis tous les documents nécessaires et les avoir envoyés par voie électronique, l'employé de l'institution de crédit a refusé la demande parce que le demandeur était âgé de plus de 70 ans. Le plaignant s'est opposé à la décision sur la base de sa situation financière, apportant les sécurités suffisantes pour rembourser le crédit. Pour justifier son argumentation, le plaignant s'appuie sur le revenu net régulier indiqué dans le formulaire de demande de prêt et sur le fait qu'il avait remboursé en temps et en heure le prêt précédent, d'un montant plus important que le second.

Pour sa défense, l'institution financière a argué que le règlement statutaire relatif aux institutions de crédit (Hpt.) (loi CXII de 1996 sur les institutions de crédit et les entreprises financières) contenait des exigences strictes sur les accords de prêts afin de garantir l'efficacité des opérations bancaires. Selon elle, les personnes âgées ont généralement des revenus bas entraînant un risque trop important pour les institutions proposant ce type de crédit à cette tranche d'âge. L'institution ajoute que l'augmentation récente du nombre de prêts aux personnes âgées faisait courir un risque plus important à l'institution de crédit, justifiant l'exclusion des clients de plus de 70 ans.

L'Autorité en charge de l'égalité de traitement n'a pas accepté cet argument, l'augmentation générale du risque ne pouvant justifier l'exclusion du plaignant. Le représentant de l'institution financière ne réfutait pas le fait que le niveau de revenu mensuel régulier du plaignant dépassait largement le revenu moyen des personnes de cet âge et que la conclusion d'un contrat avec le plaignant n'aurait pas fait courir à l'institution un risque excessif. Aux yeux de l'Autorité en charge de l'égalité de traitement, le contrat financier de l'institution devrait avant tout se focaliser sur la situation financière particulière du client. Il est illégal d'adopter une pratique excluant un client uniquement à cause de son âge, sa situation financière étant suffisante et le risque qu'il représente n'étant pas élevé. Ce type de généralisation ou de stéréotype nuit gravement à la dignité humaine des personnes âgées, en les excluant sans exception d'un service auquel les personnes de moins de 70 ans dans une situation financière similaire ont accès.

Au vu de ce qui précède, l'autorité a conclu à une violation de l'exigence de non discrimination fondée sur l'âge, a enjoint à l'institution de mettre fin à cette conduite illégale, lui a imposé la publication durant 60 jours de la résolution de l'autorité dénonçant la violation de la loi et l'a condamnée au paiement d'une amende de 700 000 HUF (environ 2 500€).

### Questions

Envisagez le cas dans le contexte de votre législation et de votre jurisprudence nationale ou décrivez comment il serait envisagé par l'autorité compétente de votre pays. Veuillez notamment répondre aux questions suivantes :

1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?

2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?

Pour les questions 3 à 6 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.

3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?

4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?

5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?

Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?

Qu'en est-il de la mention de l'absence de « données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes » sur lesquelles l'institution financière peut s'appuyer, en vertu de l'article 2.7 ?

6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?

## Législation

**Proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement des individus sans distinction de religion ou de croyance, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle**

Considérant 15

Des facteurs actuariels et des facteurs de risque liés au handicap et à l'âge sont utilisés dans le cadre des services d'assurance, de banque et d'autres services financiers. Ces facteurs ne devraient pas être considérés comme des discriminations lorsqu'ils s'avèrent déterminants pour l'évaluation du risque.

Article 1

La présente directive instaure un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines que l'emploi et le travail.

Article 2

1. Aux fins de la présente directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

(a) une discrimination directe est réputée se produire lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er ;

b) une discrimination indirecte est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

(...)

7. Nonobstant le paragraphe 2, en ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes.

## Résumé des conclusions

Ce cas soulève plusieurs questions importantes. Tout d'abord, l'étendue de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens et de services dans les États membres, et donc le degré d'impact de la proposition de directive.

Ensuite, les faits eux-mêmes soulèvent la question de l'étendue réelle et éventuelle de l'autorisation de la discrimination fondée sur l'âge dans l'industrie des services financiers tels que l'assurance ou le crédit afin de garantir que les coûts et les risques de ces services soient limités. En particulier, cela implique une analyse de l'étendue de l'utilisation obligatoire ou éventuelle des données statistiques pour justifier une discrimination directe fondée sur l'âge des personnes âgées. On constate à ce propos une tension entre le droit des personnes à ne pas être discriminées en raison de leur âge et l'objectif légitime des organismes financiers de garantir la viabilité financière de leurs services. Afin d'équilibrer ces deux éléments, le facteur essentiel est la proportionnalité des actions des organismes financiers.

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Soulignons que seuls trois (la Belgique, la Hongrie et la Slovaquie) des onze pays disposent actuellement d'une législation de lutte contre la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens et de services.

En Grande-Bretagne, il n'existe actuellement aucune protection contre une telle discrimination, mais un nouveau projet de loi sur l'égalité est examiné par le parlement, réformant le droit de l'égalité et apportant une protection contre la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens, de facilités et de services. Cette loi ne devrait pas entrer en vigueur avant octobre 2010 et quoi qu'il arrive, les réglementations liées à la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens, de facilités et de services n'entreront pas en vigueur avant 2012. Quant à la Finlande, bien que le droit civil n'envisage pas ce type de discrimination, une action pénale pourrait être intentée en vertu du code pénal. Cependant, la charge de la preuve pénale étant plus lourde, il serait beaucoup plus difficile d'apporter la preuve de la discrimination.

La proposition de directive apportant une protection contre la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens et de services (notamment financiers), le Conseil européen doit dès que possible parvenir à un accord sur la proposition de directive.

## **Conclusions :**

Seuls trois des onze pays disposant actuellement d'une protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière de fourniture de biens et de services, il est important de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin d'apporter une protection renforcée et harmonisée contre ce type de discrimination.

## **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Les onze réponses concluent que les faits s'inscrivent dans la portée de la proposition de directive, le crédit sollicité constituant un service proposé au public au sens de l'article 3 et la directive apportant une protection contre la discrimination fondée sur l'âge en vertu de son article 1<sup>er</sup>.

## **Conclusion :**

**L'affaire s'inscrit clairement dans la portée de la proposition de directive.**

**Pour les questions 3 à 6 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.**

## **3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Dans les huit pays où il n'existe aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens et de services, ni les organismes de promotion de l'égalité ni les cours et tribunaux ne sont compétents pour connaître d'une plainte pour discrimination.

La proposition de directive nécessitera l'établissement d'un organisme de promotion de l'égalité afin d'aider les victimes de telles discriminations et d'apporter une réparation adaptée si cette discrimination est avérée. Il est donc important que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible, afin d'instaurer les organismes de promotion de l'égalité permettant d'apporter l'assistance nécessaire pour les matières couvertes par la directive et que les victimes de discrimination disposent d'un forum leur permettant d'introduire de telles plaintes pour discrimination.

Dans les trois pays envisageant ce type d'affaires, la nature et la forme de cette assistance varie selon la structure et les prérogatives de l'organisation. Certaines peuvent apporter des conseils ou jouer le rôle de médiateurs dans tout conflit, ainsi que parvenir dans certains cas à des décisions non contraignantes. D'autres organismes peuvent apporter une assistance juridique aux particuliers dans le cadre de plaintes pour discrimination portées devant les cours et tribunaux compétents.

En ce qui concerne les plaintes pour discrimination, les cours et tribunaux compétents varient selon le système judiciaire du pays. En Finlande, toute action pénale serait introduite devant un tribunal de district. Cependant, notons qu'au niveau pénal, la discrimination devrait être prouvée au-delà de tout doute raisonnable, ce qui est bien plus difficile.

Plusieurs réponses (Danemark, Belgique) indiquent qu'une plainte pourrait être introduite auprès de l'autorité des services bancaires réglementant la conduite de ces services.

Cependant, les décisions de ces autorités ne sont pas contraignantes et ne permettraient pas au plaignant d'obtenir réparation au même titre que devant une cour ou un tribunal.

#### **Enseignements tirés:**

**Plusieurs États membres ne disposant pas de protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière de fourniture de biens et de services, il est important de s'assurer que la proposition de directive soit adoptée le plus rapidement possible afin :**

- **qu'un organisme de promotion de l'égalité soit créé pour apporter une assistance aux particuliers pour ce type de plaintes pour discrimination ;**
- **que les cours et tribunaux compétents soient désignés afin d'entendre les plaintes pour discrimination et d'apporter le cas échéant réparation.**

#### **4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

Toutes les réponses concluent à la discrimination directe fondée sur l'âge dans la décision de la banque de refuser le crédit sous prétexte que la personne était âgée de 70 ans. Il ne s'agit pas d'une discrimination indirecte, le critère de l'âge de plus de 70 ans n'étant pas neutre.

Plusieurs réponses (Belgique et Pays-Bas) soulignent également le fait que même si d'autres raisons venaient s'ajouter à l'âge, si ce dernier en fait partie, le traitement défavorable est suffisant pour établir la discrimination fondée sur l'âge.

#### **Conclusion :**

**Les faits permettent de conclure à une discrimination directe fondée sur l'âge, même si d'autres raisons justifient le traitement défavorable.**

#### **5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

**Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?**

**Qu'en est-il de la mention de l'absence de « données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes » sur lesquelles l'institution financière peut s'appuyer, en vertu de l'article 2.7 ?**

Toutes les réponses soulignent qu'à la différence des autres types de discrimination tels que la race et l'orientation sexuelle dans les autres cas du rapport, la discrimination directe fondée sur l'âge peut être justifiée, comme l'envisage la proposition de directive.

Deux dispositions portent sur la justification de la discrimination directe fondée sur l'âge. Tout d'abord, l'article 2.6 de la proposition de directive envisage une exception générale de

justification de la discrimination directe fondée sur l'âge là où les moyens mis en œuvre pour atteindre un objectif légitime sont proportionnés.

Ensuite, en vertu de l'article 2.7, en particulier en matière de fourniture de services financiers, les États membres peuvent « être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes ».

Toutes les réponses indiquent que l'objectif de la banque de réduire le niveau de risque de l'institution et de garantir le respect des exigences de la législation en vigueur réglementant les institutions de crédit est légitime. Toutefois, toutes les réponses soulignent également que les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif ne sont pas proportionnés, appropriés ou nécessaires, la banque ayant donc illégalement discriminé la personne.

Plusieurs raisons ont été avancées pour justifier le caractère disproportionné des mesures prises par la banque :

- En ce qui concerne l'article 2.7, il n'est pas suffisamment prouvé que l'âge est un facteur clé de l'évaluation des risques.
- Aucune données actuarielles ou statistiques ne justifient le fait que l'âge est un facteur clé d'évaluation du risque.
- Aucune alternative telle qu'une garantie de tiers pour le remboursement du crédit ou toute autre mesure n'a été envisagée.
- En matière de crédit, l'âge constitue un risque moindre que pour d'autres services financiers tels que l'assurance-vie.

De plus, même si une telle preuve existait, les réponses indiquent qu'elle ne suffirait pas à justifier la discrimination, les circonstances individuelles de la personne devant être évaluées afin d'éviter toute généralisation et stéréotype. Il est établi que la personne :

- Avait auparavant acheté à crédit des appareils ménagers pour un montant de 650€ à l'âge de 69 ans et avait remboursé l'argent à temps et sans faute.
- Avait un revenu régulier.
- Avait sollicité un second crédit de 290€ à l'âge de 70 ans, d'un montant bien moins important et peu susceptible de représenter un risque substantiel.

Mentionnons que l'article 2.7 ne se justifie pas par la seule raison que les personnes d'un âge donné représentent généralement un risque plus grand. Les circonstances individuelles d'une personne doivent toujours être prises en compte.

La réponse du Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme souligne également les difficultés soulevées par la rédaction actuelle de l'article 2.7. Tout d'abord, il ne spécifie pas les secteurs auxquels il s'applique, générant des incertitudes. Ensuite, à la différence de la directive relative aux genres en matière de biens et de services, la proposition de directive dispose que les données actuarielles ou statistiques soient publiées. Le Comité économique et social européen, dans son examen de la proposition de directive, a recommandé la modification de la disposition et la publication d'un examen périodique des données afin de garantir que la discrimination fondée sur l'âge soit toujours justifiée.

#### **Conclusions :**

**La discrimination directe ne se justifie pas, même si elle poursuit un objectif légitime. Celui-ci n'est pas proportionné car il ne s'appuie pas sur des données actuarielles ou statistiques. Par ailleurs, quoi qu'il en soit, l'institution financière n'a pas envisagé les circonstances individuelles de la personne.**

### **Enseignements tirés:**

**L'article 2.7 ne doit pas être soumis à interprétation afin de justifier une discrimination directe fondée sur l'âge uniquement sur la base des données indiquant que des tranches d'âge particulières représentent un risque plus grand. Les circonstances individuelles d'une personne doivent toujours être prises en compte. Si la proposition de directive est adoptée, cette question mérite d'être soumise à décision préliminaire de la Cour européenne de justice.**

### **6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En ce qui concerne les plaintes pour discrimination, les sanctions et les réparations varient selon le système judiciaire du pays. Il s'agit notamment de la réparation pour vexation, d'une ordonnance d'interdiction de reproduire ce comportement et d'une injonction de publication de la décision (en Belgique et en Hongrie, par exemple).

Comme susmentionné, dans les États membres ne disposant pas actuellement d'une protection contre la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens et de services, aucunes sanctions ni réparation n'existent.

## Annexe 1

# Réponses des pays à l'étude de cas sur la discrimination fondée sur la race

## Autriche

*Réponses fournies par le médiateur pour l'égalité de traitement*

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

***Veillez envisager l'effet éventuel de l'article 3.2 de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, disposant « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers (...) sur le territoire des États membres (...) ».***

L'Autriche est un État fédéral où, selon le sujet et la localité, l'autorité législative est détenue par l'État fédéral ou les Länder. En général, le droit fédéral en matière d'égalité de traitement ne s'applique pas dans les matières du ressort de l'un des neuf Länder. Les Länder ont bien entendu la même obligation que l'État fédéral de mettre en œuvre les directives en vigueur dans leur zone de compétence.

Au niveau fédéral, l'Autriche s'est contentée de mettre en œuvre les directives déjà existantes (2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE). Cependant, certains Länder ont été plus loin, en interdisant tout type de discrimination au sens de l'article 13 du Traité CE dans tous les domaines mentionnés dans la directive 2000/43/CE.

En vertu de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Länder, ce cas s'inscrit dans la portée de la législation fédérale sur l'égalité de traitement. La loi fédérale sur l'égalité de traitement prohibe en effet toute discrimination fondée sur l'origine ethnique dans l'emploi et les professions ainsi qu'en matière de biens et de services (selon la mise en œuvre des directives 2000/78/CE et 2000/43/CE).

La compagnie aérienne XYZ propose des services de transport de particuliers d'un lieu à l'autre. L'enregistrement fait partie de ce service. La discrimination fondée sur l'origine ethnique en matière d'accès ou de fourniture de services est couverte par la loi sur l'égalité de traitement.

L'Autriche s'est cependant contentée de mettre en œuvre les directives déjà existantes. Par conséquent, la loi sur l'égalité de traitement en matière de biens et de services n'interdit que la discrimination fondée sur l'origine ethnique et le sexe, mais pas sur la religion.

À l'heure actuelle, des négociations sont en cours en Autriche pour amender la loi sur l'égalité de traitement, pour entre autres y intégrer une disposition sur l'égalité de traitement fondée sur la religion en matière de biens et de services.

La proposition de directive envisage une disposition sur l'égalité de traitement fondée sur la religion en matière de biens et de services. Les services proposés par les compagnies aériennes, tels que l'enregistrement, doivent être considérés au sens de l'article 50 du Traité CE. Si le nom du plaignant avait une consonance musulmane, par exemple, on pourrait également conclure à une discrimination fondée sur la religion.

## **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Le médiateur pour l'égalité de traitement est compétent en matière de discrimination fondée sur la race pour apporter des conseils, un soutien et de l'information, ainsi que pour intervenir, négocier, essayer de parvenir à un accord à l'amiable ou à toute autre solution judiciaire. Le médiateur peut également présenter l'affaire devant la Commission sur l'égalité de traitement, mais ne peut introduire une action en justice.

La Commission sur l'égalité de traitement tranche, en matière de discrimination fondée sur la race, les violations de la loi sur l'égalité de traitement dans des procédures gratuites après avoir entendu les deux parties individuellement. La victime présumée peut soumettre l'affaire seule ou via le médiateur pour l'égalité de traitement ou d'autres représentants (tels que les ONG). La Commission pour l'égalité de traitement n'est pas compétente pour les actions en réparation. Elle se contente de prendre une décision non contraignante sur la violation de l'interdiction de discriminer et de formuler des recommandations sur l'application du droit à l'égalité.

Les juridictions civiles sont compétentes pour rendre un jugement contraignant et pour obtenir réparation en cas de violation de la loi sur l'égalité de traitement.

Pour l'instant, ni le médiateur pour l'égalité de traitement ni la Commission pour l'égalité de traitement ne sont en charge de la discrimination fondée sur la religion en matière de biens et de services. Si la proposition de directive entrait en vigueur et était transposée dans le droit autrichien, les organisations compétentes pour la discrimination fondée sur la religion seraient probablement le médiateur pour l'égalité de traitement et la Commission pour l'égalité de traitement, avec les mêmes compétences que celle décrites plus haut.

## **3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

Trois principales raisons semblent justifier le renvoi du plaignant à l'enregistrement manuel, mais la décision finale se base sur une évaluation globale. Le fait que le nom du plaignant soit directement et avant tout mentionné comme un facteur dans la décision de renvoyer un client à l'enregistrement manuel, ainsi que la prise en compte et la mention à autrui que le plaignant parle couramment le tula, semblent indiquer une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique.

Dans la loi sur l'égalité de traitement, le terme « appartenance ethnique » est utilisé. Les remarques explicatives mentionnent que ce terme couvre des critères tels que l'origine, la couleur de la peau, la religion, la langue, la culture, la morale, etc. De manière plus générale, on peut affirmer que la loi sur l'égalité de traitement concerne des personnes considérées comme étrangères par rapport à la majorité régionale.

La raison pour laquelle le plaignant a été orienté vers l'enregistrement manuel semble étroitement liée au fait qu'il se démarque de la majorité, en particulier à cause de son nom. De plus, le fait que le plaignant parle couramment le tula a fait une grande différence pour la compagnie aérienne. Les critères liés au nom et à la langue sont directement liés à l'origine ethnique du plaignant. Il semble dès lors que le plaignant ait été traité de manière défavorable à cause de son origine ethnique par rapport à quelqu'un portant un nom scandinave ou britannique courant, la compagnie aérienne concluant probablement dès le départ qu'il ou elle

parlait couramment le tula. On peut donc conclure à une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique.

À la lecture de la description des faits, on peut aisément imaginer que les attentats du 11 septembre et de juillet 2005 à Londres aient eu un impact sur la politique des compagnies aériennes. Ces incidents semblent avoir généré des idées reçues et un sentiment de peur à l'encontre des étrangers et en particulier des musulmans (voir le rapport de l'EUMC de novembre 2005 sur l'impact des attentats du 7 juillet 2005 à Londres sur les communautés musulmanes de l'UE).

Si le nom du plaignant dans ce cas précis avait laissé supposer qu'il était musulman et qu'il avait été renvoyé à l'enregistrement manuel (entre autres) pour cette raison, on pourrait également conclure à une discrimination fondée sur la religion au sens de la proposition de directive. Le cas ne semble pas indiquer directement que le plaignant a été discriminé à cause de sa religion par rapport à tout autre passager de confession différente. Mais le nom pourrait être considéré comme un indice pour la discrimination indirecte fondée sur la religion.

Dans ce cas, on pourrait également qualifier cette pratique de profilage racial. La loi autrichienne sur l'égalité de traitement ne contient pas explicitement de disposition concernant le profilage racial et ne propose donc aucune définition de ce phénomène.

En vertu de la recommandation 11 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (CERI) de juin 2007 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, le profilage racial est défini comme suit : « L'utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation »

L'initiative Open Society Justice affirme, dans sa publication de 2006 intitulée « *Addressing ethnic profiling by police* » (Face au profilage ethnique par la police), que le terme profilage ethnique concerne la race, l'ethnie, la religion ou l'origine nationale plutôt que des comportements individuels dans les décisions de police concernant l'implication d'individus dans des activités délictueuses. C'est souvent à travers les choix qu'opèrent les policiers lorsqu'ils décident qui ils vont arrêter dans la rue, pour des contrôles d'identité, des interrogatoires, des fouilles, et parfois des gardes à vue, que cette pratique est la plus manifeste.

Dans sa fiche d'information 40 de juin 2009, le Réseau européen contre le racisme (ENAR) définit le profilage ethnique comme « l'utilisation par les services de police, de sécurité, de l'immigration ou des douanes, de généralisations fondées sur la race, l'ethnicité, la religion ou l'origine nationale, plutôt que d'éléments liés au comportement individuel ou d'indices objectifs, pour servir de base aux soupçons sur lesquels on engage des actions discrétionnaires de maintien de l'ordre. C'est souvent à travers les choix qu'opèrent les policiers lorsqu'ils décident qui ils vont arrêter dans la rue, pour des contrôles d'identité, des interrogatoires, des fouilles, et parfois des gardes à vue, que cette pratique est la plus manifeste. Le profilage ethnique peut également être utilisé pour « forer » des données ou conduire des recherches automatisées dans les bases informatiques, dans le but de repérer des suspects potentiels de terrorisme ou pour cibler les politiques de surveillance des milieux susceptibles de radicalisation. »

Bien qu'il n'existe pas de définition ni de disposition unique sur le profilage ethnique, cette pratique semble être étroitement liée à la police et autres forces de l'ordre. Dans le cas qui nous occupe, le personnel d'une entreprise privée a joué le rôle d'une autorité publique. N'est-ce pas suffisant pour utiliser le terme profilage ethnique dans ce cas précis ?

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

***Veillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.***

Ni la directive ni la loi sur l'égalité de traitement n'envisagent de justification objective en matière de discrimination directe fondée sur l'origine ethnique ou la race.

Mais l'article 3.2 de la directive, ainsi que la section 31.2 de la loi autrichienne sur l'égalité de traitement formulent une exception à la disposition générale sur l'égalité de traitement. Les remarques explicatives de la loi autrichienne sur l'égalité de traitement affirment qu'une différence de traitement fondée sur la nationalité ne peut être interdite si elle se justifie objectivement et ne répond pas à une approche raciste. De plus, les commentaires mentionnent que l'objectif de cette exception peut être de limiter l'entrée sur le territoire, notamment via le droit des étrangers et en matière d'emploi de ressortissants étrangers.

En gardant à l'esprit que les exceptions doivent être interprétées de manière stricte et en tenant compte de l'objectif mentionné à l'article 3.2 de la directive, il semble qu'aucune exception ne s'applique dans le cas qui nous occupe, lequel s'inscrit donc dans la portée de la directive et de la loi sur l'égalité de traitement.

La proposition de directive autorise des mesures générales en droit national, notamment nécessaires au maintien de la sécurité publique et à la prévention des infractions pénales (art. 2.8). Dans ce cas, il convient de savoir si une entreprise privée (la compagnie aérienne XYZ) pourrait s'en prévaloir. Cette disposition ne semble concerner que les autorités publiques. Bien que la compagnie aérienne ait agi en qualité d'autorité publique, elle ne pourra pas invoquer l'article 2.8 de la proposition de directive pour justifier ses pratiques.

***5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?***

Le gouvernement britannique a enjoint à la compagnie aérienne de soumettre les voyageurs se rendant au R-U à des contrôles de sécurité renforcés. On ne peut conclure à une discrimination fondée sur l'origine ethnique ou la race dans cette demande, tous les passagers désireux de se rendre au R-U devant subir des contrôles plus rigoureux. De plus, la relation entre la compagnie aérienne et le gouvernement britannique ne semble pas assez proche pour constituer une injonction de discriminer au sens de la directive et de la loi sur l'égalité de traitement.

Le cas d'espèce semble indiquer que la direction de la compagnie aérienne a donné instruction à son personnel de renvoyer certains passagers à l'enregistrement manuel. Cela peut être considéré comme une injonction de discriminer en vertu tant de la loi sur l'égalité de traitement que de la proposition de directive.

Le résumé des faits ne mentionne pas de conduite indésirable à travers des commentaires verbaux ou écrits, des gestes ou un comportement assez grave pour constituer un environnement offensant. On ne peut donc pas conclure à un harcèlement racial ou religieux au sens de la loi sur l'égalité de traitement.

***6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?***

Les sanctions seraient des dommages et intérêts (immatériels et matériels).

# Belgique

## *Réponses du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*

Remarques préliminaires concernant la législation belge en matière de lutte contre la discrimination.

La Belgique est un État fédéral où, selon le sujet et la localité, l'autorité législative est détenue par l'État fédéral, les communautés (3) ou les régions (3). En général, le droit fédéral en matière de lutte contre la discrimination ne s'applique pas dans les matières du ressort des communautés ou des régions. Cela dit, ces dernières ont bien entendu les mêmes obligations que l'État fédéral de mettre en œuvre le droit européen en vigueur dans leur zone de compétence.

Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR) est une institution publique fédérale indépendante. En vertu de la loi du 15 février 1993 portant création du CECLR, sa mission est de promouvoir l'égalité des chances et de lutter contre toutes les formes de distinction, d'exclusion, de restriction ou de préférence couvertes par les lois de lutte contre le racisme et la discrimination (à l'exception de la langue). Afin de remplir sa mission, le CECLR jouit d'un mandat juridique large, comprenant notamment l'émission d'avis et de recommandations sur les politiques, l'information des particuliers sur leurs droits et leurs obligations, l'introduction et le traitement des plaintes pour discrimination, la médiation et les poursuites dans le cadre des lois fédérales de lutte contre le racisme et la discrimination.

En 2007, le parlement fédéral belge a adopté trois nouvelles lois afin d'harmoniser la législation existante en matière de lutte contre la discrimination et d'améliorer la mise en œuvre des directives CE au niveau fédéral :

- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination

Cette loi remplace celle du 25 février 2003 et (r)ajoute les types de discrimination suivants à ceux couverts par la directive 2000/78/CE (conviction religieuses ou philosophiques, handicap, âge et orientation sexuelle) : l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel et futur, une caractéristique physique ou génétique et l'origine sociale. Le mandat légal du CECLR couvre toutes ces formes de discrimination, à l'exception de la langue.

- Loi du 10 mai 2007 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie

Cette loi modifie celle du 30 juillet 1981 et élargit la mise en œuvre de la directive 2000/43/CE en couvrant non seulement l'origine raciale et ethnique, mais également la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale et, en outre, la nationalité. Le mandat légal du CECLR couvre toutes ces formes de discrimination.

- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes

La loi remplace celle du 7 mai 1999. Notons que la question de la discrimination de genre est exclue du mandat légal du CECLR et est de la compétence exclusive de l'Institut belge pour l'égalité des femmes et des hommes.

La portée de la législation, identique pour les trois lois, est plus large que celle envisagée par les directives CE, et comprend les domaines suivants : l'accès et la fourniture de biens et de services accessibles au public ; la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; l'emploi, y compris l'accès à l'emploi, les conditions de travail, le licenciement ; l'affiliation et la participation aux syndicats et aux organisations professionnelles ; les déclarations officielles et les procès-verbaux ; et l'accès et la participation à des activités économiques, sociales, culturelles et politiques accessibles au public.

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

***Veillez envisager l'effet éventuel de l'article 3.2 de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, disposant « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers (...) sur le territoire des États membres (...) ».***

a. Directive sur la race et droit national en matière de discrimination raciale / race

La « pratique de profilage » de XYZ s'inscrit dans la portée des biens et des services accessibles au public au sens de la directive 2000/43/CE (article 3) et de notre législation fédérale de lutte contre le racisme (article 5).

Bien que l'article 3.2 de la directive 2000/43 dispose que « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers (...) sur le territoire des États membres », cette exception ne s'applique pas, l'article faisant référence à la nationalité et le profilage de la compagnie aérienne s'appuyant sur l'origine du nom quelle que soit la nationalité du passager.

b. Proposition de directive (biens et services) / religion

Le cas d'espèce s'inscrit dans la portée de la proposition de directive (article 3) et de notre loi de lutte contre la discrimination (article 5), qui couvre la discrimination fondée sur la religion.

Les définitions de la discrimination directe et indirecte en droit belge en matière de lutte contre la discrimination correspondent à celles de la proposition de directive.

c. Autres législations / profilage ethnique

La pratique de la compagnie aérienne XYZ s'appuie sur l'origine du nom pour des raisons de sécurité. Cette pratique s'apparente à du profilage ethnique, car elle est fondée sur les stéréotypes ethniques, raciaux ou religieux.

Le profilage ethnique est une forme de discrimination car il enfreint les droits humains de base, notamment en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme et du Traité sur l'Union européenne.

Toutefois, le profilage ethnique est souvent utilisé par la police et les autorités. On observe des similitudes entre la pratique de XYZ et le profilage ethnique utilisé par les forces de police.

Toutefois, le CECLR tient à souligner que toutes les pratiques de profilage ne sont pas illégales. Par exemple, si la compagnie aérienne XYZ disposait d'une description physique concrète d'un terroriste, à laquelle le plaignant correspondait, il n'y aurait pas profilage ethnique. Mais dans le cas d'espèce, rien n'indique que le plaignant représentait une menace pour la sécurité.

## **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

### - Juridictions pénales

Le plaignant peut introduire une action judiciaire devant les juridictions pénales en vertu de la loi de lutte contre le racisme. Mais le droit pénal implique une intention explicite de discriminer pour des raisons de race ou d'origine. La charge de la preuve pèse sur le plaignant. La meilleure approche serait donc une action civile. (art. 24 de la loi de lutte contre le racisme)

Par contre, si nous envisageons la pratique de la compagnie aérienne comme une discrimination fondée sur la religion, aucune action pénale n'est possible en vertu de la loi de lutte contre la discrimination en matière de biens et de services.

### - Juridictions civiles

La législation confère aux juridictions civiles la compétence en matière de discrimination (art. 17 de la loi de lutte contre le racisme et art. 20 de la loi de lutte contre la discrimination).

### - Notre Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme – le CECLR (organisme spécialisé de promotion de l'égalité en Belgique)

Le CECLR peut apporter une assistance juridique au plaignant en ce qui concerne ses droits en vertu de la législation de lutte contre le racisme et la discrimination. Il peut proposer une médiation entre le plaignant et la compagnie aérienne XYZ. Il appartient alors aux parties de parvenir à un accord. Le CECLR peut également proposer une recommandation à la compagnie aérienne XYZ mais elle n'est pas contraignante. Le CECLR peut agir en justice contre la compagnie aérienne XYZ en application des lois sur l'égalité, si les autres actions échouent.

Notre approche serait d'entamer une médiation avec la compagnie aérienne et le plaignant afin d'allier sécurité légitime et respect de l'égalité. Le CECLR proposerait des recommandations générales à toutes les compagnies aériennes.

### - Le Centre européen des consommateurs (médiateur)

Situé à Bruxelles, il a été établi par la Commission européenne afin d'assister le consommateur européen en cas de conflits transfrontaliers de consommation et de faire le lien entre le consommateur et les organismes de résolution alternative des conflits.

## **3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou autre (dans votre droit national) ?**

### Discrimination fondée sur la race

La discrimination directe et indirecte telle qu'envisagée par la législation belge de lutte contre le racisme correspond à la directive 2000/43. Ces concepts s'appliquent aux conditions suivantes :

Pratique « ethnique » ou neutre : La « pratique de profilage des réservations » de XYZ consiste à renvoyer certains passagers à l'enregistrement manuel. Cette pratique s'appuie sur une série de critères.

Il semble que parmi ces pratiques, l'origine non britannique et non scandinave du nom détermine réellement la « pratique de profilage des réservations » de la compagnie aérienne. Ainsi, la « pratique de la carte de crédit » ne s'applique pas au profilage de la réservation, la compagnie ayant spécifié que tous les passagers se rendant en Grande-Bretagne ayant payé leur billet avec une carte de crédit appartenant à autrui ne sont pas renvoyés à l'enregistrement manuel.

La « pratique de la langue » confirme que la « pratique de profilage des réservations » cible les passagers non britanniques ou scandinaves, car elle permet de déterminer le niveau d'intégration.

Le cas d'espèce pourrait être qualifié de discrimination directe, le critère problématique utilisé par la compagnie aérienne au sens de la directive européenne et de notre législation nationale étant explicitement l'origine non scandinave ou britannique du nom, dans ce cas à consonance arabe/moyen-orientale.

Une distinction directement basée sur une prétendue race, couleur de peau ou origine ethnique ne peut jamais se justifier en dehors du cadre de l'emploi. Il pourrait donc s'agir d'une discrimination directe.

Cette affaire pourrait être considérée comme une discrimination indirecte (à l'exception de la justification), car il n'y a pas toujours de corrélation entre l'origine du nom et l'ethnie, par exemple en cas d'adoption, de mariage mixte, etc. Mais il demeure difficile d'envisager l'origine du nom comme un critère neutre.

Une discrimination raciale indirecte n'est pas autorisée, sauf si elle peut objectivement être justifiée par un objectif légitime et des moyens appropriés et nécessaires. (voir réponse 4)

#### Discrimination fondée sur la religion

Notre droit national prohibe toute discrimination fondée sur la religion (article 5) aux conditions suivantes :

Caractère religieux ou pratique neutre : La pratique de XYZ ne fait pas directement référence à la religion musulmane ou autre. Il faudrait s'y pencher plus avant afin de recueillir des preuves permettant de qualifier le cas d'espèce comme une discrimination directe fondée sur la religion.

Toutefois, l'origine du nom peut donner une indication sur l'origine et dans certains cas la religion d'une personne. Le nom d'origine arabe/moyen-orientale du plaignant peut permettre d'identifier son origine arabe et sa religion, la plupart des Arabes étant musulmans.

Par ailleurs, il convient de tenir compte que les mesures antiterroristes affectent particulièrement les musulmans, à cause des stéréotypes les associant au terrorisme dans les pays occidentaux (attentats en Grande-Bretagne, aux États-Unis et en Espagne).

On pourrait donc conclure à une discrimination indirecte fondée sur la religion musulmane, à moins que celle-ci ne puisse être justifiée (voir réponse 4). Toutefois, cette interprétation pourrait ne pas aller dans le sens de la jurisprudence belge.

#### Discriminations multiples

La « pratique de l'origine du nom » peut être considérée comme une discrimination multiple, dans ce cas l'origine ethnique et la religion musulmane sur la base du nom d'origine arabe. Lorsque le CECLR est confronté à des discriminations multiples, il opte pour la forme de discrimination présentant le niveau le plus élevé de protection, dans ce cas l'origine.

#### Profilage ethnique

Il s'agit bien de profilage ethnique, la pratique de la compagnie aérienne XYZ se fondant sur des généralisations sur des convictions religieuses supposées, sur l'origine nationale ou sur l'ethnie du passager, quel que soit le comportement de la personne ou les preuves objectives.

Cependant, notre législation nationale n'envisage pas explicitement le profilage ethnique, mais celui-ci peut être inclus dans le concept de discrimination directe fondée sur l'origine ou la religion.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

***Veuillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.***

Les mesures de sécurité à l'aéroport reflètent le climat de peur conséquent aux attentats du 11 septembre, à ceux du 7 juillet à Londres ou encore à ceux de Madrid.

Certaines mesures antiterroristes utilisées de manière préventive se fondent sur des stéréotypes associant les musulmans ou les immigrants au terrorisme.

La discussion porte donc sur le conflit entre sécurité et égalité raciale ou religieuse.

En vertu de la législation de lutte contre le racisme, une distinction directement basée sur une prétendue race, couleur de peau ou origine ethnique ne peut jamais se justifier en dehors du cadre de l'emploi.

Dans le cas d'espèce, la question de la justification concerne donc non seulement la discrimination « religieuse », mais également la discrimination raciale indirecte.

La proposition de directive contient des dispositions autorisant la discrimination si les mesures sont nécessaires à la sécurité publique, telles qu'une législation antiterroriste.

