

# **Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne**

**Droits fondamentaux et antidiscrimination**

**Emploi & affaires sociales**



**Commission européenne**

# **Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne**

«Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives, et en particulier la question des plafonds appliqués aux indemnités accordées aux victimes de discrimination»

Professeur Christa Tobler

Réseau européen des experts en matière de non-discrimination

**Emploi & affaires sociales**

Droits fondamentaux et antidiscrimination

**Commission européenne**

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances  
Unité D.3

Manuscrit achevé en juin 2005

Le contenu du présent rapport ne reflète pas nécessairement l'opinion ou le point de vue de la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant en son nom n'est responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations contenues dans cette publication.

Le texte de ce rapport a été rédigé par le professeur Christa Tobler, membre du **réseau européen des experts en matière de non-discrimination** (sur les motifs de la race ou de l'origine ethnique, de l'âge, d'un handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle), dirigé par:

**Human european consultancy**

Hooghiemstraplein 155

3514 AZ Utrecht

Pays-Bas

Tél. (31-30) 634 14 22

Fax (31-30) 635 21 39

office@humanconsultancy.com

www.humanconsultancy.com

**The Migration Policy Group**

Rue Belliard 205, boîte 1

B-1040 Bruxelles

Belgique

Tél. (32-2) 230 59 30

Fax (32-2) 280 09 25

info@migpolgroup.com

www.migpolgroup.com

La présente publication a été commanditée par la Commission européenne dans le cadre du programme d'action de la Communauté européenne visant à lutter contre la discrimination (2001-2006). Ce programme a été établi en vue de soutenir la mise en œuvre efficace de la nouvelle législation d'antidiscrimination de l'UE. Ce programme de six années cible toutes les parties prenantes qui peuvent contribuer à concevoir l'élaboration d'une législation et de politiques d'antidiscrimination appropriées et efficaces dans les 25 États que compte l'Union européenne, dans l'AELE et dans les pays candidats à l'adhésion à l'UE.

Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux, à savoir:

- 1) une meilleure compréhension des questions liées à la discrimination;
- 2) le développement de moyens permettant de traiter efficacement la discrimination;
- 3) la promotion des valeurs qui sous-tendent la lutte contre la discrimination.

Pour plus d'informations à ce sujet, on pourra se rendre sur le site:

[http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm)

Si vous souhaitez recevoir le bulletin d'information électronique «Esmail» de la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, envoyez un courrier électronique à l'adresse suivante: [empl-esmail@cec.eu.int](mailto:empl-esmail@cec.eu.int). Le bulletin d'information paraît régulièrement en allemand, en anglais et en français.

**Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses  
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne.**

**Un numéro unique gratuit:  
00 800 6 7 8 9 10 11**

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu.int>).

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006

ISBN 92-894-9961-3

© Communautés européennes, 2006

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

© Photographie et conception par: Ruben Timman, <http://www.nowords.nl>

*Printed in Belgium*

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

# Table des matières

	<b>Résumé</b>	<b>4</b>
	<b>Introduction</b>	<b>6</b>
<b>I.</b>	<b>Jurisprudence de la CJCE en matière de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs</b>	<b>9</b>
1.	Les affaires de discrimination sexuelle	10
1.1.	L'existence d'un droit à un recours (personnel et judiciaire)	10
1.2.	Exigences imposées aux recours dans le domaine du droit sur l'égalité entre les genres: caractère effectif, proportionné et dissuasif	11
1.3.	Forme et champ d'application du recours	12
2.	La règle des recours effectifs dans le droit communautaire	14
2.1.	Points de départ généraux	14
2.2.	Un droit général à un recours judiciaire (non spécifié) qui doit être effectif, proportionné et dissuasif	15
2.3.	Jurisprudence concernant la signification des «recours effectifs, proportionnés et dissuasifs» dans le droit communautaire général	17
<b>II.</b>	<b>Les recours dans le droit international relatif aux droits de l'homme</b>	<b>21</b>
1.	Points de départ généraux	22
2.	Deux exemples	22
2.1.	Le droit à un recours efficace en vertu de l'article 13 CEDH	22
2.2.	Le droit à une protection et à des voies de recours effectives en vertu de l'article 6 CEDR	24
3.	Principes fondamentaux et directives des Nations unies concernant le droit à un recours et à réparation	24
<b>III.</b>	<b>Études de cas de la législation et de la jurisprudence nationales sur les recours effectifs, proportionnés et dissuasifs dans la législation relative à la discrimination</b>	<b>27</b>
1.	Irlande: recours non pécuniaires	28
2.	Chypre: pouvoirs des organismes spécialisés dans la lutte contre les discriminations	29
3.	Portugal: recours administratifs	30
4.	Portugal, Autriche, Italie et France: retrait des prestations d'État (y compris les prestations obtenues dans le cadre des procédures de passation des marchés publics)	30
<b>IV.</b>	<b>Application à la signification de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs dans la directive relative à l'égalité raciale et la directive relative à l'égalité en matière d'emploi</b>	<b>33</b>
1.	Structure et terminologie des directives	34
2.	Forme et champ d'application des recours effectifs, proportionnés et dissuasifs	35
2.1.	Dans tous les cas: un recours judiciaire	35
2.2.	Recours effectifs, proportionnés et dissuasifs	35
<b>V.</b>	<b>Les plafonds appliqués à l'indemnité et leur compatibilité avec les directives</b>	<b>37</b>
1.	Formes de dommages et intérêts	38
2.	Les plafonds appliqués à l'indemnité	39
<b>VI.</b>	<b>Conclusion</b>	<b>44</b>
	<b>Bibliographie</b>	<b>44</b>
	<b>Liste des affaires</b>	<b>48</b>

## Résumé

Les exigences les plus importantes mais aussi les plus spécifiques fixées par le droit communautaire en matière de recours ont été initialement élaborées dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) relative à la discrimination fondée sur le genre. En raison de leur caractère général et des parallèles qui existent entre le droit relatif à la discrimination fondée sur le genre et d'autres domaines du droit communautaire, les exigences résultant de la jurisprudence relative à l'égalité sexuelle ne se limitent pas au droit sur l'égalité entre les genres mais peuvent s'appliquer également à d'autres contextes, tels que celui de la directive relative à l'égalité raciale et de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi.

Il ressort de la jurisprudence de la CJCE que la maxime voulant que, «s'il existe un droit, il doit exister un recours» est inhérente au système du traité CE. Dès lors, le droit à un recours revêt un caractère général selon le droit communautaire et ne dépend pas de l'existence de dispositions explicites l'établissant.

Le terme de «sanctions» utilisé dans les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi ainsi que dans d'autres textes de loi européens de non-discrimination plus récents n'est pas à comprendre au sens strict. Plutôt que de se rapporter uniquement à des mesures pénalisantes, le terme de «sanctions» tel qu'il est utilisé dans les directives fait principalement référence aux voies de recours dans le sens d'un redressement et d'une réparation pour les victimes de discrimination (recours au sens propre).

Selon le droit général de l'Union européenne (UE) et selon la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le recours prévu par la législation nationale pour une violation de la législation européenne doit offrir une protection judiciaire adéquate, même si la formulation de certains textes de loi plus récents semble laisser le choix entre voies de recours judiciaires et voies de recours administratives. Un système de recours sans ramifications juridiques ne suffit pas.

La voie de recours doit être de nature personnelle. Autrement dit, il faut qu'il s'agisse d'un recours pour la victime même de discrimination. Les sanctions judiciaires en elles-mêmes ne suffisent pas, bien qu'elles puissent être nécessaires pour soutenir d'autres recours (en particulier compte tenu de l'exigence d'un effet dissuasif, mentionné immédiatement ci-dessous).

Le recours accordé en vertu de la législation nationale doit être effectif, proportionné et dissuasif. La jurisprudence de la Cour ne prévoit pas de lignes directrices généralement applicables et qui soient dans le même temps spécifiques en ce qui concerne la signification du concept de voies de recours effectives, proportionnées et dissuasives. Au contraire, la signification de ce concept doit être déterminée dans chaque cas concret à la lumière des circonstances individuelles. Dans un contexte plus large, les (projets de) principes fondamentaux et directives des Nations unies concernant le droit à un recours et à réparation devraient servir de point de référence.

Pour certains cas, la jurisprudence de la Cour contient des indications spécifiques concernant les exigences du droit communautaire relatives aux voies de recours. Ainsi, dans le cas d'un licenciement discriminatoire, le (les) recours accordé(s) doit (doivent) comprendre dans tous les cas un rétablissement dans les fonctions ou une indemnisation. En outre, lorsque l'indemnisation est choisie comme forme de recours, elle doit permettre un dédommagement complet. Des plafonds ne sont pas acceptables, sauf dans des situations où le dommage n'est pas entièrement imputable à une discrimination.

À ce jour, il n'existe pas de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes concernant la discrimination multiple. Pour pouvoir convenir, il faut que les recours pour discrimination multiple reflètent la nature multiple, et donc aggravée, de la discrimination.

On trouve dans la législation nationale de certains États membres mettant en œuvre les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi certains éléments intéressants qui indiquent une approche non individuelle et prospective des recours. Ces derniers se rapportent plus particulièrement à des mesures non pécuniaires novatrices, aux pouvoirs de l'organisme administratif de non-discrimination spécialisé, à la série des recours administratifs auxiliaires disponibles, à l'utilisation de dommages et intérêts punitifs et au retrait et à l'exclusion du bénéfice de prestations d'État, en particulier dans le contexte de la passation des marchés publics.

# Introduction

Dans son étude sur les recours dans le droit international relatif aux droits de l'homme, Shelton (1999:14) observe que les causes d'un grand nombre d'abus en matière de droits de l'homme sont liées à des problèmes sociaux, économiques et politiques de longue date, parmi lesquels les préjugés, l'ignorance, la maladie, la pauvreté, la cupidité et la corruption. Il apparaît donc clairement que le droit relatif aux droits de l'homme ne suffit pas en lui-même pour empêcher les abus en matière de droits de l'homme ni pour y porter remède. Outre les efforts déployés au niveau juridique, des efforts éducationnels et sociaux sont aussi exigés. Néanmoins, Shelton affirme que la loi a un rôle important à jouer dans la mesure où des recours appropriés peuvent avoir un effet dissuasif sur ceux qui voudraient commettre des infractions et dans la mesure où ils peuvent aussi servir à réparer le mal fait aux victimes. Ces recours constituent, dès lors, un aspect significatif des efforts déployés pour assurer un État de droit.

Dans la pratique, l'éventail des recours possibles est vaste et dépend, par exemple, du type de loi concernée (par exemple, des recours d'ordre administratif, pénal et civil; Malmberg, 2004), du caractère punitif ou non punitif des recours (Harding et Swart, 1996), de leur orientation rétrospective ou prospective (cette dernière cherchant à rectifier le comportement futur; Curtin, 1985) et du niveau auquel ils sont censés opérer (niveau individuel/micro ou niveau collectif/macro; McCrudden, 2001; Kilpatrick, 2000; Malmberg, 2004; O'Dempsey, 2004). On rappellera aussi que l'on peut accéder aux recours à travers divers processus de mise en application, éventuellement complémentaires (relations industrielles et administratives et procédures judiciaires; Malmberg e.a., 2003). En fonction de ces caractéristiques, les recours offerts par une ordonnance juridique particulière refléteront différentes théories (combinées) de recours (par exemple, une justice réparatrice, compensatoire, punitive et préventive; Shelton, 1999) de même que différents concepts d'égalité (par exemple, un modèle de justice individuelle, un modèle de justice collective ou un modèle fondé sur l'égalité comme participation; McCrudden, 2001). Il s'ensuit qu'une approche de la mise en application complète est effectivement très large. Elle n'aborde pas seulement les aspects de procédures et la teneur des recours (redressement et réparation pour les victimes de discrimination) mais aussi des questions plus larges telles que la rétorsion, la conformité, l'approche intégrée (*mainstreaming*) et l'action positive ainsi que d'autres mesures innovantes telles que la taxation correctrice (on comparera les approches adoptées par: Cohen, 2004; Lappalainen, 2004; McCrudden, 1993, 1999 et 2001; Moon, 2004; Shelton, 1999).

Dans ce large éventail de questions relatives à la mise en application, le rapport se concentre sur un seul élément spécifique, à savoir la forme et l'étendue des recours pour discrimination comme l'exigent le droit communautaire en la matière et, plus spécifiquement, les directives relatives à l'égalité raciale<sup>1</sup> et à l'égalité en matière d'emploi<sup>2</sup>. S'inscrivant dans le cadre d'une nouvelle génération de législation contre la discrimination de la Communauté européenne, ces directives établissent explicitement le droit des victimes de discrimination à un recours «effectif, proportionné et dissuasif» (appelé «sanctions» dans les directives)<sup>3</sup>. Le présent rapport examine ce que le concept de «sanctions effectives, proportionnées et dissuasives» exige des États membres de l'UE au niveau de la mise en œuvre des directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi<sup>4</sup>. En arrière-plan, ce rapport discute du

<sup>1</sup> 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, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.

<sup>2</sup> Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

<sup>3</sup> En ce qui concerne la terminologie, voir IV.1 plus bas.

<sup>4</sup> Cela concerne le fond des recours plutôt que les procédures. En ce qui concerne l'efficacité des procédures nationales dans le contexte de l'exécution, on peut établir un intéressant parallèle avec les procédures relevant du droit communautaire; voir l'affaire C-263/02 P, *Commission/Jégo-Quéré & C<sup>e</sup> SA*, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, non encore publié.

développement et de la signification du concept de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs dans le droit communautaire relatif à l'égalité entre les genres (lorsqu'il possède son origine historique) et dans le droit communautaire en général. Il se penche alors sur les exigences prévues par le droit international relatif aux droits de l'homme. Il traite ensuite de la signification du concept de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs dans le cadre spécifique des directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi. Dans sa partie finale, il aborde la question des plafonds imposés à l'indemnité.



Filippo | 1985

## Partie I

# Jurisprudence de la CJCE en matière de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs

Comme le font observer Malmberg e.a. (2003:225), c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a été le moteur de l'élaboration de l'exigence de systèmes de recours nationaux dans la mise en application du droit communautaire. Le concept de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs trouve son origine historique dans le droit sur l'égalité entre les genres de la Communauté européenne, bien que la Cour ait déclaré ultérieurement que ce concept était généralement pertinent. En effet, comme on le montrera plus loin, les sentences prononcées par la Cour dans le contexte du droit sur l'égalité entre les genres sont de nature générale. Par conséquent, elles peuvent s'appliquer également en dehors de ce contexte particulier (Tobler, 2004).

## 1. Les affaires de discrimination sexuelle

### 1.1. L'existence d'un droit à un recours (personnel et judiciaire)

La génération la plus récente de législation de non-discrimination de la Communauté européenne fait explicitement mention de l'obligation des États membres de créer un système de recours<sup>5</sup>. Toutefois, le droit à un recours existait avant même l'adoption d'une telle législation explicite sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes concernant l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres. Dans sa version originale<sup>6</sup>, cette directive établissait simplement un droit procédural à une poursuite judiciaire dans le cas d'une discrimination alléguée. Dans son avis sur le précédent en matière d'égalité entre les genres relatif aux recours *von Colson et Kamann*<sup>7</sup>, l'avocat général Rozès a jugé que les dispositions telles que l'article 6 «suggèrent qu'une infraction ne restera pas impunie par l'application de sanctions nationales» [paragraphe 2, point b), de l'avis de l'avocat général]. Autrement dit, outre un recours procédural, ces dispositions impliquent l'existence d'un droit à un recours de fond. La Cour de justice a approuvé, soutenant qu'il résultait de l'objectif de la directive et, plus spécifiquement, de l'article 6 qu'«[i]l était impossible d'établir une véritable égalité des chances sans un système de sanctions approprié»<sup>8</sup> et que les victimes de discrimination avaient «des droits qu'elles pouvaient faire valoir d'elles-mêmes devant les tribunaux» (*von Colson et Kamann*, paragraphe 22). Ce dernier élément en particulier montre que les recours doivent être liés aux victimes de discrimination qui, en conséquence, ont un droit de recours personnel<sup>9</sup>.

Il importe de noter que, lorsque la Cour a établi le droit à un recours personnel dans l'affaire *von Colson et Kamann*, elle s'est référée aux dispositions générales du droit communautaire, notamment à l'article 249 du traité CE (alors l'article 189 du traité CEE), obligeant les États membres à adopter «toutes les mesures nécessaires en vue de garantir que la directive est complètement effective, conformément à l'objectif qu'elle poursuit», et l'article 10 du traité CE<sup>10</sup> (alors l'article 5 du traité CEE), obligeant les États membres à prendre toutes les mesures appropriées afin de garantir l'accomplissement de leur obligation en vue de parvenir au résultat envisagé par la directive (*von Colson et Kamann*, paragraphes 15 et 26)<sup>11</sup>. Dans l'affaire *Johnston*<sup>12</sup> (paragraphe 18), la Cour a jugé que l'exigence

<sup>5</sup> Voir I.1.3 et I.2.2 plus bas.