Cependant, cette mesure doit être objectivement justifiée (proportionnalité) afin de déterminer si une distinction (différence de traitement) se justifie objectivement et raisonnablement. Cette justification objective s'inspire de la jurisprudence de notre Cour d'arbitrage et de la Cour européenne de Luxembourg.

La « pratique de profilage des réservations » doit satisfaire à la justification de l'objectif suivante (proportionnalité) :

a. Objectif légitime :

La pratique de la compagnie aérienne XYZ se justifie par des raisons de sécurité. La compagnie utilise « plusieurs critères ne pouvant être révélés en détail pour des raisons de sécurité, ces critères étant également appliqués à la prévention des infractions. (...) Le gouvernement britannique a enjoint à la compagnie aérienne de soumettre les voyageurs se rendant au R-U à des contrôles de sécurité renforcés. » La raison de sécurité est valide. Par ailleurs, il serait difficile d'obtenir davantage d'informations sur la justification, la compagnie pouvant refuser d'obtempérer pour des raisons de sécurité.

b. Des moyens adaptés et nécessaires :

Pour le CECLR, cette pratique controversée ne permet pas efficacement d'atteindre l'objectif de sécurité : « En termes de protection des citoyens européens contre le terrorisme, non seulement l'efficacité du profilage ethnique est peu prouvée, mais il est également soupçonné d'être contreproductif. Un rapport parlementaire français de 2005 a conclu qu'il n'existait pas de profil terroriste. (...) La grande majorité des personnes appartenant à cette catégorie (profil

ethnique terroriste) sont innocentes (...) D'autres terroristes et criminels ne correspondent pas au profil et échapperaient à l'attention si celui-ci était appliqué de manière stricte. »<sup>8</sup>

De plus, cette pratique enfreint les droits des communautés concernées à l'égalité de traitement, car elle attire une attention supplémentaire sur elles et incite à la différence de traitement, quelle que soit leur attitude. Cela affecte la perception des gens sur les minorités. « De nombreuses personnes sont directement et indirectement affectées par le profilage ethnique et les victimes sont souvent profondément humiliées. » L'un des effets les plus graves du profilage ethnique est qu'il contribue à la stigmatisation des membres des groupes ethniques, religieux ou nationaux concernés. Lorsque les autorités mettent des membres de certains groupes à part pour des activités de suivi ou de surveillance, et en particulier lorsque ces actions sont largement relayées dans les médias, cela laisse à croire que le groupe ethnique ou religieux dans son ensemble représente un danger pour la société. Des stéréotypes négatifs sont générés et renforcés, exacerbant les tendances sociales et politiques existantes au racisme et à la xénophobie<sup>9</sup>.

Dans le cas d'espèce, la « pratique de profilage des réservations » n'est pas objectivement justifiée et s'apparente à un profilage ethnique controversé.

### **5. Peut-on conclure à une autre forme de discrimination, telle qu'une injonction de discriminer ou un harcèlement ?**

La définition du harcèlement en droit belge est la même que celle de la directive 2000/43 (article 4.10 des législations de lutte contre le racisme et la discrimination).

Dans le cas d'espèce, il s'agit d'évaluer la sécurité et non le comportement individuel du personnel de la compagnie aérienne XYZ. Cette méthode est douteuse, car elle tend à stigmatiser la minorité en la présentant comme une menace, ses membres subissant davantage de contrôles par le personnel de la compagnie sur la base de l'origine de leur nom et quelle que soit leur attitude. On pourrait conclure à un harcèlement dans le chef de la compagnie aérienne XYZ.

L'injonction de discriminer est également envisagée par les législations belges de lutte contre le racisme (article 4.12) et la discrimination (article 4.13) comme une discrimination au sens de la directive pour l'égalité. Ce concept peut s'appliquer à la compagnie XYZ, car elle a donné instruction à son personnel de s'adonner à un profilage illégal.

### **6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Disposition pénale :

La loi de lutte contre le racisme dispose : « Quiconque, fournissant ou offrant de fournir un service, un bien ou la jouissance de celui-ci, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son origine ou de sa nationalité, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement. » Les mêmes peines sont applicables lorsque la discrimination est commise à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs

---

<sup>8</sup> Il a notamment été rapporté qu'avant les attentats de juillet 2005 dans les transports londoniens, le principal poseur de bombes « avait attiré l'attention des services de renseignement comme associé à d'autres personnes suspectées d'être impliquées dans un projet d'attentat terroriste à la bombe. Mais il n'a pas été poursuivi car il ne correspondait pas à assez de critères du profil du terroriste suspecté d'avant juillet. » Le rapport faisant le plus autorité sur les attentats du 7 juillet conclut qu'il « n'existe pas de profil fixe permettant d'identifier les personnes susceptibles d'être radicalisées ». Par ailleurs, la compagnie aérienne pourrait utiliser des alternatives, comme l'explique Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (CERI), inspirées d'initiatives de police. « La CERI note que de plus en plus, la police développe des solutions telles que des formations ou d'autres initiatives afin de faire face au problème du profilage racial en collaboration étroite avec la société civile et en particulier des représentants des groupes minoritaires concernés », rapport de la CERI, p. 12.

<sup>9</sup> Le profilage ethnique dans l'Union européenne : omniprésent, inefficace et discriminatoire, p. 109-11°, 2009

membres, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance, de l'origine, ou de la nationalité de ceux-ci ou de certains d'entre eux. » (art. 24 de la loi de lutte contre le racisme)

Mais nous émettons des réserves en raison de l'absence d'intention explicite de discriminer.

Dans une procédure pénale, si la compagnie XYZ est reconnue coupable d'infraction au droit pénal, la victime pourrait demander réparation financière.

Mais si la pratique de la compagnie est envisagée comme une discrimination fondée sur la religion, aucune action pénale n'est possible en vertu de la législation de lutte contre la discrimination.

- Dispositions civiles<sup>10</sup>

En vertu de la législation sur l'« égalité », la disposition discriminatoire de la « pratique des réservations » pourrait être considérée comme nulle et non avenue. « Sont nulles, les dispositions qui sont contraires à la présente loi, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis par la présente loi. »

À la demande de la victime de la discrimination, du CECLR ou de l'un des groupements d'intérêts mentionnés à l'article 31, le président du tribunal de première instance, ou, selon la nature de l'acte, le président du tribunal du travail ou du tribunal de commerce, constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant un manquement aux dispositions de la présente loi.

Le président du tribunal peut ordonner la levée de la cessation dès qu'il est prouvé qu'il a été mis fin aux infractions.

La nouvelle législation introduit un système de réparation fixe pour dommages moraux en cas de discrimination. La compagnie XYZ pourrait être condamnée au paiement d'une réparation forfaitaire (650 e ou 1 300 €) sur la demande de la partie lésée (le plaignant).

Pour sa défense, XYZ déclare que « le nom des passagers, ainsi que la date d'achat du billet, les conditions de paiement, l'itinéraire et la réservation font tous partie des facteurs influençant la décision de la compagnie aérienne quant aux personnes devant être renvoyées à l'enregistrement manuel. XYZ a également informé le comité des plaintes que durant cette période, le gouvernement britannique lui avait enjoint de soumettre les passagers se rendant au Royaume-Uni à des contrôles de sécurité plus stricts. »

En vertu de notre législation, ce montant est porté à 1 300 euros dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination. Il est difficile de comprendre pourquoi le montant de la compensation varie pour les dommages moraux selon la justification ou non par le contrevenant d'un motif non discriminatoire. Le dommage moral découlant du refus est justifié, car les éléments pris en compte comprennent un motif discriminatoire. Mais cette notion est critiquée. La CERI rappelle notamment qu'une discrimination raciale ne suppose pas nécessairement que l'origine ethnique constitue le seul facteur ou le facteur déterminant de la différence de traitement. Il suffit que ce facteur fasse partie des éléments motivant la différence de traitement. Le montant du dommage ne doit pas varier selon une justification éventuelle de la décision pour d'autres raisons.

Le tribunal peut également ordonner la publication de la décision dans un quotidien aux frais de la compagnie aérienne XYZ.

---

<sup>10</sup> Art. 13 à 18 de la loi de lutte contre le racisme / art. 15 à 20 de la loi de lutte contre la discrimination

# Grande-Bretagne

Réponses fournies par la Commission pour l'égalité et les droits humains

## **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 200/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

Les faits suggèrent que l'affaire s'inscrit dans la portée de la directive, en vertu du principe d'égalité de traitement prohibant la discrimination directe et indirecte, pour tous les types mentionnés à l'article 1.

La directive du Conseil (2000/43/CE) (« la directive »), mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement quelle que soit l'origine raciale ou ethnique, vise à établir un cadre de lutte contre la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, afin de garantir ce principe au sein des États membres.

En vertu de la directive, le principe d'égalité de traitement prohibe tout type de discrimination directe ou indirecte envisagé par l'article 1. Afin de répondre à la question, la discrimination directe sera définie comme le traitement moins favorable d'une personne par rapport à une autre dans une situation comparable.

La discrimination indirecte est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres, à moins que :

- (i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ;
- (ii) concernant des personnes souffrant d'un handicap, l'employeur ou toute autre personne ou organisation visé par la directive est tenu, en vertu du droit national, de prendre les mesures appropriées, conformément aux principes de l'article 5, afin de mettre un terme aux désavantages liés à une telle disposition, critère ou pratique.

En droit national britannique, l'article 20.1 de la loi sur les relations raciales (1976), telle que modifiée en 2000, dispose qu'il est illégal pour toute personne fournissant des biens, des facilités et des services au public ou à une partie de ce public de discriminer toute personne désireuse d'obtenir ou d'utiliser ces biens, ces facilités et ces services :

- (a) en refusant ou en omettant délibérément de les lui fournir ; ou
- (b) en refusant ou en omettant délibérément de lui fournir des biens, des facilités et des services de qualité égale, d'une manière ou selon des conditions normales par rapport à d'autres membres du public ou (si la personne en question appartient à une partie du public) à d'autres membres de cette partie.

L'article 20.2 f) fournit des exemples de facilités et de services mentionnés à la sous-section 1, notamment en matière de transport ou de voyage.

L'article 41 de la loi mentionne les exceptions générales aux lois normalement considérées comme discriminatoires mais avec certaines réserves.

L'article 41.1 dispose que les parties II à IV de la loi sont sans préjudice de toute discrimination par une autorité légale. Aucune disposition légale n'autorise actuellement les

actions de la compagnie aérienne XYZ. L'article 41.1 A) dispose également que la légalité des lois de discrimination dépend de leur conformité à une loi ou à une ordonnance du Conseil. Cette section ne s'applique donc pas. Elle n'est d'application que lorsque la discrimination concerne la race et l'origine ethnique. De toute manière, elle va être abrogée par la future loi sur l'égalité de 2009, pouvant s'appliquer à toute personne sur la base de sa couleur de peau. Cette section s'applique également à la nationalité, mais aucune législation n'autorise les compagnies aériennes à adopter le traitement en question.

En outre, l'article 41.2 déclare en particulier que les parties II à IV sont sans préjudice de toute discrimination d'une personne envers une autre fondée sur sa nationalité, son lieu de résidence régulière ou la période de séjour ou de résidence au R-U ou en dehors, ou dans une région du R-U, si cet acte :

- a) est conforme à une mesure promulguée ou approuvée, pour une durée déterminée ou indéterminée, par un ministère de la Couronne, ou
- b) est conforme à toute condition imposée par un ministère de la Couronne.

Cette exception ne rend pas la discrimination de la compagnie aérienne XYZ légale. Elle s'applique si la mesure est prise par un ministère étatique et aucune mesure de ce type n'autorise actuellement la discrimination envisagée dans l'affaire qui nous concerne. De plus, la personne n'a pas été discriminée à cause de sa nationalité, mais bien de son nom moyen-oriental. En d'autres termes, ce critère ne s'applique de toute manière pas.

L'article 42 contient une exception autorisant les actes de discrimination dans un but de sauvegarde de la sécurité nationale. En vertu de la disposition, la compagnie aérienne XYZ pourrait donc prétendre que la discrimination était motivée par l'injonction d'un autre gouvernement de soumettre les passagers désireux de se rendre dans le pays à des contrôles de sécurité renforcés. Les mesures de sécurité nationale doivent cependant être explicitement imposées par des textes légaux ou des accords écrits. Dans ce cas précis, aucune législation ou accord écrit ne semble justifier les mesures adoptées.

Par ailleurs, bien que la compagnie aérienne XYZ insiste sur le fait que la sélection répond à une évaluation globale de divers facteurs, il est difficile de justifier les critères de sélection basés sur l'achat d'un billet par quelqu'un d'autre que le plaignant, tout les voyageurs se rendant au R-U avec des billets payés par des cartes de crédits appartenant à autrui n'étant pas renvoyés à l'enregistrement manuel.

En ce qui concerne l'effet de l'article 3.2 de la directive sur la race, cette exception ne s'applique qu'à la nationalité, et il ne s'agit pas ici de discrimination fondée sur la nationalité, la compagnie aérienne n'ayant jamais mentionné ce critère et s'étant contentée d'insister sur le nom de la personne. L'exception ne s'applique donc pas au cas d'espèce et la compagnie aérienne ne peut s'en prévaloir.

## **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Un plaignant peut introduire une action devant le tribunal de comté. La EHRC pourrait soutenir un plaignant ou intervenir afin de soumettre des conclusions, sans pour autant trancher les affaires de discrimination.

## **3. Existe-t-il une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

Définition de la discrimination :

L'article 1.1 de la loi sur les relations raciales de 1976 dispose qu'une personne discrimine autrui dans toutes les circonstances envisagées par toutes les dispositions de la loi :

- (a) s'il traite autrui de manière moins favorable que d'autres personnes en raison de sa race ;
- ou

(b) s'il soumet autrui à des exigences ou à des conditions s'appliquant également à d'autres personnes d'une autre appartenance raciale mais :

- (i) que la proportion de personnes de la même appartenance raciale que la personne concernée pouvant s'y soumettre est considérablement inférieure à la proportion de personnes d'une autre appartenance raciale ;
- (ii) qu'il ne peut justifier indépendamment de la couleur de peau, de la race, de la nationalité ou de l'origine ethnique ou nationale de la personne concernée ; et
- (iii) qui désavantagent cette personne car elle ne peut s'y soumettre.

Au sens de l'article 3 de la loi, l'appartenance raciale recouvre la couleur de peau, la race, la nationalité ou l'origine ethnique ou nationale.

L'appartenance raciale concerne un groupe de personnes défini par sa couleur de peau, sa race, sa nationalité ou son origine ethnique ou nationale, quelle que soit cette appartenance. Ces dispositions recouvrent celles de la directive sur la race.

Les articles 1 et 2 de la directive sur la race interdit toute discrimination directe et indirecte. En vertu de la directive du Conseil 97/80/CE, « une *discrimination directe* se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». À la différence de la jurisprudence américaine, il n'existe pas de condition expresse d'intention de discriminer. La discrimination se fonde sur l'inégalité de traitement.

En vertu de la directive, « une *discrimination indirecte* se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

La Commission est d'avis que le cas d'espèce est clairement une discrimination directe, le traitement du plaignant étant fondé sur son origine nationale ou ethnique. La différence de procédures d'enregistrement appliquée par XYZ peut être considérée comme illégale en vertu de la loi sur les relations raciales, deux procédures d'enregistrement distinctes étant appliquées, selon certaines caractéristiques, dont l'origine d'un nom. On constate ce type de discrimination directe, comme dans l'affaire opposant le Centre européen des droits des Roms et autres à l'Office d'immigration de l'aéroport de Prague et autres<sup>11</sup>, où la procédure d'entrée sur le territoire appliquée par les autorités d'immigration britanniques à l'aéroport de Prague étaient illégalement discriminatoires à l'encontre des Roms désireux de se rendre au R-U, en leur appliquant une traitement moins favorable que les personnes non roms. Cette affaire a clairement établi qu'aucune forme de discrimination ne pouvait être tolérée dans l'exercice des fonctions d'immigration. Elle a également permis d'établir que tout désavantage subi par quiconque répondant à des stéréotypes (qu'ils soient fondés ou non) constitue une discrimination illégale. Plus généralement, le R-U été confronté à des affaires similaires à celle des droits des Roms, comme les affaires Monarch ou Ryanair.

Le traitement défavorable subi par le ressortissant moyen-oriental peut également constituer une discrimination indirecte, les personnes d'origine raciale ou ethnique différente étant particulièrement désavantagées par rapport à d'autres et les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif légitime n'étant pas proportionnés.

Le renvoi des passagers portant un nom d'origine non scandinave ou britannique ou dont les billets ont été achetés avec une carte de crédit portant un nom différent à l'enregistrement manuel peut être considéré comme une discrimination indirecte des personnes d'origine ethnique arabe, étant disproportionnellement désavantagés par ces critères et moins susceptibles de remplir les conditions.

---

<sup>11</sup> [2004]

Il ne s'agit en revanche pas d'un cas de discrimination religieuse, le personne n'ayant pas été traitée différemment à cause de ses convictions. Cependant, il serait possible d'arguer la discrimination religieuse indirecte à l'encontre d'une personne d'origine musulmane, un nombre extrêmement plus élevé d'entre elles étant susceptibles d'être désavantagées par les critères.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

***Veillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.***

La discrimination directe fondée sur la race ou la religion ne peut normalement pas être justifiée, sauf dans de rares circonstances. L'une des exceptions est la sécurité nationale en droit national ou la disposition de l'article 2.8 de la proposition de directive.

XYZ pourrait arguer que le traitement du plaignant est légal, le gouvernement scandinave lui ayant enjoint de soumettre les passagers désireux de se rendre en Scandinavie à des contrôles de sécurité renforcés, l'exception de la sécurité nationale s'appliquant donc au cas d'espèce. Cependant, cette exception s'applique aux actions du gouvernement national, requérant une législation ou un accord formel autorisant le traitement, ainsi qu'une préoccupation suffisante quant à la sécurité de la nation. L'article 2.8 de la proposition de directive dispose clairement que les mesures doivent être déterminées par le « droit national ». En l'absence de loi ou d'accord de ce type dans le cas qui nous occupe, cette exception ne devrait pas s'appliquer.

Une discrimination indirecte fondée sur la race ou la religion pourrait également se justifier si la conduite constituait un moyen proportionné d'atteindre un but légitime. Bien que le renforcement de la protection contre les activités criminelles telles que le terrorisme soit un objectif légitime, les moyens peuvent difficilement être considérés comme proportionnés. La compagnie aérienne pourrait par exemple avoir soumis à ces contrôles de sécurité l'ensemble des voyageurs se rendant au R-U.

**5. Peut-on conclure à une discrimination ou à une injonction de discriminer ou de harceler ?**

L'article 30 de la loi sur les relations raciales dispose qu'il est illégal qu'une personne dans une situation d'autorité sur une autre personne ou conformément à des desideratas habituels de la personne, l'enjoigne d'agir à l'encontre des parties II et III ou d'obtenir ou de tenter d'obtenir de cette personne qu'elle agisse dans ce sens.

Ces injonctions illégales supposent une relation d'autorité avec la personne sujette aux instructions ou l'habitude de se soumettre à ces instructions (voir CRE contre *Imperial Society of Teachers of Dancing*)<sup>12</sup>.

Ce scénario introduit une autre forme de discrimination : l'injonction de discriminer. Le personnel de la compagnie aérienne ayant probablement suivi les instructions de sa direction, on peut conclure à une instruction de discriminer, pratique illégale. Par ailleurs, les actions des employés sont assimilées à des actions de l'employeur, permettant d'engager la responsabilité subsidiaire de ce dernier.

---

<sup>12</sup> [1983]

Le traitement du plaignant s'assimile-t-il à du harcèlement ? Les actions doivent avoir pour but ou pour effet de violer la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. En Grande-Bretagne, la jurisprudence établit qu'un acte de harcèlement peut suffire à établir le harcèlement. Tout dépendra donc des circonstances. Dans le cas qui nous occupe, la personne n'a pas été interrogée de manière approfondie ni retardée durant une période significative, et a pu embarquer dans l'avion. Il est donc peu probable que la conduite suffise à conclure à un harcèlement racial ou religieux.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu des directives, les juridictions nationales doivent garantir des réparations satisfaisantes en cas de violation du principe d'égalité de traitement. Les sanctions à l'encontre des personnes coupables de discrimination doivent être efficaces, à savoir obtenir le résultat désiré ; proportionnées, à savoir bien refléter la gravité et la nature de la perte et/ou du dommage ; et dissuasives, à savoir décourager des discriminations futures.

Le R-U impose généralement des sanctions pour la plupart des formes de discrimination. Les compensations financières peuvent prendre la forme de réparations pour pertes passées et futures, pour vexation, pour dommages physiques, psychiatriques par exemple, ou pour dommages exemplaires afin de sanctionner la personne coupable de discrimination. La victime obtient donc directement réparation.

Parmi les autres réparations, citons des mesures intermédiaires visant à mettre un terme à la discrimination et contraindre le coupable à agir afin de prévenir ou de réduire les effets de cette discrimination sur la victime, notamment en la rétablissant à son poste ou en adoptant des pratiques particulières.

Parfois, les sanctions spécifiques à l'encontre d'entreprises ou d'organisations diffèrent de celles imposées aux particuliers.

## Chypre

*Réponses fournies par le Cabinet du Commissaire à l'administration (médiateur)*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

Selon nous, cette affaire s'inscrit dans la portée de la directive 2000/43/CE. Même si on peut arguer que les questions de religion ou de croyances peuvent être impliquées, il est à nos yeux question de discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique.

Nous ne pensons pas que l'article 3.2 de la directive sur la race peut s'appliquer. Les faits portent à croire que la différence de traitement n'était pas liée à la nationalité ou à la citoyenneté du plaignant ou aux conditions liées à l'entrée sur le territoire de l'Union européenne. Par ailleurs, il est du ressort des autorités d'immigration des États membres de connaître de ces questions, à l'entrée dans l'Union européenne, et non des compagnies aériennes en provenance ou au départ de l'Union.

**2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Les tribunaux de district et l'organisme de promotion de l'égalité.

**3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

La directive 2000/43/CE a été transposée dans la législation nationale par la loi n°59(I)/2004. Les dispositions de cette loi relatives au concept de discrimination, notamment les définitions de la discrimination directe et indirecte et de justification objective, ainsi que sa portée sont une transposition presque mot pour mot des dispositions correspondantes de la directive sur la race.

Notre approche est que, dans ce cas, le critère de consonance arabe ou moyen-orientale du nom du passager ne peut être considéré comme une « disposition apparemment neutre », mais plutôt comme un critère lié directement ou sans distinction avec son origine ethnique. Nous concluons dès lors à une discrimination directe.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

Puisque selon nous la discrimination subie est directe, il n'existe aucune justification ou exception objective.

(Sans préjudice de ce qui précède et pour l'argumentation, si ce cas avait été considéré comme une discrimination indirecte, nous sommes d'avis que ces mesures ne pourraient être considérées comme justifiées que dans des circonstances très exceptionnelles et selon une application très stricte du principe de proportionnalité.)

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

À nos yeux, la direction de la compagnie aérienne XYZ a donné instruction au personnel de l'aéroport de discriminer les personnes sur la base de leur origine ethnique.

Même si la discrimination peut dans certaines circonstances constituer un traitement dégradant, le traitement subi par le plaignant, tel que décrit, ne peut selon nous pas être considéré comme du « harcèlement ». Le renvoi du plaignant à l'enregistrement manuel et la vérification de ses documents ne constituent pas un harcèlement au sens de l'article 2.4 de la directive (« porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »).

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

La loi n°59(I)/2004 dispose qu'en cas de décision du tribunal de district en faveur d'une discrimination illégale, la victime est en droit de réclamer une compensation/réparation « juste et raisonnable ».

À ce propos, en vertu de la loi la discrimination illégale constitue une infraction punie d'une amende maximale de 4 000£ (6 840€) et/ou d'une peine d'emprisonnement de 6 mois au plus.

# Danemark

Réponses fournies par l'Institut danois pour les droits humains

## **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

**Veillez envisager l'effet éventuel de l'article 3.2 de la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, disposant « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers (...) sur le territoire des États membres (...) ».**

Cette affaire s'inscrit dans la portée de la directive 2000/43/CE. En revanche, elle ne s'inscrit pas dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services. Cependant, si l'on concluait à une discrimination indirecte fondée sur la religion, la proposition de directive pourrait s'appliquer.

L'article 3 paragraphe 2 ne s'applique pas au cas d'espèce. Le plaignant n'est pas discriminé sur la base de sa nationalité mais bien de son origine ethnique.

## **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, le nouveau Conseil en charge de l'égalité de traitement est compétent pour l'affaire qui nous occupe (<http://www.ast.dk/artikler/default.asp?page=1013>). Une action pourrait également être intentée devant les juridictions ordinaires.

## **3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

Il est difficile d'établir la discrimination directe ou indirecte. En effet, le plaignant a été renvoyé à l'enregistrement manuel à cause de son nom, sans consonance scandinave ou britannique connue. De plus, les faits suggèrent que lorsque le personnel de la compagnie aérienne s'est rendu compte que le plaignant parlait couramment le tula, il a été autorisé à embarquer. Une pratique établissant des critères tels que la date d'achat du billet, les conditions de paiement, l'itinéraire et la réservation, ainsi que l'origine du nom, est désavantageuse pour les personnes ne portant pas un nom à consonance scandinave ou britannique connue et donc à l'encontre des personnes d'origine ethnique autre que scandinave ou britannique.

L'ancien Comité des plaintes en matière d'égalité de traitement a conclu à une discrimination indirecte. En effet, la différence de traitement de la compagnie aérienne entre les clients était basée sur leur nom et leur langue, affectant plus profondément les personnes d'origine ethnique non danoise.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

***Veuillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.***

Puisqu'il a été conclu à une discrimination indirecte, la justification est possible (voir article 2 paragraphe 2 b)). Le Comité des plaintes pour l'égalité de traitement entre les ethnies a conclu que le souhait de la compagnie aérienne de contrôler les documents de ses passagers était légitime, mais que la méthode adoptée n'était ni appropriée, ni nécessaire. Le comité a souligné que la compagnie aurait pu demander l'information sur la nationalité et l'exigence de visa lors de la réservation, selon un principe de contrôle de visa plus réel et équitable.

En vertu de l'article 2 paragraphe 8 de la proposition de directive, celle-ci est sans préjudice des mesures générales prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, au maintien de l'ordre public et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui. Il convient ici de garder à l'esprit que l'affaire qui nous occupe ne s'inscrit pas dans la portée de la proposition de directive, celle-ci ne couvrant pas la race ni l'origine ethnique. Cependant, si l'on concluait à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion, la proposition de directive pourrait s'appliquer.

En supposant que la proposition de directive serait applicable à l'affaire en question, il serait difficile de déterminer si l'article 2 paragraphe 8 porterait ses effets. La disposition est très similaire aux exceptions en matière de droits humains, telles que l'article 8 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu duquel il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Il reste à savoir si l'article 2 paragraphe 8 doit être interprété conformément à l'article 8 paragraphe 2 de la CEDH par exemple.

En vertu de cet article, trois conditions doivent être remplies afin de justifier l'ingérence de l'État. Dans le cas qui nous occupe, nous ne disposons pas d'informations indiquant que la pratique de la compagnie aérienne découle de la législation nationale. De plus, il faudrait déterminer si, dans une société démocratique, il est nécessaire à la sécurité publique d'instaurer de telles pratiques. Et il faudrait également évaluer si l'ingérence permet de sauvegarder une ou plusieurs considérations envisagées, telles que la sécurité publique et l'ordre public.

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

Le Comité des plaintes a conclu que la compagnie aérienne avait donné instruction à son personnel de discriminer certains passagers portant des noms non clairement définis en les empêchant d'utiliser l'enregistrement automatique.

Le harcèlement n'est pas envisagé par le Comité des plaintes. Il y a harcèlement lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement

intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. L'évaluation de ce harcèlement est à la fois subjective et objective. Selon moi, l'incident n'est en toute objectivité pas assez brutal que pour être qualifié de harcèlement.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu de la section 9 de la loi danoise sur l'égalité de traitement en matière ethnique, les personnes exposées à la discrimination ou à la victimisation peuvent réclamer réparation pour dommages moraux.

## Finlande

*Réponses fournies par le Cabinet du médiateur en charge des minorités*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2004/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

a) Directive 2004/43/CE

Oui, l'affaire s'inscrit dans la portée de la directive 2000/43/CE (article 1 pour les types de discrimination couverts, article 3.1 h) pour l'accès et la fourniture de biens et de services au public).

L'article 3.2 de la directive sur la race ne s'applique pas au cas d'espèce, la compagnie aérienne n'ayant pas directement fait mention de la nationalité de la personne renvoyée à l'enregistrement manuel. La compagnie ne souligne spécifiquement que des critères tels que « le nom sans consonance scandinave ou britannique connue, mais à consonance arabe ou moyen-orientale ». La compagnie ne fait pas non plus état d'instructions de la part des autorités britanniques de ne pas laisser embarquer des passagers de certaines nationalités à cause de restrictions à l'entrée sur le territoire. Le renvoi à l'enregistrement manuel se justifie en partie par un objectif de prévention criminelle et non par le droit à certains ressortissants de pénétrer sur un territoire donné. La compagnie prétend qu'elle voulait vérifier que la personne disposait des documents nécessaires, la nationalité étant donc de toute manière indirectement en cause. Cependant, il ne s'agit pas d'actions des officiers des douanes, par exemple, mais de méthodes/d'activités d'une compagnie aérienne, fournisseur de services. Il est donc question d'accès à des services (vols + enregistrement rapide) et d'embarquement et non de droit d'accès à un territoire.

b) Proposition de directive

Oui, l'affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive (article 3.1 d) : accès et fourniture de biens et autres services), mais uniquement comme discrimination fondée sur la religion. La religion fait partie des types de discrimination mentionnés à l'article 1.

La proposition de directive ne porte pas sur l'ethnicité, ce type de discrimination étant déjà couvert, en matière de fourniture de biens et de services, par la directive 2000/43/CE.

### c) Loi finlandaise sur l'égalité

#### Religion

La loi sur l'égalité ne s'applique pas, qu'il s'agisse de la discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion, sa portée ne couvrant que les biens et les services en matière de discrimination fondée sur l'ethnie. La loi sur l'égalité interdit toute discrimination fondée sur la religion, mais pas en matière de fourniture de biens et de services.

L'affaire pourrait être introduite devant les juridictions pénales, la section 11 du chapitre 11 du code pénal couvrant la discrimination fondée sur la religion et l'origine ethnique « sans raison justifiée » (par exemple, « le refus de fournir des services en vertu de conditions générales »).

#### Ethnie

La loi sur l'égalité interdit toute discrimination fondée sur l'ethnie en matière de fourniture de biens et de services. L'affaire pourrait constituer une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique (et implicitement une discrimination indirecte fondée sur la religion) ou une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique (et implicitement une discrimination directe fondée sur la religion).

### **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Le médiateur en charge des minorités et le tribunal connaissant des affaires de discrimination pourraient connaître de l'affaire en tant que discrimination fondée sur l'ethnie. Une action en réparation pour discrimination fondée sur l'ethnie pourrait être introduite devant un tribunal de district. Une action en réparation pourrait également être introduite par le ministère public en matière pénale.

Le tribunal connaissant des affaires de discrimination et le médiateur en charge des minorités ne seraient pas compétents en matière de religion. Il n'est pas certain qu'une action en réparation pour discrimination fondée sur la religion pourrait être introduite par la victime devant un tribunal de district. La loi sur l'égalité interdit toute discrimination fondée sur l'ethnie en matière de fourniture de biens et de services. Cependant, sa section 9.1 dispose que : « Un fournisseur de travail, de biens mobiliers ou immobiliers ou de services, d'éducation ou de bénéfices au sens de la section 2 ayant enfreint les dispositions des sections 6 ou 8 en matière d'âge, d'origine ethnique ou nationale, de nationalité, de religion, de convictions, d'opinions, d'état de santé, de handicap ou d'orientation sexuelle sera redevable envers la partie lésée d'une réparation pour les souffrances causées par une telle discrimination ou victimisation... »

### **3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

On peut conclure à une discrimination directe fondée sur l'ethnie. L'une des raisons du renvoi à l'enregistrement manuel est le nom de la personne. Ce nom reflète souvent l'origine ethnique ou nationale, même si dans le cas d'espèce elle serait devenue un ressortissant de Tula.

La proposition de directive s'appliquerait pour une discrimination directe fondée sur la religion si le nom de la personne reflétait typiquement sa religion.

### **4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

***Veillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.***

On peut conclure à une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique ou nationale. Par conséquent, les actions de la compagnie ne peuvent être justifiées. Aucune des exceptions mentionnées dans la loi sur l'égalité ne sont applicables (voir section 7 de la loi). En vertu de la section 3 sur la restriction de la portée de l'application de la loi sur l'égalité, celle-ci ne s'applique pas... 2) « aux dispositions gouvernant l'entrée et la résidence dans le pays par des étrangers, ou une différence de traitement liée à leur statut juridique en vertu de la loi. ». Cette affaire ne concerne cependant pas la loi sur les étrangers. Il s'agit de l'entrée à Tula ou en Grande-Bretagne et ne porte pas sur une différence de traitement à cause d'un statut juridique. La personne est traitée différemment dans la fourniture de services, lors de l'enregistrement, à cause de son nom. À ma connaissance, aucune législation antiterroriste ne s'applique au cas d'espèce.

Ce n'est que si l'affaire était portée devant une juridiction pénale (pour discrimination fondée sur l'ethnie ou la religion) qu'il conviendrait d'évaluer la justification des raisons du comportement de la compagnie aérienne. Les justifications avancées par celle-ci ne sont pas très convaincantes. Voir également la réponse 1.a. Toutefois, il est peu probable que la différence de traitement soit considérée comme assez grave pour constituer une infraction.

En vertu de la proposition de directive, la discrimination directe fondée sur la religion ne peut être justifiée. Par ailleurs, la situation en question n'est couverte par aucune exception de la proposition de directive.

L'exception de l'article 2.8 de la proposition de directive ne s'applique pas, car elle renvoie à des « mesures générales prévues par la législation nationale qui (...) sont nécessaires à la sécurité publique (...) ». Ces mesures devraient émaner du droit national, ce qui n'est pas le cas à Tula. En Finlande, il n'existe pas (à ma connaissance) de législation antiterroriste au sens de l'article 2.8 de la proposition de directive (religion). Par ailleurs, l'exception de la proposition de directive peut difficilement justifier des actes posés par des entreprises privées et non par des autorités.

***5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?***

En vertu de la loi finlandaise sur l'égalité, une injonction de discriminer, ainsi que le harcèlement, sont des formes de discrimination. Celles-ci ne portent que sur l'ethnie, la discrimination fondée sur la religion dans la fourniture de services n'étant pas envisagée par la loi sur l'égalité.

On peut présumer qu'il existe également une injonction de discriminer, la différence de traitement étant la pratique de la compagnie aérienne. Il est probable que la compagnie ait donné instruction à ses employés de prendre ces mesures. La charge de la preuve serait renversée.

La situation n'est probablement pas assez grave pour constituer un harcèlement. Cela dépend si les autres passagers ont remarqué ce qui se passait, etc.

***6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?***

Le tribunal connaissant des affaires de discrimination pourrait interdire à la compagnie aérienne de maintenir ou de reproduire le traitement en question (discrimination fondée sur l'ethnie). Si nécessaire, le tribunal peut imposer une amende conditionnelle. La victime

pourrait demander réparation devant un tribunal de district, pour discrimination fondée sur l'ethnie au moins.

La victime pourrait également tenter une action pénale (avec une évaluation de la justification). Toutefois, il est peu probable que la différence de traitement soit considérée comme assez grave pour constituer une infraction. Les sanctions, peu probables, seraient une amende ou une peine d'emprisonnement de six mois maximum.

## Hongrie

*Réponses fournies par le l'Autorité pour l'égalité de traitement*

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

Selon moi, l'affaire s'inscrit avant tout dans la portée de la directive sur la race, le nom du plaignant d'origine moyen-orientale/arabe étant probablement la cause de son renvoi vers l'enregistrement manuel du fait de son origine ethnique arabe. Toute discrimination de ce type est interdite par l'article 2 de la directive sur la race.

Cependant, bien que nous ne disposions pas de données établies sur la religion du plaignant, on peut aisément supposer que sa religion réelle ou présumée a également joué un rôle dans la différence de traitement. Selon moi, l'origine moyen-orientale/arabe du nom du plaignant suggère que son renvoi vers l'enregistrement manuel est dû à sa conviction musulmane présumée. Dans ce cas, la proposition de directive s'appliquerait sans doute, les articles 2 et 3 prohibant ce type de discrimination.

La loi hongroise sur l'égalité de traitement couvre les caractéristiques protégées et prohibe toute discrimination de ce type en vertu de son article 8.

L'article 3.2 de la directive sur la race n'a probablement aucun effet dans le cas d'espèce, le but poursuivi par la compagnie aérienne n'étant certainement pas d'opérer un contrôle de routine sur un passager de nationalité différente, mais répondant à d'autres raisons (le nom et les conclusions qui en découlent). Cependant, nous ne connaissons pas la nationalité du plaignant.

### **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En vertu de la section 76 du code civil et de la section 23 du code de procédure civile, toute infraction au principe d'égalité de traitement sera considérée comme une violation des droits inhérents et les juridictions civiles compétentes ou le tribunal métropolitain pourraient connaître de ces plaintes si cette affaire avait lieu sur le territoire hongrois.

L'Autorité pour l'égalité de traitement serait compétente en la matière, conformément aux articles 14 et 15 de la loi pour l'égalité de traitement, si l'affaire avait lieu sur le territoire hongrois.

**3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

Une fois établi que la compagnie a probablement utilisé le nom arabe/moyen-oriental comme facteur, on ne peut plus parler de disposition apparemment neutre. Par conséquent, il s'agit d'une discrimination directe (ou d'un harcèlement) en vertu de la législation hongroise en vigueur, ainsi que de la proposition de directive. L'Autorité pour l'égalité de traitement examinerait le cas sous l'angle de l'origine ethnique et de la religion. Bien que la discrimination directe fondée sur la race semble plus facile à justifier, la discrimination fondée sur l'origine musulmane est également directe, les dispositions n'étant pas neutres et le niveau d'abstraction étant le même.

L'article 2.1 a) de la directive sur la race dispose : « une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. »

L'article 2.2 a) de la directive sur la race stipule : « une discrimination directe est réputée se produire lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>. »

En vertu de l'article 8 de la loi hongroise sur l'égalité de traitement : « Toutes les dispositions engendrant un traitement effectif ou potentiel moins favorable d'un individu par rapport à autrui ou à un groupe dans une situation comparable du fait de :

- b) son origine raciale ;
  - c) sa couleur de peau ;
  - e) son origine nationale ou ethnique ;
  - i) ses convictions religieuses ou idéologiques...
- sont considérées comme des discriminations directes. »

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

***Veuillez envisager l'effet de toute législation nationale, notamment en matière de lutte contre le terrorisme liée à la sécurité nationale ou en vertu de l'article 2.8 de la proposition de directive autorisant la discrimination nécessaire dans les « mesures nationales concernant la sécurité publique », sur l'établissement ou non d'une discrimination raciale ou religieuse.***

Dans certaines situations, la mesure – n'entraînant aucun dommage matériel mais constituant une violation grave de la dignité humaine – pourrait être acceptable dans le cadre de règles de sécurité publique adaptées, nécessaires et proportionnées au sens de l'article 2.8 de la proposition de directive. L'article 7.1 b) de la loi hongroise pour l'égalité de traitement autorise une différence de traitement proportionnée si une explication raisonnable est apportée dans le cas concerné. Néanmoins, on pourrait rétorquer que la justification objective de l'article 7.1 b) de la loi sur l'égalité de traitement ou de l'article 2.8 de la proposition de directive s'applique. Il faut une suspicion raisonnable vis-à-vis de la personne en question.

Cependant, ce n'est le cas que pour la discrimination directe fondée sur la religion, l'origine ethnique ne pouvant être justifiée (voir : directive sur la race et article 7.3 de la loi hongroise sur l'égalité de traitement : « Le paragraphe 2 susmentionné (justification objective) ne s'applique pas en cas de discrimination directe et de ségrégation illégale fondées sur les caractéristiques définies aux points b)-e) de l'article 8 ci-dessous »).

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

Dans le cas d'espèce, la machine d'enregistrement automatique a refusé d'accepter l'embarquement du client. Elle s'est contentée d'exécuter les instructions des représentants

de la compagnie, mais il ne s'agit pas d'une injonction de discriminer. À ceci vient s'ajouter le fait que l'instruction du gouvernement britannique de soumettre les voyageurs se rendant au R-U à des contrôles de sécurité renforcés ne constitue pas non plus une injonction de discriminer. La requête en elle-même semble parfaitement neutre et générale, sans aucun signe de discrimination.

En vertu de la loi hongroise, la compagnie doit répondre de discrimination directe et de harcèlement (pour violation de la dignité du plaignant et création d'un environnement intimidant, dégradant et humiliant) et est responsable de la conduite de ses employés. En outre, même en vertu de la proposition de directive on pourrait invoquer le harcèlement, le dommage subi par le plaignant étant purement moral.

L'article 2.3 de la proposition de directive stipule : « Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

En vertu de l'article 10 de la loi hongroise sur l'égalité de traitement : « Le harcèlement est une conduite sexuelle ou autre en violation de la dignité humaine, liée aux caractéristiques de la personne concernée au sens de l'article 8 dans le but ou ayant pour effet de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant autour de la personne en question. »

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu de l'article 16.1 de la loi sur l'égalité de traitement : « Si l'autorité a établi une violation des dispositions du présent texte garantissant le principe d'égalité de traitement, elle peut :

- a) ordonner l'élimination de la situation enfreignant la loi ;
- b) interdire la poursuite de la conduite enfreignant la loi ;
- c) ordonner la publication de la décision établissant l'infraction à la loi ;
- d) imposer une amende ;
- e) appliquer une mesure juridique déterminée par un texte spécial. »

## Pays-Bas

*Réponses fournies par la Commission pour l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 200/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

Sous l'angle de la discrimination raciale, cette affaire s'inscrit à la fois dans la portée de la législation néerlandaise de lutte contre la discrimination (article 7 de la loi sur l'égalité de traitement, prohibant toute discrimination fondée sur la religion, les croyances, les opinions

politiques, la nationalité, la race, le sexe, l'orientation sexuelle ou l'état civil dans la fourniture de biens et de services) et dans la portée de la directive sur la race (article 3.1 h)).

Sous l'angle de la discrimination fondée sur la religion, l'affaire s'inscrit également dans la portée de l'article 7 susmentionné de la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement. Aucune directive européenne actuellement en vigueur ne s'applique. Toutefois, cette affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services.

Les exceptions de différence de traitement fondée sur la nationalité et liées à la législation sur l'entrée et le séjour de ressortissants de pays tiers dans un État membre sont déterminées par la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement, en son article 2.5.

L'exception est formulée comme suit :

« L'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité contenue dans la présente loi ne s'applique pas :

- a. si la discrimination s'appuie sur des réglementations générales contraignantes ou sur des réglementations écrites ou non en droit international ; et
- b. si la nationalité est un facteur déterminant. »

Cette exception renvoie aux réglementations des États membres sur les personnes pouvant séjourner ou se rendre dans les pays et sur les équipes sportives dans des compétitions internationales. Le cas d'espèce ne s'inscrit pas dans ce contexte : il concerne en effet la politique des compagnies aériennes déterminant quels passagers peuvent utiliser l'enregistrement automatique et lesquels doivent s'adresser aux bureaux d'enregistrement manuel. Par ailleurs, le plaignant a acheté un billet auprès de XYZ. Il s'agit donc d'une relation contractuelle. XYZ a donc l'obligation de ne pas discriminer le plaignant et de l'empêcher de l'être par quiconque sous son autorité.

XYZ affirme que le renvoi de certains passagers à l'enregistrement manuel résulte, du moins en partie, de la demande de l'administration britannique de soumettre les passagers étrangers se rendant au R-U à des contrôles de sécurité renforcés.

Il ne s'agit pas uniquement d'une demande, mais d'une obligation légale à laquelle XYZ doit se soumettre, le respect de cette obligation pouvant constituer une justification objective d'un acte discriminatoire. Tout dépend de la marge d'appréciation de XYZ afin de se conformer à la législation et à sa possibilité d'observer ladite législation sans discriminer les passagers sur la base de leur race ou de leur religion.

Si la législation ne laisse à XYZ aucune marge de formulation de sa politique, ne lui donnant dès lors pas la possibilité de se conformer à la législation anti-discrimination, la CGB conclura probablement que XYZ, dans ce cas précis, s'acquitte d'une tâche d'administration publique. La législation néerlandaise en matière d'égalité ne s'appliquant pas aux actes de l'administration publique (autres qu'en matière d'emploi et en relation avec la discrimination raciale et la protection sociale), la CGB ne pourra pas examiner cet aspect de la politique de XYZ.

*(Exemple : 2008-122, non traduit en français)*

Si la législation laisse la compagnie aérienne formuler ses propres politiques tant que ses obligations légales sont remplies, la CGB est compétente pour examiner la politique de la compagnie.

Ainsi, aux Pays-Bas, une affaire a été portée devant la CGB par un homme dont la compagnie aérienne avait fait des copies du passeport. Il était noir et a remarqué que seules les personnes à la peau noire étaient mises à l'écart afin que leur passeport soit photocopié. La compagnie a plus tard expliqué que la législation néerlandaise l'obligeait à faire une copie de tous les passeports de ressortissants non néerlandais se rendant aux Pays-Bas en provenance de pays « à risque ». La compagnie aérienne ne voulant pas discriminer ses passagers et ayant déjà été confrontée à des cas de disparition de passeports néerlandais

lors de vols, elle photocopie les passeports de tous les passagers. Le fait que le plaignant ait remarqué qu'on ne demandait qu'aux personnes noires de peau de faire une photocopie de leur passeport n'était qu'une coïncidence : la plupart des autres passagers étaient en transfert et leur passeport avait été photocopie au guichet de transfert. Le plaignant n'avait cependant aucune preuve de la non véracité de la déclaration de la compagnie. La CGB a conclu qu'il n'avait pas prouvé les éléments suggérant une discrimination (décision 2009-60, non disponible en français).

**2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En droit néerlandais, ainsi qu'en vertu de la proposition de directive, la Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement et tout tribunal de district peut connaître de l'affaire.

**3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

Race

XYZ a déclaré que l'un des critères de renvoi à l'enregistrement manuel est le nom de famille du passager. Les personnes qui ne portent pas un nom britannique ou scandinave connu sont renvoyées à l'enregistrement manuel.

La CGB néerlandaise a conclu (dans sa décision 2009-64, non disponible en français) que le nom de famille d'une personne est étroitement lié à son origine nationale. Cette origine, à l'instar de l'origine ethnique, s'inscrit dans la portée du concept de race, tel que défini par le Comité CERD.

L'origine du nom du passager étant en cause et seules les personnes portant un nom non britannique et non scandinave devant s'adresser à l'enregistrement manuel, ce critère constitue une discrimination directe fondée sur la race/l'origine nationale.

Si les personnes portant un nom britannique ou scandinave pouvaient elles aussi être renvoyées vers l'enregistrement manuel, la situation serait différente : Il s'agirait alors d'une discrimination indirecte si les personnes portant un nom britannique ou scandinave étaient moins souvent renvoyées vers l'enregistrement manuel.

Dans le cas d'espèce, la CGB néerlandaise peut également conclure que bien qu'un nom n'indique pas toujours l'appartenance ethnique de la personne, celle-ci pouvant être mariée à un étranger, dans le cas d'espèce XYZ a clairement émis des suppositions sur l'appartenance ethnique de la personne ou sur sa religion sur la base de son nom (voir également ci-dessous le dernier paragraphe de cette section sur la discrimination fondée sur la religion. Toutefois, la CGB néerlandaise ne parviendrait à cette conclusion qu'après avoir reçu une confirmation de XYZ après l'avoir entendue.

À côté de l'importance du nom du passager, il n'a pas été contesté par XYZ que le personnel du bureau d'enregistrement a tenu compte du fait que la personne parlait tula couramment.

Puisque nous ignorons si cet élément a motivé la décision du personnel, il est difficile de déterminer si cette information révèle que XYZ considère la connaissance d'une langue donnée, souvent liée à l'origine nationale ou ethnique, comme un critère important. Que révèle cet élément ? Signifie-t-il que la personne est réellement originaire de Tula et non un immigrant illégal cherchant à pénétrer sur le sol britannique ? Tant que la raison de l'importance accordée par le personnel, et par XYZ, à la maîtrise du tula n'est pas claire, il est difficile de déterminer selon ce critère s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte.

Religion

Le fait qu'il ait été affirmé au plaignant que toutes les personnes portant un nom d'origine arabe/moyen-orientale étaient renvoyées à l'enregistrement manuel entrerait en ligne de compte dans la détermination de la discrimination fondée sur la religion.

La conclusion de la CGB dépendrait des réponses de XYZ lorsque la compagnie serait entendue.

Au vu de l'attention accordée au terrorisme musulman depuis 2001, ainsi qu'au fait que l'enregistrement manuel fait partie de la politique de sécurité de XYZ, il n'est pas improbable que son objectif ne soit pas de renvoyer les personnes d'origine arabe ou moyen-orientale vers l'enregistrement manuel, mais bien les musulmans arabes.

Si la compagnie aérienne déclare qu'elle n'avait aucunement l'intention de ne sélectionner que les passagers musulmans, mais un groupe plus important (à savoir toutes les personnes portant un nom arabe ou moyen-oriental), la CGB néerlandaise pourrait conclure que le critère de sélection utilisé par XYZ constitue une discrimination indirecte fondée sur la religion (ainsi que sur la race). Cela signifie que toutes les personnes portant un nom moyen-oriental ou arabe ne sont pas nécessairement des musulmans (arabes ou moyen-orientaux), mais que nombre d'entre elles le sont. Le critère de sélection aura donc un effet discriminatoire sur les passagers musulmans.

Si au contraire XYZ affirme que dans le contexte de la sécurité d'une compagnie aérienne l'origine ethnique et la religion sont considérées comme étroitement liées voire interchangeables, la CGB pourrait conclure que, dans le cas d'espèce, il existe une discrimination directe fondée sur la religion (ainsi que sur la race).

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

En vertu de la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement, la discrimination directe ne peut être objectivement justifiée. Si la méthode de sélection est considérée comme une discrimination directe, aucune justification objective n'est possible. Il n'existe pas d'exception liée à la législation antiterroriste ou à l'article 2.8 de la proposition de directive.

Cependant, si une telle législation contraint les compagnies aériennes telles que XYZ et que ces obligations ne laissent à XYZ aucune liberté de mouvement (notamment en ce qui concerne les personnes devant être renvoyées à l'enregistrement manuel), la CGB ne serait pas compétente pour examiner les agissements de la compagnie aérienne, car cela reviendrait à examiner les actes de l'administration publique, ce pour quoi la CGB n'est pas compétente (voir ci-dessus, question 1).

Il n'est pas encore possible d'affirmer si et comment l'article 2.8 de la proposition de directive sera transposé dans la législation néerlandaise sur l'égalité.

Si la politique de XYZ constitue une discrimination indirecte, une discrimination objective est possible. Dans ce cas, la sélection des passagers renvoyés à l'enregistrement manuel doit poursuivre un objectif légitime. C'est probablement le cas, XYZ ayant indiqué que cette sélection se justifiait par la vérification des documents et/ou des raisons de sécurité.

Les moyens utilisés pour atteindre cet objectif – la sélection de passagers selon leur nom – semblent résulter d'une image généralisée et stéréotypée des personnes d'origine arabe ou moyen-orientale. XYZ devrait bien justifier pourquoi ce groupe particulier représente une menace pour la sécurité et pourquoi il n'est pas possible de déterminer de manière plus élaborée et moins discriminante les personnes devant être renvoyées à l'enregistrement manuel. Les agissements de XYZ s'apparentent à du profilage racial parfois utilisé par la police et les agences gouvernementales. De nombreux rapports montrent que le profilage racial creuse le sentiment de discrimination, sans pour autant être un instrument efficace de lutte contre la délinquance et la prévention du terrorisme. Dans ses décisions, la CGB néerlandaise peut mentionner ces rapports.

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement contient une disposition sur le harcèlement s'appliquant aux deux types de discrimination concernés (article 1a). Ce type de discrimination est difficile à établir, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Ce n'est pas évident dans le cas d'espèce.

La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement contient une disposition spécifique sur les injonctions de discriminer, en son article 1 a). La CGB a souvent conclu que l'interdiction de discriminer dans l'accès aux biens et aux services ne concerne pas uniquement les organisations/ les entreprises entretenant des relations contractuelles ou autres avec les plaignants, mais également celles à l'autorité desquelles ces fournisseurs sont soumis. Les deux organisations ont une obligation indépendante d'agir conformément à la législation sur l'égalité.

Toutefois, ce n'est pas le cas ici, XYZ n'étant pas soumise à des injonctions d'une autre entreprise privée.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

La législation anti-discrimination néerlandaise ne prévoit aucune sanction ou réparation. Si l'affaire est portée en justice, des sanctions et des réparations peuvent être obtenues, mais la législation anti-discrimination ne prévoit aucun système « indépendant » de ce type, comme c'est le cas en droit pénal.

## Norvège

*Réponses fournies par le médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la directive sur la race (voir article 1 h)), de la proposition de directive et de la législation norvégienne de lutte contre la discrimination, pour la race et la religion. Pour que les directives soient applicables, Tula doit être un État membre ou avoir adopté les directives. L'article 3.2 de la directive sur la race fait mention de la législation sur l'immigration, qui prévaut donc. Si le plaignant est un ressortissant de l'UE, son voyage en Grande-Bretagne ne s'inscrit pas dans la portée de l'article 3.2.

Notons que la Norvège a adopté la directive sur la race, mais n'y est pas contrainte, n'étant pas membre de l'UE. Par conséquent, il existe des différences entre la directive sur la race et la législation norvégienne de lutte contre la discrimination, notamment dans la mesure où le droit norvégien n'envisage pas la justification objective de la discrimination directe fondée sur la race. Cependant, cette possibilité doit être interprétée de manière restrictive.

**2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Le médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination.

**3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

L'acte discriminatoire présumé est le renvoi du plaignant à l'enregistrement manuel. On peut aisément constater l'aspect négatif dans ce renvoi : c'est plus long et plus stressant. De plus, la manière dont le plaignant a été adressé à l'enregistrement manuel aggrave encore cet aspect négatif. Ainsi, il ne peut s'agir que d'un simple message sur l'écran l'invitant à se rendre à l'enregistrement manuel, ou d'une intervention physique de gardes de sécurité ou du personnel d'aéroport, la seconde option étant plus stigmatisante. Toutefois, cet élément n'est pas précisé

Plusieurs raisons justifient sa sélection, dont son nom. Ce nom fait partie de son identité, d'origine arabe/moyen-orientale. Un nom peut suggérer l'origine nationale ou ethnique d'une personne, mais sans certitude. Par conséquent, une pratique de sélection basée sur le nom constitue une discrimination indirecte, et dans le cas d'espèce la majorité des gens portant ce type de nom seront probablement d'origine arabe ou moyen-orientale. Par ailleurs, les personnes portant ce type de nom peuvent être d'origine ethnique et nationale différente (notamment les personnes d'ascendance iranienne et arabe). La sélection selon le nom ne constitue donc pas une discrimination directe, mais bien indirecte.

L'affaire ne fait pas explicitement référence à la religion. Les contrôles de sécurité se justifiaient probablement par la crainte d'attentats terroristes, en particulier perpétrés par des fondamentalistes islamistes. De plus, la plupart des personnes d'origine arabe ou moyen-orientale sont musulmanes, la sélection de voyageurs provenant de ces régions signifiant également que davantage de musulmans seraient renvoyés à l'enregistrement manuel. Toutefois, afin d'établir la discrimination indirecte, la personne d'une religion ou d'une conviction donnée doit être particulièrement désavantagée, en vertu de la proposition de directive et du droit norvégien. Le renvoi de l'enregistrement automatique à l'enregistrement manuel ne répond pas nécessairement à ce critère, et l'on pourrait arguer que tant que l'affaire est envisagée sous l'angle de la discrimination indirecte fondée sur l'ethnie, les aspects religieux ne seraient pas envisagés, en particulier si les aspects ethniques sont plus facilement démontrables/justifiables.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

La sécurité des passagers de la compagnie aérienne constituerait un objectif légitime. Il serait ardu pour un organisme de promotion de l'égalité d'écarter le risque terroriste déterminé par les services d'information nationaux, rendant difficile l'évaluation de la proportionnalité et de la nécessité des moyens de parvenir à ce but de sécurité. Le gouvernement ne peut, pour des raisons de sécurité, dévoiler les éléments justifiant cette évaluation du risque.

En vertu du droit norvégien, une loi récemment adoptée prévaut sur une autre plus ancienne, et s'il n'existe pas de preuves suffisantes permettant d'établir une violation des droits humains du plaignant, on pourrait conclure que la nouvelle législation antiterroriste prévaudrait. On peut donc conclure à l'existence d'une justification objective, ou du moins d'une exception en vertu d'une législation surpassant l'autre.

L'exception envisagée à l'article 2.8 de la proposition de directive s'appliquerait si l'on envisage l'affaire comme une discrimination indirecte fondée sur la religion. Le critère est que les mesures soient formulées en droit national. Les requêtes générales du gouvernement ne correspondent pas à ce critère, sauf si elles ont une base légale.

Les mesures nationales fondées sur la sécurité publique et la prévention des infractions pénales ne sont pas du ressort de la Communauté, et il nous semble donc que ces mesures et ces réglementations prévaudraient sur la directive sur la race, même si elle n'envisage pas la même exception que l'article 3 de la proposition de directive : « Dans les limites des compétences conférées à la Communauté... »

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

Toute justification objective ou exception empêcherait l'instruction de l'affaire.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Si l'on conclut à une discrimination, le médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination ferait une déclaration et demanderait à la compagnie aérienne de donner compensation au plaignant. Si la compagnie aérienne rejetait sa responsabilité, le plaignant pourrait agir en justice.

## Slovaquie

*Réponses fournies par le Centre national slovaque pour les droits humains*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la directive sur la race 2000/43/CE et de la loi n°365/2004 coll. sur l'égalité de traitement dans certains domaines et sur la protection contre la discrimination, modifiant et complétant certaines autres lois (« loi de lutte contre la discrimination »), transposant la directive sur la race dans le droit national. La loi de lutte contre la discrimination interdit toute discrimination fondée sur le sexe, la religion ou les croyances, l'origine raciale, nationale ou ethnique, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, le statut marital et familial, la couleur de peau, la langue, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la propriété, l'ascendance ou d'autres statuts.

En matière de discrimination religieuse et d'application de la proposition de directive, le lien étroit entre les raisons du renvoi à l'enregistrement manuel et la religion du plaignant (ou l'effet négatif sur les personnes d'une religion ou de croyances données) devrait être démontré.

Si la seule raison du renvoi vers l'enregistrement manuel était la vérification des documents du plaignant, l'affaire ne s'inscrirait pas dans la portée de l'article 3.2 de la directive sur la race. Cependant, la conduite du personnel de XYZ ainsi que l'argumentation selon laquelle le nom du plaignant avait une origine arabe/moyen-orientale, indiquent qu'il ne s'agit pas là de la raison première.

**2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Le Centre national slovaque pour les droits humains (CNSDH) serait compétent pour émettre une opinion d'expert, apporter une assistance juridique au plaignant, le représenter en justice ou proposer ses services de médiateur.

En cas d'action en justice, le tribunal de district est compétent pour connaître de l'affaire. Les parties à la procédure de violation du principe d'égalité de traitement peuvent également être représentées par des entités juridiques :

- a) ayant autorité en vertu d'une législation distincte, ou
- b) dont les activités visent ou apportent une protection contre la discrimination.

**3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

La réponse à cette question dépend de l'évaluation du critère portant sur le nom du passager. S'agit-il apparemment d'un critère neutre ou le nom de la personne est-il si étroitement lié à la race et à l'origine ethnique de la personne qu'il constitue une discrimination directe ? Et quelle est la relation entre le nom et la nationalité de la personne ?

Puisque nous ignorons si toute personne portant un nom d'origine arabe/moyen-orientale se voit refuser l'accès à l'enregistrement automatique et au vu du multiculturalisme prévalant dans la société actuelle, l'affaire sera considérée comme une discrimination indirecte. Le plaignant n'a pas avant tout été renvoyé à cause de son origine raciale ou ethnique ou de sa religion mais à cause des critères utilisés pour le profilage des réservations (le nom du passager n'étant pas d'origine scandinave ou britannique connue, mais d'origine arabe/moyen-orientale, son itinéraire, les conditions de paiement et la date de l'achat du billet), qui désavantagent les personnes d'appartenance raciale ou ethnique ou de confession particulières (incapacité d'accéder à l'enregistrement automatique de la compagnie aérienne XYZ), par rapport à d'autres personnes (XYZ ayant elle-même souligné que les passagers à destination de la Grande-Bretagne ayant payé leur billet avec une carte appartenant à autrui n'étaient pas tous renvoyés à l'enregistrement manuel).

Les critères utilisés semblent neutres, étant appliqués au même titre à tous les passagers se rendant en Grande-Bretagne via la compagnie aérienne XYZ, mais sont susceptibles d'avoir un effet plus négatif sur les passagers d'origine raciale ou ethnique ou de confession particulières.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

Le paragraphe 2a.3 de la loi de lutte contre la discrimination dispose : « La discrimination indirecte concerne une disposition, une décision, une instruction ou une pratique apparemment neutre désavantageant une personne par rapport à une autre ; il n'y a pas de discrimination indirecte s'il s'agit d'une disposition, d'une décision, d'une instruction ou d'une pratique objectivement justifiée par un objectif légitime et si cette disposition, décision, instruction ou pratique est appropriée et nécessaire afin d'atteindre cet objectif. »

La lutte contre le terrorisme et la prévention des infractions peuvent être considérés comme des buts légitimes, mais il s'agit alors de déterminer la proportionnalité et la nécessité des mesures utilisées dans le profilage des réservations. Nous ne disposons que d'informations partielles sur les vraies raisons du renvoi à l'enregistrement manuel, ainsi que sur les critères utilisés, mais si la discrimination est présumée, la compagnie aérienne XYZ devra prouver l'absence de violation du principe d'égalité de traitement.

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

En vertu du § 2a.4 de la loi de lutte contre la discrimination, le harcèlement constitue toute conduite créant ou pouvant créer un environnement intimidant, hostile, gênant, humiliant, dégradant, irrespectueux ou offensant, dont l'intention ou la conséquence est ou peut être la violation de la liberté ou de la dignité humaine de la personne. Dans le cas du plaignant, nous pouvons présumer que la conduite du personnel de la compagnie aérienne XYZ n'est pas intentionnelle, mais aucune autre information ne suggère une violation de sa liberté ou de sa dignité humaine.

L'instruction de discriminer signifie une action constituant un abus d'une position subordonnée d'une personne dans un but de discrimination contre une autre personne (article 2a paragraphe 6 de la loi de lutte contre la discrimination). Puisque l'on ignore comment s'est déroulé le profilage et l'évaluation globale qui en découle motivant le renvoi à l'enregistrement manuel, le cas d'espèce ne répond pas aux exigences requises pour l'établissement de cette forme de discrimination.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu du paragraphe 9 de la loi slovaque de lutte contre la discrimination, le plaignant peut demander à ce que la personne ayant enfreint le principe d'égalité de traitement soit empêchée de récidiver et, si possible, remédie à la situation illégale ou apporte une satisfaction appropriée. Si cette satisfaction s'avérait insuffisante, en particulier lorsque la violation du principe d'égalité de traitement a considérablement porté atteinte à la dignité, au statut social et au fonctionnement social de la victime, celle-ci peut également réclamer une réparation monétaire pour dommages moraux.

## Suède

*Réponses fournies par le médiateur en charge de l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée des textes suivants :**

- **la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et sa mise en œuvre dans la législation nationale en matière de discrimination fondée sur la race.**
- **la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans le contexte de la fourniture de biens, de facilités et de services (discrimination fondée sur la religion).**
- **toute législation nationale liée à la discrimination fondée sur la religion.**

L'affaire s'inscrit dans la portée des articles 2.2 a) et 3.1 h) de la directive sur la race 2000/43, ainsi que de la loi suédoise sur la discrimination (code législatif suédois 2008:567, chapitre 1, section 1 et chapitre 2, section 12).

Elle peut également s'inscrire dans la portée de la proposition de directive, la référence à l'origine arabe/moyen-orientale du nom du plaignant pouvant être liée à la religion islamique. La loi suédoise sur la discrimination (chapitre 1, section 1 et chapitre 2, section 12) couvre la religion et les autres croyances.

L'ethnie ou la religion de la personne n'est pas claire mais cela n'a pas beaucoup d'importance car même une supposition non fondée sur la personne constituant un type spécifique de discrimination protégée enfreint la directive et la législation suédoise. XYZ n'ayant pas directement fait référence à la nationalité pour justifier le traitement moins favorable du plaignant, on peut conclure que l'exception de l'article 3.2 ne s'applique pas.

## **2. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes, mais également d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante (art. 7 et 12 de la proposition de directive ; art. 7 et 13 de la directive sur la race).

En Suède, le médiateur en charge de l'égalité supervise le respect de la loi sur la discrimination (ainsi que de la loi sur le médiateur en charge de l'égalité). Le médiateur a le droit de représenter un particulier comme partie à une action en réparation pour violation de la législation de lutte contre la discrimination. Les actions doivent être portées devant le tribunal de district.

Les organisations sans but lucratif et les organisations d'employés peuvent agir en justice au nom d'un particulier, en vertu de la loi sur la discrimination, chapitre 6, section 2.

Un particulier peut également introduire une action en son propre nom devant le tribunal de district pour violation de la législation de lutte contre la discrimination.

## **3. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race, l'origine ethnique ou la religion (dans votre droit national) ?**

Si l'affaire va aussi loin, elle sera portée devant les tribunaux. Toutefois, il est probable que le médiateur qualifie ce cas de discrimination directe fondée sur l'ethnie et la religion. Les juridictions parviendraient probablement à la conclusion que ce comportement enfreint le droit suédois.

La partie adverse objecterait probablement avant tout en affirmant que le comportement ne constituait pas un traitement moins favorable. Cette objection pourrait être acceptée si le traitement moins favorable était formulé comme dans la question, à savoir que la personne a été contrainte d'utiliser l'enregistrement manuel et non l'automatique. Un tribunal pourrait conclure que la situation n'engendre pas les inconvénients propres à un traitement moins favorable au sens de la loi.

Si le traitement moins favorable avait consisté en des contrôles de sécurité supplémentaires, ce type d'objection ne serait en revanche probablement pas admis.

Il ne s'agit pas dans le cas d'espèce d'une discrimination indirecte, la règle à l'origine des contrôles de sécurité renforcés pouvant difficilement être qualifiée d'apparemment neutre.

La partie adverse pourrait protester que les règles sont neutres, tous les terroristes suspectés (quelle que soit leur ethnie) devant se soumettre à des contrôles de sécurité renforcés. Un nom à consonance musulmane suscitant automatiquement la suspicion, il est néanmoins peu probable qu'un tribunal conclue à la neutralité de la règle.

Toutefois, le médiateur est actuellement impliqué dans une affaire similaire sur une qualification de discrimination indirecte. La partie adverse dans le cas d'espèce est Western Union, une entreprise soumettant à des contrôles de sécurité renforcés des clients qui (lors des transferts de fonds à des résidents de pays tiers) fournissent un nom correspondant en tout ou en partie à une liste de noms suspectés de coopération terroriste.

Les noms étant majoritairement « occidentaux » dans le cas de Western Union, le médiateur n'a pas qualifié l'affaire de discrimination directe. Le médiateur a au contraire déterminé que le traitement concerné constitue une discrimination indirecte, un nombre disproportionné de personnes affectées étant en pratique musulmanes ou présumées telles. La discrimination ethnique est également établie. Le médiateur souligne également que même si l'objectif est légitime, à savoir la lutte contre le terrorisme, les procédures sont peu probablement adaptées ou nécessaires.

**4. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou la religion, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Si oui, veuillez fournir l'information sur cette justification ou exception en vertu de votre législation nationale.**

Il n'y a pas de justification objective, à moins qu'il soit établi que les agissements d'XYZ sont adaptés et nécessaires afin d'atteindre l'objectif mentionné par la compagnie, à savoir entre autres « des raisons de sécurité ». La compagnie n'a pas présenté d'étude ou d'autre preuve le démontrant. Il est peu probable qu'un traitement moins favorable justifié uniquement par le nom de la personne puisse être considéré comme adapté ou nécessaire pour des raisons de sécurité.

En ce qui concerne l'article 2.8 de la proposition de directive, XYZ doit apporter la preuve de la nécessité de sa pratique pour la sécurité publique et justifier que les moyens mis en œuvre sont appropriés et nécessaires.

Il n'existe pas d'exception à la règle interdisant la discrimination directe.

L'importance d'une loi suédoise tombant potentiellement sous le coup du paragraphe sur les exceptions de l'article 2.8 de la proposition de directive est difficile à expliquer sans savoir ce qu'en serait le contenu.

Toutefois, si nous supposons que cette législation dispose explicitement que toutes les personnes portant un nom à consonance musulmane doivent se soumettre à des contrôles de sécurité renforcés en ce qui concerne les vols commerciaux, il est probable que la compagnie aérienne ne soit pas considérée comme responsable aux yeux de la loi.

Il est très improbable qu'une telle loi soit adoptée par le parlement suédois, car elle violerait l'interdiction constitutionnelle de toute discrimination. Si cela était néanmoins le cas, l'État pourrait être poursuivi, la loi constituant une « injonction de discriminer ».

Plus généralement, les lois formulées réglementant l'obligation de renforcer les contrôles de sécurité ne suffiraient pas à dédouaner la compagnie aérienne, ces contrôles étant basés presque exclusivement sur des suppositions à l'encontre d'une ethnie ou d'une religion particulière.

**5. Toute autre forme de discrimination pourrait-elle être autorisée dans votre droit national, par exemple des injonctions de discrimination ou le harcèlement, fondés sur la race ou sur la religion ?**

Ce type d'action gouvernementale pourrait être considéré comme une injonction de discriminer (voir ci-dessus). Le traitement concerné constituerait également un harcèlement si la compagnie aérienne XYZ déclarait par exemple lors de l'enregistrement qu'un contrôle de sécurité supplémentaire est nécessaire à cause du nom à consonance musulmane.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu de la législation suédoise de lutte contre la discrimination, une personne coupable de discrimination sera redevable de dommages et intérêts pour violation de l'intégrité. Le médiateur en charge de l'égalité pourrait demander réparation au nom du plaignant devant le tribunal de district. Le médiateur a avant tout le devoir de tenter de parvenir à un accord avec la partie adverse.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2009, l'action en réparation pour discrimination a été introduite dans la législation. Cette mesure remplace en partie le concept traditionnel de dommages et intérêts. L'idée est de permettre à la victime d'obtenir une réparation plus importante en cas d'infraction à la législation de lutte contre la discrimination.

## Annexe 2

# Réponses des pays à l'étude de cas sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

## Autriche

*Réponses fournies par le médiateur pour l'égalité de traitement*

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'Autriche est un État fédéral où, selon le sujet et la localité, l'autorité législative est détenue par l'État fédéral ou les Länder. En général, le droit fédéral en matière d'égalité de traitement ne s'applique pas dans les matières du ressort de l'un des neuf Länder. Les Länder ont bien entendu la même obligation que l'État fédéral de mettre en œuvre les directives en vigueur dans leur zone de compétence.

Au niveau fédéral, l'Autriche s'est contentée de mettre en œuvre les directives déjà existantes (2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE). Cependant, certains Länder ont été plus loin, en interdisant tout type de discrimination au sens de l'article 13 du Traité CE dans tous les domaines mentionnés dans la directive 2000/43/CE.

En vertu de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Länder, ce cas s'inscrit dans la portée de la législation fédérale sur l'égalité de traitement. La loi fédérale sur l'égalité de traitement prohibe en effet toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'emploi et les professions (selon la directive 2000/78/CE) mais pas en matière de biens et de services. À l'heure actuelle, des négociations sont en cours pour amender la loi sur l'égalité de traitement, pour entre autres y intégrer une disposition sur l'égalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle en matière de biens et de services.