<sup>6</sup> Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14.2.1976, p. 40.

<sup>7</sup> Affaire 14/83, *von Colson et Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1984, p. 1891; voir aussi l'affaire 79/83, *Dorit Harz/Deutsche Tradax GmbH*, Rec. 1984, p. 1921.

<sup>8</sup> Pour la terminologie, on se reportera ici aussi à IV.1 ci-dessous.

<sup>9</sup> Les sanctions pénales ne sont pas des recours personnels en ce sens; voir IV.2.2 plus bas.

<sup>10</sup> Il s'agit de la disposition établissant le principe de coopération de bonne foi entre les États membres et la Communauté, aussi appelé principe de solidarité ou de coopération loyale.

<sup>11</sup> Voir aussi l'avis de l'avocat général Darmon sur l'affaire *Johnston* (paragraphe 4), où l'avocat général a établi un lien intéressant à la fois avec l'article 10 du traité CE et le principe de primauté.

<sup>12</sup> Affaire 222/84, *Johnston/Chief Constable of the RUC*, Rec. 1986, p. 1651.

d'un contrôle judiciaire effectif tel que stipulé par l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres reflète un principe général de droit qui sous-tend les traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui se trouve inscrit aussi dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. En conséquence, le droit à l'action judiciaire ainsi que le droit à un recours personnel subséquent ne dépendent pas de l'existence d'une disposition légale explicite établissant de tels droits (Prechal, 2005:143: «un principe de loi autosuffisant»).

Il convient encore de mentionner trois points d'importance générale supplémentaires. Premièrement, lorsqu'une disposition explicite comme celle de l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres existe, elle a un effet direct pour autant que le droit à un recours judiciaire effectif soit concerné (*Johnston*, paragraphe 58). Deuxièmement, la Cour a jugé dans l'affaire *Coote*<sup>13</sup> (paragraphe 24 et suiv.) que la protection accordée par la directive s'étendait également à la période postérieure à la fin de l'emploi dans la mesure où le principe du contrôle judiciaire effectif se verrait autrement privé d'une part essentielle de son efficacité. En conséquence, le droit à la protection contre les rétorsions fait partie de l'application effective de la directive<sup>14</sup> (Senden, 1999:345; Dougan, 1999:665)<sup>15</sup>. Troisièmement, la Cour a estimé, dans l'affaire *Dekker*<sup>16</sup> (paragraphe 22 et suiv.), que la responsabilité de la personne coupable de discrimination en vertu de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres n'est pas «subordonnée à la preuve d'une faute qui lui fût imputable et à l'absence de toute cause d'exonération reconnue par le droit national applicable» puisque dans le cas contraire l'effet utile du principe de l'égalité de traitement s'en verrait considérablement affaibli. En d'autres termes, une constatation de discrimination et, par voie de conséquence aussi, le droit à un recours ne dépendent pas de la preuve apportée par la victime de discrimination de l'existence d'une faute commise par l'employeur<sup>17</sup>.

## 1.2. Exigences imposées aux recours dans le domaine du droit sur l'égalité entre les genres: caractère effectif, proportionné et dissuasif

Outre l'existence d'un recours personnel et judiciaire, le droit sur l'égalité entre les genres de la Communauté européenne demande que ce recours soit effectif, proportionné et dissuasif. En fait, l'exigence du caractère effectif est apparue dans l'une des premières directives relatives à l'égalité entre les genres, à savoir la directive concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ou première directive sur l'égalité entre les

<sup>13</sup> Affaire C-185/97, *Coote/Granada Hospitality Ltd*, Rec. 1998, p. I-5199.

<sup>14</sup> En vertu de l'article 7 de la directive, les États membres doivent protéger les travailleurs contre le licenciement décidé par l'employeur en réaction à une plainte ou une action en justice liée à une discrimination fondée sur le genre. Dans l'affaire *Coote*, la Cour a estimé que l'on ne pouvait soutenir que l'intention du législateur était de limiter uniquement aux cas de licenciement la protection des travailleurs contre des mesures de représailles décidées par l'employeur.

<sup>15</sup> La législation plus récente contient des dispositions générales concernant la rétorsion, comme l'article 9 de la directive relative à l'égalité raciale ou l'article 7 de la deuxième directive révisée relative à l'égalité entre les genres, par exemple. Ces dispositions abordent un aspect important de la mise en vigueur. L'avocat général Mischo les décrit comme garantissant «que toute personne qui a osé braver la colère d'un employeur en alléguant l'existence d'une discrimination [...] ne regrettera pas cette audace» (*Coote*, point 6 de l'avis de l'avocat général). Dougan (1999:668) soulève la question de savoir si *Coote* est réellement une affaire de recours ou plutôt une affaire dans laquelle la Cour s'est servie de l'article 6 pour étendre la portée de fond de la directive concernée.

<sup>16</sup> Affaire C-177/88, *Dekker/VJV-Centrum*, Rec. 1990, p. I-3941.

<sup>17</sup> Dans les commentaires néerlandais sur cet arrêt, il a été noté que la Cour a effectivement modifié la législation néerlandaise au niveau de la responsabilité et qu'en agissant de la sorte elle a modifié le droit privé national; par exemple, Betlem (1991:1370), Prechal (1991:668). Dans le contexte de la loi britannique, voir Shaw (1991:319). La question de la faute est également liée à la question de savoir si les voies de recours administratives qui ne dépendent pas de la faute sont légales selon le droit communautaire compte tenu des principes relatifs aux droits de l'homme; voir Stix-Hackl et Gardette, 2004, qui estiment qu'elles sont bel et bien légales.

genres<sup>18</sup>. En vertu de l'article 6 de cette directive, les États membres veilleront à ce que des «moyens effectifs soient disponibles» de sorte que le principe de l'égalité salariale soit observé. Toutefois, l'exigence d'effectivité est plus étendue que cela. Dans l'affaire *von Colson et Kamann* (paragraphe 18 et suiv.), la Cour a jugé que, en vertu de l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres, les États membres étaient tenus de prendre des mesures suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive. Plus spécifiquement, les États membres sont obligés de garantir que ces mesures «puissent être effectivement invoquées» devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées et que les recours choisis «garantissent une protection judiciaire réelle et effective» (l'exigence du caractère effectif). Les recours «doivent avoir un effet réel et dissuasif sur l'employeur» (le caractère dissuasif). Dans le cas où la sanction choisie consiste en l'octroi d'une indemnité, celle-ci «doit en tout cas être adéquate par rapport aux préjudices subis» (ce qui implique l'exigence de proportionnalité)<sup>19</sup>.

On trouve dans la littérature scientifique des définitions générales du caractère effectif, proportionné et dissuasif exigé. C'est ainsi, par exemple, que Cohen (2004:19) explique: «Pour être effectives, les voies de recours et sanctions doivent atteindre le résultat souhaité; pour être proportionnées, elles doivent refléter de façon adéquate la gravité, la nature et l'ampleur de la perte et/ou du préjudice; et pour être dissuasives, les sanctions doivent dissuader de futurs actes de discrimination.» Cohen ajoute encore que, quoi que puisse prévoir la législation nationale, «les sanctions ne seront rien de tout cela s'il n'existe pas de mécanismes de mise en application qui soient efficaces, simples, rapides et durables». Au-delà de telles définitions générales, il est à peine possible de formuler des critères généralement applicables pour juger des exigences d'efficacité, de proportionnalité et de dissuasion. Il y a la question, soulevée par Cohen (2004:18), qui consiste à savoir à partir de quelle perspective il convient d'évaluer ce caractère effectif, proportionnel et dissuasif. En outre, les divers critères individuels (du caractère effectif, proportionnel et dissuasif) peuvent s'opposer mutuellement. Cohen souligne que, si, d'une part, un État membre souhaite adopter des voies de recours véritablement dissuasives, il serait utile de considérer ce que les auteurs ou auteurs potentiels de discrimination craignent le plus de perdre — par exemple, de l'argent, leur réputation ou des possibilités commerciales (Lappalainen, 2004:28: «plus la discrimination coûte, plus la diversité paie»). D'autre part, un système d'indemnisation permettant d'assurer qu'une entreprise soit éliminée du marché en cas d'infractions particulièrement graves pourrait se révéler disproportionné (O'Dempsey, 2004:8). Dans la pratique, cela dépend beaucoup des circonstances particulières de chaque cas individuel. En conséquence, la ligne directrice la plus importante à suivre consiste à juger les exigences d'efficacité, de dissuasion et de proportionnalité à la lumière des circonstances de chaque cas individuel (voir *Marshall II*<sup>20</sup>, paragraphe 25; Moore, 1993:538; Moon, 2004:4; plus généralement aussi Griffiths, 1999:327). Toutefois, il existe également certaines exigences plus spécifiques prévues par le droit communautaire, comme on le verra dans la prochaine section et dans celle relative aux dommages<sup>21</sup>.

### 1.3. Forme et champ d'application du recours

Le droit communautaire n'est pas très spécifique lorsqu'il traite de la forme et de la portée des recours à appliquer dans des situations spécifiques impliquant une discrimination fondée sur le genre. Dans de rares cas seulement, la législation spécifie elle-même un certain type de sanction (par exemple, l'article 4 de la directive relative à l'égalité salariale: nullité ou modification des dispositions salariales illégales). Comme l'a observé l'avocat général Léger, s'il

<sup>18</sup> Directive 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO L 45 du 19.2.1975, p. 19.

<sup>19</sup> En ce qui concerne l'exigence de proportionnalité, dans son avis sur l'affaire *von Colson et Kamann* (paragraphe 3), l'avocat général Rozès a établi une analogie avec les sanctions que les États membres peuvent prendre dans le domaine de la loi sur la liberté de mouvement, en particulier dans le contexte du mouvement et de la résidence. Concernant la question des plafonds applicables à l'indemnisation, voir V ci-dessous.

<sup>20</sup> Affaire C-271/91, *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Rec. 1993, p. I-4367, où la Cour a fait référence aux circonstances spécifiques de l'affaire dans le contexte des exigences d'effectivité et de dissuasion.

<sup>21</sup> Voir V ci-dessous.

est certes indiscutable que le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes constitue une règle de droit communautaire, il est vrai aussi que les règles pratiques de sa mise en œuvre n'ont pas été stipulées en détail (*Sutton*<sup>22</sup>, paragraphe 60 de l'avis de l'avocat général). C'est ainsi que, dans l'affaire *von Colson et Kamann* (paragraphe 18), la Cour a souligné que la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres ne prescrit pas de sanction spécifique. En conséquence, le choix des recours est laissé aux États membres, pourvu que les recours choisis soient effectifs, proportionnés et dissuasifs. Dans ce contexte, Afilalo (1998) parle d'une «approche d'expérimentation contrôlée»: en substance, la Cour laisse l'État membre expérimenter diverses formes de recours, tout en autorisant le juge national à garantir que le gouvernement réponde à certaines normes minimales.

Dans *von Colson et Kamann* (paragraphe 18), le tribunal a donné quelques exemples concrets de ce que pourraient signifier des mesures suffisamment efficaces dans une situation de refus d'emploi à caractère discriminatoire, notamment «des dispositions exigeant de l'employeur d'engager le candidat discriminé ou assurant une indemnisation pécuniaire adéquate, renforcées, le cas échéant, par un système d'amendes». On trouve dans ces propos un message important, à savoir que les amendes, qu'elles soient de nature pénale ou administrative, sont purement complémentaires plutôt que d'être au premier plan du système de mise en application nationale. Les sanctions pénales peuvent se révéler importantes dans le contexte de l'exigence du caractère dissuasif (Moon, 2004:3, parle de l'importance de l'envoi par voie de sanctions pénales d'un signal d'aversion de l'État pour les types les plus graves de discrimination).

Pour une situation bien spécifique de discrimination, la Cour a effectivement spécifié les types de recours qui doivent être accordés, estimant que l'un des deux recours devait être adopté. Dans l'affaire *Marshall II* (paragraphe 25), la Cour a expliqué qu'en cas de licenciement discriminatoire «le rétablissement de la situation d'égalité ne pourrait être réalisé à défaut d'une réintégration de la personne discriminée, ou, alternativement, d'une réparation pécuniaire du préjudice subi». Dans une telle situation, le choix des États membres est donc limité dans la mesure où ils doivent prévoir dans tous les cas soit le rétablissement de la personne discriminée dans ses fonctions soit le versement à celle-ci d'une indemnisation pécuniaire. Il va sans dire que ces mesures peuvent alors se compléter d'autres recours, tels que des excuses adressées à la victime de discrimination, des dommages et intérêts punitifs ou d'autres types de sanctions (par exemple, un service à la communauté). En fait, certains recours supplémentaires renforçant le recours personnel accordé à la victime de discrimination peuvent être nécessaires pour répondre à l'exigence du caractère dissuasif.

D'un point de vue pratique, le fait que la directive ne prescrit pas un type particulier de recours signifie que, dans cette mesure, l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres n'est pas inconditionnel et suffisamment précis pour les objectifs d'effet direct. En d'autres mots, les personnes ne peuvent l'invoquer devant les tribunaux nationaux pour revendiquer un droit à un recours particulier (*von Colson et Kamann*, paragraphe 27). Une législation nationale mettant en œuvre le droit communautaire est requise à cette fin. Toutefois, la directive est, en réalité, directement effective quant à l'obligation de prévoir des recours et quant à la nature effective, proportionnée et dissuasive des recours choisis par l'État membre. Comme l'a déclaré la Cour dans l'affaire *Marshall II* (paragraphe 36), le fait que les États membres peuvent choisir parmi différentes solutions ne peut empêcher une personne physique d'invoquer l'article 6 (voir Curtin, 1994:643 et suiv.).

Enfin, la jurisprudence susmentionnée est codifiée en une législation européenne plus récente sur l'égalité entre les genres. Ainsi, le droit à un recours effectif, proportionné et dissuasif<sup>23</sup> est stipulé en termes explicites dans

<sup>22</sup> Affaire C-66/95, *The Queen/Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton*, Rec. 1997, p. I-2163.

<sup>23</sup> Comme les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi, la deuxième directive révisée relative à l'égalité entre les genres et la directive de refonte utilisent le terme de «sanctions». Ici encore, les problèmes que pose cette terminologie seront discutés ultérieurement; voir IV.1 ci-dessous. La directive relative aux biens et services parle d'une «indemnisation ou réparation réelle et effective».

l'article 8, point d), de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres révisée<sup>24</sup>, dans l'article 8, paragraphe 2, de la directive relative aux biens et services<sup>25</sup> et dans l'article 26 de la directive de refonte proposée<sup>26</sup>. Les directives font également mention d'indemnisation. Les explications données par la Commission à propos de ces propositions montrent que les dispositions en question sont effectivement destinées à accorder un recours personnel aux victimes de discrimination.

## 2. La règle des recours effectifs dans le droit communautaire

### 2.1. Points de départ généraux

Si on passe du droit sur l'égalité entre les genres au droit général de la Communauté européenne sur les recours, un premier point à noter est que plusieurs «recours généraux» ont été élaborés par la Cour de justice, à savoir le recours général consistant à casser les mesures nationales qui sont contraires au droit communautaire<sup>27</sup> et les recours spécifiques de restitution<sup>28</sup>, de mesures provisoires<sup>29</sup> et d'indemnisation dans les cas de responsabilité de l'État membre<sup>30</sup> (Van Gerven, 2000:503 et suiv., avec référence particulière à Brealey et Hoskins, 1998; également Van Gerven, 2004:266; Craufurd Smith, 1999:300 et suiv.; Ward, 2000:23 et suiv.; Prechal, 2005:165 et suiv.). Hormis ces recours généraux, le droit communautaire a pris pour point de départ traditionnel le fait que la matière des recours est laissée aux États membres, à condition qu'ils observent les principes d'équivalence et d'efficacité découlant de l'article 10 du traité CE [élaborés par la Cour de justice depuis *Rewe (Saarland)*<sup>31</sup>; par exemple, Gil Ibáñez, 1999:211 et suiv.; Tridimas, 1999:279 et suiv. et 2000:37 et suiv.; Malmberg e.a., 2003:43 et suiv.; Prechal, 2005:137 et suiv.]. En vertu de ces principes, il appartient en effet à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, pour autant, d'une part, que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature

<sup>24</sup> Directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 269 du 5.10.2002, p. 15. Voir aussi le considérant 20 du préambule à cette directive qui fait état de la nécessité de «moyens de protection juridiques adéquats».

<sup>25</sup> Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37.

<sup>26</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, COM(2004) 279.