### **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

***Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.***

L'affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive, car celle-ci couvre la protection sociale (y compris les soins de santé), ainsi que les services (article 3 de la proposition de directive) et prohibe toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans ces deux domaines.

La proposition de directive porte sur les biens et les services au sens du Traité CE. Selon l'article 50, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne de justice (C-157/99 Smits, C-45/93 Commission européenne contre Espagne, C-263/86 Humbel, C-109/92 Wirth), le terme service ne se limite pas au secteur privé, mais couvre également les services étatiques tant

qu'ils sont envisagés au sens économique et qu'ils sont également proposés par des entreprises privées. L'offre de ces services par l'État doit au moins être solvable, à savoir couvrir les coûts.

D'un autre côté, le cas d'espèce pourrait ne pas être considéré comme un service au sens du Traité CE, dans la mesure où l'État remplit ses obligations sociales, culturelles et éducatives et que ces services sont principalement financés par des fonds publics.

Dans l'affaire Smits, la Cour européenne de justice motive : « La circonstance qu'un traitement médical hospitalier est financé directement par les caisses d'assurance maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services au sens de l'article 60 du traité (devenu article 50 CE). En effet, d'une part, il convient de rappeler que l'article 60 du traité n'exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient. D'autre part, (...) les paiements effectués par les caisses de maladie dans le cadre du système de conventionnement organisé par la ZFW, fussent-ils forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunérateur dans le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique. »

La procréation est un traitement médical, qui, dans le cas d'espèce, a été proposé gratuitement en contrepartie de frais nominaux uniquement. Si l'on tient compte des arguments de la Cour européenne de justice dans l'affaire Smits, la procréation peut également être considérée comme un service.

***Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.***

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

L'autorité du médiateur pour l'égalité de traitement en matière de discrimination se limite à la portée du droit fédéral (loi sur l'égalité de traitement).

Si la proposition de directive entre en vigueur et est transposée en droit autrichien, les organisations compétentes seront probablement les suivantes (article 12 de la proposition de directive) :

Le médiateur pour l'égalité de traitement peut dans un premier temps apporter des conseils, un soutien et des informations, ainsi qu'intervenir, négocier, essayer de parvenir à un accord à l'amiable ou à toute autre solution judiciaire. Le médiateur peut également présenter l'affaire devant la Commission sur l'égalité de traitement, mais ne peut introduire une action en justice.

De son côté, la Commission sur l'égalité de traitement tranche, en matière de discrimination fondée sur la race, les violations de la loi sur l'égalité de traitement dans des procédures gratuites après avoir entendu les deux parties individuellement. La victime présumée peut soumettre l'affaire seule ou via le médiateur pour l'égalité de traitement ou d'autres représentants (tels que les ONG). La Commission pour l'égalité de traitement n'est pas compétente pour les actions en réparation. Elle se contente de prendre une décision non contraignante sur la violation de l'interdiction de discriminer et de formuler des recommandations sur l'application du droit à l'égalité.

Les juridictions civiles sont compétentes pour rendre un jugement contraignant et pour obtenir réparation en cas de violation de la loi sur l'égalité de traitement.

**4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre conjoints de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

Il s'agit de toute évidence d'une question essentielle, que l'on adopte une perspective individuelle ou de couple. En cas de discrimination directe, il faut définir la situation comparable. Peut-on comparer les couples hétéro et homosexuels en matière de procréation assistée ? Peut-on comparer des femmes individuellement, même si celles qui ne sont pas dans une relation stable ne peuvent bénéficier d'un traitement de procréation assistée ? Au vu de la jurisprudence en matière de discrimination fondée sur le sexe, la discrimination fondée sur la grossesse est clairement considérée comme directe. Cet argument pourrait-il être utilisé dans le cas d'espèce ? Doit-on définir une base de comparaison hypothétique ?

D'un autre côté, la politique semble faire référence aux couples en tant que tels, sans aucune référence aux couples lesbiens, la procréation assistée pouvant être proposée à une femme dans une relation stable (hétérosexuelle ou lesbienne) si l'autre membre du couple a donné son consentement écrit. Le couple doit par ailleurs se soumettre à une évaluation psychologique et être considéré à même de devenir parents. Cette politique, apparemment neutre, désavantage particulièrement les couples lesbiens, le Conseil de comté concerné affirmant que seule l'une des femmes peut bénéficier du traitement. D'un point de vue biologique, les deux femmes d'un couple lesbien peuvent être enceintes, alors que seul l'un des membres d'un couple hétérosexuel peut l'être. Les couples lesbiens sont donc désavantagés par cette politique.

En vertu de la disposition relative à la discrimination indirecte, il convient dans un deuxième temps de vérifier si celle-ci est objectivement justifiée par un objectif légitime et si les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires. Selon le Conseil de comté, l'objectif était de préserver des ressources médicales. D'autres conseils compétents dans d'autres zones géographiques ne semblent pas limiter la procréation assistée à l'une des deux femmes d'un couple lesbien. La Cour européenne de justice a notamment motivé, dans l'affaire Dekker, que la discrimination fondée sur le sexe ne peut être justifiée par des désavantages financiers subis par l'employeur en cas de grossesse. L'argument des coûts est en soi insuffisant pour qualifier l'objectif de légitime. Il semble dès lors difficile d'envisager l'argument de la préservation des ressources médicales comme un objectif légitime. On peut donc conclure à une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

***Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.***

L'Autriche dispose d'une loi sur le mariage ne s'appliquant qu'aux couples hétérosexuels. Ce n'est que récemment qu'une loi sur l'union civile (pour les couples homosexuels) a été rédigée. Elle entrera probablement en vigueur début 2010. Deux lois coexisteront donc, une pour les couples hétérosexuels (loi sur le mariage) et l'autre pour les couples homosexuels (loi sur l'union civile). Il n'y aura donc pas encore une égalité de fait, la loi sur l'union civile ne pouvant probablement pas être comparée à celle sur les mariages hétérosexuels. En vertu de la loi sur les droits reproductifs (*Fortpflanzungsmedizingesetz*), seuls les couples mariés et ceux dans une relation comparable au mariage peuvent, à certaines conditions, avoir accès à la procréation assistée, alors que les femmes célibataires et les couples lesbiens en sont généralement exclus.

Selon l'article 3.2 de la proposition de directive, celle-ci est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation. Si la proposition de directive entre en vigueur et est transposée en droit autrichien, cette exception s'appliquerait. Le cas d'espèce ne sera donc peut-être pas

considéré comme une discrimination au sens du droit national de lutte contre la discrimination.

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

La Convention européenne des droits de l'homme a un statut constitutionnel en Autriche. Un recours auprès de la CEDH ne pourrait être recevable qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours nationales. L'Autriche n'a pas encore ratifié le 12<sup>ème</sup> protocole, faisant de l'article 14 un droit à part entière pouvant être invoqué individuellement.

On peut outrepasser le droit au respect de la vie privée et à la vie de famille sauvegardé par la Convention européenne des droits de l'homme à condition que l'exception soit légale, qu'elle poursuive un but légitime et qu'elle soit nécessaire à la société démocratique.

Le médiateur pour l'égalité de traitement n'est pas compétent pour introduire des actions en justice. Nous ne pourrions pas assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions.

**7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

Il n'y aurait aucunes sanctions ni réparations, l'exception de l'article 3.2 de la proposition de directive s'appliquant au cas d'espèce.

## Belgique

*Réponses du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Oui. La loi belge de lutte contre la discrimination du 10 mai 2007 interdit entre autres la discrimination directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'accès et de fourniture de biens et de services au public (art. 5, §1, 1°) et de protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé (art. 5, §2, 2°).

Dans le cas suédois, il n'est pas clair si la politique du Conseil de comté limite l'accès aux services hospitaliers de procréation assistée ou « se contente » de déterminer des conditions de paiement direct ou de remboursement des frais médicaux liés à ce type de traitement dans le système public de soins de santé (voir réponse à la question 2).

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

**Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.**

Oui. La proposition de directive interdit entre autres la discrimination directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'accès et de fourniture de biens et de services au public (art. 3.1 d)) et de protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé (art. 3.1 a)).

Il ressort de la décision préliminaire de la CEJ dans l'affaire Geraets-Smits (C-157/99) qu'un traitement médical hospitalier financé directement par les caisses d'assurance maladie n'est pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services au sens de l'article 50 du Traité CE (consolidé). Le Comité économique et social européen (CESE) considère l'accès aux services reproductifs comme faisant partie intégrante des services de santé<sup>13</sup>.

Toutefois, le cas d'espèce ne concernant pas une restriction à la liberté de fourniture de services au sein de la Communauté européenne (art. 49 du Traité CE consolidé), la politique du Conseil de comté peut également être envisagée du point de vue de la protection sociale (soins de santé).

La proposition de directive est sans préjudice (i) des compétences des États membres en matière d'éducation, de sécurité sociale et de soins de santé. Elle devrait également être sans préjudice du rôle essentiel et du large pouvoir discrétionnaire des États membres pour ce qui est de la fourniture, de la commande et de l'organisation de services d'intérêt économique général (considérant 11) et (ii) des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation (considérant 17 et art. 3.2). Les conséquences du cas d'espèce seront examinées à la question 5.

***Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.***

***3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?***

Le Conseil d'État belge peut suspendre et annuler des actes administratifs (individuels ou réglementaires) contraires au droit en vigueur. Pour ce qui est des juridictions civiles, les conflits concernant les droits et les obligations de la plupart des systèmes de protection sociale sont du ressort du tribunal du travail. Le tribunal de première instance a une compétence résiduelle (réparation).

Le mandat juridique large du CECLR en tant qu'organe non judiciaire indépendant inclut l'introduction et le suivi des plaintes pour discrimination, l'information, le conseil, la médiation et l'action en justice (dans les limites des lois fédérales de lutte contre la discrimination et le racisme). Dans ce type de cas, il opterait probablement pour une recommandation politique.

***4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre conjoints de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?***

Notons que l'évaluation qui suit fait abstraction de l'âge maximal de la procréation assistée, cet élément n'étant pas en tant que tel contesté dans le cas d'espèce.

Procréation assistée en Belgique

En Belgique, en vertu de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, toutes les femmes de moins de 43 ans, célibataires ou en couple, ont accès à la procréation médicalement assistée. Les centres belges de fertilité ne peuvent refuser les

---

<sup>13</sup> Opinion du Comité économique et social européen sur la proposition de directive du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement des individus sans distinction de religion ou de croyance, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (2009/C182/04).

demandes que pour des raisons médicales ou en invoquant ce que l'on appelle « clause de conscience ». Dans son avis n°27, le Comité consultatif sur la bioéthique déclare que ce refus est justifié lorsque le centre de fertilité considère que le risque futur d'« obstacles sérieux » est trop élevé pour l'enfant.

Soulignons qu'un amendement d'un parti conservateur, suggérant que la procréation assistée ne soit disponible que pour les couples homme/femme désirant un enfant dans une relation affective stable depuis au moins deux ans, a été écarté. Le ministre des affaires sociales et de la santé publique a déclaré que la loi ne visait pas à limiter la procréation assistée aux couples hétérosexuels et a fait référence à l'évolution de la société actuelle, permettant également aux couples homosexuels d'adopter. Le ministre a poursuivi en affirmant que la condition de relation affective stable est discriminatoire, car subjective et dénuée de certitude légale.

Par conséquent, toutes les femmes de moins de 43 ans, qu'elles soient célibataires ou dans un couple de sexe opposé ou de même sexe (lesbien) (à condition bien entendu que le partenaire y consente), ont en théorie accès à la procréation assistée en Belgique. Dans la pratique, certains centres de fertilité sont connus pour refuser des demandes de couples lesbiens sous couvert de la « clause de conscience ». Cependant, en vertu de la loi sur la procréation médicalement assistée, ils doivent adresser les couples à un autre centre de fertilité.

Concernant les dépenses médicales, tous les candidats à la procréation assistée couverte par le système de soins de santé belge peuvent bénéficier d'une dotation forfaitaire jusqu'à six traitements par FIV/ICSI (arrêté royal du 6 octobre 2008). En conclusion, la question de la discrimination telle que présentée dans le cas suédois ne pourrait survenir en Belgique. Bien au contraire : au lieu de partager les six traitements, les deux partenaires d'un couple lesbien (âgées de moins de 43 ans) auraient droit à six traitements chacune, soit douze traitements au total, aux frais de l'État.

#### Discrimination directe ?

La loi belge de lutte contre la discrimination définit la « distinction directe » comme la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable (art. 4, 6°). Une distinction directe ne pouvant être justifiée au sens des dispositions de la loi de lutte contre la discrimination constitue une discrimination directe (prohibée) (art. 4, 7°). La définition belge est en fait identique à celle de l'article 2.2 a) de la proposition de directive.

En principe, le concept de discrimination directe ne s'applique qu'à l'inégalité de traitement dans des situations égales ou comparables<sup>14</sup>. On pourrait arguer que puisque la politique du Conseil de comté (en vertu de laquelle seul l'un des membres d'un couple lesbien peut avoir recours à la procréation assistée, à savoir la couverture des frais médicaux y relatifs par le système de sécurité sociale) reflète une réalité biologique évidente pour les couples de sexes opposés, elle engendre une égalité de traitement « formelle ».

D'un autre côté, le principe aristotélique d'égalité implique non seulement que des situations égales soient traitées de manière égale (égalité formelle), mais également que des situations inégales soient parfois traitées de manière inégale (égalité matérielle). Le fait qu'un couple lesbien soit composé de deux partenaires biologiquement à même de concevoir rend la question de la procréation très différente de son pendant hétérosexuel. Les situations respectives peuvent donc nécessiter des traitements différents. Mais ici également, cette

---

<sup>14</sup> Bien que la CEJ ait mentionné à plusieurs reprises que la discrimination implique l'application de règles différentes à des situations comparables ou l'application d'une règle unique à des situations différentes, ce principe n'est pas étendu à la discrimination directe ou indirecte. Ce n'est que dans deux cas exceptionnels impliquant une discrimination fondée sur la grossesse (genre) que la CEJ a déclaré que le concept de discrimination directe incluait bien une interdiction de traitement égal de situations inégales (Brown, C-394/96, 30 juin 1998 ; Gomez, C-342/01, 18 mars 2004).

approche n'est pas adoptée par la jurisprudence européenne existante en matière de non discrimination, laquelle se focalise invariablement sur l'inégalité de traitement de situations comparables.

Toutefois, on peut également évaluer la discrimination supposée fondée sur l'orientation sexuelle en comparant les femmes lesbiennes et hétérosexuelles individuellement. Cependant, étant donné la condition préalable suédoise de relation stable, l'affaire doit être envisagée selon la perspective de couple. Ni le droit européen (y compris la proposition de directive) ni la Convention européenne des droits de l'homme n'exigent que les États membres adoptent une approche individuelle en matière de procréation assistée (voir ci-dessous question 5).

#### Discrimination indirecte ?

La loi belge de lutte contre la discrimination définit la « distinction indirecte » comme la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés par la loi (y compris l'orientation sexuelle) (article 4, 8°). Une distinction indirecte ne pouvant être justifiée au sens des dispositions de la loi de lutte contre la discrimination constitue une discrimination indirecte (prohibée) (art. 4, 9°). La définition belge est en fait identique à celle de l'article 2.2 a) de la proposition de directive.

Dans le cas suédois, on observe une égalité de traitement entre les couples de sexe opposé et de même sexe (lesbiens), alors que leurs situations nécessitent probablement une différence de traitement afin de parvenir à une égalité matérielle (voir ci-dessus). Plusieurs auteurs ont fait un parallèle entre le concept de discrimination directe et l'égalité formelle d'une part, et le concept de discrimination indirecte et l'égalité matérielle d'autre part. Néanmoins, il semble que, même en cas de discrimination indirecte, la CEJ limite généralement son examen à l'inégalité de traitement de situations comparables. Cette approche demeure juridiquement controversée.

Cependant, la jurisprudence en matière de discrimination indirecte suggère que la CEJ a tendance à faire abstraction de la question de savoir si les situations sont comparables, pour se focaliser sur le résultat de la disposition apparemment neutre (à savoir l'existence d'un désavantage particulier). Par conséquent, dans le cas d'espèce il pourrait suffire d'invoquer que, en théorie bien entendu, seules 50 % des lesbiennes dans une « relation stable » peuvent bénéficier de la procréation assistée (couverture par la sécurité sociale), contre 100 % des femmes hétérosexuelles dans la même situation.

Bien qu'à la lumière de l'exemple belge (voir ci-dessus), le raisonnement susmentionné apparaisse quelque peu insatisfaisant, il pourrait malgré tout appuyer la thèse de la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle dans le chef du Conseil de comté suédois.

#### **5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

***Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.***

### Justification objective

La loi belge de lutte contre la discrimination dispose qu'une distinction indirecte fondée sur l'orientation sexuelle en matière de protection sociale (soins de santé) ou de biens et de services constitue une discrimination directe (prohibée), à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (art. 7). Cela correspond à la justification de l'article 2.2 b) de la proposition de directive.

Dans le cas suédois, le Conseil de comté se préoccupe de la préservation de ressources médicales. Le considérant 11 de la proposition de directive protège les compétences des États membres en matière d'éducation, de sécurité sociale et de soins de santé. Il confirme également leur large pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de la fourniture, de la commande et de l'organisation de services d'intérêt économique général. La préoccupation du Conseil de comté peut donc être qualifiée d'objectif légitime au sens de l'article 2.2 b) de ladite proposition de directive. Le Conseil de comté estime qu'il convient de poursuivre cet objectif en instaurant une égalité formelle entre les couples de même sexe (lesbiens) et de sexe opposé, en limitant donc la procréation assistée (couverture des frais médicaux) à l'une des deux partenaires.

Cependant, aucune raison sérieuse ne semble justifier l'interdiction pour les partenaires de même sexe (lesbiennes) de se répartir les six traitements. À moins que le coût (financier) de cette répartition ne s'avère disproportionné pour la sécurité sociale ou ne génère un déséquilibre injuste entre les ressources médicales investies dans les couples de même sexe et de sexe opposé, la politique du Conseil de comté n'est pas appropriée ou du moins pas nécessaire pour parvenir à l'objectif susmentionné. Il n'y a donc pas de justification objective.

### Considérant 17, article 3.2 de la proposition de directive et arrêt Maruko de la CEJ (C-267/06)

En vertu du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive, celle-ci est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation. L'explication détaillée de l'article 3 de la proposition de directive confirme que les États membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats officiellement enregistrés pour les partenaires de même sexe, mais fait également référence à l'arrêt de la CEJ Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (C-267/07) : dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique.

De même, en vertu du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive, celle-ci est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation. Néanmoins, par analogie avec l'arrêt Maruko (§59), les États membres doivent se conformer au principe européen de non discrimination dans l'exercice de cette compétence. En droit suédois, les couples de sexe opposé et de même sexe ont un accès égal (formel) à la procréation assistée. Par conséquent, le Conseil de comté devrait dans le cas d'espèce s'abstenir de toute politique engendrant une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

En outre, dans son opinion sur la proposition de directive (2009/C182/04), le Comité économique et social européen (CESE) estime que l'article 3.2 devrait être complètement revu et que toute formulation finale devrait inclure que les législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation, doivent être mises en œuvre sans discrimination à l'encontre de quiconque, en vertu de n'importe lequel des critères protégés par la directive.

### Influence des arrêts de la CEDH Karner contre Autriche et E.B. contre France.

L'interdiction de toute discrimination en vertu de l'article 14 de la CEDH vient compléter les autres dispositions matérielles de la convention et de ses protocoles. Cet article n'est pas

indépendant, son effet se limitant aux droits et aux libertés consacrés par ces dispositions. Bien que l'application de l'article 14 de la CEDH ne présuppose pas de violation d'une ou de plusieurs de ces dispositions, et qu'à ce niveau il est autonome, il ne peut être appliqué à moins que le cas d'espèce s'inscrive dans la portée d'une ou de plusieurs dispositions en question (Petrovic contre Autriche, §22).

Dans l'affaire Karner c. Autriche, la Cour de Strasbourg a examiné la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle affectant la jouissance du droit du plaignant au respect de son foyer tel que garanti par l'article 8 de la CEDH. L'affaire concernait une disposition nationale permettant au « partenaire » d'un locataire décédé de reprendre son bail. La Cour suprême autrichienne a conclu que la notion de partenaire devait être interprétée au moment de l'adoption de la loi, dont l'intention en 1974 n'était pas d'inclure les personnes de même sexe. Bien que la Cour ait envisagé la protection de la famille au sens traditionnel, argument de poids en principe (§40), elle a conclu à une violation de l'article 14 de la CEDH associé à l'article 8, le gouvernement n'ayant pas avancé de justifications convaincantes et persuasives à la différence de traitement (§42).

La question élémentaire est de savoir si le droit national sur l'état familial et les droits à la procréation (en particulier la procréation assistée) s'inscrivent dans la portée du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CEDH. En principe, ce n'est pas le cas, l'article 8 de la CEDH ne garantissant par exemple pas le droit à l'adoption ni le simple désir de fonder une famille (Fretté contre France, §32, E.B. contre France, §41) Toutefois, dans l'affaire E.B. contre France, la Cour de Strasbourg a conclu qu'un État ayant outrepassé ses obligations en vertu de l'article 8 de la CEDH, par exemple en accordant aux célibataires le droit à l'adoption, ne peut, en application de ce droit, adopter des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (§49). La Cour a décidé que, en rejetant la demande d'adoption d'E.B., les autorités nationales avaient opéré une distinction inacceptable fondée sur des considérations relevant de l'orientation sexuelle (§96).

Par analogie, un État permettant aux couples de même sexe (lesbiens) de solliciter une procréation assistée ne peut, dans l'application de ce droit, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 de la CEDH. En tenant compte des décisions récentes de la Cour de Strasbourg sur la discrimination indirecte (D.H. et autres contre République tchèque notamment), le Conseil de comté suédois a peut-être bien violé l'article 14 en conjonction avec l'article 8 de la CEDH.

#### En conclusion

La discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle peut être avancée dans le cas d'espèce et aucune raison sérieuse ne semble justifier l'interdiction pour les partenaires de même sexe (lesbiennes) de se répartir les six traitements de procréation assistée.

Cependant, à la lumière de la loi belge sur la procréation médicalement assistée, cet argument demeure insatisfaisant, car il ne soulève pas la question sous-jacente des droits individuels.

À l'instar de l'ancien ministre des affaires sociales et de la santé publique, le CECLR estime que la condition juridique préalable d'une « relation stable » est un critère subjectif n'offrant aucune certitude juridique. Mais à ce jour, ni le droit européen ni la Convention européenne des droits de l'homme n'exigent que les États membres adoptent une approche individuelle en matière de procréation assistée, comme c'est le cas en Belgique.

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

Voir réponse à la question 5. Le CECLR n'a pas de mandat de protection des droits humains en tant que tel, mais peut bien entendu tenter d'utiliser cet argument légal afin de renforcer

une plainte pour discrimination dans le cadre des lois belges de lutte contre la discrimination et le racisme.

**7. *S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?***

En Belgique, sont nulles toutes les dispositions contraires à la loi du 10 mai 2007 de lutte contre la discrimination, de même que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis. Notons que la loi de lutte contre la discrimination ne peut être invoquée en cas de différence de traitement établie par une autre loi ou en exécution de celle-ci (ce qui ne semble cependant pas être le cas ici).

Lorsqu'une discrimination a lieu en dehors du domaine de l'emploi, les victimes peuvent réclamer le montant forfaitaire de 650 € en indemnisation du préjudice moral subi. Ce montant est porté à 1 300 € selon la gravité du dommage ou dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination. Les victimes peuvent également tenter de prouver le préjudice réel (matériel et moral) subi.

Dans le cas d'espèce, les plaignants devraient probablement avant tout introduire une action en annulation à l'encontre de la décision de l'autorité administrative devant le Conseil d'État.

# Grande-Bretagne

Réponses fournies par la Commission pour l'égalité et les droits humains

## **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Les principales législations britanniques régissant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services sont les réglementations sur l'égalité (orientation sexuelle) de 2007.

L'affaire s'inscrit dans la portée de la loi de lutte contre la discrimination du Royaume-Uni, l'article 4 des réglementations de 2007 sur l'égalité (orientation sexuelle)<sup>15</sup> apportant une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture et l'accès aux biens, aux facilités et aux services. En vertu de l'article 46 de la loi sur l'égalité, il est illégal pour toute personne fournissant des biens, des facilités et des services au public ou à une partie de ce public de discriminer toute personne désireuse d'obtenir ou d'utiliser ces biens, ces facilités et ces services.

Au Royaume-Uni, il n'existe aucune interdiction, législative ou autre, d'accès aux technologies de procréation assistée par des personnes célibataires, gays ou lesbiennes. La loi sur la fécondation humaine et l'embryologie de 1990 ne prévoit rien en la matière, mais il existe cependant deux limites pratiques. Tout d'abord, de nombreuses cliniques ne proposent pas le traitement à certains ou tous ces cas. En effet, au Royaume-Uni, toute personne, quelle que soit son orientation sexuelle ou son état marital, a le droit de procréer et d'avoir le cas échéant recours aux techniques de procréation assistée afin d'atteindre cet objectif. Le Royaume-Uni ne peut donc refuser l'accès aux gays et aux lesbiennes aux techniques de procréation assistée. L'accès à une technique particulière dépend de l'accès accordé aux homosexuels mariés ou non mariés et de la liberté des cliniques privées de discriminer les gays et les lesbiennes en ne les acceptant pas. Au Royaume-Uni, les personnes mariées ou non y ont accès et la discrimination contre les gays et les lesbiennes dans ce secteur est prohibée par la loi.

La question de la discrimination à l'accès aux techniques de procréation assistée n'a pas encore été portée devant les tribunaux. Par conséquent, l'aboutissement d'un tel recours ne peut être garanti. Par ailleurs, en vertu de l'article 13.5 de la loi de 1990, les cliniques doivent envisager le « bien-être de l'enfant », ce qui justifie parfois le refus de traitement en raison des circonstances sociales des futurs parents, notamment leur orientation sexuelle et/ou leur état marital.

## **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

***Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.***

En vertu de la législation britannique, l'article 29 de la loi sur la discrimination sexuelle de 1975 dispose que la fourniture de services s'inscrit dans cette portée, ainsi que quelques exceptions à cette interdiction de discriminer une femme dans la fourniture de services par toute profession ou toute autorité locale ou publique. Les traitements pour l'infertilité,

---

<sup>15</sup> Réglementations sur l'égalité (orientation sexuelle) de 2007.

considérés comme médicaux, sont en effet des services tels que définis à l'article 4 de la loi sur la discrimination sexuelle, car ils sont fournis par les membres d'une profession ou d'un secteur (article 4.2 f)).

Dans l'affaire Geraets-Smits, le traitement médical a été défini comme un service et, par association, les traitements pour l'infertilité étant considérés comme des traitements médicaux, la procréation assistée, en tant que traitement médical, doit être considérée au même titre. Dans cette affaire, la CEJ a accepté que l'article 50 du traité ne nécessite pas de rétribution financière pour le service.

La jurisprudence affirme également que les activités médicales s'inscrivent dans la portée de l'article 50, sans nécessité de faire la distinction entre les soins hospitaliers ou non.

Cette décision, à l'instar de l'affaire Jany<sup>16</sup>, permet de conclure qu'à partir du moment où elle est légale dans l'État membre, une activité rémunérée constitue un service au sens des articles 49 et 50 du Traité CE, bien que dans certains États membres la gratuité d'une activité ne l'empêche pas d'être un service.

***Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.***

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

La Commission britannique pour l'égalité et les droits humains (EHRC) fournit une assistance juridique aux particuliers dans des plaintes pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et peut les représenter en justice. L'EHRC apporte également son assistance via un soutien dans l'action en justice, ainsi que l'investigation des plaintes pour discrimination. Elle peut généralement contraindre toutes les parties à se soumettre à cette investigation.

L'EHRC ne serait en revanche pas compétente pour traiter cette plainte, seuls les cours et tribunaux pouvant trancher les plaintes pour discrimination. Dans ce cas, un tribunal de comté serait compétent.

**4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre conjoints de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

Discrimination directe ?

Les réglementations britanniques sur l'égalité (orientation sexuelle) de 2007 prohibent toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle *réelle* d'une personne, sur son orientation sexuelle *supposée* et/ou sur l'orientation sexuelle de toute personne *associée*.

L'article 35 de la loi sur l'égalité de 2006 définit l'« orientation sexuelle » comme l'orientation sexuelle d'une personne à l'égard d'une personne de même sexe (gay ou lesbienne), de personnes du sexe opposé (hétérosexuelle) ou de personnes des deux sexes (bisexuelle).

La loi interdit toute discrimination directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle. L'article 3 de la loi de 2007 dispose qu'une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'autrui. Il s'agit de situations où il n'existe aucune différence matérielle et que le traitement se justifie par l'orientation sexuelle réelle ou supposée de la victime ou de quiconque qui lui est associé.

---

<sup>16</sup> Requête C-268/99

On pourrait arguer que le refus du traitement de procréation assistée à « B » ne constitue pas une discrimination directe, tous les couples étant traités de la même façon, n'ayant droit qu'à six tentatives. Toutefois, il convient de se pencher plus avant sur la situation. On peut rétorquer que les couples hétéro et homosexuels ne sont pas dans des situations comparables et qu'il faut de toute manière tenir compte de la discrimination individuelle.

« A » ne semble pas avoir été directement discriminée, car elle a bénéficié du traitement jusqu'à l'âge de 40 ans. On peut considérer que « B » a subi une discrimination directe, car elle s'est vue refuser tout traitement sur la base de son orientation sexuelle, la politique du Conseil de comté prescrivant qu'un seul membre d'un couple lesbien peut bénéficier du traitement. Seule son orientation sexuelle, à partir du moment où elle était âgée de moins de 40 ans, lui a fermé l'accès au traitement.

#### Discrimination indirecte ?

Cette affaire a plus de chances d'aboutir sur la qualification de discrimination indirecte. L'article 3.3 de la loi de 2007 définit la discrimination indirecte comme une discrimination d'une personne (B) par une autre (A) par l'application réelle ou potentielle d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique aux personnes d'une autre orientation sexuelle mais désavantagant les personnes appartenant à la même orientation sexuelle que B par rapport à autrui (s'il n'existe aucune différence matérielle dans les circonstances d'espèce) et que A ne peut raisonnablement justifier autrement que par l'orientation sexuelle de B. Cette définition s'applique même si l'impact négatif n'est pas intentionnel.

B est particulièrement désavantagée si elle ne peut bénéficier de traitements ou se répartir les six traitements avec sa partenaire.

#### **5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

La discrimination directe, si elle existe, ne peut être justifiée. Cependant, s'il s'agit d'une discrimination indirecte, celle-ci doit être objectivement justifiée. Dans le cas d'espèce, la justification de l'autorité sanitaire de l'objectif légitime semble être la préservation de ressources médicales. Cette justification ne semble pas suffisamment éclairée ni nécessaire pour justifier le refus d'accès à un traitement médical, en particulier s'il s'agit d'un événement aussi crucial que la procréation aux yeux de la plupart des cours et tribunaux. Il est peu probable qu'une juridiction considère que le manque de ressources médicales constitue une raison assez sérieuse et suffisante pour justifier le refus, en particulier s'il n'existe aucune preuve des coûts médicaux supplémentaires en jeu.

En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ». Cela signifie qu'il appartient aux États membres de décider de l'étendue des droits des couples de même sexe, tels que le mariage et les droits reproductifs. Au Royaume-Uni, le partenariat civil, comparable au mariage, est autorisé et la loi sur l'embryologie permet aux couples gays de bénéficier de ce traitement. La loi nationale protégeant dans les faits les couples de même sexe et la politique ayant été promulguée par une autorité sanitaire, considérée en droit britannique comme un organe public, elle serait soumise aux législations anti-discrimination du pays.

Les réglementations britanniques sur l'orientation sexuelle de 2007 ne modifient pas la position juridique en matière de partenariat civil (de même sexe). En vertu de la loi, les entreprises et les autorités publiques ne pourront pas discriminer les personnes mariées et les partenaires civils sur la base de leur orientation sexuelle. La loi dispose très clairement

que la différence entre un mariage et un partenariat civil n'est pas « matérielle » (article 3.4) et qu'elle ne justifie donc pas une inégalité dans la fourniture de biens, de facilités ou de services.

**Veillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.**

### **Affaire Maruko**

L'affaire s'aligne sur la disposition, dans la mesure où la neutralité de la condition (être marié) justifiant le refus de faire bénéficier la personne de la pension est particulièrement désavantageuse pour les couples de même sexe, ne pouvant se marier, et où elle enfreint le principe de non discrimination et constitue une forme de discrimination indirecte. La Cour a conclu que le refus de la pension au membre transsexuel d'un couple constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le partenaire homosexuel n'étant pas autorisé à se marier en droit national. Le fait que seuls les conjoints survivants pouvaient bénéficier de cette pension de survie était donc indirectement discriminatoire. La motivation de cette décision signifie donc que tout système juridique refusant aux partenaires gays les allocations dont bénéficient traditionnellement les conjoints serait illégalement discriminatoire, bien que l'affaire ait été avant tout remportée sur la base d'une discrimination directe, à savoir que l'octroi d'une pension à un conjoint survivant et non à un « partenaire », équivalent de l'union civile au Royaume-Uni, constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, le droit allemand considérant généralement l'union civile comme l'équivalent du mariage.

L'autre principale similitude avec la disposition du considérant 22, en vertu de laquelle « la directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent ». Ici, la Cour a conclu que l'état civil relève de la compétence nationale, mais que si dans l'exercice de cette compétence les États membres octroient des droits comparables aux couples de même sexe, ils doivent se soumettre aux principes de non discrimination.

Dans l'affaire qui nous occupe, le droit des couples de même sexe à bénéficier des traitements de fertilité ne semble pas comparable au point que ce traitement soit proposé de manière discriminatoire.

### **Karner contre Autriche**

La plainte a été introduite pour violation de l'article 14 en conjonction avec l'article 8 de la convention, pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour a conclu que, puisque la plainte portait sur l'effet négatif d'une différence de traitement supposée dans sa jouissance de son droit au respect de son foyer, l'article 14 s'appliquait.

La Cour a déclaré que les différences basées sur l'orientation sexuelle ne pouvaient être justifiées que par des raisons particulièrement sérieuses. Le gouvernement avait en effet affirmé que la disposition légale en question visait la protection du noyau familial traditionnel. Bien que la Cour ait concédé qu'il s'agissait en principe d'une raison valable et légitime pouvant justifier une différence de traitement, l'objectif était plutôt abstrait et pouvait être atteint via un grand nombre de mesures. L'arrêt poursuit en réaffirmant que la marge d'appréciation de l'État contractant était étroite, car même si le principe de proportionnalité entre les moyens et l'objectif ultime nécessitait dans le cas d'espèce les mesures adaptées audit objectif, il restait encore à prouver qu'il était nécessaire d'exclure les couples homosexuels de la portée de la législation afin d'y parvenir. La Cour estimant que le gouvernement n'avait pas avancé d'arguments soutenant une telle conclusion, ni de raisons assez convaincantes et graves justifiant l'interprétation étroite de la disposition visée, elle a conclu que la loi autrichienne sur les baux en question constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

## **E.B. contre France**

L'arrêt en question, dans la lignée de l'affaire Karner, dispose que l'exclusion d'individus de la procédure de demande d'adoption d'enfants uniquement en raison de leur orientation sexuelle est discriminatoire et enfreint la Convention européenne des droits de l'homme. L'argument du gouvernement selon lequel l'affaire échappait à la portée de l'article 8 et donc de l'article 14 n'a pas été retenu.

La Cour a observé que le gouvernement devait supporter la charge de la preuve et que son incapacité à produire des preuves statistiques sur l'orientation sexuelle connue ou déclarée des demandeurs, nécessaires à le décharger de ce poids, n'avait pas permis de brosser un tableau fidèle de ses pratiques administratives et d'établir l'absence de discrimination.

En rejetant la suggestion selon laquelle la discrimination répondait à un objectif légitime, la Cour a réaffirmé que, là où l'orientation sexuelle est impliquée, « il faut des raisons particulièrement graves pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle », comme dans l'affaire Karner.