<sup>27</sup> Il s'agit d'une conséquence du principe de primauté, voir l'affaire 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal SpA*, Rec. 1978, p. 629, paragraphe 21.

<sup>28</sup> Par exemple, affaire C-188/95, *Fantask A/S e.a./Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Rec. 1997, p. I-6783, paragraphes 35 et suiv.

<sup>29</sup> Affaire C-213/89, *R/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (Factortame I)*, Rec. 1990, p. 2433.

<sup>30</sup> *Sutton* offre un exemple d'indemnisation dans le contexte de la discrimination (voir Van Casteren, 1998:489 et suiv.; Steyger, 1998; Ward, 1998:72 et suiv.; Craufurd Smith, 1999:306 et suiv.). Selon la Cour, les actions relatives à l'intérêt sur les arriérés des prestations de sécurité sociale ne tombent pas sous le coup de l'article 6 de la troisième directive relative à l'égalité entre les genres (directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L 6 du 10.1.1979, p. 24) mais ont dû être traitées plutôt en vertu du droit communautaire général sur la responsabilité des États membres. Dans ce dernier contexte, la Cour a simplement rappelé ses conditions en vertu de la jurisprudence, comme *Francovich* (affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci/Italie*, Rec. 1991, p. I-5357), *Brasserie du Pêcheur* (affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur/Allemagne*, Rec. 1996, p. I-1029) et *Dillenkofer* (affaires jointes C-178, 179, 188, 189 et 190/94, *Dillenkofer/Allemagne*, Rec. 1996, p. I-4845), ainsi que les deux principes généraux d'équivalence et d'effectivité (voir immédiatement ci-dessous). La Cour a laissé alors au tribunal national la tâche de l'évaluation du cas concret.

<sup>31</sup> Affaire 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Rec. 1976, p. 1989.



interne (principe de l'équivalence) et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (*Recheio-Cash & Carry*<sup>32</sup>, paragraphe 17). Le sens de ces principes généraux dans le contexte spécifique des recours a été énoncé par Ellis (1998:144) comme signifiant qu'en ce qui concerne les droits communautaires «les mêmes recours doivent être rendus disponibles dans une action similaire de nature interne pour autant que ceux-ci ne contrecarrent pas dans les faits l'action communautaire». La jurisprudence de la Cour offre peu d'éléments d'orientation concrets quant à la signification de l'un ou l'autre des deux principes dont la signification, dans une affaire spécifique, doit être évaluée dans le contexte de tous les facteurs concernés dans cette affaire (par exemple, *Steffensen*<sup>33</sup>, paragraphes 65 et suiv.).

## 2.2. Un droit général à un recours judiciaire (non spécifié) qui doit être effectif, proportionné et dissuasif

Selon *Johnston*, la Cour a également confirmé l'existence d'un droit général à un recours judiciaire hors du droit sur l'égalité entre les genres. Dans *Heylens*<sup>34</sup> (paragraphe 14), une affaire relative à la reconnaissance mutuelle des diplômes dans le cadre de la liberté de mouvement des personnes, la Cour a déclaré: «Le libre accès à l'emploi constituant un droit fondamental conféré par le traité individuellement à tout travailleur migrant de la communauté, l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit. Comme l'a soutenu la Cour dans son jugement du 15 mai 1986 dans [*Johnston*], cette exigence constitue un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme»<sup>35</sup>. Dans l'affaire *Mai's grec*<sup>36</sup> (paragraphes 23 et suiv.), qui concernait la protection des intérêts financiers de la Communauté dans le contexte des taxations agricoles, la Cour a insisté sur les obligations des États membres en vertu de ce qui est maintenant l'article 10 du traité CE, compte tenu de l'effectivité du droit communautaire et des exigences relatives aux recours subséquents. En ce qui concerne ce dernier point, la Cour a expliqué: «Tout en conservant le choix des sanctions, ils [c'est-à-dire les États membres] doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif»<sup>37</sup>. Par la suite, ces exigences ont été explicitement mentionnées dans divers domaines du droit communautaire (loi des premier<sup>38</sup>, deuxième<sup>39</sup> et troisième piliers)<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> Affaire C-30/02, *Recheio-Cash & Carry/Fazenda Pública/Regista Nacional de Pessoas Colectivas*, arrêt du 17 juin 2004, non encore publié.

<sup>33</sup> Affaire C-276/01, *Joachim Steffensen*, Rec. 2003, p. I-3735, dans le contexte de l'effectivité des règles procédurales nationales.

<sup>34</sup> Affaire 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef)/Georges Heylens e.a.*, Rec. 1987, p. 4097.

<sup>35</sup> La Cour a ajouté que l'examen judiciaire effectif doit être en mesure de couvrir la légalité des motifs de la décision contestée. En conséquence, il existe aussi un devoir de raison d'État.

<sup>36</sup> Affaire C-68/88, *Commission/Grèce*, Rec. 1989, p. 2965.

<sup>37</sup> Comparer Schermers et Waelbroeck, 2001, paragraphes 204 et suiv.

<sup>38</sup> Par exemple, article 2 du règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO L 312 du 23.12.1995, p. 1 (voir aussi le préambule à la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO C 316 du 27.11.1995, p. 48); article 8 de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, JO L 80 du 23.3.2002, p. 29; article 14 du règlement (CE) n° 793/2004 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, JO L 138 du 30.4.2004, p. 50; article 5 de la directive 98/84/CE concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, JO L 320 du 28.11.1998, p. 54; article 20 de la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

<sup>39</sup> Par exemple, l'article 4, paragraphe 1, de l'action commune 98/742/JAI sur la corruption dans le secteur privé, JO L 358 du 31.12.1998.

<sup>40</sup> Par exemple, l'article 5 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil sur la lutte contre le terrorisme, JO L 164 du 22.6.2002, p. 3.



Comme dans le contexte de la discrimination fondée sur le genre, la Cour a fait remarquer que, en l'absence de législation spécifique<sup>41</sup>, les États membres sont libres de choisir le type de recours. Ainsi, l'article 10 du traité CE, par exemple, n'oblige pas les États membres à introduire un système spécifique de responsabilité (par exemple, *Vandevenne* e.a.<sup>42</sup>, paragraphes 11 et suiv.). Un point important est relevé dans l'affaire *Nunes*<sup>43</sup>, notamment le fait que, lorsque la législation communautaire spécifie certains recours, la liste donnée peut ne pas être exhaustive. Dans ce cas, les États membres sont libres d'adopter d'autres types de recours en plus de ceux prescrits par le droit communautaire. Dans l'affaire *Nunes*, cette question s'est posée concernant la législation communautaire relative au Fonds social européen<sup>44</sup>, qui ne mentionnait que des recours de droit civil (notamment la suspension, la réduction, le retrait et/ou la récupération d'une aide utilisée de manière impropre). Outre de tels recours, la législation portugaise a prévu des sanctions pénales. La Cour a soutenu que les mesures prises par les États membres en vertu de l'article 10 du traité CE en vue de pénaliser tout comportement touchant les intérêts financiers de la Communauté «peuvent inclure des sanctions pénales même lorsque la réglementation communautaire ne prévoit qu'une sanction de nature civile. La sanction prévue doit être analogue à celle applicable en cas de violation de dispositions du droit national d'une nature et d'une importance similaires, et être effective, proportionnée et dissuasive» (*Nunes*, paragraphe 14). Dans la pratique, les dommages sont importants, particulièrement en raison de l'existence du principe de responsabilité de la Communauté européenne/de l'État, comme déjà mentionné<sup>45</sup> (bien qu'il faille noter qu'il n'existe pas de principe général imposant l'octroi d'une indemnisation dans toutes les circonstances où des dommages résultent du droit communautaire, *Booker*<sup>46</sup>, paragraphe 85). Ici aussi, une législation secondaire plus récente spécifie certains types de recours<sup>47</sup>.

Dans l'ensemble, Van Gerven (2000:521) conclut à partir de la jurisprudence de la Cour que la maxime «ubi ius ibi remedium» («s'il y a un droit, il doit y avoir un recours») est actuellement un principe du droit communautaire, inhérent au système du traité. En vertu de ce principe, le recours rendu disponible par la législation nationale doit offrir une protection judiciaire suffisante, c'est-à-dire que la réparation doit être proportionnée à la nature et au degré d'interférence avec les droits des justiciables. De façon identique, Prechal (2005:89 et suiv.) déclare qu'il existe maintenant une exigence générale du droit communautaire voulant que les recours soient effectifs, proportionnés et dissuasifs. À titre général, il convient d'ajouter que le droit des États membres à déterminer la forme et l'étendue des recours est soumis au respect des principes fondamentaux du droit communautaire, au nombre desquels figure notamment le principe général d'égalité et de non-discrimination (*Olaso Valero*<sup>48</sup>, paragraphe 34). En vertu de

<sup>41</sup> On trouvera un exemple de telles sanctions harmonisées dans les dispositions du règlement (CEE) n° 847/93 instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, JO L 261 du 20.10.1993, p. 1 (comme modifié), articles 31 et suiv.; voir Berg, 1996:67 et suiv.

<sup>42</sup> Affaire C-7/90, *Actions pénales contre Paul Vandevenne e.a.*, Rec. 1991, p. I-4371. L'affaire concernait le règlement (CEE) n° 3820/85 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route (JO L 370 du 31.12.1985, p. 1) et, plus spécifiquement, les heures de pause des conducteurs. En vertu de l'article 17, les États membres sont tenus de prendre toutes les mesures nécessaires, y compris des sanctions en cas d'infraction. Ainsi, le règlement fait état de peines mais sans les définir.

<sup>43</sup> Affaire C-186/98, *Action pénale contre Maria Amélia Nunes et Evangelina de Matos*, Rec. 1999, p. I-4883.

<sup>44</sup> Règlement (CEE) n° 2950/83 sur les tâches du Fonds social européen, JO L 289 du 22.10.1983, p. 1.

<sup>45</sup> Voir I.2.1 ci-dessus.

<sup>46</sup> Affaires jointes C-20/00 et C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd/The Scottish Ministers*, Rec. 2003, p. I-7411.

<sup>47</sup> Pour un exemple tiré du troisième pilier de l'UE (avant la révision d'Amsterdam), voir l'article 7 de la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, JO L 335 du 11.11.2004, p. 8. En ce qui concerne les personnes juridiques, les sanctions suivantes peuvent être imposées en plus d'amendes pénales et non pénales: l'exclusion du droit aux exonérations fiscales ou à d'autres prestations ou aides publiques; la disqualification temporaire ou définitive de la poursuite d'activités commerciales; le placement sous contrôle judiciaire; une ordonnance de liquidation judiciaire; la fermeture temporaire ou définitive des établissements utilisés pour commettre l'infraction; la confiscation de substances qui font l'objet de certaines infractions, les instrumentalités utilisées ou prévues pour être utilisées pour ces infractions et les produits de ces infractions ou la confiscation de la propriété dont la valeur correspond à celle de ces produits, substances ou instrumentalités.

<sup>48</sup> Affaire C-520/03, *José Vicente Olaso Valero/Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, arrêt du 16 décembre 2004, non encore publié.

ce principe, la discrimination peut résulter du «fait de traiter de manière différente des situations similaires mais aussi du fait de traiter de manière identique des situations non similaires» (*Italian Refrigerators*<sup>49</sup>, p. 177 et suiv.). L'affaire *Olaso Valero* nous en fournit un exemple. Cette affaire concernait la protection des travailleurs en vertu de la législation communautaire dans le cas d'une insolvabilité de leur employeur<sup>50</sup>. Le tribunal a estimé que, lorsque le droit national prévoit un droit à un recours dans le cas d'un licenciement jugé illégal par un tribunal, le même droit existe aussi lorsque l'existence d'une telle discrimination est établie dans une procédure de conciliation.

### 2.3. Jurisprudence concernant la signification des «recours effectifs, proportionnés et dissuasifs» dans le droit communautaire général

Un examen de la jurisprudence de la Cour relative aux exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion en matière de recours nationaux en vertu du droit communautaire donne l'impression que la Cour n'explique pas précisément comment elle en arrive à la conclusion qu'un recours donné est acceptable ou ne l'est pas. Dans l'affaire *Hansen*<sup>51</sup>, par exemple, la Cour a estimé qu'un système national de stricte responsabilité en cas de violations de la législation sociale européenne en matière d'heures de pause dans le transport routier était acceptable en vertu de la législation communautaire. Tout d'abord, la Cour a soutenu que les obligations spécifiques imposées à l'employeur par la réglementation concernée<sup>52</sup> (à savoir l'établissement d'un horaire de service et d'une grille des missions) n'empêchaient pas les États membres de fixer un système de responsabilité de la part de l'employeur. Deuxièmement, la Cour a estimé qu'un système national fondé sur une responsabilité stricte ou automatique (c'est-à-dire une responsabilité survenant même en l'absence d'une faute de l'employeur) n'implique pas en soi une altération des conditions de concurrence au sein de la Communauté et qu'un tel système n'est pas disproportionné. Dans ce dernier contexte, la Cour a simplement estimé que la sécurité routière était une matière d'intérêt public qui pouvait justifier l'imposition d'une amende à l'employeur pour violations commises par les travailleurs et un strict système de responsabilité. Aucune autre explication n'est donnée. De la même manière, dans l'affaire *Italie/Commission*<sup>53</sup>, la Cour a estimé que l'ampleur de la réduction déterminée par la Commission du montant versé à l'Italie par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) après la constatation de l'insuffisance des contrôles des autorités italiennes sur la production d'huile d'olive était justifiée. Cette affaire revêtait un caractère spécial en ceci qu'elle concernait une disposition du droit communautaire établissant explicitement les exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion<sup>54</sup>. La Cour a simplement estimé que la Commission devait prendre en compte les aspects positifs du système de contrôle italien mais qu'il y avait bien eu des irrégularités au niveau des contrôles. Compte tenu de la nature de ces irrégularités, la correction de 2 % déterminée par la Commission a paru justifiée. Ici encore, il n'y a pas eu d'autres explications.

<sup>49</sup> Affaire 13/63, *Italie/Commission*, Rec. 1963, p. 165.

<sup>50</sup> Directive 80/987/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JO L 283 du 28.10.1980, p. 23.

<sup>51</sup> Affaire C-326/88, *Anklagemyndigheden/Hansen & Soen I/S*, Rec. 1990, p. I-2911.

<sup>52</sup> Règlement (CEE) n° 543/69 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route, JO L 77 du 29.3.1969, p. 49.

<sup>53</sup> Affaire C-297/02, *Italie/Commission*, arrêt du 23 septembre 2003, non encore publié.

<sup>54</sup> Article 2, paragraphe 1, du règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO L 312 du 23.12.1995, p. 1, qui stipule : «Les contrôles et les mesures et sanctions administratives sont institués dans la mesure où ils sont nécessaires pour assurer l'application correcte du droit communautaire. Ils doivent revêtir un caractère effectif, proportionné et dissuasif afin d'assurer une protection adéquate des intérêts financiers des Communautés.»

Le scénario est similaire dans le domaine, différent mais lié, de la fixation du montant de l'amende ou de la somme forfaitaire<sup>55</sup> à payer par un État membre jugé n'avoir pas respecté ses obligations au second tour des procédures d'exécution. La Commission a défini sa méthode de calcul des amendes et sommes forfaitaires suggérées dans des communications<sup>56</sup>. On ne trouve que quelques déclarations générales dans la jurisprudence relative à ce calcul. Dans l'affaire *Commission/Grèce*<sup>57</sup>, concernant le droit de protection environnementale de la Communauté, la Cour a estimé que, en l'absence de dispositions spécifiques réglementant cette question dans le traité, la Commission pouvait adopter des lignes directrices. Elle a déclaré aussi que les critères de base qui devaient être pris en compte afin d'assurer que les paiements punitifs aient un effet coercitif et que le droit communautaire soit appliqué de façon uniforme et effective sont, en principe, ceux de la durée de l'infraction, de son degré de gravité et de la capacité de l'État membre à payer. La Cour a ajouté que les critères de base qui doivent être pris en considération pour assurer la nature coercitive de l'astreinte en vue de l'application uniforme et effective du droit communautaire sont, en principe, la durée de l'infraction, son degré de gravité et la capacité à payer de l'État membre en cause. Pour l'application de ces critères, il y a lieu de tenir compte en particulier des conséquences du défaut d'exécution sur les intérêts privés et publics et de l'urgence qu'il y a à amener l'État membre concerné à se conformer à ses obligations (*Commission/Grèce*, paragraphe 92)<sup>58</sup>. En ce qui concerne le cas spécifique qui se présentait à elle, la Cour a simplement énoncé un certain nombre de déclarations et en a tiré une conclusion. La Cour a estimé que, dans le cas de l'infraction en cours, une astreinte constituait le moyen convenant le mieux aux circonstances. Elle a considéré que l'infraction était particulièrement grave en raison du fait que l'obligation d'éliminer des déchets sans mettre en danger la santé des personnes et sans porter préjudice à l'environnement faisait partie des véritables objectifs de la politique environnementale communautaire et aussi en raison de la durée considérable de l'infraction. En outre, la Cour a estimé que seule une infraction particulière alléguée par la Commission n'avait pu être prouvée. Elle en a conclu qu'une astreinte de 20 000 euros était appropriée pour chaque jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer au jugement antérieur de la Cour, à compter du jour auquel le jugement postérieur a été rendu jusqu'au jour auquel l'État membre s'est conformé à la décision du jugement antérieur. La Commission avait suggéré un montant de 24 600 écus. Le jugement ne permet pas de savoir clairement comment la Cour en est arrivée précisément à cette différence de 4 600 euros<sup>59</sup>. Mutatis mutandis, la même approche peut s'observer dans l'affaire postérieure *Commission/Espagne*<sup>60</sup>.