Concernant la justification dans le cas d'espèce, B ne souhaitant que partager les six traitements, il est difficile de conclure que l'interdiction de traitement est justifiable et proportionnée. Le partage des traitements ne semble pas augmenter les coûts de manière substantielle, ne s'agissant que de tests dans le chef de B afin de s'assurer qu'elle est médicalement à même de recevoir le traitement. Les arrêts de la CEDH indiquent que des raisons graves sont nécessaires afin de justifier la discrimination et que, en l'absence de preuves évidentes, il est donc probable que la discrimination n'était pas justifiée.

***6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?***

Le cas d'espèce s'inscrit dans la portée de l'article 14, en vertu duquel la jouissance des droits et des libertés garantis par la Convention sont sans discrimination quelconque, notamment fondée sur l'orientation sexuelle, et de l'article 8, concernant le droit au respect à la vie privée et familiale. Il est probable que la plainte aboutira, qu'il s'agisse de la violation de l'article 8 ou de l'article 14, la différence de traitement pouvant difficilement se justifier.

Une plainte pour violation de la loi britannique sur les droits humains pourrait être introduite par B. Toutefois, notons que l'EHRC n'a pas le pouvoir de soutenir des particuliers dans des plaintes en matière de droits humains, à moins qu'il ne s'agisse également d'une plainte pour discrimination. La Commission pourrait cependant demander à intervenir afin de soumettre des conclusions.

***7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?***

À l'instar des affaires de discrimination fondée sur l'âge et sur la race, les sanctions doivent bien refléter la gravité et la nature de la perte et/ou du dommage et décourager des discriminations futures.

Les réparations sont dès lors principalement financières, sous la forme de réparations pour vexation ou de dommages et intérêts exemplaires.

# Chypre

Réponses fournies par le Cabinet du Commissaire à l'administration (médiateur)

## **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Il n'existe actuellement pas de législation anti-discrimination dans la portée de laquelle le cas d'espèce pourrait directement s'inscrire. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est directement interdite par la loi, mais uniquement en matière d'emploi.

Il n'existe pas non plus de législation sur la procréation assistée. Toutefois, il existe un système spécial, approuvé par le Conseil des ministres, en vertu duquel les couples peuvent bénéficier d'une assistance financière pour la fécondation in vitro. Ce plan ne fait aucune référence aux couples homosexuels et, dans sa formulation, mentionne que seuls des couples hétérosexuels sont éligibles.

## **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

***Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.***

En tenant compte de l'explication/clarification du « mémorandum explicatif » de la proposition de directive, et du fait que notre législation nationale ne reconnaît pas les mariages ou les partenariats enregistrés de couples de même sexe, notre avis préliminaire est qu'à Chypre, cette affaire ne s'inscrirait pas dans la portée de la directive.

Plus spécifiquement, nous renvoyons à l'explication de l'article 3, au paragraphe 5 du mémorandum, lequel dispose :

« Le texte indique clairement que les questions concernant l'état matrimonial ou familial, y compris l'adoption, ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Cela inclut les droits en matière de procréation. Les États membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats officiellement enregistrés. Toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique. »

***Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.***

## **3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Les tribunaux de district et l'organisme de promotion de l'égalité.

## **4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

a) Nous estimons qu'il y a discrimination indirecte à l'encontre de A et de B.

b) Oui, un traitement égal des conjoints de même sexe et de sexe opposé pourrait, en pratique, déboucher sur une discrimination indirecte à l'encontre des couples de même sexe.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

***Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.***

Comme déjà mentionné dans notre réponse à la question 2, notre législation nationale ne reconnaît pas les mariages ou les partenariats enregistrés de couples de même sexe. Par conséquent, et au vu de la décision de la CEJ dans l'affaire Maruko C-267-06, nous estimons à première vue que, à Chypre, on conclurait probablement que l'affaire ne s'inscrit pas dans la portée de la proposition de directive.

Dans l'affaire Karner contre Autriche, la Cour européenne des droits de l'homme a motivé que le « but » consistant à « protéger la famille » au sens traditionnel du terme, invoqué par le gouvernement autrichien pour justifier la différence de traitement entre « compagnons de vie » homo et hétérosexuels, est assez abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour l'atteindre. Dans le même temps, le paragraphe 41 de l'affaire dispose que « (...) non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit – en l'espèce l'article 14 de la loi sur les loyers. »

De même, dans l'arrêt L&V contre Autriche, paragraphe 45, la Cour a déclaré que les différences basées sur l'orientation sexuelle ne pouvaient être justifiées que par des raisons particulièrement sérieuses.

En outre, dans l'affaire E.B. contre France, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que, lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement.

Au vu de ce qui précède, nous serions d'avis que la disposition controversée, à savoir que seul l'un des membres d'un couple puisse avoir accès au traitement de procréation assistée, générant une discrimination indirecte à l'encontre des couples de même sexe, n'est pas objectivement justifiée. Avant toute chose, il nous semble que l'objectif de « préservation de ressources médicales » est trop abstrait et ne constitue pas une raison grave justifiant la différence de traitement. Ensuite, nous avons des réserves quant au fait que les moyens mis en œuvre soient conformes au principe de proportionnalité tel qu'expliqué par la CEJ dans Karner contre Autriche.

***5. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?***

Pas de réponse.

***6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?***

Notre législation nationale envisage des sanctions ou des réparations. Comme susmentionné, il n'existe actuellement pas de législation anti-discrimination dans la portée de laquelle le cas d'espèce pourrait directement s'inscrire.

[Toutefois, la commissaire à la tête de l'organisme de promotion de l'égalité, en cas de comportement ou de pratique discriminatoire passé ou actuel, peut imposer des amendes. Celles-ci varient selon que le comportement discriminant est prohibé par la loi ou qu'il s'agit d'un non respect des recommandations, d'ordres/décrets de la commissaire (notamment pour un décret ordonnant qu'il soit mis fin à la pratique discriminatoire dans le délai fixé par la commissaire), l'amende est de 350 £ maximum (environ 600 €). La loi impose également une amende de 50 £ (environ 85 €) pour chaque jour de non-conformité.]

## Danemark

*Réponses fournies par l'Institut danois pour les droits humains*

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Le cas d'espèce ne s'inscrit pas dans la portée de la législation danoise de lutte contre la discrimination. Toutefois, s'il concernait une entreprise strictement privée, telle qu'une clinique médicale ne bénéficiant d'aucun remboursement de l'État, il pourrait tomber sous le coup de la loi sur l'interdiction des différences de traitement fondées sur la race, etc. Cette loi interdit à quiconque dans le cadre d'une activité professionnelle ou sans but lucratif de refuser de servir ou de recevoir au même titre qu'autrui une personne en raison de sa race, de sa couleur de peau, de son origine nationale ou ethnique, de ses croyances ou de son orientation sexuelle.

### **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

**Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.**

Cette affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, en son article 3, paragraphe 1 a). Il découle de cette disposition que l'interdiction de la discrimination s'appliquera en matière de protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé. La question des biens et des services est donc secondaire.

Au Danemark, la procréation assistée fait partie du système de soins de santé, ce type de traitement étant, à l'instar d'autres États membres, subsidié par l'État à condition que certains critères soient remplis. Cependant, on pourrait également considérer que l'affaire concerne les biens et les services, en particulier s'il y a paiement direct pour le service en question. Si ce n'est pas le cas, on peut arguer qu'il ne doit pas y avoir de différence de niveau de protection contre la discrimination si le service est subsidié par l'État via perception ou directement par le consommateur. En vertu de l'affaire Geraets-Smits C-157/99 paragraphe 57, l'article 50 (anciennement 60) du Traité CE ne nécessite pas une rétribution financière pour le service. Par ailleurs, il ressort du paragraphe 53 que les activités médicales s'inscrivent dans la portée de l'article 50 du traité (anciennement article 60).

***Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.***

***3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?***

Puisque cette affaire ne s'inscrit pas dans la portée de la législation danoise de lutte contre la discrimination, les questions suivantes (3 à 7) seront envisagées comme si la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle était entrée en vigueur.

Au Danemark, seuls les tribunaux seraient compétents pour connaître d'une telle affaire.

***4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?***

Dans le cas d'espèce, il est difficile d'établir la discrimination directe ou indirecte. Je conclurais cependant à la discrimination indirecte. En effet, tous les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle, auront droit à six inséminations de donneurs, la règle étant neutre et s'appliquant à tous. Toutefois, une femme dans une relation hétérosexuelle désirant devenir mère aura toujours droit à six inséminations, sauf si elle dépasse la limite d'âge. Par contre, une femme dans une relation lesbienne désirant être la mère biologique d'un enfant n'aura droit aux six inséminations que si sa partenaire renonce au traitement. Par conséquent, l'une des femmes d'une relation lesbienne n'aura pas accès à l'insémination du fait de son orientation sexuelle.

***5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?***

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

***Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.***

La demande de transfert du traitement de A à B a été refusée par les autorités sanitaires du comté, leur politique limitant le traitement à l'un des membres du couple lesbien. Ce refus est ensuite spécifié par une référence aux ressources médicales. La signification de cette référence n'est pas claire. On suppose que la préparation de deux femmes au lieu d'une au traitement entraîne des coûts supplémentaires, mais il ne s'agit là que pure spéculation. Il convient cependant de garder à l'esprit que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne peut se justifier que par des raisons particulièrement graves, comme le montre l'affaire Karner contre Autriche, paragraphe 37.

Puisque cette affaire ne s'inscrit pas dans la portée de la législation danoise de lutte contre la discrimination, il n'existe aucune jurisprudence en la matière. Il est donc difficile d'imaginer son issue dans le système juridique danois. Je supposerais que la préservation des ressources médicales serait considérée comme un objectif légitime, mais encore faut-il que les moyens d'y parvenir soient appropriés et nécessaires.

Le considérant 17 et l'article 3 paragraphe 2 de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction

de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle n'auront aucun effet dans le cas d'espèce, l'insémination n'étant accessible qu'aux couples mariés. Si un État ne donnait accès à l'insémination qu'aux couples mariés, le considérant 17 et l'article 3.2 s'appliqueraient.

Il ressort de l'affaire Maruko que lorsqu'un État membre de l'UE reconnaît les unions de même sexe dans son droit national et leur octroie un statut juridique similaire aux couples mariés, il est discriminatoire de ne pas concéder aux unions de même sexe les mêmes droits qu'à celles de sexe opposé. D'un autre côté, lorsqu'un État membre de l'UE ne permet pas aux couples de même sexe de contracter une union comparable au mariage, il n'est pas illégal de les traiter de manière moins favorable que les couples de sexe opposé unis par le mariage.

Le texte indique clairement que les questions concernant l'état matrimonial ou familial, y compris l'adoption, ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Les États membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats officiellement enregistrés. Toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique.

**6. *Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?***

En théorie, une plainte liée au cas d'espèce serait introduite en vertu de la législation danoise en matière de droits humains, conformément aux articles 2 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH est le seul document en matière de droits humains transposé en droit danois, dans la loi n° 285 du 29 avril 1992. Elle fait donc partie de la législation danoise. Il est néanmoins difficile de déterminer si la plainte aboutirait. L'Institut danois pour les droits humains est un organe de promotion de l'égalité spécialisé en matière de race et d'origine ethnique. Il ne dispose pas de prérogatives spécifiques pour les autres types de discrimination. En tant qu'institution nationale de défense des droits humains, l'institut ne peut soutenir un plaignant dans une action ni intervenir dans celle-ci.

**7. *S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?***

Les sanctions prévues par la législation de lutte contre la discrimination seraient probablement une compensation, tout comme en vertu de la législation en matière de droits humains. Dans un arrêt de 2006 (U.2006.2766/2Ø) portant sur une infraction financière, la Haute Cour occidentale a conclu à une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de la partie défenderesse à un procès équitable dans un délai raisonnable ayant été violé. Une compensation a donc été octroyée pour violation de la convention.

# Finlande

*Réponses fournies par le Cabinet du médiateur en charge des minorités*

## **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'affaire ne s'inscrit pas dans la portée de la loi sur l'égalité, cette loi ne couvrant la discrimination dans les services de soins de santé et la fourniture d'autres services que lorsqu'elle est fondée sur l'origine ethnique.

La loi sur le statut et les droits des patients consacre le droit d'un patient à bénéficier de soins de santé sans aucune discrimination. En vertu de sa section 3, paragraphe 1 : « Toute personne séjournant de façon permanente en Finlande a le droit, sans aucune discrimination, de bénéficier des soins de santé et médicaux requis par son état de santé dans les limites des ressources disponibles à ce moment pour les soins de santé... » Paragraphe 2 : « Le patient a le droit de bénéficier de soins de santé et médicaux de bonne qualité. Ces soins doivent être dispensés de manière à ne pas violer sa dignité humaine, ses convictions et sa vie privée. » Paragraphe 3 : « La langue maternelle, les besoins individuels et la culture du patient doivent être pris en compte dans la mesure du possible, dans la fourniture de soins et autres traitements. » Cependant, voyez ci-dessous la définition des soins de santé.

L'interdiction de la discrimination par le code pénal couvre également, entre autres, les services proposés au public et l'exercice de l'autorité officielle ou autres fonctions publiques. La discrimination est également prohibée par le chapitre 2, section 6 de la Constitution : « ... Personne, sans raison acceptable, ne sera traité différemment d'autres personnes en raison de son sexe, de son âge, de son origine, de sa langue, de sa religion, de ses convictions, de ses opinions, de son état de santé ou de toute autre raison concernant sa personne... »

Le traitement de fertilité assistée n'est considéré comme un soin de santé ou un soin médical que s'il est administré pour des raisons médicales. Les travaux préparatoires de la loi sur le traitement de fertilité assistée contiennent une déclaration d'opposition à la proposition, selon laquelle les soins de santé publique (sécurité sociale) ne peuvent être administrés que pour des raisons médicales. Le traitement de femmes célibataires ou lesbiennes ne peut être motivé par des raisons médicales. Par conséquent, les bénéficiaires du traitement le paieraient après l'entrée en vigueur de la législation. En d'autres termes, le traitement administré aux lesbiennes est considéré comme un service et une activité à caractère commercial (article 50 du Traité CE).

La loi sur le traitement de fertilité assistée utilise le mot « fournisseur de services » et définit le terme comme « une unité de soins de santé et un médecin détenteur d'une licence au sens de la section 24 ». La signification des « services de soins de santé » mentionnés dans la loi sur l'égalité (non applicable en l'espèce, comme mentionné ci-dessus) est très large. Les travaux préparatoires de la loi comportent de nombreux exemples de la signification du terme (services de soins de santé réglementaires, conseils sur les soins de santé, soins de santé spéciaux, etc.). C'est également le cas de la jurisprudence portant sur le Traité CE (l'affaire Geraets-Smits), laquelle établit qu'un traitement médical hospitalier financé directement par les caisses d'assurance maladie n'est pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services au sens de l'article 60 du traité (devenu article 50 CE). Selon cet arrêt, le traitement doit être considéré comme normal dans le secteur professionnel concerné. En Finlande, les couples de même sexe et les femmes célibataires ne bénéficient du traitement que via des entreprises privées, les services publics de soins de santé ne proposant ces services que pour des « raisons médicales ». Les bénéficiaires du traitement doivent donc payer le service de leur poche.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

***Pour les questions 1 et 2, veuillez envisager votre législation nationale, le Traité de la Communauté européenne (consolidé) et la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99) sur la question de la qualification de la procréation assistée comme un service et/ou un soin de santé.***

L'affaire s'inscrit clairement dans la portée de la proposition de directive. La proposition de directive couvre les soins de santé et l'accès et la fourniture de services en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

***Pour les questions 3 à 5 ci-dessous, si une législation nationale de lutte contre la discrimination s'applique au cas d'espèce, veuillez structurer votre réponse en deux parties : tout d'abord votre législation existante et ensuite la proposition de directive.***

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

L'affaire pourrait être introduite devant une juridiction pénale, mais elle n'aboutirait pas forcément, au vu des exigences concernant l'intention, etc.

Le médiateur en charge des patients dans l'unité de soins de santé en question peut aider un patient insatisfait des soins de santé ou médicaux reçus, afin de soumettre une objection auprès du directeur responsable des soins de santé de l'unité en question. Le médiateur en charge des patients peut notamment agir en faveur de la promotion et de la mise en œuvre des droits de patients.

Le médiateur en charge des minorités n'a pas le pouvoir de traiter les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

**4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

En Finlande, le cas d'espèce ne s'inscrit pas dans la portée de la loi sur l'égalité dans sa forme actuelle.

La loi sur le traitement de fertilité assistée (1237/2006) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007. En vertu de sa section 2 (définitions) : « Au sens de la présente loi 1) par couple, on entend une femme et un homme vivant ensemble dans les liens du mariage ou dans une relation comparable ; 2) par personne bénéficiant d'un traitement, on entend un couple ou une femme non mariée ou n'étant pas dans une relation comparable au mariage. » Cela signifie que les membres d'un couple lesbien tels que A et B seraient individuellement traités comme « personne bénéficiant d'un traitement ». Elles seraient comparées avec une femme mariée ou dans une relation comparable au mariage et non avec un couple hétérosexuel.

La loi traite les personnes différemment selon leur statut marital et leur orientation sexuelle. Les conditions préalables sont un peu plus strictes pour les couples de même sexe et les femmes non mariées ou n'étant pas dans une relation comparable au mariage (quelle que soit leur orientation sexuelle). En effet, en vertu de la section 16.2 « Les gamètes d'un donneur peuvent être utilisés dans le traitement de fertilité assistée par des personnes autres que des couples avec le consentement du donneur uniquement. » Le traitement d'une « personne bénéficiant du traitement » (telle qu'une lesbienne en couple) n'est généralement pas considéré comme médicalement motivé, ce qui signifie que la personne en question doit assumer le coût du traitement.

La Commission sur le droit constitutionnel (commission parlementaire dont la fonction principale est d'émettre des déclarations sur l'examen de propositions de lois et sur la constitutionnalité d'autres questions et leur conformité aux instruments internationaux de droit humains) a émis son avis sur la constitutionnalité du projet de loi. Concernant l'égalité, la commission a notamment déclaré que le texte applique un traitement différent selon le statut marital et, en partie, l'orientation sexuelle. La conclusion de la commission était néanmoins que la Constitution, et en particulier sa section 6 sur l'égalité, n'entravent pas la réglementation en question. La commission a motivé cette conclusion comme suit : « ... En tenant compte de ce que l'objectif médical du traitement de fertilité assistée est d'aider les personnes souffrant involontairement de ne pas pouvoir avoir d'enfants, le texte ne peut être considéré comme anticonstitutionnel. » Les différences (de traitement) suggérées, étroitement liées au choix de la société en matière de valeurs et au regard de la longue pratique d'interprétation de la commission, s'inscrivent dans la marge d'appréciation du législateur... »

La commission a également fait référence aux travaux préparatoires de la Constitution, selon lesquels la question de l'égalité est importante en matière d'avantages légaux ou de droits des citoyens. La commission a poursuivi en affirmant que les législations traitaient généralement les personnes différemment dans l'intérêt général accepté, par exemple dans l'intérêt de l'enfant. Le principe d'égalité ne peut imposer des limites strictes à la discrétion du législateur lorsque celui-ci tente de réglementer des matières afin de répondre aux besoins de la société d'aujourd'hui. La commission a noté qu'à condition d'être justifiée, la différence de traitement pouvait être motivée de manière constitutionnellement acceptable.

La Commission en charge du droit constitutionnel ne fait pas mention de la motivation du projet de loi et de son acceptabilité. Ce qui importe, c'est que cette question s'inscrive dans la marge d'appréciation du législateur. La justification de la différence de traitement devrait se trouver dans les travaux préparatoires de la loi elle-même, dans le projet.

Cependant, le projet de loi lui-même (la proposition par le gouvernement) se contente de spécifier que l'on entend par « couple » un homme et une femme dans un certain type de relation et par « personne recevant un traitement » un couple composé d'un homme et d'une femme ou d'une femme, bénéficiant d'un traitement en dehors du couple. Cela signifie qu'une lesbienne (célibataire, en couple ou en partenariat enregistré) pourrait bénéficier d'un traitement en tant que « personne recevant un traitement », dans des conditions préalables un peu plus strictes non applicables aux couples hétérosexuels mariés ou aux couples hétérosexuels « dans une relation comparable au mariage ».

Dans sa deuxième déclaration (après que la Commission en charge du droit eût suggéré quelques changements : qu'une femme n'étant pas dans une relation stable avec un homme ne puisse bénéficier d'un traitement, la législation devant être étroitement liée aux valeurs de la société actuelle), la Commission en charge du droit constitutionnel renvoie à des déclarations antérieures, mentionnant l'option de faire bénéficier les femmes dans un partenariat enregistré et les célibataires du traitement, même selon des conditions plus strictes. La déclaration fait également mention du fait que la législation sur les partenariats enregistrés, etc. évoluait au niveau international et que l'octroi de droits spéciaux à un homme et une femme dans les liens du mariage était justifié.

Cependant, la Commission n'a pas exclu un changement d'opinion, car « l'interprétation des lois peut évoluer avec le temps et l'interprétation de la Constitution peut faire en sorte de modifier la vision des valeurs ». Elle déclare également que la nouvelle suggestion va encore plus loin dans la différence de traitement des femmes, ce qui pose un problème en regard de la section 6 de la Constitution (relative à l'égalité). Selon elle, la première suggestion était plus en phase avec les objectifs d'égalité, mais elle n'en conclut pas pour autant que le projet de loi est contraire à la Constitution. Les suggestions de la Commission en charge du droit n'ont pas été prises en compte.

Les déclarations des autres commissions parlementaires ne comprennent pas réellement de motivations sur la légère différence de traitement des couples de même sexe et des femmes célibataires.

À mes yeux, la politique dans le cas suédois pourrait être considérée comme une discrimination directe, car elle fait directement référence aux couples lesbiens et la limitation elle-même ne s'applique absolument pas aux couples de sexe opposé. Par ailleurs, le couple en question n'a pas demandé à bénéficier de davantage de traitements que les autres. Néanmoins, la définition de la discrimination directe dans la loi actuelle sur l'égalité ne correspond pas vraiment à la situation en question. En vertu de cette loi, on entend par discrimination directe : « Le traitement moins favorable d'une personne par rapport au traitement actuel, passé ou potentiel d'autrui dans une situation comparable. » La définition ne fait référence qu'à des « situations comparables » et A et B ne sont pas dans une situation comparable aux couples hétérosexuels.

Il s'agit au moins d'un cas de discrimination indirecte. La situation de « traitement inégal dans des situations inégales » s'inscrit également dans la définition de la discrimination indirecte de la loi actuelle sur l'égalité (« qu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantage particulièrement une personne par rapport à d'autres, à moins que ladite disposition, critère ou pratique ait un objectif acceptable et que les moyens mis en œuvre soient appropriés et nécessaires à cet objectif. ») La politique semble neutre : « Seul l'un des membres d'un couple bénéficie d'un traitement ». Mais elle n'a des effets négatifs que sur les couples lesbiens et n'a aucun sens ni aucun effet négatif pour les couples de sexe opposé.

Les définitions de la discrimination directe et indirecte dans la proposition de directive sont très similaires à celles de la loi nationale sur l'égalité (qui ne couvre pas la situation en question), ce qui signifie que le même problème survient si l'on applique la proposition de directive au cas d'espèce.

Comme mentionné par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Thlimmenos contre Grèce (16.4.2000, requête n° 34369/97), il y a violation de l'interdiction de discriminer lorsque les États traitent différemment des personnes dans des situations analogues sans objectif ni justification raisonnable. Néanmoins, la Cour déclare : « Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. »

Il est difficile de déterminer si B est la seule victime de discrimination ou si le couple l'est également. B est clairement discriminée. Mais on peut également arguer que le couple est victime, les règles du Conseil de comté affectant les possibilités de A et B d'avoir un enfant en tant que couple.

Si la loi finlandaise sur l'égalité couvrait la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture de soins de santé et d'autres services, les deux femmes d'un couple lesbien seraient considérées comme « une personne recevant un traitement », conformément aux définitions de la loi sur le traitement de fertilité assistée. Cela signifie qu'un couple de même sexe n'est pas considéré comme un couple, mais comme deux femmes bénéficiant d'un traitement à l'instar d'une femme célibataire.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

***Veillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.***

Le considérant 17 et l'article 3.2 de la proposition de directive ne s'appliquent pas au cas d'espèce, la politique étant formulée par une autorité et n'étant pas établie en droit national. L'article 3 de la proposition de directive dispose que : « Toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique. »

Selon moi, il n'existe pas de justification objective ou d'exception applicable.

En Finlande, l'exception 3.2 de la proposition de directive signifie que le droit national sur les traitements de fertilité ne devrait peut-être pas être modifié en cas d'adoption de la proposition. La loi sur les partenariats enregistrés est entrée en vigueur en mars 2002. Toutefois, cette loi ne reconnaît pas les partenaires au même titre que les époux dans toutes les situations. La loi sur les traitements de fertilité ne devrait être modifiée que si la section 8 de la loi sur les partenariats enregistrés était considérée comme « reconnaissant de telles relations comme étant comparables au mariage » (voir ci-dessus l'article 3.2 de la proposition).

Section 8 :

1) L'enregistrement d'un partenariat a les mêmes effets juridiques que la conclusion du mariage, sauf disposition contraire.

2) La dissolution d'un partenariat a les mêmes effets juridiques que la dissolution du mariage, sauf disposition contraire.

3) Une disposition d'une loi ou d'un décret applicable au mariage s'applique également à un partenariat enregistré, sauf disposition contraire.

4) Une disposition d'une loi ou d'un décret applicable aux époux s'applique également à un partenaire au sens de la présente loi, sauf disposition contraire.

Les partenaires qui souhaitent enregistrer leur union devront se soumettre aux dispositions applicables aux personnes fiancées, sauf disposition contraire.

Toutefois, conformément à la jurisprudence de la CEDH, une différence de traitement est discriminatoire si elle n'a pas de justification objective et raisonnable, donc si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou qu'il n'existe pas de « proportionnalité raisonnable entre les moyens mis en œuvre et le but recherché ». Dans les travaux préparatoires de la loi finlandaise sur la fertilité, l'objectif clair n'est pas mentionné quant aux conditions préalables au traitement un peu plus strictes pour les bénéficiaires autres que les couples mariés ou les couples hétérosexuels dans des relations comparables au mariage. Selon moi, cela suggère que la législation pourrait être considérée comme discriminatoire par la Cour européenne des droits de l'homme, même si ce domaine ne s'inscrit pas nécessairement dans la portée de la législation européenne.

Influence de la jurisprudence (Karner contre Autriche, E.B. contre France et Maruko)

Karner contre Autriche : La Cour dispose (voir paragraphe 40.) « La Cour est prête à reconnaître que la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe une raison importante et légitime qui pourrait justifier une différence de traitement. (...) Il reste à examiner si, dans les circonstances de l'espèce, le principe de proportionnalité a été respecté. » Selon la proposition, tant qu'un État ne dispose pas de législation nationale reconnaissant les relations de même sexe au même titre que le mariage, le domaine n'est pas couvert par la directive. Cela signifie que si ce n'est pas le cas, aucun test de légitimité ni de proportionnalité ne peut être effectué. On pourrait arguer que la proposition ne s'aligne pas totalement sur la jurisprudence de la CEDH, le test de proportionnalité ne pouvant jamais être utilisé et la légitimité de l'exception n'étant pas motivée. Conformément à l'arrêt Karner contre Autriche, une exception devrait être basée sur une raison grave et légitime.

E.B. contre France : Cet arrêt s'aligne sur l'affaire Karner. La Cour dispose (voir paragraphe 91.): « La Cour rappelle en effet qu'une distinction est discriminatoire, au sens de l'article 14, si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé". » Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation de l'article 14 en conjonction avec l'article 8. Elle déclare que, « là où l'orientation sexuelle est impliquée, il faut des raisons particulièrement graves pour justifier une différence de traitement en matière de droits reconnus à l'article 8 ». Dans le cas d'espèce, une femme homosexuelle voulait adopter un enfant, même si sa partenaire n'était pas aussi impliquée qu'elle dans le projet d'adoption (etc.). La Cour a noté que la loi française autorisait également une femme célibataire à adopter. Elle a également déclaré que « les autorités internes ont (...) opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention ». Il s'agit de la conclusion de l'affaire, même si la Cour a observé que les États ont une large marge d'appréciation en la matière.

L'affaire suédoise peut donner à croire que la distinction fondée sur l'orientation sexuelle du couple A-B est également prohibée. Toutefois, ce n'est pas la seule forme de discrimination reconnue par la CEDH. Dans l'affaire Thlimmenos c. Grèce, la Cour affirme que le droit de jouir des droits garantis par la convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes.

Tadao Maruko : À mon sens, la proposition de directive s'inscrit dans la lignée de cet arrêt, la Cour accordant une importance au fait qu'en droit national, le partenariat de vie met les personnes du même sexe dans une situation comparable à celle d'époux. Il en va de même de l'explication de l'exception 3.2 de la proposition de directive : « Toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations... »

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

Le mandat du médiateur en charge des minorités est très large. Le médiateur pourrait assister une personne dans l'introduction d'une plainte en violation des droits humains devant la CEDH, dans le cadre de son mandat de sauvegarde du statut et des droits des minorités ethniques et des ressortissants étrangers (section 1 de la loi sur le médiateur en charge des minorités et le tribunal national de lutte contre la discrimination de Finlande, 1109/2008). Cependant, du fait de ses ressources limitées, il est peu probable que le médiateur décide d'assister une victime dans une affaire de ce type. Quant à l'issue positive d'une telle affaire, veuillez vous reporter à la réponse 5. Notez également qu'actuellement, le médiateur n'a pas de mandat en matière de minorités sexuelles. Cela signifie qu'il ne pourrait assister dans une affaire similaire au cas d'espèce que si le plaignant était étranger ou appartenait à une minorité ethnique.

Cependant, la loi sur le médiateur dispose qu'il a le droit d'apporter une aide juridique à une victime de discrimination ethnique ou une victime présumée de trafic d'êtres humains (afin de garantir les droits de cette personne), ou s'il est nécessaire d'apporter une assistance juridique à la victime, si le médiateur estime que la question est particulièrement importante pour la prévention de la discrimination ethnique ou du trafic d'êtres humains. La mention spécifique dans cette section des situations dans lesquelles le médiateur peut apporter son aide peut être entendue comme limitée aux cas de discrimination ethnique ou de trafic d'êtres humains.

Une affaire portant sur l'aspect des droits humains de la législation sur le traitement de fertilité pourrait parvenir jusqu'à la CEDH, sous la forme d'un recours contre une décision d'un fournisseur de services de se plier aux conditions préalables plus strictes pour ce type de

traitement à l'égard d'une femme célibataire et/ou lesbienne. La personne ne bénéficiant pas du traitement aux mêmes conditions qu'un couple hétérosexuel marié ou dans une relation comparable au mariage devrait épuiser toutes les voies de recours nationales avant d'introduire un recours devant la CEDH. Puisque seule la personne ne bénéficiant pas du traitement aux mêmes conditions a le droit d'introduire un recours contre une décision négative, le médiateur ne pourrait intervenir dans la procédure, sauf peut-être pour assister la victime (mais ce ne serait probablement pas le cas). Par ailleurs, en procédure nationale, il pourra être requis du médiateur de faire une déclaration devant la juridiction en tant que témoin expert.

**7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

Au vu de l'état actuel de la législation nationale, il n'y aurait aucune sanction. Il est difficile de prédire l'issue d'une procédure devant la CEDH.

## Hongrie

*Réponses fournies par l'Autorité pour l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la loi sur l'égalité de traitement, laquelle stipule, en son article 4 : « Le principe de l'égalité de traitement sera observé par des entités de fourniture de soins de santé dans l'établissement de relations, dans leurs relations, dans leurs procédures et leurs mesures (ci-après collectivement dénommées relations). » L'article 8 garantit la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui, à mon sens elle s'inscri(ra)it dans la portée de la proposition de directive, son article 2 interdisant toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et son article 3 définissant sa portée en y incluant la protection sociale (sécurité sociale et soins de santé).

Selon moi, la procréation assistée sera, dans le cas d'espèce, considérée comme une protection sociale, et plus précisément un soin de santé, au sens tant de la loi hongroise sur l'égalité de traitement que de la proposition de directive. Bien qu'en vertu de l'arrêt Geraets-Smits de 2001 C-157/99, les services de santé (même s'ils sont fournis sans contrepartie financière) sont considérés comme des services, en matière de discrimination, « soin de santé » est un terme plus précis et approprié.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En vertu de la section 76 du code civil et de la section 23 du code de procédure civile, toute infraction au principe d'égalité de traitement sera considérée comme une violation des droits inhérents et les juridictions civiles compétentes ou le tribunal métropolitain pourraient connaître de ces plaintes si cette affaire avait lieu sur le territoire hongrois.

L'Autorité pour l'égalité de traitement serait compétente en la matière, conformément aux articles 14 et 15 de la loi sur l'égalité de traitement, si l'affaire avait lieu sur le territoire hongrois.

Le médiateur en charge des minorités n'a pas le pouvoir de traiter les cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

**4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

Le cas d'espèce peut être entrevu de deux manières, aussi envisageables l'une que l'autre. Selon une approche basée sur le couple (à savoir la collectivité aspirant à devenir une famille à part entière avec enfants), il faut conclure à l'absence de discrimination directe dans le cas d'espèce. Le contraire supposerait deux groupes de couples ne se différenciant que par leur orientation sexuelle. Cependant, il existe une autre grande différence dans le cas d'espèce, puisque les couples hétérosexuels ne peuvent naturellement pas être composés de deux mères. La politique concernant les couples lesbiens ne peut à elle seule constituer une discrimination directe.

En ce qui concerne la discrimination indirecte, le seul argument serait d'affirmer qu'une disposition apparemment neutre désavantage en fait les couples lesbiens.

Toutefois, laisser les deux membres d'un couple lesbien devenir mères constituerait une discrimination positive vis-à-vis des couples hétérosexuels, impossible à mettre en place autrement que par voie législative.

D'un autre côté, si nous acceptons une approche individuelle, on peut arguer que les lesbiennes sont désavantagées, toutes n'ayant pas accès au traitement de procréation assistée. Dans le cas d'espèce, on peut aisément prétendre que celles qui n'y ont pas accès sont directement discriminées.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».***

***Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.***

Selon l'approche basée sur le couple, il ne faut pour ainsi dire pas de justification objective face aux circonstances discutées ci-dessus.

D'un autre côté, selon l'approche individuelle, il n'existe probablement pas de justification objective convaincante, une conduite non discriminatoire n'ayant aucun effet négatif financier ou psychologique et ne constituant pas une charge administrative plus lourde.

Le considérant 17 et l'article 3.2 de la proposition de directive n'ont pas d'effet dans le cas d'espèce. En effet, comme le confirme l'arrêt Maruko de la CEJ, bien que le droit européen n'exige pas la garantie de droits reproductifs ou d'un statut similaire ou égal pour les couples de même sexe, si un État membre décide d'octroyer ces droits, il devra s'abstenir de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

En vertu de l'article 3.4 de la loi hongroise 2009:29 sur les partenariats enregistrés, les dispositions concernant les procédures spécifiques de reproduction humaine ne peuvent s'appliquer aux partenaires enregistrés. Par conséquent, seuls les couples mariés (de sexe

différent par défaut, en vertu du droit hongrois), les partenaires de sexe opposé et les femmes célibataires peuvent se voir rembourser la procédure.

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

En droit hongrois, le plaignant pourrait introduire une action en violation des droits humains devant un tribunal civil, pour infraction à son droit à l'égalité de traitement. En vertu de la section 76 du code civil et de la section 23 du code de procédure civile, toute infraction au principe d'égalité de traitement sera considérée comme une violation des droits inhérents et les juridictions civiles compétentes ou le tribunal métropolitain pourraient connaître de ces plaintes si cette affaire avait lieu sur le territoire hongrois.

Notons que conformément à l'article 14.1 de la loi sur l'égalité de traitement, l'autorité, en vertu du droit d'action populaire, peut introduire une action afin de protéger les personnes et les groupes dont les droits ont été violés.