Globalement, ces exemples illustrent le point relevé précédemment dans le contexte du droit sur l'égalité entre les genres, à savoir qu'il peut se révéler difficile voire impossible de formuler des critères qui sont en même temps généralement applicables et spécifiques en ce qui concerne la signification des exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion. Prechal (2005:177), dans un contexte plus général, observe que, dans la pratique, seule une uniformité limitée du droit communautaire sur l'exécution est faisable. En effet, il ne peut y avoir qu'une

<sup>55</sup> Dans l'affaire C-304/02, *Commission/France* (en cours), la question est soulevée de savoir s'il est possible d'imposer simultanément un montant forfaitaire et le versement d'une amende. L'avocat général Geelhoed a soutenu que c'était possible au vu de l'exigence de dissuasion (paragraphe 73 et suiv. du premier avis de l'avocat général du 29 avril 2004).

<sup>56</sup> Information de la Commission — memorandum sur l'application de l'article 171 du traité CE, JO C 242 du 21.8.1996, p. 6; information de la Commission — méthode de calcul des versements des amendes prévues conformément à l'article 171 du traité CE, JO C 63 du 28.2.1997, p. 2.

<sup>57</sup> Affaire C-387/97, *Commission/Grèce*, Rec. 2000, p. I-5047.

<sup>58</sup> On trouvera une approche similaire dans d'autres contextes où le droit communautaire prescrit une peine mais ne définit pas son niveau; par exemple, l'affaire C-225/97, *Commission/France*, Rec. 1999, p. I-3011, concernant l'obligation des États membres à établir le versement d'une amende pour la violation de la loi communautaire sur la passation des marchés publics à un niveau suffisamment élevé pour dissuader l'entité contractante de persister dans l'infraction.

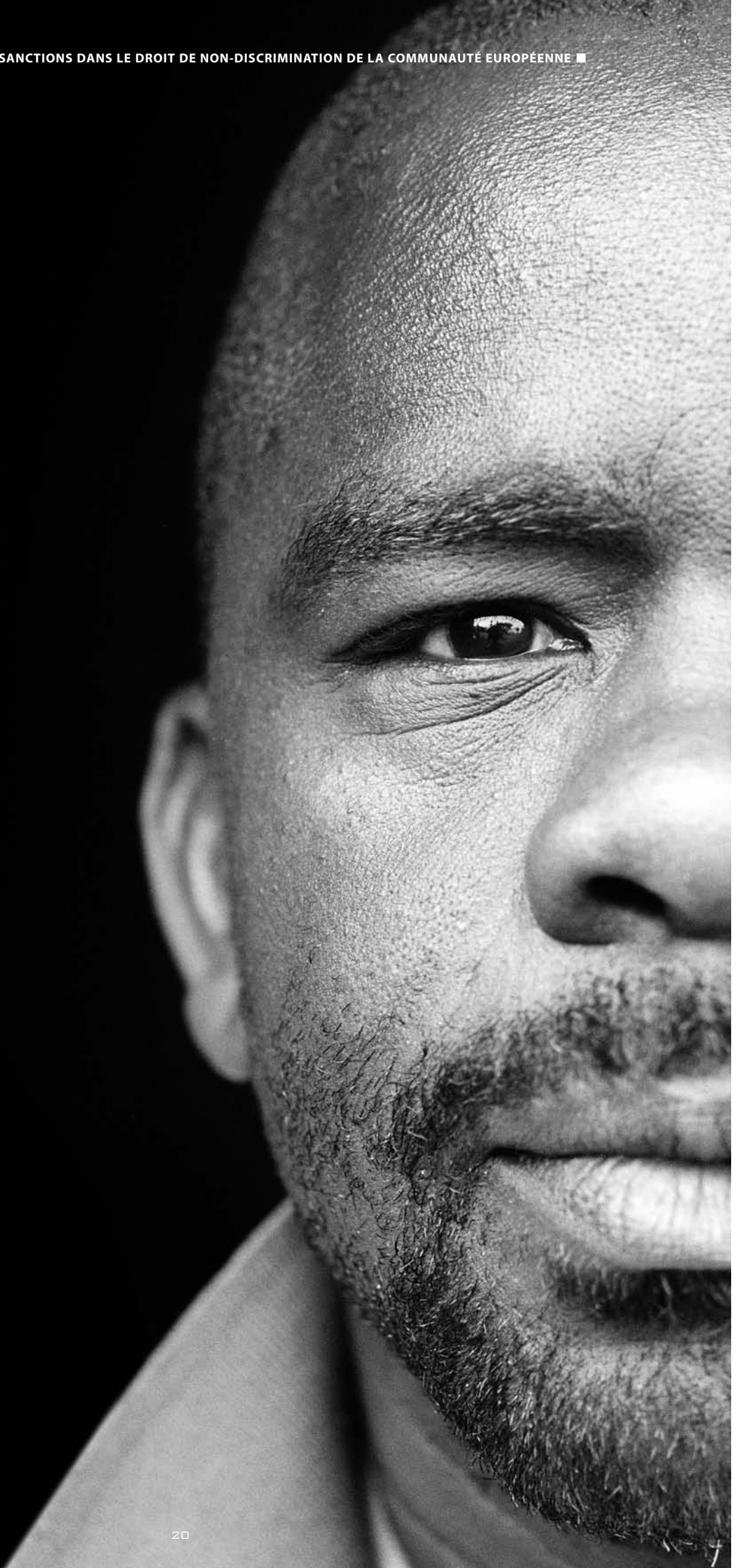
<sup>59</sup> En termes de valeur, 1 écu correspond à 1 euro; voir l'article 2 du règlement (CE) n° 1103/97 sur certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, JO L 162 du 19.6.1997, p. 1.

<sup>60</sup> Affaire C-278/01, *Commission/Espagne*, arrêt du 25 novembre 2003, non encore publié.

seule ligne directrice générale pour déterminer le caractère effectif, proportionné et dissuasif des voies de recours nationales pour une violation du droit communautaire sur la discrimination, à savoir l'obligation de déterminer le recours à la lumière des circonstances concrètes de chaque cas pris individuellement. Enfin, le principe général d'équivalence du droit communautaire doit être plus particulièrement rappelé<sup>61</sup>. Dans la pratique, ce principe peut signifier que les recours à prévoir en vertu du droit national doivent dépasser les exigences minimales d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion, notamment lorsque les législations nationales prévoient un recours plus fort pour des actions similaires (par exemple, une indemnisation plus élevée ou des sanctions pénales plus lourdes).

<sup>61</sup> Voir I.2.1 plus haut.