Selon l'article 18.1, sauf disposition contraire de la loi, les ONG et les organisations de représentation des intérêts, de même que l'autorité, peuvent agir à titre de représentation autorisée par la partie victime d'une infraction à la loi dans une procédure en violation du principe d'égalité de traitement.

Bien que l'autorité en charge de l'égalité de traitement puisse représenter des plaignants dans des affaires individuelles de discrimination (mais uniquement en vertu de la législation de lutte contre la discrimination), en réalité elle le fait rarement faute de ressources suffisantes.

**7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

En vertu de l'article 16.1 de la loi sur l'égalité de traitement : « Si l'autorité a établi une violation des dispositions du présent texte garantissant le principe d'égalité de traitement, elle peut :

- a) ordonner l'élimination de la situation enfreignant la loi ;
- b) interdire la poursuite de la conduite enfreignant la loi ;
- c) ordonner la publication de la décision établissant l'infraction à la loi ;
- d) imposer une amende ;
- e) appliquer une mesure juridique déterminée par un texte spécial. »

## Pays-Bas

*Réponses fournies par la Commission pour l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Oui, l'affaire s'inscrit dans la portée de l'article 1<sup>er</sup> de la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement. Cet article prohibe toute discrimination de divers types, dont l'orientation sexuelle. Cet article doit être envisagé en concordance avec l'article 7 de la loi sur l'égalité de traitement, qui interdit toute discrimination dans l'accès ou la fourniture de biens et de

services. Le paragraphe 1 c) de cet article mentionne explicitement la fourniture de biens et de services par une organisation de fourniture de soins de santé.

Si le Conseil de comté mentionné dans le cas d'espèce peut être considéré comme une institution médicale au sens de l'article 7 de la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement, l'accès aux traitements médicaux et la fourniture de ces traitements, y compris la FIV, par le Conseil de comté s'inscrit dans la portée de la fourniture de biens et de services. La Commission pour l'égalité de traitement (CGB) est parvenue à cette conclusion, notamment dans sa décision 2000-4 suivant une enquête de sa propre initiative sur la fourniture de traitements de FIV aux couples lesbiens et aux femmes célibataires par divers hôpitaux néerlandais.

Si le Conseil de comté est considéré comme une autorité (locale) et non comme un acteur privé, la CGB néerlandaise n'est pas compétente dans le cas d'espèce, car elle ne peut évaluer les politiques et les actes d'acteurs étatiques au niveau national et local (à l'exception de la race et de la protection sociale).

Les faits ne montrent pas clairement si ce cas concerne l'accès aux programmes de procréation assistée ou le remboursement des coûts d'un tel traitement. Pour la CGB, il s'agit d'une question importante, le remboursement ou le paiement de traitements médicaux étant en grande partie couvert par la législation, et la CGB néerlandaise ne pouvant évaluer si la législation est conforme à la législation sur l'égalité (à l'exception de la race et de la protection sociale). Nous renvoyons également à l'affaire Smits-Geraets de la Cour européenne de justice sur ce qui constitue ou non une fourniture de biens et de services. La question 5 contient également une réponse détaillée.

Dans ce qui suit, il sera présumé que l'affaire concerne l'accès au traitement de FIV et non le remboursement des coûts d'un tel traitement.

***2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?***

Tout à fait. L'affaire s'inscrit dans la portée de l'article 3.1 a), en conjonction de l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de directive du Conseil.

L'article 3.1 a) prohibe toute discrimination en matière de protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé.

***3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?***

Aux Pays-Bas, la Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement (CGB) serait compétente, de même que tout tribunal de district.

La CGB néerlandaise ne rend pas de décisions contraignantes et ne peut imposer de sanctions. Il n'y a pas de recours possible contre ses décisions, considérées comme des opinions d'expert sur les aspects de l'affaire qui concernent le droit sur l'égalité.

Les plaignants peuvent s'adresser à la CGB et aux juridictions. Ils peuvent entamer simultanément les deux procédures ou s'adresser à l'un des deux organes en premier. La CGB ne peut examiner une décision judiciaire. Toutefois, si l'aspect discriminatoire d'une affaire n'est pas pris en considération par les juridictions, un plaignant peut toujours s'adresser à la CGB pour qu'elle examine sa plainte pour discrimination, même si la commission ne peut imposer de mesures à l'employeur/au fournisseur de biens et de services si elle conclut à une discrimination.

La CGB ne devrait pas perdre sa compétence dans les cas de ce type avec l'entrée en vigueur de la directive du Conseil, la proposition prévoyant qu'un organisme de promotion de l'égalité de traitement garantisse les droits des individus (article 12).

**4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

Cette affaire peut être envisagée selon plusieurs points de vue, d'une approche strictement basée sur le couple à une perspective strictement individuelle.

Si l'on compare les couples lesbiens et les couples hétérosexuels sans se focaliser sur les droits des membres du couple, il n'y a pas de traitement défavorable : les couples de même sexe et de sexe opposé peuvent choisir qui recevra le traitement et les couples peuvent bénéficier du même nombre de traitements. Selon cette perspective, il n'y a pas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Cependant, on peut rétorquer que même si les deux types de couples sont traités sur un pied d'égalité, ce traitement à un effet négatif sur les couples lesbiens, l'un des deux membres n'ayant pas accès au traitement de FIV même si cela serait biologiquement possible. Les couples mixtes ne subissent pas ce désavantage. On pourrait conclure à une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

Enfin, l'affaire peut également être envisagée selon une perspective strictement individuelle, celle de chaque femme de la relation lesbienne. Selon cette perspective, on peut conclure que la moitié des lesbiennes en relation stable n'a pas accès aux traitements de FIV, alors que toutes les femmes hétérosexuelles y ont droit. Selon cette approche, on peut conclure à une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

La CGB néerlandaise n'a jamais rendu de décision sur un cas de ce type. Il est difficile de prévoir sa décision sans détails complémentaires sur l'affaire.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ? Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».**

**Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.**

La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement n'envisage pas de justification objective en cas de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

En cas de discrimination indirecte, une justification objective est possible, selon les critères de but légitime, de nécessité et de proportionnalité.

Il est difficile d'affirmer que si la CGB néerlandaise parvenait à cette conclusion dans le cas d'espèce (discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle), la discrimination indirecte serait objectivement justifiée. Cela dépend des arguments avancés par le Conseil de comté.

Dans l'affaire Maruko, il est affirmé que si un État membre octroie un statut similaire aux couples homosexuels et hétérosexuels, le traitement doit être égal à tous égards. Les couples homo et hétérosexuels doivent donc être traités de la même manière dans toutes les situations. Dans l'affaire E.B. contre France, la Cour européenne des droits de l'homme est parvenue à une conclusion similaire.

Toutefois, dans le cas d'espèce, tout dépend de la perspective adoptée. Selon une approche strictement axée sur le couple, il n'y a pas de différence de traitement à ce niveau, les deux

couples ayant le droit de recevoir 6 (ou 12 en cas de succès) traitements de FIV, quelle que soit sa nature. Selon une perspective individuelle, la réponse peut varier, comme expliqué ci-dessus.

Dans l'affaire Karner contre Autriche, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne peut être objectivement justifiée que par des raisons très graves, à l'instar de la discrimination fondée sur le sexe.

Dans le cas d'espèce, si la CGB parvenait à la conclusion que la politique du Conseil de comté génère une discrimination indirecte, le conseil devrait avancer des arguments de poids afin de justifier une telle politique. L'argument du coût, tel qu'apparemment avancé par la Conseil de comté, n'est pas aisément accepté par la CGB néerlandaise, en particulier concernant des organes publics tels que les instituts de soins de santé. Selon la CGB néerlandaise, si le coût des mesures de mise en œuvre de la législation sur l'égalité était aisément accepté comme justifiant le refus d'égalité de traitement, cette législation perdrait presque tout son sens.

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

Aux Pays-Bas, il est possible d'introduire une plainte en vertu des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les Pays-Bas ont directement incorporé cette convention dans le droit national, sans la transposer en droit national des droits humains. Les Pays-Bas ne disposent donc pas de législation spécifique en la matière. Cela ne signifie pas que les droits humains de la CEDH ne sont pas garantis, cette dernière étant directement applicable dans le pays. Et les droits de la CEDH sont garantis par de nombreux instruments juridiques, telles que la Constitution, le droit pénal et la législation sur l'égalité. Les plaignants peuvent donc directement introduire une action en vertu de ces articles.

Il n'est pas possible de s'adresser à la Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement, celle-ci se contentant d'investiguer les violations de la législation sur l'égalité. Elle n'est pas compétente en matière de droits de l'homme. Les plaignants peuvent cependant s'adresser à un tribunal de district (et en appel à la Cour d'appel et à la Cour suprême).

La Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement ne peut soutenir une telle plainte, son mandat étant une fois de plus strictement limité aux matières relatives à la législation sur l'égalité. Par conséquent, la CGB néerlandaise n'assiste pas les plaignants et se contente de les soutenir via des opinions d'experts indépendantes dans des affaires (individuelles) portées devant elle.

**7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

La législation néerlandaise de lutte contre la discrimination ne prévoit aucune sanction ou réparation imposée par la CGB. Celle-ci ne peut que formuler des recommandations non contraignantes. Ces recommandations peuvent notamment consister en des avis de modification d'une politique dans un sens donné.

Si un plaignant va en justice, le tribunal peut évidemment imposer des réparations ou des sanctions. Ces réparations ou sanctions ne sont pas fixées par la législation néerlandaise de lutte contre la discrimination, et peuvent aller du remboursement des traitements ou d'autres frais à la fourniture obligatoire du traitement.

# Norvège

*Réponses fournies par le médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination*

## **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Non. L'orientation sexuelle est une forme de discrimination qui n'est protégée que dans l'emploi. Cependant, le droit à l'insémination par donneur pour les couples lesbiens est explicitement protégé par la loi sur la biotechnologie du 1<sup>er</sup> janvier 2009.

La proposition de loi anti-discrimination complète protège notamment de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans tous les domaines de la société.

## **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Si la législation des États membres octroie aux individus, quelle que soit leur orientation sexuelle, le droit à la procréation assistée, la proposition de directive s'applique. Le droit serait alors exercé de manière non discriminatoire. Cependant, un droit à la procréation assistée ne peut émaner uniquement de la proposition de directive.

L'article 3, section 2 dispose : « Cette directive est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation. »

Le mémorandum explicatif de la section trois déclare qu'il appartient aux pays de traiter les questions de reconnaissance de l'état familial ou marital et du droit à la reproduction. « La directive n'exige donc d'aucun État membre qu'il modifie ses lois et pratiques actuelles sur ces questions. »

De plus, les remarques explicatives de l'article 3 déclarent que « le texte indique clairement que les questions concernant l'état matrimonial ou familial, y compris l'adoption, ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Cela inclut les droits en matière de procréation. »

## **3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Nous ne disposons pas de législation de lutte contre la discrimination en la matière (voir question 1 ci-dessus).

## **4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

Nous ne disposons pas de législation de lutte contre la discrimination en la matière (voir question 1 ci-dessus). Si la discrimination basée sur l'orientation sexuelle était interdite dans les services de santé, il faudrait déterminer le comparateur. S'il s'agit des couples hétérosexuels, les couples homosexuels ne seraient peut-être pas considérés comme désavantagés quant au nombre de traitements de fertilité assistée. Toutefois, au niveau individuel, les lesbiennes seraient considérées comme indirectement discriminées, la disposition neutre du nombre de tentatives pour les couples signifiant qu'un certain nombre de femmes lesbiennes ne pourraient avoir accès au traitement si leur partenaire en bénéficiait.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

**Dans votre réponse, veuillez envisager l'effet du considérant 17 et de l'article 3.2 de la proposition de directive. En vertu du considérant 17, la directive est « sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial, et notamment aux droits en matière de procréation ».**

**Veuillez également envisager l'effet des décisions suivantes : Maruko C-267/06 de la Cour européenne de Justice et Karner contre Autriche ; KB contre France de la Cour européenne des droits de l'homme.**

Nous ne disposons pas de législation de lutte contre la discrimination en la matière (voir question 1 ci-dessus).

Si un État membre n'instaure aucune exception dans sa législation nationale sur la base de l'orientation sexuelle, il y a violation de la CEDH si des distinctions sont en pratique opérées sur cette même base.

Ainsi, l'affaire Maruko porte sur l'accès tant par l'époux que par le partenaire de vie survivant à la pension de survie. La CEJ a décidé qu'on ne pouvait faire de distinction fondée sur l'orientation sexuelle pour les partenariats de vie homosexuels, la législation nationale n'opérant pas cette distinction.

Dans l'affaire Karner, le droit de conserver un bail après la mort d'un partenaire homosexuel était en question. En droit autrichien, les compagnons de vie ont le droit de conserver ces contrats, sans exception explicite pour les couples de même sexe. L'interprétation par les tribunaux autrichiens n'a pas été validée comme une justification objective.

L'arrêt E.B. contre France a conclu que l'adoption par des célibataires était légale, sans distinction d'orientation sexuelle. Les autorités appuyaient entre autres leur argumentation sur l'orientation sexuelle de l'époux, violant ainsi les droits humains d'E.B.

Lorsque les droits humains sont concernés, il convient de décider qui est la partie discriminée : A, B ou le couple AB ? Si la comparaison porte sur les couples – hétérosexuels et homosexuels – la discrimination pourrait difficilement être établie. Les couples hétérosexuels seront tenus par la même limite d'âge et un seul de leur membre sera également éligible pour l'insémination.

Cependant, si l'on considère le droit à l'insémination comme celui d'une femme à part entière, la conclusion peut être différente. Elle dépendrait alors de la législation nationale et du caractère discriminatoire de la pratique. Le droit à l'adoption ou à l'insémination artificielle ne peut émaner des seuls articles 8 et 14 de la CEDH.

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

La CEDH est transposée en droit norvégien et ses violations présumées peuvent être dénoncées devant les juridictions. La CEDH peut également être intégrée aux arguments juridiques invoqués en justice. Cependant, nous ne disposons pas d'un organisme en charge des droits humains pour le traitement de plaintes de ce type et le médiateur norvégien en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination ne peut faire respecter la CEDH en Norvège.

Il peut soutenir un plaignant dans des actions en justice portant sur l'égalité, sans pour autant le représenter officiellement. Il est peu probable que le médiateur puisse apporter son soutien aux affaires de droits humains sans aucune référence à ce sujet dans la législation anti-discrimination.

L'issue d'une procédure de ce type devant une juridiction norvégienne est difficile à prévoir, mais il ne fait aucun doute que la jurisprudence internationale revêtirait une grande importance en la matière.

**7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

Nous ne disposons pas de législation de lutte contre la discrimination en la matière (voir question 1 ci-dessus).

## Slovaquie

*Réponses fournies par le Centre national slovaque pour les droits humains*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la loi n°365/2004 coll. sur l'égalité de traitement dans certains domaines et sur la protection contre la discrimination, modifiant et complétant certaines autres lois (« loi de lutte contre la discrimination »), qui prohibe toute discrimination en matière de soins de santé.

L'article 1 de la loi de lutte contre la discrimination dispose :

(1) Conformément au principe d'égalité de traitement, est interdite toute discrimination fondée sur le sexe, la religion ou les croyances, l'origine raciale, nationale ou ethnique, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, le statut marital et familial, la couleur de peau, la langue, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la propriété, l'ascendance ou d'autres statuts.

En vertu du § 5 de la loi, le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'aux droits des personnes consacrés dans des législations distinctes, réglementant l'accès ou la fourniture de :

- a) l'assistance sociale, l'assurance sociale, les retraites, les retraites complémentaires, la sécurité sociale et les avantages sociaux,
- b) les soins de santé,
- c) l'éducation,
- d) les biens et les services, dont le logement, fournis au public par des entités juridiques et des personnes physiques, tels que les entrepreneurs.

Le principe d'égalité de traitement dans les soins de santé est également réglementé par le paragraphe 11 de la loi n°576/2004 coll. relative aux soins de santé, aux services fournis en matière de soins de santé, modifiant et complétant d'autres lois, telle que modifiée par une loi ultérieure, qui stipule :

« Le droit aux soins de santé est garanti à tous conformément au principe d'égalité de traitement dans les soins de santé exprimé dans une loi distincte (loi de lutte contre la discrimination). Conformément au principe d'égalité de traitement, est interdite toute discrimination fondée sur le sexe, la religion ou les croyances, le statut marital et familial, la couleur de peau, la langue, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale,

l'âge, la propriété, l'ascendance ou d'autres statuts. » La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle s'inscrirait dans la catégorie « autres statuts ».

Les conditions de base de la procréation assistée en droit national sont réglementées par la mesure du ministère de la santé de la République slovaque n°24/1983 déterminant les conditions de la reproduction artificielle. Selon cette mesure, l'accès à la reproduction artificielle nécessite des raisons médicales et une requête d'un couple marié (consentement écrit des deux partenaires).

Les couples de même sexe n'ont aucune reconnaissance juridique en Slovaquie. Une proposition de loi sur les partenariats de vie enregistrés des couples de même sexe a été introduite en 2001, mais elle a été rejetée.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

En tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne de justice (Geraets-Smits [2001] C-157/99, etc.), ainsi que de l'amendement 12 de la proposition, selon lequel : « La législation devrait donc interdire les discriminations directes et indirectes, la discrimination multiple et la discrimination par association, fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle ou la dimension de genre dans une série de domaines au-delà du marché du travail, y compris la protection sociale, l'éducation, l'accessibilité et la fourniture des biens et services, comme le logement, le transport, les associations et la santé (...) » ; le cas d'espèce pourrait également s'inscrire dans la portée de la proposition en matière de fourniture de biens, de facilités et de services.

Traité CE consolidé de la Communauté européenne, jurisprudence de la CEJ :  
L'arrêt Geraets-Smits [2001] C-157/99 détermine que les activités médicales sont dans le champ d'application de l'article 60 du traité (à présent article 50).

Législation nationale :

La loi n°576/2004 coll. relative aux soins de santé, aux services fournis en matière de soins de santé, modifiant et complétant d'autres lois, telle que modifiée par des lois ultérieures, définit les soins de santé comme un complexe d'activités professionnelles menées par des fournisseurs de soins de santé, comprenant notamment la fourniture de traitements médicamenteux et d'aliments diététiques permettant de prolonger la vie d'une personne physique, d'améliorer sa qualité de vie et d'assurer le développement sain des générations futures. Les soins de santé incluent la prévention, la fourniture, le diagnostic, le traitement, la recherche biomédicale, les soins infirmiers et les soins fournis par les sages-femmes.

D'autres dispositions de la loi n°576/2004 coll. (en particulier son paragraphe 12 sur les relations juridiques en matière de soins de santé) confirment que la procréation assistée serait considérée comme un soin de santé.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Le Centre national slovaque pour les droits humains (CNSDH) serait compétent pour émettre une opinion d'expert, apporter une assistance juridique au plaignant, le représenter en justice ou proposer ses services de médiateur.

En cas d'action en justice, le tribunal de district est compétent pour connaître de l'affaire.

Les parties à la procédure de violation du principe d'égalité de traitement peuvent également être représentées par des entités juridiques :

- a) ayant autorité en vertu d'une législation distincte, ou
- b) dont les activités visent ou apportent une protection contre la discrimination.

L'Autorité de surveillance des soins de santé est établie par la loi n°581/2004 coll. relative aux compagnies d'assurances de soins de santé, à la surveillance des soins de santé, modifiant ou complétant certaines lois. Il s'agit d'une personne juridique investie d'une mission de surveillance de la fourniture de soins de santé et des assurances publiques de soins de santé en matière d'administration publique. L'autorité supervise la fourniture correcte des soins de santé, conformément aux normes légales. Elle impose des sanctions, supervise la mise en œuvre de la loi n°581/2004 sur les compagnies d'assurance de soins de santé et la supervision des soins de santé, modifiant et amendant certaines lois, telle que modifiée par des réglementations ultérieures, ainsi que de la loi 580/2004 sur les assurances de soins de santé, et impose des amendes en cas d'infraction à ces lois.

**4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

On peut probablement envisager les deux formes de discrimination : directe et indirecte. La politique du Conseil de comté appliquée dans le cas d'espèce constitue toujours un obstacle pour l'un des membres d'un couple lesbien, entravant l'accès à la procréation assistée. Toute femme (de moins de 40 ans) dans une relation hétérosexuelle a accès à la procréation assistée, tandis que l'un des membres d'une relation homosexuelle s'en voit toujours privé, du fait de son statut homosexuel. Cette femme est victime d'une discrimination directe : elle est traitée de manière moins favorable qu'une femme dans une relation hétérosexuelle.

Si l'on envisage la politique du Conseil de comté de ne faire bénéficier qu'une seule personne du traitement et son effet négatif pour les couples lesbiens, on peut également conclure à une discrimination indirecte.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

La discrimination directe ne peut être justifiée. Le traitement étant déjà proposé à l'une des femmes d'un couple lesbien, je ne pense pas que l'article 3.2 aurait un effet dans le cas d'espèce.

Si l'on conclut à une discrimination indirecte, la politique pratiquée dans le cas d'espèce peut être justifiée par un but légitime et des moyens appropriés et nécessaires afin de l'atteindre. Il est peu probable que la préservation de ressources médicales constitue un objectif légitime, les plaignantes n'ayant demandé qu'à se répartir le nombre total d'inséminations par donneur alloué à tous les couples (hétérosexuels ou lesbiens). Aucune information n'est fournie sur le coût du traitement préalable à ladite insémination.

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Karner contre Autriche et E.B. contre France auraient un effet en cas de plainte pour violation des droits de l'homme. L'effet de l'arrêt Maruko de la Cour européenne de justice est expliqué dans le memorandum explicatif de la proposition de directive : « Les États membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats officiellement enregistrés. Toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique. »

**6. Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?**

En vertu de la législation nationale sur les droits humains, une plainte peut être introduite auprès de la Cour constitutionnelle de la République slovaque. Il est difficile de prévoir la décision de cette cour, les couples de même sexe n'ayant aucune reconnaissance juridique

en République slovaque. Le Centre national slovaque pour les droits humains ne pourrait représenter le plaignant dans cette procédure, car en vertu de l'article 1.3 de la loi n°308/1993 coll. sur l'établissement du Centre national slovaque pour les droits humains, celui-ci n'est habilité à le faire que dans des cas de violation du principe d'égalité de traitement conformément à la loi de lutte contre la discrimination.

**7. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?**

En vertu du paragraphe 9 de la loi slovaque de lutte contre la discrimination, le plaignant peut demander à ce que la personne ayant enfreint le principe d'égalité de traitement soit empêchée de récidiver et, si possible, remédie à la situation illégale ou apporte une satisfaction appropriée. Si cette satisfaction s'avérait insuffisante, en particulier lorsque la violation du principe d'égalité de traitement a considérablement porté atteinte à la dignité, au statut social et au fonctionnement social de la victime, celle-ci peut également réclamer une réparation monétaire pour dommages moraux.

## Suède

*Réponses fournies par le médiateur en charge de l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Oui, l'affaire s'inscrit dans la portée de la loi suédoise de lutte contre la discrimination, chapitre 2, section 13 : « soins de santé et médicaux et services sociaux ».

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

L'affaire s'inscrit également dans la portée de la proposition de directive en matière de fourniture de biens, de facilités et de services. L'accès à la procréation assistée via le programme d'assistance proposé par le Conseil de comté s'inscrit dans la définition des soins de santé (article 3 a) de la proposition de directive). Elle s'intègre également dans la définition de l'accès et de la fourniture de services au public (article 3 d).

Il ressort de l'affaire Geraets-Smits C-157/99 que les soins de santé hospitaliers sont compris dans le terme « service » au sens de l'ancien article 60 du traité, que ces soins soient fournis dans un environnement hospitalier ou en dehors de celui-ci (p. 53).

Bien entendu, le terme « services » utilisé dans le traité renvoie généralement aux services fournis contre rémunération. Les soins de santé hospitaliers fournis dans un État membre et rémunérés par le patient n'échappent pas au champ d'application du traité pour la simple raison que le coût du traitement est remboursé par un système de sécurité sociale (p. 55).

Il en va de même du financement des soins de santé hospitaliers via des systèmes de sécurité sociale basés sur des accords collectifs (p. 56). Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que la personne bénéficiant du service le paie pour que celui-ci soit couvert par l'article 60.

Au vu de l'arrêt Geraets-Smits, il est clair que la possibilité d'accès à la procréation assistée via une activité financée par un impôt et menée par le Conseil de comté est un service.

### **3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En Suède, le médiateur en charge de l'égalité supervise le respect de la loi de lutte contre la discrimination (ainsi que de la loi sur le médiateur en charge de l'égalité). Le médiateur peut se porter partie en justice et demander réparation pour le compte de la personne concernée. Les organisations sans but lucratif et les organisations de travailleurs peuvent agir en justice au nom d'un particulier, en vertu de la loi de lutte contre la discrimination. Les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes, mais également d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante (art. 7 et 12 de la proposition de directive).

### **4. A et B ont-elles été directement ou indirectement discriminées sur la base de leur orientation sexuelle ? Pour la discrimination indirecte, le critère d'égalité de traitement entre époux de même sexe ou de sexe différent est-il également indirectement discriminant ?**

Tout d'abord, on peut conclure à une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle à l'encontre de A et de B. B a subi une différence de traitement car elle n'a pas eu accès à l'insémination. A a subi une différence de traitement car elle n'a pas pu devenir parent à cause de son homosexualité.

Un élément déterminant de l'examen d'une plainte pour discrimination est l'établissement de la cause liée à la forme de discrimination concernée et non l'utilisation d'un comparateur. La comparaison n'est donc pas nécessaire, mais elle permet de montrer la connexion entre le traitement et le type de discrimination concerné.

Même s'il n'y a pas de comparateur, un traitement moins favorable peut constituer une discrimination s'il existe une connexion avec la forme de discrimination. Dans le cas d'espèce, la question est l'orientation sexuelle. Cela pourrait par exemple être le cas si seules les personnes s'inscrivant dans une forme spécifique de discrimination étaient affectées par le traitement moins favorable. C'est ce que montre la jurisprudence européenne.

Les circonstances de l'affaire C-177/88 opposant Elisabeth Johanna Pacifica Dekker et Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, REG 1990, s. I-03941, sont en résumé les suivantes : Elisabeth Dekker a posé sa candidature pour un emploi d'enseignante au sein d'un établissement éducatif pour jeunes dirigé par l'entreprise VJF. Dans sa candidature, elle a mentionné au comité d'examen qu'elle était enceinte de trois mois. Bien que le comité l'ait sélectionnée comme la plus qualifiée pour le poste, VJF ne l'a pas retenue. Selon l'entreprise, elle était déjà enceinte lorsqu'elle a posé sa candidature, ce qui signifiait que VJF ne recevrait aucune compensation de son assureur pour l'allocation devant être octroyée à Dekker durant son congé parental. VJF n'aurait donc pas disposé des ressources lui permettant de rémunérer un remplaçant durant cette période, son personnel demeurant donc insuffisant.

La Cour de la CE a déterminé que les actions de VJF enfreignaient l'interdiction par la directive sur l'égalité de traitement de toute discrimination directe fondée sur le genre en matière d'emploi. La Cour a conclu que seules les femmes pouvaient se voir refuser un emploi pour cause de grossesse. Dans ce cas, on peut conclure à une discrimination directe fondée sur le sexe. Il a donc été considéré inutile de comparer le traitement d'un candidat masculin afin de conclure à une discrimination directe.

Le cas d'espèce peut être envisagé de la même manière. Seule une femme dans une relation lesbienne peut se voir refuser le traitement de procréation assistée, son partenaire y ayant déjà eu accès. Cela signifie que l'effet négatif de la réglementation a une connexion directe avec l'orientation sexuelle. Si l'on se fie à l'interprétation par la Cour du concept de discrimination dans l'affaire susmentionnée, il n'est pas nécessaire d'effectuer une comparaison avec le traitement des personnes d'une orientation sexuelle différente afin de conclure à une discrimination directe. Le Conseil de comté, en refusant le traitement de

procréation assistée à B et en empêchant donc A et B d'avoir des enfants ensemble, a enfreint l'interdiction de toute discrimination directe.

Les règles mettent en lumière la connexion directe avec l'orientation sexuelle. Selon la politique du Conseil de comté, la règle appliquée à B ne s'applique qu'aux couples lesbiens. « Pour les couples lesbiens, seule une des femmes peut bénéficier du traitement. Le couple doit déterminer qui y aura accès. » En d'autres termes, cette règle vise directement à et engendre la limitation de l'accès au traitement des femmes dans des relations lesbiennes.

Deuxièmement, on pourrait estimer que, le Conseil de comté ne faisant bénéficier du traitement qu'un seul membre du couple, il s'agit d'un critère neutre désavantageant les lesbiennes, les deux femmes dans la relation pouvant biologiquement recevoir le traitement.

Un traitement moins favorable au sens de la loi survient lorsqu'une personne adopte une règle, une réglementation ou un comportement apparemment neutre, mais défavorisant en pratique les personnes appartenant à l'un des groupes protégés par la législation de lutte contre la discrimination. Afin de déterminer si une règle, un critère ou un comportement défavorise particulièrement des personnes appartenant à un groupe particulier, une comparaison doit être établie entre le groupe auquel la personne appartient et un autre groupe. S'il ressort de la comparaison qu'il existe une différence significative de traitement entre les groupes, cela suggère une discrimination indirecte. Toutefois, aux yeux de la loi, la justification du traitement laisse une marge de manœuvre relativement large. Deux critères doivent être remplis. Tout d'abord, la règle doit poursuivre un objectif acceptable. Deuxièmement, la mesure doit être appropriée et nécessaire. S'il existe d'autres mesures non discriminatoires permettant d'atteindre un but raisonnable, le traitement moins favorable constitue une discrimination indirecte.

Pour les couples hétérosexuels, la règle en question n'a pas d'effet négatif. Les possibilités du couple d'avoir des enfants ensemble ne diminuent pas parce que l'homme ne bénéficie pas de l'insémination. Cependant, pour un couple lesbien, la règle les empêche d'avoir accès au traitement leur permettant d'avoir des enfants et mettant un terme à leur absence involontaire d'enfants.

Les effets négatifs de la règle appliquée par le Conseil de comté ne concernent que les couples lesbiens. Le médiateur a montré qu'il est probable que le Conseil de comté, via l'application de cette règle apparemment neutre, a traité A et B de manière moins favorable. Afin d'éviter toute responsabilité pour les dommages causés par une discrimination indirecte, le Conseil de comté doit donc montrer que la règle est appropriée et nécessaire pour réaliser un objectif acceptable.

En ce qui concerne la question du manque de ressources médicales du Conseil de comté en termes de don de sperme, on peut arguer que l'absence de toute utilisation supplémentaire de ce type de ressources médicales limitées ne devrait pas être considérée comme un objectif valide au sens de la loi sur la discrimination. Pour justifier une règle ayant un effet discriminatoire, la question de l'absence de toute utilisation supplémentaire de ce type de ressources médicales limitées devrait au contraire engendrer un risque beaucoup plus grand d'entrave aux activités de soins de santé du Conseil de comté.

En ce qui concerne le manque de ressources économiques du Conseil de comté, la jurisprudence européenne établit clairement qu'il ne s'agit pas du type d'objectif acceptable pouvant justifier l'utilisation de règles discriminatoires. La Cour a, à de nombreuses reprises, répété que les questions budgétaires ne peuvent justifier un traitement moins favorable entre les hommes et les femmes, constituant une discrimination indirecte fondée sur le genre. La jurisprudence de la Cour indique donc que les autorités publiques et/ou les employeurs ne peuvent justifier l'utilisation d'une règle discriminatoire uniquement par l'augmentation des coûts en l'absence de cette règle. (Voir l'arrêt du 20 mars 2003 C-187/00, Helga Kutz-Bauer contre Freie und Hansestadt Hamburg, en particulier les paragraphes 59 à 61 et les autres affaires mentionnées).

Si la Cour conclut que les considérations budgétaires (le manque de fonds du Conseil de comté) ou le manque de ressources médicales constituent un but/objectif justifiable, le conseil n'a pas encore prouvé que les règles concernées sont appropriées ou nécessaires.

En ce qui concerne les tentatives de justification de la décision du Conseil de comté de refuser à B l'accès au traitement du fait de l'utilisation de ressources économiques liées aux « doubles » traitements comparé aux couples hétérosexuels, il convient de mentionner les éléments suivants. Le traitement de A ayant été interrompu après trois traitements (d'une série de six), le Conseil de comté aurait pu proposer les traitements restants à B sans que le couple ne bénéficie d'un nombre de traitements plus important que les autres couples. Faire bénéficier B du traitement n'aurait donc pas nécessité l'utilisation de ressources supplémentaires du Conseil de comté. Son refus envers B ne l'a donc pas aidé à atteindre son objectif de conservation de ressources.

Concernant la question des coûts supplémentaires dus à des examens « doubles », le conseil a présenté les coûts d'examens futurs si les deux membres d'une relation lesbienne se voyaient proposer le traitement de procréation assistée.

Il faut avant tout examiner les facteurs utilisés par le conseil dans sa comparaison. Une comparaison entre les coûts des examens doit raisonnablement couvrir la totalité de la période de traitement des couples homosexuels et hétérosexuels. Pour ce qui est des couples hétérosexuels, l'homme et la femme doivent être examinés afin de déceler des problèmes éventuels, examens nécessitant naturellement de multiples ressources économiques. Les couples hétérosexuels engendrent donc également des coûts d'examen « doubles ».

La situation est différente pour les couples lesbiens. Seule la femme qui se soumet au traitement doit subir des examens médicaux. L'autre femme n'est pas examinée. Jusqu'au moment où B a émis le souhait de bénéficier des traitements restants, elle n'avait subi aucun examen médical. Les « examens doubles » à ce stade signifient uniquement que le conseil s'est contenté d'appliquer la même procédure que pour les couples hétérosexuels, examiner les deux membres du couple.

Même si l'on fait abstraction de ce qui précède et que l'on utilise l'information du conseil sur l'augmentation des coûts comme point de départ, cette augmentation n'est pas élevée au point de justifier une telle discrimination indirecte. Le conseil mentionne une augmentation d'environ 442 €, pouvant être comparée au coût total d'une série de traitements, à savoir environ 7 528 €.

Soulignons également qu'afin de justifier la règle engendrant une discrimination indirecte, les mesures doivent être nécessaires. En d'autres termes, il ne peut y avoir d'autre moyen de parvenir à l'objectif souhaité.

Le manque de ressources médicales en termes d'accès au sperme de donneur, invoqué par le conseil, peut être envisagé selon le même raisonnement que pour les ressources financières, ce qui signifie qu'il ne peut justifier le refus à B de l'accès à la procréation assistée. Le conseil aurait pu accepter d'octroyer les traitements restants non utilisés par A, dans la mesure où ces traitements sont également disponibles pour les autres couples. Dès lors, même dans le cas d'espèce, les actions du conseil ne lui ont pas permis d'atteindre l'objectif déclaré.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

Conformément à l'argumentation de la question 4, le traitement désavantageux appliqué par le Conseil de comté ne peut être objectivement justifié. Par ailleurs, il ne peut y avoir d'exception à l'interdiction de toute discrimination directe, et ce, ni en vertu de la législation suédoise, ni de la proposition de directive. Concernant le considérant 17 et l'article 3.2 de la proposition de directive, il n'y a aucune contradiction entre le droit national et la proposition de directive, le droit suédois permettant aux couples lesbiens de bénéficier de la procréation assistée.

En vertu de la jurisprudence de la CEJ (C-267/06 Maruko), la Cour maintient le droit à la non discrimination dans le contexte de la législation nationale.

Il ressort de la jurisprudence de la CEDH que des raisons particulièrement convaincantes et graves peuvent justifier des différences de traitement liées à l'orientation sexuelle et aux droits garantis par l'article 8 (p. 91 E.B. contre France). Mais le droit européen l'exige également.

**6. *Au lieu d'être introduite en vertu du droit de lutte contre la discrimination, une action intentée en vertu de votre législation nationale en matière de droits humains, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait-elle aboutir ? Votre organisation pourrait-elle assister le plaignant dans ces procédures ou intervenir afin de présenter des conclusions ?***

La CEDH est applicable en droit suédois. Le médiateur suédois en charge de l'égalité peut également faire référence à la convention dans les plaintes pour violation de la législation de lutte contre la discrimination. Cependant, il ne peut assister un particulier en justice, ni intervenir.

**7. *S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national en matière de lutte contre la discrimination ou de droits humains ?***

En vertu de la législation suédoise de lutte contre la discrimination, une personne coupable de discrimination sera redevable de dommages et intérêts pour violation de l'intégrité. Le médiateur en charge de l'égalité pourrait demander réparation au nom du plaignant devant le tribunal de district. Néanmoins, il a avant tout le devoir de tenter de parvenir à un accord avec la partie adverse.

# Annexe 3

## Réponses des pays à l'étude de cas sur la discrimination fondée sur l'âge

### Autriche

*Réponses fournies par le médiateur pour l'égalité de traitement*

#### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'Autriche est un État fédéral où, selon le sujet et la localité, l'autorité législative est détenue par l'État fédéral ou les Länder. En général, le droit fédéral en matière d'égalité de traitement ne s'applique pas dans les matières du ressort de l'un des neuf Länder. Les Länder ont bien entendu la même obligation que l'État fédéral de mettre en œuvre les directives en vigueur dans leur zone de compétence.

Au niveau fédéral, l'Autriche s'est contentée de mettre en œuvre les directives déjà existantes (2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE). Cependant, certains Länder ont été plus loin, en interdisant tout type de discrimination au sens de l'article 13 du Traité CE dans tous les domaines mentionnés dans la directive 2000/43/CE.

En vertu de la répartition de compétences entre l'État fédéral et les Länder, ce cas s'inscrit dans la portée de la législation fédérale sur l'égalité de traitement. La loi fédérale sur l'égalité de traitement prohibe en effet toute discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et les professions (selon la directive 2000/78/CE), mais pas en matière de biens et de services. À l'heure actuelle, des négociations sont en cours pour amender la loi sur l'égalité de traitement, pour entre autres y intégrer une disposition sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière de biens et de services.

#### **2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive, car celle-ci couvre les services (article 3 de la proposition de directive) et prohibe toute discrimination fondée sur l'âge. Au sens de la proposition de directive, les services, tels que les prêts, sont ceux mentionnés à l'article 50 du Traité CE.

#### **3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

L'autorité du médiateur en charge de l'égalité de traitement en matière de discrimination se limite à la portée du droit fédéral (loi sur l'égalité de traitement).

Si la proposition de directive entre en vigueur et est transposée en droit autrichien, les organisations compétentes seront probablement les suivantes (article 12 de la proposition de directive) :

Le médiateur pour l'égalité de traitement peut, avant tout, apporter des conseils, un soutien et de l'information, ainsi qu'intervenir, négocier, essayer de parvenir à un accord à l'amiable ou à toute autre solution judiciaire. Le médiateur peut également présenter l'affaire devant la Commission sur l'égalité de traitement, mais ne peut introduire une action en justice.

De son côté, la Commission sur l'égalité de traitement tranche les violations de la loi sur l'égalité de traitement dans des procédures gratuites après avoir entendu les deux parties individuellement. La victime présumée peut soumettre l'affaire seule ou via le médiateur pour l'égalité de traitement ou d'autres représentants (tels que les ONG). La Commission pour l'égalité de traitement n'est pas compétente pour les actions en réparation. Elle se contente de prendre une décision non contraignante sur la violation de l'interdiction de discriminer et de formuler des recommandations sur l'application du droit à l'égalité.

Les juridictions civiles sont compétentes pour rendre un jugement contraignant et pour obtenir réparation en cas de violation de la loi sur l'égalité de traitement.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

La différence de traitement est fondée sur un âge donné (+/- de 70 ans). 70 ans étant la limite et la seule raison justifiant le refus d'octroi du prêt au plaignant, on peut conclure à une discrimination directe.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

La proposition de directive n'interdit pas les différences de traitement fondées sur l'âge pour peu qu'elles soient objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime et que les moyens mis en œuvre pour l'atteindre soient appropriés, proportionnés, nécessaires et efficaces.

L'objectif premier du fournisseur de crédit était d'éviter l'octroi de prêts risqués non remboursés. On peut qualifier ce but de légitime. Le fournisseur de crédit s'est efforcé d'y parvenir en fixant une limite d'âge de 70 ans comme seul critère d'octroi des prêts. En vertu de la proposition de directive, les moyens doivent être appropriés, proportionnés, nécessaires et efficaces.

Le fournisseur de crédit n'a pas fait référence à des données actuarielles, statistiques ou médicales établissant cet âge comme un facteur déterminant pour la gestion des risques. Il s'est au contraire contenté de mentionner que les personnes âgées avaient généralement des revenus bas et qu'une augmentation du nombre de prêts octroyés à cette tranche d'âge avait récemment entraîné le niveau de risque à la hausse. Cela ne semble pas expliquer pourquoi et jusqu'à quel point l'âge est un facteur déterminant au sens de l'article 2.7 de la proposition de directive.

Même si le fournisseur de crédit avait fait référence à des données actuarielles ou statistiques pertinentes, il faut garder à l'esprit que dans le cas d'espèce le plaignant, âgé de 70 ans, avait sollicité un prêt de 290 € et pouvait démontrer que son revenu mensuel excédait largement le revenu moyen des personnes de son âge. Une pension de retraite peut être considérée comme un revenu stable et prévisible. En outre, le prêt aurait été garanti au moins en partie, si le fournisseur de crédit avait pu se retourner vers les héritiers en cas de décès avant remboursement. Dès lors, les moyens, à savoir la seule fixation d'une limite d'âge, permettant d'atteindre l'objectif poursuivi ne semblent pas appropriés, proportionnés, nécessaires et efficaces.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Les sanctions seraient des dommages et intérêts (immatériels et matériels). En vertu de la charge de la preuve, l'institution financière devrait apporter la preuve (des données statistiques fiables par exemple) démontrant que le plaignant n'a pas bénéficié du prêt pour des raisons objectives (telles que sa situation financière particulière). Il ne suffit pas à l'institution financière de faire uniquement référence au revenu typique des personnes de cet âge sans tenir compte de la situation financière spécifique du plaignant par rapport au montant du prêt.

## Belgique

*Réponses du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Oui. La loi belge de lutte contre la discrimination du 10 mai 2007 interdit entre autres la discrimination directe et indirecte fondée sur l'âge en matière d'accès et de fourniture de biens et de services au public (art. 5, §1, 1°). Le cas d'espèce concerne l'accès aux services financiers, en particulier le prêt à tempérament (crédit à la consommation).

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui. La proposition de directive interdit entre autres la discrimination directe et indirecte fondée sur l'âge en matière d'accès et de fourniture de biens et de services au public (art. 3, d). Cela inclut les services financiers tels que le prêt à tempérament (crédit à la consommation).

La proposition de directive n'a pas d'effet direct « horizontal » sur le conflit entre le plaignant et la compagnie de crédit, mais peut influencer l'issue via la doctrine de l'effet indirect.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En général, les conflits juridiques portant sur des accords de crédit (loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation), y compris le refus de facilités de paiement, est du ressort de la justice de paix (notons que ce tribunal belge est très différent de son homonyme de Common Law).

La loi du 10 mai 2007 de lutte contre la discrimination envisage une procédure spécifique permettant d'obtenir une injonction de cessation. Dans le cas d'espèce, ce type d'action légale devrait être introduit devant le président du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce.

Le mandat juridique large du CECLR en tant qu'organe non judiciaire indépendant inclut l'introduction et le suivi des plaintes pour discrimination, l'information, les conseils, la médiation et l'action en justice (dans les limites des lois fédérales de lutte contre la discrimination et le racisme).

L'autorité de supervision du secteur financier belge est la Commission bancaire et financière et des assurances, dont la mission inclut la protection des consommateurs de services financiers. Cependant, à l'exception du crédit hypothécaire et des pensions complémentaires,

la Commission ne connaît pas des plaintes individuelles. En cette matière, il existe un service de médiation particulier banques-crédits-investissements, présidé par le médiateur (nommé par le secteur financier) et un représentant des consommateurs, qui peuvent résoudre le conflit et émettre un avis non contraignant.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

La loi belge de lutte contre la discrimination définit la « distinction directe » comme la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable (art. 4, 6°). Une distinction directe ne pouvant être justifiée au sens des dispositions de la loi de lutte contre la discrimination constitue une discrimination directe (prohibée) (art. 4, 7°). La définition belge est en fait identique à celle de l'article 2.2 a) de la proposition de directive.

Dans le cas d'espèce, la demande de prêt à tempérament (crédit à la consommation) a été refusée à cause de l'âge du plaignant. La politique de l'institution financière de limiter l'accès au crédit aux consommateurs âgés de moins de 70 ans implique clairement une distinction directe (discrimination) fondée sur l'âge. Cette thèse se maintient même en cas de décision motivée par d'autres raisons et si l'âge du plaignant n'avait été que l'un des éléments influençant le refus de l'institution financière<sup>17</sup>.

L'hypothèse de la distinction indirecte (discrimination) ne s'applique pas au cas d'espèce, les tendances générales invoquées par l'institution financière étant clairement influencées par l'âge et ne pouvant donc pas être considérées comme « apparemment neutres ». Si des données statistiques ou actuarielles soutenaient l'argument de l'institution financière, la question serait alors de savoir si la discrimination directe fondée sur l'âge est objectivement justifiée (voir ci-dessous question 5).

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

Justification objective ou exception

---

<sup>17</sup> Dans certaines affaires portant sur des questions de genre, la CEJ a suggéré que seule une « raison fondamentale » justifiant la décision déterminait la discrimination directe (Dekker, C-177/88, §10 ; Habermann, C-421/92, §14). D'un autre côté, dans l'affaire Enderby (C-127/92, §§24-29), la CEJ a conclu que lorsque la partie défenderesse faisait référence à un autre facteur pour justifier une différence de traitement, la juridiction nationale devait examiner dans quelle mesure cet élément pouvait totalement justifier la discrimination.

Plus récemment, dans son opinion sur l'affaire Coleman (C-303/06), l'avocat général Poiares Maduro a déclaré que les convictions religieuses, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle (...) sont des caractéristiques qui ne devraient jouer aucun rôle dans toute évaluation de la justification d'un traitement moins favorable (§10) et que (...) la directive 2000/78/CE a une fonction d'exclusion : elle exclut les convictions religieuses, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle des raisons légitimes autorisant un employeur à traiter un salarié de manière moins favorable qu'un autre. En d'autres termes, après l'entrée en vigueur de la directive, il n'est plus permis pour l'employeur d'envisager ces considérations lorsqu'il décide de traiter un salarié de manière moins favorable. (§18).

En vertu de la législation belge de lutte contre la discrimination, la question des justifications multiples est partiellement envisagée par la disposition concernant les réparations forfaitaires. En cas de discrimination dans l'emploi ou des systèmes complémentaires de sécurité sociale, la somme forfaitaire de 6 mois de salaire brut pour dommages matériels et moraux peut être réduite à 3 mois lorsque le défendeur peut prouver que le traitement moins favorable aurait également eu lieu pour des motifs non discriminatoires. Lorsqu'une discrimination a lieu en dehors du domaine de l'emploi, les victimes peuvent réclamer le montant forfaitaire de 650 € en indemnisation du préjudice moral subi. Ce montant est porté à 1 300 € selon la gravité du dommage ou dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination (voir réponse à la question 6). Le modèle belge est inspiré de l'arrêt Draehmpaehl de la CEJ (C-180/95).

L'article 2.7 de la proposition de directive dispose que, en ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes.

La loi belge de lutte contre la discrimination dispose qu'une distinction directe fondée sur l'âge en matière de biens et de services constitue une discrimination directe (prohibée), à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (art. 7). La possibilité d'utiliser les critères liés à l'âge pour des calculs actuariels n'est mentionnée explicitement que dans la disposition spécifique concernant la discrimination fondée sur l'âge en matière de systèmes complémentaires de sécurité sociale (art. 12, §2). Néanmoins, lorsque l'âge est un facteur d'évaluation de risque clé pour un service financier particulier, la justification objective générale devra être interprétée en conséquence<sup>18</sup>.

Dans le cas d'espèce, la CECLR estimerait que, même si le souci de l'institution financière de limiter les prêts à haut risque est légitime, le refus de la seconde demande de crédit du plaignant du seul fait de son âge n'est ni approprié, ni nécessaire, au vu de sa situation financière stable et de ses antécédents en matière de crédit. Même s'il existe des preuves statistiques démontrant que les personnes âgées de plus de 70 ans ont généralement des revenus plus bas, cet argument peut difficilement se justifier lorsqu'un candidat individuel, quel que soit son âge, remplit les conditions d'obtention de crédit.

Crédit à la consommation et tableaux de mortalité : l'exemple belge

La question se complexifie lorsque les institutions financières invoquent les tableaux de mortalité. Bien que ces statistiques puissent effectivement jouer un rôle essentiel, notamment en matière d'assurance santé ou vie, c'est moins souvent le cas en matière de produits financiers tels que le crédit à tempérament (crédit à la consommation).

Le CECLR traite actuellement trois plaintes concernant le refus d'une demande de carte de crédit par un grand magasin, pour la seule raison de l'âge (plus de 70 ans). L'institution financière émettant cette carte a fait référence à ses obligations en vertu de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation (visant principalement à protéger les consommateurs de dettes de crédit exorbitantes). En vertu de cette loi, une compagnie de crédit ne peut conclure un accord de crédit avec un consommateur que si elle peut raisonnablement supposer que la personne sera capable de remplir ses obligations contractuelles. L'institution financière a également (vaguement) mentionné l'espérance de vie moyenne en Belgique et a déclaré qu'il existait des solutions de crédit, à durée déterminée par exemple, plus adaptées aux personnes âgées.

Le CECLR a répondu que, l'âge en lui-même ne déterminant pas le statut financier du client et sa capacité à conclure un crédit, l'utilisation d'une limite d'âge est, en principe, arbitraire et donc non objectivement justifiée. Même si la politique de l'institution financière s'inspirait de données actuarielles ou statistiques, le CECLR n'est pas convaincu que l'âge est réellement un facteur clé d'évaluation de risque pour ce produit financier particulier (outre le fait que la loi sur le crédit à la consommation interdit explicitement aux compagnies de crédit de poser des questions liées à la santé). Bien entendu, il n'est dans l'intérêt d'aucune des parties, ni d'ailleurs dans celui des héritiers du consommateur, que des dettes de crédit significatives demeurent non réglées après le décès. Cependant, le CECLR estime que le risque de succession déficitaire est ou devrait être suffisamment contrecarré par l'évaluation scrupuleuse du statut financier actuel du consommateur et de sa capacité à rembourser. Enfin, même dans l'hypothèse peu probable où l'âge serait un facteur de risque clé pour le

---

<sup>18</sup> Il n'est pas clair dans quelle mesure l'art. 2.7 de la proposition de directive s'écarte de la justification objective générale. À la lumière de la disposition actuelle de l'article 7 de la loi de lutte contre la discrimination, le CECLR a tendance à défendre l'idée selon laquelle une différence de traitement fondée sur l'âge dans la fourniture de produits financiers, même basée sur des données actuarielles ou statistiques appropriées et exactes, n'est justifiée que lorsqu'il n'existe concrètement aucune alternative plus en ligne avec le principe de l'égalité de traitement.

crédit à la consommation, il doit certainement exister d'autres moyens de réconcilier l'utilisation des statistiques générales avec le statut financier du candidat individuel. À titre subsidiaire, la compagnie de crédit pourrait exiger des garanties complémentaires (garantie d'une tierce partie) ou du moins proposer un produit financier alternatif pour les consommateurs plus âgés avec des avantages similaires. Le service public fédéral pour l'économie n'exclut pas que l'âge puisse être un facteur pour certains types d'accords de crédit, mais il s'accorde avec le raisonnement du CECLR dans le cas d'espèce.

En conclusion

La proposition de directive laisse un degré substantiel d'incertitude juridique concernant l'utilisation des critères liés à l'âge (et au handicap) dans le domaine des services financiers au sens large. Le CECLR partage la préoccupation du Comité économique et social européen (CESE) concernant le fait que la vaste exception de l'article 2.7 de la proposition de directive perpétuera le désavantage bien connu pour les jeunes, les personnes âgées et les personnes handicapées en matière de produits bancaires et de certains produits d'assurance.

Le mémorandum explicatif de la proposition de directive mentionne que la Commission européenne nouera un dialogue avec l'industrie bancaire et des assurances, ainsi qu'avec d'autres parties prenantes, afin de parvenir à une meilleure compréhension des domaines où l'âge et le handicap entrent en ligne de compte dans la conception et l'évaluation monétaire des produits proposés par ces secteurs. Par conséquent, l'exception de l'article 2.7 de la proposition de directive devrait être circonscrite via une liste non limitative de types de services financiers exclus par nature de sa portée.

En ce qui concerne les services financiers pour lesquels l'âge et le handicap **constituent** bien un facteur clé de risque, le CECLR rejoint la recommandation du CESE, selon laquelle les données actuarielles ou statistiques utilisées par ces fournisseurs de services doivent répondre aux mêmes exigences de transparence, d'évaluation et de suivi pour l'âge et pour le handicap que pour le genre<sup>19</sup>. Plus précisément, le CECLR est en faveur de la création d'un organe expert indépendant.

#### **6. *S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?***

En Belgique, sont nulles toutes les dispositions contraires à la loi du 10 mai 2007 de lutte contre la discrimination, de même que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis. Notons que la loi de lutte contre la discrimination ne peut être invoquée en cas de différence de traitement établie par une autre loi ou en exécution de celle-ci (ce qui ne semble cependant pas être le cas ici).

Les victimes de discrimination, le CECLR, certaines organisations d'intérêts ou le ministère public peuvent soumettre une requête en référé auprès du président du tribunal compétent afin d'obtenir une injonction de cessation (accompagnée le cas échéant du paiement d'une amende et de mesures de publicité). Si la partie convaincue de discrimination ne se soumet pas à l'injonction, elle risque des poursuites pénales.

Lorsqu'une discrimination a lieu en dehors du domaine de l'emploi, les victimes peuvent réclamer le montant forfaitaire de 650 € en indemnisation du préjudice moral subi. Ce montant est porté à 1 300 € selon la gravité du dommage ou dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également

---

<sup>19</sup> Selon la CESE, la proposition de directive ne devrait permettre aux États membres d'autoriser des différences de traitement que si les fournisseurs de services financiers sont tenus de publier des données actuarielles ou statistiques mises à jours adaptées à l'activité « à risque » particulière, telle que la conduite, les déplacements, le remboursement d'un crédit hypothécaire, ainsi qu'à la tranche d'âge ou au handicap particulier concerné. Ces données devraient être évaluées régulièrement afin de tenir compte de toute variation des risques, et les États membres, à l'issue d'une période déterminée, devraient procéder à une évaluation des preuves de différences de traitement et envisager le partage progressif des risques et une égalisation des primes.

été adopté en l'absence de discrimination. Les victimes peuvent également tenter de prouver le préjudice réel (matériel et moral) subi (mais pas en référé).

## Grande-Bretagne

Réponses fournies par la Commission pour l'égalité et les droits humains

### **1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Actuellement, au Royaume-Uni, il existe une législation de lutte contre la discrimination fondée sur le handicap, le sexe, la race, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle en matière de fourniture de biens, de facilités et de services. Toutefois, il n'existe pas de législation interdisant la discrimination fondée sur l'âge. À l'heure actuelle, la discrimination fondée sur l'âge n'est illégale qu'en matière d'emploi et de formation professionnelle, mais pas en matière de fourniture de biens et de services. Les réglementations sur l'égalité en matière d'emploi (âge) de 2006 (loi sur l'âge) ont introduit les premières législations de lutte contre la discrimination fondée sur l'âge au Royaume-Uni.

Cependant, il faut noter qu'une législation actuellement examinée par le parlement (projet de loi sur l'égalité) vise à rectifier ce manquement via des dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens et de services, notamment financiers. Elle devrait entrer en vigueur en octobre 2010.

Néanmoins, les exceptions liées à la discrimination fondée sur l'âge dans ces secteurs doivent être produites après l'entrée en vigueur de la loi et ne devraient pas être mises en œuvre avant 2012.

Le gouvernement britannique a développé ses propositions pour la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens, de facilités et de services. Une différence de traitement basée sur l'âge justifiée ou bénéfique demeurera admise, si la justification est objective ou autorisée en tant qu'exception générale s'appliquant à toutes les caractéristiques protégées ou qu'exception spécifique à l'âge en vertu de la proposition de loi secondaire.

Plusieurs options politiques ayant été envisagées, le gouvernement a choisi trois options de traitement de la discrimination fondée sur l'âge dans la fourniture de biens, de facilités et de services et dans l'exercice des fonctions publiques :

Option 1 : Application stricte de l'interdiction de la discrimination sur l'âge, sans exception spécifique ;

Option 2 : Exception spécifique sur mesure permettant d'utiliser l'âge si cette utilisation est proportionnée aux risques et aux coûts. Cette approche permettrait de fixer des limites d'âge minimum et maximum, ainsi que l'utilisation de tranches d'âge. Les facteurs de risques et les données devraient être correctement évalués, mais des considérations commerciales pourraient être prises en compte et la fixation de prix basés sur l'âge ne devrait pas être strictement et mathématiquement proportionnelle. L'option permettrait de prévenir les discriminations fondées sur l'âge non justifiées, telles que l'offre d'une assurance à des personnes âgées à des prix gonflés sans aucun lien avec les risques.

Option 3 : Exception spécifique large, permettant le maintien de toutes les pratiques actuelles. Les fournisseurs de services pourraient également utiliser l'âge selon leur bon vouloir, sans que cette utilisation soit nécessairement proportionnée aux risques et aux coûts. Aucun signalement ni référence ne serait nécessaire. De plus, les gens ne pourraient pas faire contester juridiquement les décisions s'ils estiment avoir subi un traitement inéquitable.

Le gouvernement favorise l'option 2. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, les lois n'ont pas été adoptées. Le cas d'espèce ne s'inscrit donc pas encore dans la portée de la législation britannique de lutte contre la discrimination.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

En juillet 2008, la Commission européenne a introduit une proposition de directive de lutte contre la discrimination en dehors de l'emploi fondée sur la religion/les convictions, l'orientation sexuelle, l'âge et le handicap. La proposition de directive, si elle est adoptée, étendra la protection existante de l'UE à la fourniture de biens, de facilités et de services, à l'éducation et aux soins de santé, apportant aux enfants, aux jeunes et aux adultes une protection cruellement nécessaire contre toute discrimination inéquitable fondée sur l'âge. L'affaire s'inscrirait dans la portée de la proposition de directive du Conseil.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Au Royaume-Uni, en cas de discrimination fondée sur l'âge sur le lieu de travail, la victime peut introduire une plainte auprès des tribunaux du travail en vertu des réglementations sur l'âge.

En cas de discrimination fondée sur l'âge extérieure à l'emploi, aucune législation n'interdisant actuellement de telles pratiques, aucune juridiction n'est compétente. Toutefois, une fois la législation en vigueur, le tribunal de comté sera compétent.

La Commission britannique pour l'égalité et les droits humains apporte, dans le domaine de l'emploi, une assistance juridique aux individus dans des plaintes pour discrimination fondée sur l'âge et peut les représenter en justice. L'EHRC apporte également son assistance via un soutien dans l'action en justice, ainsi que l'investigation des plaintes pour discrimination. Elle peut généralement contraindre toutes les parties à se soumettre à cette investigation. Elle ne peut cependant pas trancher les affaires de discrimination.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

La proposition de directive, qui établit un cadre d'égalité d'accès et de fourniture de biens et de services<sup>20</sup>, prohibe toute discrimination directe et indirecte fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Au sens de la directive, les biens sont entendus conformément aux dispositions du Traité CE sur la libre circulation des biens. Les services sont entendus conformément à l'article 50 du traité.

En vertu de la proposition de directive, la discrimination directe consiste à réserver un traitement différent à une personne uniquement en raison de son âge, d'un handicap, de sa religion ou de ses convictions ou de son orientation sexuelle. Le cas d'espèce permet clairement de conclure à une discrimination directe, le plaignant étant traité de manière moins favorable (non accès au crédit principalement du fait de son âge supérieur à 70 ans).

Une discrimination indirecte est observée lorsqu'une règle ou une pratique apparemment neutre désavantage en fait particulièrement une personne ou une catégorie de personnes possédant une caractéristique spécifique. Il ne s'agit probablement pas ici d'un cas de discrimination indirecte, la disposition devant être neutre.

---

<sup>20</sup> Directive 2004/113/CE

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

La proposition de directive envisage une justification des distinctions d'âge dans trois circonstances.

Tout d'abord, lorsqu'une personne se voit appliquer un traitement pouvant constituer une discrimination directe fondée sur l'âge, mais qu'un État membre a établi que cette distinction d'âge est proportionnée et nécessaire dans son droit national afin d'atteindre une série d'objectifs légitimes (article 2.2 a)).

Ensuite, lorsqu'une personne se voit appliquer un traitement pouvant constituer une discrimination indirecte fondée sur l'âge, mais que l'application de la disposition, de la pratique ou du critère en question se justifie comme objectivement nécessaire et proportionné (article 2.2 b)).

Enfin, l'article 2.7 de la proposition de directive est une exception à la discrimination directe et indirecte fondée sur l'âge dans les services financiers. Il envisage spécifiquement la fourniture de services financiers lorsque l'âge ou le handicap est un facteur clé de l'évaluation des risques. Cette disposition est plus large que la disposition similaire de l'article 7.2 de la directive relative aux genres en matière de biens et de services, celle-ci exigeant que le facteur concerné soit « déterminant », alors que la proposition ne le qualifie que de « clé ».

La question essentielle dans ce scénario est de savoir si le système de prêt au public refusant l'accès aux personnes de plus de 70 ans, généralement considérées comme ayant des revenus plus faibles, et entraînant donc un niveau de risque élevé pour les institutions financières, est justifié. Il convient donc d'analyser les objectifs déclarés et la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour les atteindre.

Intérêt légitime ?

Les raisons invoquées justifiant le refus de l'institution financière d'accorder le prêt sont les suivantes :

- (i) la réglementation légale sur les institutions de crédit contenait des exigences strictes sur les accords de prêts afin de garantir l'efficacité des opérations bancaires ;
- (ii) l'augmentation récente du nombre de prêts aux personnes âgées faisait courir un risque plus important à l'institution de crédit, justifiant l'exclusion des clients de plus de 70 ans.

Dans l'ensemble, il existe au Royaume-Uni une différence indéniable et claire entre les consommateurs sur le marché selon leur âge. Cependant, ces différences semblent refléter les différences réelles entre les tranches d'âge en matière de coût de fourniture et du niveau de la demande. Il est démontré que toute restriction liée à une fixation de prix basée sur le risque et reflétant les coûts entraîne des distorsions sur les marchés du crédit et du prêt, entraînant les prix à la hausse. L'importance de l'âge comme justification de nombreux types de risque est également évidente<sup>21</sup>.

Le gouvernement britannique a clairement établi, selon les arguments économiques qui précèdent, que toute nouvelle loi interdisant la discrimination fondée sur l'âge n'entraînerait pas la disparition complète des pratiques fondées sur l'âge dans la fourniture de services financiers. L'objectif politique est d'empêcher un recours non raisonnable et injustifié de ces pratiques sur la base de preuves objectives.

Si l'argument économique semble légitime, encore faut-il que la différence de traitement soit « objectivement nécessaire et proportionnée ». Dans les affaires *Mangold*<sup>22</sup> et *Palacios*,<sup>23</sup> , il a été établi que les États membres disposent incontestablement d'une large marge

<sup>21</sup> « *The use of age-based practices in financial services* », mai 2009, document préparé par le Bureau gouvernemental en charge de l'égalité.

<sup>22</sup> *Werner Mangold c. Rudgier Helm*, C-144/04

<sup>23</sup> *Palacios de la Villa c. Cortefiel Services SA*-C-411/05

d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi, mais que toute différence de traitement n'en devait pas moins être objective, nécessaire et proportionnée.

Si les objectifs avancés par la compagnie pour justifier la différence de traitement fondée sur l'âge peuvent être considérés comme légitimes au vu de l'efficacité des prix, de la réduction des coûts, de l'évaluation des risques, etc., les moyens mis en œuvre pour les atteindre sont-ils proportionnés ?

La compagnie financière pourrait avoir du mal à justifier son traitement à l'égard du plaignant si elle n'a pas tenu compte du statut financier de ce dernier et de ses crédits précédents.

Les facteurs devant être pris en compte sont les suivants :

- Il n'existe aucune preuve que la différence de traitement s'appuyait sur des données actuarielles ou statistiques précises ou pertinentes ;

- Rien n'indique que des alternatives ont été envisagées.

Les principales alternatives, non prises en compte par la compagnie et permettant de réduire le coût lié à l'âge de la personne, comprennent notamment :

- Des prix reflétant les coûts (augmentés en raison de l'incertitude). Ces coûts peuvent être obtenus via des données propriétaires ou un suivi des prix, actuellement disponibles sur le marché pour la tranche d'âge en question ;

- Limiter le volume supplémentaire d'activités en proposant des prix très élevés (majorés par rapport aux prix obtenus sur le marché) ou en imposant des restrictions sur d'autres caractéristiques de risque ; et/ou

- Retirer totalement certains produits du marché afin d'éviter de devoir fournir des clients présentant un risque plus élevé.

Au vu de tous ces facteurs, les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif légitime sont dans l'ensemble disproportionnés et donc probablement illégalement discriminatoires.

**6. *S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?***

En vertu des directives, les juridictions nationales doivent garantir des réparations satisfaisantes en cas de violation du principe d'égalité de traitement. Les sanctions à l'encontre des personnes coupables de discrimination doivent être efficaces, à savoir obtenir le résultat désiré, proportionnées, à savoir bien refléter la gravité et la nature de la perte et/ou du dommage et dissuasives, à savoir décourager des discriminations futures.

Les compensations financières peuvent prendre la forme de réparations pour pertes passées et futures, pour vexation, pour dommages physiques, psychiatriques par exemple, ou pour dommages exemplaires afin de sanctionner la personne coupable de discrimination. La victime obtient donc directement réparation.

Parfois, les sanctions spécifiques à l'encontre d'entreprises ou d'organisations diffèrent de celles imposées aux particuliers. Dans le cas d'espèce, la compagnie serait probablement tenue de réparer le préjudice sur décision du tribunal de comté.

# Chypre

Réponses fournies par le Cabinet du Commissaire à l'administration (médiateur)

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Le cas d'espèce ne s'inscrit pas dans la portée de la législation de lutte contre la discrimination.

(La discrimination fondée sur l'âge est directement interdite par la loi, mais actuellement uniquement en matière d'emploi.)

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

L'affaire s'inscrit clairement dans la portée de la proposition de directive.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Les tribunaux de district et l'organisme de promotion de l'égalité.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

La demande de crédit semble n'avoir été rejetée que parce que le plaignant était âgé de plus de 70 ans. On peut donc conclure à une discrimination directe fondée sur l'âge.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

**Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?**

La proposition de directive contient des règles spéciales pour les services bancaires et d'assurance. Concrètement, l'article 2.7 reconnaît que l'âge peut être un élément essentiel du risque de certains produits financiers et que, dans ces cas, des différences proportionnées de traitement directement fondées sur l'âge peuvent être autorisées. De plus, la directive dispose que l'utilisation de l'âge dans l'évaluation des risques financiers doit être basée et s'appuyer sur « des données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes ».

Dans le cas d'espèce et selon les faits, l'adoption du critère controversé de la limite d'âge de 70 ans pour exclure les clients de l'accès au crédit ou au prêt ne s'appuie sur aucune donnée statistique. Nous concordons donc avec la position de l'Autorité sur l'égalité de traitement, dans la mesure où l'augmentation générale du niveau de risque justifie la différence de traitement et que la demande du plaignant aurait dû être avant tout évaluée sur la base de son statut financier.

Par conséquent, la politique controversée ne satisfait pas les conditions de proportionnalité de l'article 2.7 de la directive. Dans le cas d'espèce, le plaignant a obtenu un crédit de 650 € à 69 ans, qu'il a dûment remboursé, et, toutes choses restant égales, s'est vu refuser un crédit de 290 €, moins de la moitié du premier montant, à plus de 70 ans. En exclure de

manière générale toutes les personnes âgées de plus de 70 ans ne constitue pas une différence de traitement proportionnée fondée sur l'âge, par rapport aux personnes de moins de 70 ans. Selon nous, la proportionnalité aurait été avérée si la différenciation des critères d'octroi de crédit fondée sur l'âge avait été plus graduelle.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Il n'existe aucune disposition envisageant des sanctions ou des réparations dans notre droit national pour ce type de discrimination (comme susmentionné, le cas d'espèce ne pourrait tomber sous le coup d'aucune législation de lutte contre la discrimination).

[Toutefois, la commissaire à la tête de l'organisme de promotion de l'égalité, en cas de comportement ou de pratique discriminatoire passé ou actuel, peut imposer des amendes. Celles-ci varient selon que le comportement discriminant est prohibé par la loi ou qu'il s'agit d'un non respect de recommandations, d'ordres/décrets de la commissaire (notamment pour un décret ordonnant qu'il soit mis fin à la pratique discriminatoire dans le délai fixé par la commissaire), l'amende est de 350 £ maximum (environ 600 €). La loi impose également une amende de 50 £ (environ 85 €) pour chaque jour de non-conformité.]

## Danemark

Réponses fournies par l'Institut danois pour les droits humains

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Le cas d'espèce ne s'inscrit pas dans la portée de la législation danoise de lutte contre la discrimination.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Cette affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, en son article 3, paragraphe 1 d), concernant les biens et les services, si la directive était en vigueur.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Puisque cette affaire ne s'inscrit pas dans la portée de la législation danoise de lutte contre la discrimination, les questions suivantes (3 à 6) seront envisagées comme si la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle était entrée en vigueur.

Seuls les tribunaux seraient compétents pour connaître d'une telle affaire. Le plaignant pourrait également se tourner vers le Conseil danois des plaintes en matière de services bancaires, qui traite principalement les plaintes de consommateurs privés contre des institutions financières. Il n'est cependant pas certain que cette institution envisage le cas d'espèce selon une optique de discrimination.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

Il s'agit d'un cas de discrimination indirecte. En effet, l'institution financière fait directement référence à l'âge du candidat pour justifier son refus de lui octroyer le prêt. Une discrimination indirecte semble peu probable.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

En vertu de l'article 2, paragraphe 6, nonobstant le paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. En particulier, la présente directive n'exclut pas la fixation d'un âge spécifique pour accéder aux prestations sociales, à l'éducation et à certains biens ou services.

L'article 2, paragraphe 7 dispose qu'en ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent autoriser des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes.

Le mémorandum explicatif de la proposition de directive établit que l'article 2 paragraphe 7 est ajouté à l'intention des services d'assurance et de banque, compte tenu du fait que l'âge et le handicap peuvent constituer un élément essentiel de l'évaluation du risque pour certains produits, et donc du prix. S'il était totalement interdit aux assureurs de tenir compte de l'âge et du handicap, les coûts additionnels seraient entièrement à la charge des autres assurés, ce qui conduirait à des coûts globaux plus élevés et à une offre de couverture plus réduite pour les consommateurs. L'utilisation de l'âge et du handicap dans l'évaluation des risques doit cependant être fondée sur des données et des statistiques précises.

Comme susmentionné, le cas d'espèce n'est pas couvert par la législation danoise de lutte contre la discrimination. Il serait donc légal d'instaurer un critère d'âge pour l'octroi de prêts.

Cependant, si la proposition de directive entrait en vigueur, un service bancaire désireux de garantir l'efficacité des opérations bancaires poursuivrait selon moi un objectif légitime. La question est de savoir si les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires et si le critère d'âge est considéré comme un facteur clé de l'évaluation des risques.

Il est difficile d'établir avec certitude que l'âge serait considéré comme un facteur clé. Toutefois, il me semble que l'âge ne peut être envisagé comme tel que si l'institution peut apporter la preuve – via des données actuarielles ou statistiques – que le risque associé à l'octroi de prêts à des personnes de plus de 70 ans est en effet élevé. Si l'institution le démontre, cela ne doit pas à mes yeux automatiquement entraîner un rejet immédiat, mais plutôt soulever la question des garanties supplémentaires permettant l'octroi du prêt. Il s'agit donc de savoir si les moyens (rejet de tous les prêts aux personnes de plus de 70 ans) de parvenir à l'objectif (efficacité des opérations bancaires) sont appropriés et nécessaires. Cela ne semble pas être le cas. Les moyens ne sont ni appropriés ni nécessaires et ne font qu'entretenir les stéréotypes à l'encontre d'un groupe spécifique. Renforcer les garanties du prêt peut en revanche permettre de garantir l'efficacité des opérations bancaires, mais la possibilité de le faire dépend d'une évaluation concrète et individuelle où des facteurs tels

que le revenu, les dettes, les dépenses, l'emploi, le logement et le statut civil entrent en ligne de compte. Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que le prêt sollicité par le plaignant est plutôt limité et à court terme et que le risque d'octroi ne peut donc pas être élevé.

Le fait que l'institution financière n'a pas fourni de données actuarielles ou statistiques est très important, l'utilisation de l'âge comme facteur clé de l'évaluation des risques devant s'appuyer sur des données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes. En l'absence de telles données, les institutions financières ont une marge d'appréciation trop large pour déterminer que les personnes de plus d'un certain âge ne sont pas de bons clients en matière d'octroi de prêts.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Aucune sanction n'est possible, le cas d'espèce ne s'inscrivant pas dans la portée de la législation danoise de lutte contre la discrimination. Si c'était le cas, il s'agirait très probablement d'une compensation.

## Finlande

Réponses fournies par le Cabinet du médiateur en charge des minorités

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Oui, le cas d'espèce s'inscrit dans la portée de l'interdiction de la discrimination consacrée par le code pénal en son chapitre 11, section 11. Cependant, en matière pénale, la charge de la preuve n'est pas renversée et la question de l'intentionnalité doit être soulevée.

Le cas d'espèce ne s'inscrit pas dans la portée de la loi sur l'égalité. Celle-ci interdit toute discrimination fondée sur l'âge, mais son champ d'application ne couvre pas la fourniture ou l'accès aux services en la matière (uniquement en matière de discrimination ethnique).

La doctrine sur les dispositions du code pénal (Heinonen et al. : Rikosoikeus, 1999) mentionne spécifiquement que refuser de vendre un produit à crédit constitue par exemple une discrimination si ce type de produit est commun. Il est également mentionné que la disposition relative à la discrimination ne dispense pas le vendeur de vérifier le statut financier, etc., de l'acheteur.

En vertu du chapitre 11, section 11 du code pénal :

### Discrimination

Une personne qui dans son métier ou sa profession, dans la fourniture de services au public, dans l'exercice d'une autorité officielle ou autre fonction publique ou dans l'organisation d'un loisir ou d'une réunion à caractère public, sans raison justifiée :

(1) refuse de fournir à quiconque un service conformément aux conditions générales applicables ;

(2) refuse l'accès à quiconque au loisir ou à la réunion ou l'en rejette ; ou

(3) place quiconque dans une position inégale ou essentiellement inférieure du fait de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur de peau, de sa langue, de son sexe, de son âge, de ses liens familiaux, de ses préférences sexuelles, de son état de santé, de sa religion, de son orientation politique, de son activité politique ou industrielle ou de toute autre circonstance comparable ; sera convaincue de discrimination, à moins que l'acte ne soit punissable en tant que discrimination industrielle ou XXX, et sera redevable d'une amende ou condamnée à une peine d'emprisonnement de six mois au plus.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui. La proposition couvre la discrimination fondée sur l'âge (article 1) dans l'accès et la fourniture de biens et autres services au public (article 3, 1d). (La pertinence des exceptions de l'article 2, paragraphes 6 et 7 sera envisagée ci-dessous).

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

L'affaire ne pouvant actuellement être traitée en Finlande que d'un point de vue pénal, la police de district/le ministère public/le tribunal de district pourraient en connaître.

L'article 12 de la proposition stipule que les États membres désigneront un ou plusieurs organismes de promotion de l'égalité de traitement, etc.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

On peut conclure à une discrimination directe fondée sur l'âge. Non, il faut comparer le traitement des autres tranches d'âge. (Dire que toutes les personnes de couleur sont traitées de manière égale ne signifie pas que la discrimination sera indirecte plutôt que directe si ces personnes sont traitées différemment que celles dont la peau est blanche.)

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

**Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?**

a) La disposition pénale finlandaise comprend les mots « sans raison justifiée », qui s'apparentent à la définition de la discrimination indirecte. Toutefois, il me semble que dans le cas d'espèce, la raison ne se justifie pas, le plaignant ayant clairement les capacités de rembourser et ayant précédemment démontré (3 mois auparavant) qu'il était disposé à le faire. L'âge en tant que tel ne constitue pas un risque élevé pour l'institution financière. Bref, la discrimination n'est pas justifiée.

b) Il s'agit d'une discrimination directe fondée sur l'âge. Les exceptions de la proposition (article 2.6 et 2.7) pourraient s'appliquer.

L'exception de l'article 2.6 :

- Afin de l'invoquer, une disposition de droit national devrait stipuler qu'une différence de traitement dans cette situation précise est légale, donc non discriminatoire. Cette exception doit être objectivement justifiée par un objectif légitime et les moyens de réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires.

- Dans le cas d'espèce, l'objectif est de minimiser le risque pour l'institution financière et de garantir le statut financier de l'acheteur, lequel est légitime, mais les moyens mis en œuvre pour y parvenir ne sont ni appropriés, ni nécessaires. Par ailleurs, la réglementation nationale ne semble pas suffisamment spécifique. En outre, la situation n'est pas proportionnée et l'exception ne peut donc être utilisée.

L'exception de l'article 2.7 :

- Selon la proposition, les États membres peuvent autoriser des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge (ou d'un handicap) constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques.

- Dans le cas d'espèce, l'exception ne peut s'appliquer : l'État membre n'a pas spécifiquement autorisé la différence de traitement en question. De plus, l'âge ne constitue pas un facteur clé dans l'évaluation des risques (le risque global n'est pas très élevé, s'agissant d'un prêt à tempérament dont le montant est relativement limité). Par ailleurs, aucunes données actuarielles ou statistiques sur le niveau de revenu des personnes de plus de 70 ans n'ont été avancées. En outre, l'âge supérieur à 70 ans, voire un revenu faible, n'augmentent pas nécessairement le risque, le montant n'atteignant que 290 € pour un prêt à tempérament.

- L'absence de statistiques est importante, car la proposition de directive exige que l'utilisation de l'âge comme facteur clé de l'évaluation des risques s'appuie sur des données précises et pertinentes. Selon ce principe, les exceptions à l'interdiction générale de discriminer devraient être interprétées de manière stricte.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Aucune législation civile ne couvrant le cas à l'heure actuelle, les sanctions seraient donc pénales : amende ou emprisonnement de six mois au plus (en pratique probablement autour de 15-60 jours). La victime (ou le ministère public en son nom) pourrait également demander réparation pour dommages moraux (loi sur la responsabilité en cas de dommage). En pratique, les dommages seraient symboliques, probablement autour de 100-3 000 € ou plus précisément de 200 à 500 €.

## Hongrie

*Réponses fournies par le l'Autorité pour l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la loi 2003:125 sur l'égalité de traitement et la promotion de l'égalité des chances (ci-dessous dénommée loi sur l'égalité de traitement).

En vertu de l'article 5 de la loi sur l'égalité de traitement : « À côté des entités mentionnées à l'article 4 ci-dessus, les personnes suivantes observeront le principe d'égalité de traitement dans les relations concernées : a) ceux qui soumettent une proposition à des personnes non préalablement supposées entrer en contact ou ceux qui invitent ces personnes à soumettre une offre et b) ceux qui fournissent des services ou vendent des biens dans des locaux ouverts aux consommateurs. » Selon l'opinion de l'Autorité sur l'égalité de traitement, le fournisseur de crédit – qui fait également largement la promotion de produits théoriquement accessibles à tous – sera tenu d'observer le principe d'égalité de traitement au sens de la loi susmentionnée.

L'article 8 de la loi sur l'égalité de traitement définit les caractéristiques protégées, en son point o), envisageant la protection des personnes discriminées en raison de leur âge.

En vertu de l'article 30 de la loi sur l'égalité de traitement : « Il y a particulièrement infraction au principe de l'égalité de traitement si, dans des locaux ouverts aux consommateurs, en particulier dans des établissements de restauration, commerciaux, culturels et de loisir, et selon les caractéristiques définies à l'article 8 a), la fourniture de services ou la vente de biens est refusée ou négligée. »

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui, selon moi elle s'inscri(r)ait dans la portée de la proposition de directive, l'article 1 faisant référence à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge, même en dehors de l'emploi et du travail et le paragraphe 1 de l'article 2 prohibant toute discrimination directe fondée sur l'âge. Le paragraphe 1 de l'article 3 stipule que l'interdiction de toute discrimination s'applique entre autres en matière d'accès et de fourniture de biens et autres services mis à la disposition du public.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En vertu de la section 76 du code civil et de la section 23 du code de procédure civile, toute infraction au principe d'égalité de traitement sera considérée comme une violation des droits inhérents et les juridictions civiles compétentes ou le tribunal métropolitain pourront connaître de ces plaintes.

Par ailleurs, l'Autorité hongroise de supervision financière est habilitée et compétente pour évaluer la conduite et les politiques des entreprises financières, en vertu de la loi 2007:135 sur ladite autorité.

L'Autorité pour l'égalité de traitement est compétente en la matière, conformément aux articles 14 et 15 de la loi pour l'égalité de traitement.

La mise en œuvre de la directive ne nécessiterait donc aucune réorganisation du système.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

Le cas d'espèce présente les caractéristiques d'une discrimination directe. Cependant, on pourrait également conclure à une discrimination indirecte à l'encontre des personnes âgées, celles-ci pouvant aisément être identifiées comme un groupe cohérent avec des besoins particuliers par rapport aux générations plus jeunes. Il s'agit notamment d'exigences en matière de transport et d'accessibilité. Ainsi, l'utilisation de marches plus hautes dans les trains ou l'établissement d'un centre de plainte au troisième étage sans ascenseur désavantage particulièrement les personnes âgées par rapports aux plus jeunes.

La discrimination indirecte envers les personnes âgées est interdite tant par la loi hongroise sur l'égalité de traitement que par la proposition de directive, à moins que la pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et des moyens appropriés et nécessaires.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

La banque ayant utilisé la limite d'âge comme un facteur absolu justifiant son refus, aucune justification objective ou exception ne peut être avancée dans le cas d'espèce. Le fait qu'elle n'ait même pas tenté de justifier sa position en s'appuyant sur des données actuarielles ou statistiques ne fait que conformer cet état de fait. La déclaration de la banque ne suffit pas à démontrer le risque plus élevé pouvant engendrer le refus. Toutefois, il est selon moi certainement légal d'examiner les divers risques associés à l'âge et d'élaborer un système où l'âge du client joue un rôle, le cas échéant via des conditions supplémentaires.

L'article 2.7 de la proposition de directive autorise ce type de différence proportionnée : « (...) En ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes. »

La loi hongroise sur l'égalité de traitement contient une clause de justification générale, en son article 7.2 : « Sauf disposition contraire de la présente loi, le principe d'égalité de traitement n'est pas enfreint pas des conduites, des mesures, des conditions, des omissions, des instructions ou des pratiques (ci-dessous collectivement dénommées dispositions), b) raisonnablement et objectivement justifiées par la relation concernée dans les cas non mentionnés au point a) ci-dessus. »

Au final, selon l'autorité, il existe une différence majeure entre les divers types de services financiers. Une différenciation proportionnée et adaptée selon l'âge des clients en matière d'assurance peut tout à fait être justifiée (via des données statistiques et actuarielles), ce domaine concernant des contrats spécifiques de type « *Glücksvertrag* » impliquant un facteur chance considérable et nécessitant donc l'application de primes plus élevées pour les personnes âgées afin de garantir des niveaux de risque acceptable pour l'entreprise et des primes basées sur les risques réels pour les clients.

D'un autre côté, d'autres services financiers, tels que les banques, les services de crédit, etc., n'engendrent pas un risque élevé, les compagnies étant généralement capables de couvrir leurs dépenses et de les garantir par des mesures additionnelles de sauvegarde.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu de l'article 16.1 de la loi sur l'égalité de traitement : « Si l'autorité a établi une violation des dispositions du présent texte garantissant le principe d'égalité de traitement, elle peut :

- a) ordonner l'élimination de la situation enfreignant la loi ;
- b) interdire la poursuite de la conduite enfreignant la loi ;
- c) ordonner la publication de la décision établissant l'infraction à la loi ;
- d) imposer une amende ;
- e) appliquer une mesure juridique déterminée par un texte spécial. »

## Pays-Bas

*Réponses fournies par la Commission pour l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Non. La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement en matière d'emploi (discrimination fondée sur l'âge) ne s'applique qu'à l'emploi.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui, l'affaire concerne la fourniture d'un service et une différence de traitement fondée sur l'âge du candidat.

Plus spécifiquement, l'affaire s'inscrit dans la portée de l'article 3.1 d), en conjonction de l'article 1<sup>er</sup> de la proposition. L'article 3.1 interdit toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'accès aux biens et aux services et de fourniture de biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement.

Dans le cas d'espèce, le plaignant a sollicité un prêt à tempérament auprès d'un fournisseur de crédit. La fourniture d'un service financier de ce type tombe sous le coup de la fourniture de biens et de services au sens de l'article 3.1 d) de la proposition de directive du Conseil.

La législation néerlandaise de lutte contre la discrimination ne couvrant pas l'âge en matière de fourniture de biens et de services, les réponses suivantes s'appuieront sur la proposition de directive mentionnée à la question 2.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Si la proposition de directive entre en vigueur, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement, ainsi que le tribunal de district de la région du plaignant seront probablement compétents.

Tant que la proposition de directive n'est pas adoptée et mise en œuvre, les plaignants peuvent également s'adresser à un tribunal de district, mais pas à la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement. Aucune législation spéciale en matière de discrimination ne protégeant les individus en matière de fourniture de biens et de services en raison de leur âge, le plaignant devrait axer son argumentation sur l'interdiction générale de toute discrimination telle que garantie par la Constitution néerlandaise et par les traités internationaux.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

Le fournisseur de crédit exclut les candidats de 70 ans et plus de ses services. Il s'agit d'une discrimination directe fondée sur l'âge, celui-ci justifiant directement la décision de prendre en compte sa demande. Peu importe que d'autres critères que l'âge, tels que le revenu, soient également décisifs.

La Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement estime qu'il y a discrimination directe non seulement si des critères tels que l'âge d'un candidat (ou son sexe, sa race, etc.) sont l'unique raison de ne pas l'embaucher, mais également si d'autres raisons justifient la décision et que l'âge en fait partie. Il en va de même pour la fourniture de biens et de services. Je ne vois aucune raison empêchant d'appliquer ce raisonnement à la discrimination fondée sur l'âge en matière de biens et de service si/lorsque la proposition de directive du Conseil est mise en œuvre.

L'argument selon lequel toutes les personnes de 70 ans et plus sont traitées sur un pied d'égalité ne peut influencer la qualification de discrimination directe ou indirecte. L'application générale d'une politique excluant des personnes de l'accès à un bien ou à un service ne change rien au fait que la politique en question constitue une discrimination directe fondée sur l'âge. C'est l'exclusion d'un certain groupe en raison de son âge qui importe.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

Le fournisseur de crédit a déclaré que sa politique visait à éviter des niveaux de risque trop élevés. Il y a dans le cas d'espèce exclusion des personnes âgées, celles-ci ne disposant généralement selon le fournisseur de crédit que de revenus faibles et l'institution ayant récemment octroyé un nombre important de prêts à cette tranche d'âge. Son niveau de risque a trop augmenté et le fournisseur de crédit a décidé qu'il était justifié d'exclure les personnes de plus de 70 ans.

La proposition de directive n'interdit pas les différences de traitement fondées sur l'âge pour peu qu'elles soient objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime et que les moyens mis en œuvre pour l'atteindre soient appropriés et nécessaires.

Dans le cas d'espèce, si la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement avait été compétente, elle aurait probablement considéré le but comme légitime, n'étant pas en lui-même discriminant et répondant à un intérêt commercial réaliste.

Toutefois, au vu de la doctrine de la commission en matière d'âge dans le domaine de l'emploi, les moyens permettant d'atteindre cet objectif ne seraient probablement pas considérés comme appropriés et nécessaires. La commission aurait probablement estimé que la politique était basée sur une généralisation de la situation des personnes âgées. Même si les statistiques montraient que les personnes âgées ont généralement des revenus plus faibles, une exclusion générale du service en raison de l'âge uniquement ne serait probablement pas considérée comme raisonnable par rapport à l'objectif d'éviter des niveaux de risque trop élevés. C'est d'autant plus le cas qu'il existe une alternative : l'évaluation individuelle de la situation de chaque candidat. La procédure de sélection serait donc neutre pour ce qui est de l'âge et seules les personnes âgées ne répondant pas aux critères appliqués à l'ensemble des candidats seraient exclues.

La situation serait différente si le crédit sollicité par le plaignant était un crédit à long terme ou une somme d'argent importante, telle qu'un prêt hypothécaire ou une voiture chère. Si le fournisseur de crédit avait exclu les personnes âgées en s'appuyant sur le même argument – le risque et le revenu généralement bas – la Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement aurait également pu conclure à une discrimination directe non justifiée. Mais si le fournisseur de crédit avait avancé qu'il avait exclu les personnes âgées parce qu'il existait un risque réel qu'elles décèdent avant le remboursement de leur prêt, la situation serait différente. La justification de la discrimination ne peut cependant être déterminée qu'au cas par cas, selon les circonstances particulières.

La Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement ne conclurait probablement pas que la généralisation par le fournisseur de crédit porte atteinte à la dignité humaine des clients plus âgés. En effet, le discours sur la discrimination fondée sur l'âge aux Pays-Bas est généralement moins offensant. Par ailleurs, la Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement se contente de déterminer s'il y a discrimination directe ou indirecte, ainsi que d'évaluer la justification de cette discrimination. Elle peut mentionner que le plaignant se sent offensé dans sa dignité humaine ou conclure que les stéréotypes et les généralisations ont des effets négatifs sur les personnes qui les subissent, sans pour autant conclure à une atteinte à la dignité humaine du plaignant.

Actuellement, la législation néerlandaise de lutte contre la discrimination n'entrevoyait qu'une seule exception à la différence de traitement pouvant constituer un « facteur clé de l'évaluation du risque » : le sexe. Cette exception est en outre limitée à l'évaluation des risques en matière d'assurance vie. De plus, l'exception ne s'applique que si des données

actuarielles montrent que les niveaux de risque sont différents entre les femmes et les hommes du fait de la différence d'espérance de vie. Aucune exception n'est acceptée pour tout autre type de service (retraites, assurances automobiles, etc.), même si la directive 2004/113/CE (interdiction de la discrimination fondée sur le sexe dans la fourniture de biens et de services) autorise d'autres exceptions.

Cette application stricte de la directive 2004/113/CE dans la législation nationale néerlandaise sur l'égalité permet de se demander si les articles 2.7 et 15 de la proposition de directive seront transposés en droit néerlandais, totalement ou partiellement. À l'heure actuelle, le gouvernement néerlandais ne semble pas avoir l'intention de modifier l'exception stricte de la législation néerlandaise de lutte contre la discrimination si et lorsque la proposition de directive entre en vigueur.

La disposition relative aux données précises et pertinentes revêt une importance particulière si la partie défenderesse invoque l'exception susmentionnée, en tant que facteur clé dans l'évaluation des risques en matière d'assurance vie.

Dans d'autres cas, la disposition relative aux preuves statistiques peut permettre d'apporter la preuve de faits ne pouvant pas être considérés comme « généralement acceptés ». Dans ce cas, la Commission néerlandaise sur l'égalité de traitement n'exige généralement pas que des données statistiques viennent confirmer ces faits.

Dans le cas d'espèce cependant, même si le fournisseur de crédit avait apporté la preuve statistique du fait que les personnes âgées disposent plus souvent de revenus faibles que les jeunes (qu'il s'agisse d'une discrimination directe ou indirecte), la distinction aurait de toute manière probablement été considérée comme trop générique, alors qu'une alternative existait.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

La législation anti-discrimination néerlandaise ne prévoit aucune sanction ou réparation. Si l'affaire est portée en justice, des sanctions et des réparations peuvent être obtenues, mais la législation anti-discrimination ne prévoit aucun système « indépendant » de ce type, comme c'est le cas en droit pénal.

## Norvège

*Réponses fournies par le médiateur en charge de l'égalité et de la lutte contre la discrimination*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

Non. Le droit norvégien ne prohibe la discrimination fondée sur l'âge qu'en matière d'emploi. C'est toujours le cas dans la nouvelle proposition de législation de lutte contre la discrimination. Toutefois, dans certains cas de discrimination fondée sur l'âge particulièrement graves ou injustes en dehors de l'emploi, la protection contre cette discrimination peut être accordée. Les travaux préparatoires de la proposition mentionnent comme exemple de discrimination illégale le rejet de demandeurs de prêts sur la seule base de leur âge. Il n'est pas certain que la proposition sera adoptée, avec ou sans amendements.

Cependant, nous disposons d'une législation sur les institutions financières en vertu de laquelle les clients ne peuvent être écartés sans justification ou cause objective, notamment via des statistiques pertinentes. On pourrait peut-être tenir compte du type de crédit et si le prêt est garanti, notamment en matière de prêt hypothécaire. Les demandeurs plus âgés auraient alors moins de raisons d'être écartés.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Article 2.7 : « (...) En ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes. »

Le mémorandum explicatif, en sa section 5, article 2, précise que « l'utilisation de l'âge et du handicap dans l'évaluation des risques doit être fondée sur des données et des statistiques précises. »

Par ailleurs, le considérant 15 dispose que : « Les facteurs actuariels et des facteurs de risque liés au handicap et à l'âge (...) ne devraient pas être considérés comme des discriminations lorsqu'ils s'avèrent déterminants pour l'évaluation du risque. »

En supposant que l'institution financière puisse fournir des données remplissant les conditions susmentionnées, il serait légal d'exclure les clients de plus de 70 ans. Cet article ne semble pas interdire les stéréotypes et les généralisations, l'exemption pour données statistiques étant une règle spéciale. La législation de lutte contre la discrimination vise à laisser la place à l'évaluation individuelle et à ne pas exclure ni discriminer quelle qu'en soit la raison. On peut s'attendre à ce qu'un compromis soit nécessaire à l'adoption de la directive.

Quoi qu'il en soit, le terme « facteur clé » devrait alors être appliqué de façon restrictive afin d'éviter toute discrimination.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Comme mentionné à la question 1, la Norvège ne dispose pas de législation de lutte contre la discrimination s'appliquant au cas d'espèce.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

Comme mentionné à la question 1, la Norvège ne dispose pas de législation de lutte contre la discrimination s'appliquant au cas d'espèce. Si ce type de discrimination était interdit en matière de biens et de services, nous concluons à une discrimination directe, l'âge étant un facteur important directement mentionné par la banque.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

**Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?**

Comme mentionné à la question 1, la Norvège ne dispose pas de législation de lutte contre la discrimination s'appliquant au cas d'espèce. L'exception ne s'appliquerait donc pas. Si la discrimination fondée sur l'âge était interdite en matière de biens et de services, on pourrait estimer que la réduction des pertes financières est un but légitime, mais que le refus d'octroi du crédit n'est pas approprié, proportionné ou nécessaire, la justification n'étant dès lors pas objective.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

Comme mentionné à la question 1, la Norvège ne dispose pas de législation de lutte contre la discrimination s'appliquant au cas d'espèce.

## Slovaquie

*Réponses fournies par le Centre national slovaque pour les droits humains*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

L'affaire s'inscrit dans la portée de la loi n°365/2004 coll. sur l'égalité de traitement dans certains domaines et sur la protection contre la discrimination, modifiant et complétant certaines autres lois (« loi de lutte contre la discrimination »).

L'article 2 de la loi de lutte contre la discrimination dispose :

(1) Conformément au principe d'égalité de traitement, est interdite toute discrimination fondée sur le sexe, la religion ou les croyances, l'origine raciale, nationale ou ethnique, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, le statut marital et familial, la couleur de peau, la langue, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la propriété, l'ascendance ou d'autres statuts.

(2) En plus du principe de l'égalité de traitement, il conviendra également d'observer la bonne morale afin d'élargir la protection contre la discrimination.

En vertu du §5 de la loi de lutte contre la discrimination et conformément au principe de l'égalité de traitement, les formes de discrimination susmentionnées seront interdites en matière de sécurité sociale, de soins de santé, de fourniture de biens et de services et d'éducation.

L'interdiction générale de la discrimination est exprimée à l'article 12 paragraphe 2 de la Constitution : « Les droits fondamentaux sont garantis pour tous en République slovaque, quel que soit leur sexe, leur race, leur couleur de peau, leur langue, leurs croyances et leur religion, leur affiliation politique ou autres convictions, leur origine nationale ou sociale, leur nationalité ou leur origine ethnique, leur propriété, leur ascendance ou tout autre statut. Nul ne peut être offensé, discriminé ou favorisé pour ces raisons. »

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui, cette affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive du Conseil, laquelle interdit toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement.

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

Le Centre national slovaque pour les droits humains (CNSDH) serait compétent pour émettre une opinion d'expert, apporter une assistance juridique au plaignant, le représenter en justice ou proposer ses services de médiateur.

En cas d'action en justice, le tribunal de district est compétent pour connaître de l'affaire. Les parties à la procédure de violation du principe d'égalité de traitement peuvent également être représentées par des entités juridiques :

- a) ayant autorité en vertu d'une législation distincte ou
- b) dont les activités visent ou apportent une protection contre la discrimination.

La surveillance des conditions et des contrats appliqués par les fournisseurs de crédit à la consommation (conformément à la loi n°258/2001 coll. relative à la fourniture de crédit à la consommation) est du ressort de l'Inspection du travail slovaque.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

En vertu de la loi de lutte contre la discrimination, l'exclusion de tous les candidats âgés de plus de 70 ans de l'accès au crédit ou au prêt constitue une discrimination directe fondée sur l'âge.

En vertu du §2a 2) de la loi, une discrimination directe se produit lorsque, par acte ou omission, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre l'est, l'a été ou le serait dans une situation comparable. Le plaignant a été traité de manière moins favorable qu'une autre personne dans une situation comparable du fait de son âge. Cette argumentation est confirmée par les déclarations sur l'âge du plaignant par le fournisseur de crédit.

Selon nous, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans constitue une discrimination indirecte, la différence de traitement en question étant fondée sur un âge déterminé (70 ans) et non sur une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre.

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

Le § 8.3 de la loi de lutte contre la discrimination stipule que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constitueront pas une discrimination si elles sont objectivement justifiées par un objectif légitime et que les moyens d'y parvenir sont appropriés et nécessaires, ou conformes à une loi.

L'efficacité des opérations bancaires peut être considérée comme un but légitime mais le moyen concerné (l'exclusion de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans du service sans évaluation de leur statut financier) peut difficilement être qualifié de proportionné ou nécessaire. Le fournisseur de crédit pourrait envisager d'autres possibilités telles qu'une assurance ou des garanties de tiers.

L'article 2.7 de la proposition de directive dispose que, en ce qui concerne la fourniture de services financiers, les États membres peuvent être autorisés à instaurer des différences proportionnées de traitement lorsque, pour le produit en question, l'utilisation de l'âge ou d'un handicap constitue un facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes. La loi CXII de 1996 sur les institutions de crédit et les entreprises financières mentionnée par le défendeur contient des exigences strictes sur les accords de prêts afin de garantir l'efficacité des opérations bancaires, mais ne mentionne pas l'âge en tant que facteur clé de l'évaluation des risques.

L'absence de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes serait l'un des nombreux arguments pouvant être invoqués à l'encontre de l'institution financière. Des données statistiques éventuelles sur les revenus plus faibles des personnes âgées ne suffisent pas à exclure toutes les personnes de plus de 70 ans du crédit ou des prêts. Ce n'est pas l'âge mais la situation financière particulière du client qui doit constituer le facteur clé de l'évaluation des risques. On pourrait même avancer que, du fait de la régularité de leur retraite, les personnes âgées présentant un statut financier suffisant et n'occasionnent pas un risque plus élevé à l'institution financière que les personnes en âge d'avoir des enfants et risquant d'être licenciées.

**6. S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?**

En vertu du paragraphe 9 de la loi slovaque de lutte contre la discrimination, le plaignant peut demander à ce que la personne ayant enfreint le principe d'égalité de traitement soit empêchée de récidiver et, si possible, remédie à la situation illégale ou apporte une satisfaction appropriée. Si cette satisfaction s'avérait insuffisante, en particulier lorsque la violation du principe d'égalité de traitement a considérablement porté atteinte à la dignité, au statut social et au fonctionnement social de la victime, celle-ci peut également réclamer une réparation monétaire pour dommages moraux.

## Suède

*Réponses fournies par le médiateur en charge de l'égalité de traitement*

**1. L'affaire s'inscrit-elle dans la portée d'une quelconque législation nationale de lutte contre la discrimination et si oui, laquelle ?**

La loi suédoise sur la discrimination n'interdit pas la discrimination fondée sur l'âge en matière de biens, de services et de logement.

**2. Par ailleurs, cette affaire s'inscrit-elle dans la portée de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans la fourniture de biens, de facilités et de services ?**

Oui, cette affaire s'inscrit dans la portée de la proposition de directive (articles 1, 2a et 3 d).

**3. Quelle cour, tribunal, organisme de promotion de l'égalité ou organisation serait compétent ?**

En vertu de la proposition de directive, les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes, mais également d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante (articles 7 et 12).

En Suède, le médiateur en charge de l'égalité supervise le respect de la loi sur la discrimination (en plus du mandat en vertu de la loi sur le médiateur en charge de l'égalité). Le médiateur peut se constituer partie en justice et réclamer des dommages et intérêts au nom de particuliers, conformément à la loi sur la discrimination.

Les organisations sans but lucratif et les organisations d'employés peuvent agir en justice au nom d'un particulier, en vertu de la loi sur la discrimination.

Un particulier peut également introduire une action en son propre nom devant le tribunal de district pour violation de la législation de lutte contre la discrimination.

**4. Peut-on conclure à une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge ? Pour la discrimination fondée sur l'âge, le critère d'égalité de traitement de toutes les personnes âgées de plus de 70 ans est-il également indirectement discriminant ?**

Dans le cas d'espèce, l'institution financière faisant mention de l'âge de 70 ans, il est très probable que la différence de traitement soit considérée comme une discrimination directe. Il ressort de la règle/réglementation appliquée par la compagnie que le traitement désavantageux est lié à une discrimination fondée sur l'âge. Si l'institution avait mentionné le niveau de revenu, on aurait pu conclure à une discrimination indirecte (critère neutre désavantageant les personnes âgées, mais également les jeunes).

**5. Si vous concluez que le cas d'espèce constitue une discrimination directe ou indirecte, existe-t-il une justification ou une exception objective ?**

***Dans votre réponse, veuillez envisager si, en vertu de votre législation nationale en vigueur ou de l'article 2.7 et le considérant 15 de la proposition de directive, le critère d'âge serait considéré comme « un facteur clé de l'évaluation des risques » justifiant la discrimination fondée sur l'âge ?***

Il n'existe pas d'exception à la règle de non discrimination. Toutefois, la terminologie utilisée à l'article 2.7 indique qu'il est possible de tenir compte de l'âge ou du handicap en tant que « facteur déterminant pour l'évaluation du risque, sur la base de données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes ».

Concernant la question de la discrimination indirecte, la diminution du niveau de risque de l'institution de crédit pourrait constituer une justification objective (objectif légitime). Les moyens d'y parvenir ne sont pas appropriés et nécessaires dans le cas d'espèce, le plaignant ayant un revenu net régulier. Dans l'évaluation des intérêts nécessaire à l'application de l'interdiction de toute discrimination indirecte – de même que de l'article 2.7 –, le principe général de proportionnalité de l'UE sera pris en compte. En d'autres termes, il s'agit de comparer le caractère intrusif des instruments/mesures avec l'importance d'atteindre l'objectif de la partie adverse. Dans le cas d'espèce, on peut se demander si le refus d'octroi de crédit à un particulier disposant d'un revenu régulier est proportionné à l'objectif de la compagnie de minimiser les risques. Même si l'objectif lui-même est légitime, sa proportionnalité peut dans le cas d'espèce être remise en cause, la demande n'impliquant que des montants plutôt limités (650 et 290 €).

Par ailleurs, le plaignant avait précédemment remboursé des prêts contractés auprès de la compagnie, plus importants que ceux concernés ici. La fourniture de crédit dans ces circonstances peut difficilement être considérée comme un risque substantiel pour la compagnie.

La conclusion serait différente si le montant concerné avait été beaucoup plus important. Mais même si cela avait été le cas, les différences de traitement auraient dû être proportionnées. Il est possible de ne refuser automatiquement le crédit à personne, même dans cette situation. Cependant, on pourrait raisonnablement envisager un examen médical pour les personnes plus âgées en cas de prêt ou de ligne de crédit plus important.

De plus, les personnes âgées ont souvent des revenus nets garantis réguliers via le système suédois de retraites. L'âge ne devrait donc généralement pas être considéré comme un « facteur déterminant dans l'évaluation du risque » dans le contexte du cas d'espèce.

Le fait qu'il n'existait pas de « données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes » n'est pas décisif, l'évaluation du risque pouvant dans le cas d'espèce être individuelle. Dans d'autres cas où cette évaluation individuelle est plus difficile, par exemple en matière d'assurances retraite basées sur des évaluations de durées de vie différentes, il conviendrait alors pour la partie adverse de présenter des « données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes » (par exemple les durées moyennes de vie des femmes et des hommes). Dans les cas liés à des pensions ou à des assurances vie, l'âge peut alors constituer un « facteur déterminant de l'évaluation du risque ».

Quoi qu'il en soit, la charge de la preuve repose sur la partie adverse, laquelle doit présenter des « données actuarielles ou statistiques précises et pertinentes », démontrant que l'âge est un « facteur clé » justifiant le traitement appliqué au cas d'espèce.

On peut faire le lien avec une affaire traitée par l'ancien médiateur en charge de l'égalité des genres (JämO) devant le tribunal du travail suédois. L'entreprise Volvo a imposé une taille minimum pour certains ouvriers d'usine. Afin d'obtenir un emploi, la personne devait mesurer au moins 163 centimètres (et pas plus de 195). Environ 30 % des femmes suédoises en âge de travailler mesurant moins de 163 centimètres, contre quelques % pour les hommes, le JämO a conclu que Volvo enfreignant l'interdiction de discrimination indirecte fondée sur le sexe, en appliquant un critère apparemment neutre désavantageant particulièrement les femmes en pratique. L'entreprise a rétorqué que la règle était adaptée et nécessaire afin de minimiser les risques d'accidents de travail. Cependant, il lui appartenait d'apporter la preuve de ses arguments. Le tribunal du travail a déterminé que l'entreprise ne pouvait pas démontrer que le risque d'accident de travail diminuait pour les personnes de plus de 163 centimètres. Ce risque dépendait de plusieurs facteurs, et la taille n'était pas déterminante. On ne pouvait donc appliquer cette limite de taille pour justifier l'exclusion de tant de femmes de l'emploi chez Volvo.

**6. *S'il n'existe pas de justification ou d'exception, quelles seraient les sanctions ou les réparations envisageables dans votre droit national ?***

L'article 15 de la proposition de directive prévoit que les États membres réglementent les sanctions.

En vertu de la législation suédoise de lutte contre la discrimination, une personne coupable de discrimination sera redevable de dommages et intérêts pour violation de l'intégrité. Le médiateur en charge de l'égalité pourrait demander réparation au nom du plaignant devant le tribunal de district. Le médiateur a avant tout le devoir de tenter de parvenir à un accord avec la partie adverse.

Secrétariat d'Equinet | Rue Royale 138 | 1000 Bruxelles | Belgique  
info@equineteurope.org | www.equineteurope.org

*Interprétation dynamique*  
*La législation anti-discrimination européenne dans la pratique IV*  
*Études de cas 2009*

ISBN 978-92-95067-32-6