Ashley | 1963



## Partie II

### Les recours dans le droit international relatif aux droits de l'homme

## 1. Points de départ généraux

Ce rapport va brièvement examiner à présent les exigences relatives aux voies de recours imposées par le droit international des droits de l'homme. Le droit international est intéressant non seulement à titre de comparaison mais également parce qu'il constitue l'arrière-plan plus large d'une grande part du droit européen en matière de discrimination. En tant qu'États signataires de nombreux instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'homme, les États membres de l'UE devront veiller à ce que leur législation nationale et leur droit régional (droit de l'UE et de la CE) soient conformes aux obligations qu'ils ont contractées vis-à-vis de ces traités. En vertu des principes généraux du droit international, les États sont liés par le principe fondamental du «pacta sunt servanda» («les traités doivent être observés») mais sont libres, en principe, de choisir les moyens pour les mettre en œuvre et les faire respecter (voir la Cour de justice dans l'affaire *Portugal/Conseil*<sup>62</sup>, paragraphe 35). Les instruments du droit international contiennent de plus en plus de dispositions explicites sur les voies de recours, bien qu'à divers niveaux (Shelton, 1999:15 et suiv.). Certains instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'homme mentionnent explicitement le droit à des recours effectifs, proportionnés et dissuasifs et certains, même, spécifient le type de recours à accorder (comme l'article 13 du traité sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe, par exemple, qui spécifie que les contrevenants sont passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, comprenant des peines privatives de liberté)<sup>63</sup>. Cependant, à présent, des dispositions telles que l'article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 13 de la CEDH sont beaucoup plus couramment utilisés. Ces deux articles établissent simplement le droit à un «recours effectif». En l'absence de dispositions plus explicites, il n'existe pas d'établissement clair d'exigences spécifiques et directement applicables en vertu du droit international en ce qui concerne les structures de mise en vigueur et de nature correctrice (McCrudden, 2001:279). Dans la section qui suit, on trouvera quelques exemples tirés de la jurisprudence en ce qui concerne les recours appliqués en vertu de deux instruments du droit international relatif aux droits de l'homme, à savoir la convention européenne des droits de l'homme et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD).

## 2. Deux exemples

### 2.1. Le droit à un recours efficace en vertu de l'article 13 CEDH

Comme déjà mentionné, l'article 13 CEDH prévoit pour toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la convention ont été violés le droit à l'octroi d'un recours effectif. La disposition établit une exigence minimale liée à la protection d'autres dispositions et de dispositions plus spécifiques, telles que celles prévues par l'article 5, paragraphes 4 et 5, CEDH ainsi que l'article 6 CEDH (droit à un procès équitable, etc.). En outre, des dispositions de fond telles que l'article 2 CEDH (droit à la vie) et l'article 3 CEDH (interdiction de la torture) présentent aussi des aspects correctifs bien que les exigences de l'article 13 CEDH soient plus larges, par exemple, que l'obligation procédurale imposée par l'article 2 CEDH de mener une enquête effective (Shelton, 1999:30). L'article 13 CEDH s'est vu renforcer dans sa relation à d'autres dispositions de la convention par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a estimé que, dans le cas où les recours nationaux sont insuffisants ou inefficaces, les requérants sont libérés de leur obligation d'épuiser les voies de recours internes avant de pouvoir se tourner vers la Cour afin de porter plainte pour infractions des dispositions telles que les articles 6 et 13 CEDH (par

<sup>62</sup> Affaire C-149/96, *Portugal/Conseil*, Rec. 1999, p. I-8395.

<sup>63</sup> Convention sur la cybercriminalité; voir <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Bien que ce traité ne soit pas à proprement parler un instrument de sauvegarde des droits de l'homme, il contient des aspects qui s'y rapportent (par exemple, le racisme, la pornographie).



exemple, *Aksoy/Turquie*<sup>64</sup>, paragraphe 57; discutée par Lawson et Schermers, 2000:654)<sup>65</sup>. Dans l'affaire *Kudła*<sup>66</sup> (paragraphe 146 et suiv.), la Cour a clarifié la distinction entre les questions survenues en vertu de l'article 13 et l'article 6 CEDH. La Cour a estimé que, dans certaines circonstances, l'article 6, paragraphe 1, devait être censé constituer une *lex specialis* par rapport à l'article 13 CEDH, de sorte qu'il est inutile de prendre en considération ce dernier en plus du précédent. En revanche, il n'existe pas de chevauchement dans une situation où la prétendue violation de la convention constitue une violation du droit à un procès dans un délai raisonnable, contrairement à l'article 6, paragraphe 1, CEDH. Dans un tel cas, la question de savoir si le requérant a bénéficié d'un procès dans un délai raisonnable dans la détermination des droits civils et des obligations ou d'une charge pénale constitue une question juridique séparée de celle de savoir si un recours effectif était à la disposition du requérant en vertu du droit national pour ventiler une plainte sur ce fondement. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour a néanmoins refusé d'examiner aussi l'article 13 CEDH. Dans l'affaire *Kudła*, pourtant, la Cour a modifié son approche et décidé d'examiner les articles 6, paragraphe 1, et 13 CEDH séparément<sup>67</sup>.

Pour ce qui concerne le fond de l'article 13 CEDH, dans l'affaire *Silver e.a./Royaume-Uni*<sup>68</sup> (paragraphe 113), la Cour a énuméré les principes régissant l'applicabilité de l'article 13 CEDH (voir Gomien, Harris et Zwaak, 1998:336 et suiv.; Mowbray, 2001:591 et suiv.), à savoir: 1) la revendication d'une violation doit pouvoir être argumentée; 2) bien que l'autorité en charge ne doive pas nécessairement être de nature juridictionnelle<sup>69</sup>, ses pouvoirs et garanties sont pertinents dans la détermination du caractère effectif d'un recours; 3) en outre, un ensemble de recours peut satisfaire à l'article 13 même si aucun recours à lui seul n'y parvient. La convention ne stipule aucune manière d'assurer une mise en œuvre effective. Dans l'affaire *Aksoy/Turquie* (paragraphe 95), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le champ d'application de l'obligation imposée par l'article 13 CEDH variait en fonction de la nature de la plainte du requérant prévue par la convention mais que ce recours devait être «effectif» dans la pratique comme dans le droit, en particulier dans la mesure où son exercice ne peut être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des pouvoirs publics de l'État du requérant. La Cour a également estimé que l'article 13 CEDH exige l'offre d'un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la convention et à *offrir le redressement approprié* (voir aussi *Smith et Grady/Royaume-Uni*<sup>70</sup>, paragraphe 135). Dans ce cadre, les États parties à la convention jouissent d'une large marge d'appréciation lors de la mise en œuvre de l'article 13 CEDH.

La jurisprudence relative à l'article 13 CEDH de la Cour s'avère traiter principalement des aspects de procédure du droit à un recours effectif (à savoir l'accès à une instance juridictionnelle ou administrative pour pouvoir traiter les allégations de violation de la convention) bien que, dans certains cas, la Cour mentionne explicitement l'indemnisation comme une forme possible de réparation (par exemple dans l'affaire *Aydin/Turquie*<sup>71</sup>,

<sup>64</sup> *Aksoy/Turquie*, numéro adm. 21987/93, arrêt du 18 décembre 1996.

<sup>65</sup> Dans cette affaire, la Cour a estimé qu'elle ne pourrait pas examiner l'article 6 CEDH parce que le requérant, compte tenu des circonstances spéciales de l'affaire, n'avait même pas tenté de soumettre une requête devant les juridictions civiles. La Cour a dès lors considéré par rapport à l'obligation générale imposée aux États en vertu de l'article 13 CEDH d'offrir un recours effectif en ce qui concerne les violations de la convention (voir paragraphes 88 et suiv.).

<sup>66</sup> *Kudła/Pologne*, numéro adm. 30210/96, arrêt du 26 octobre 2000.

<sup>67</sup> La raison indiquée par la Cour était l'accumulation continue de requêtes où la seule, ou principale, allégation était celle d'un manquement à assurer une audience dans un délai raisonnable en violation de l'article 6, paragraphe 1, CEDH ainsi que la fréquence croissante de violations. Dans ce contexte, la Cour a parlé d'un danger important pour l'État de droit au sein des ordonnances juridiques nationales lorsque des délais excessifs dans l'administration de la justice apparaissaient, par rapport auxquels les parties en litige n'ont pas de recours interne.

<sup>68</sup> *Silver e.a./Royaume-Uni*, numéro adm. 5947/72, arrêt du 25 mars 1983.

<sup>69</sup> Il convient de noter que cela s'applique uniquement dans le cadre de l'article 13 CEDH. En revanche, l'article 6 CEDH mentionne explicitement un droit à un tribunal.

<sup>70</sup> *Smith et Grady/Royaume-Uni*, numéros adm. 33985/96 et 33986/96, arrêt du 27 septembre 1999.

<sup>71</sup> *Aydin/Turquie*, numéro adm. 23178/94, arrêt du 25 septembre 1997.



paragraphe 103). Selon Kilpatrick (2000:23 et suiv.), il est très difficile d'édifier des critères généraux à propos de ce qui pourrait constituer un recours effectif et le seuil à cet égard est placé très bas. Kilpatrick conclut que la promesse de l'article 13 CEDH n'a pas été satisfaite (voir aussi White, 2000). De la même façon, il apparaît que Shelton (1999:32) suggère qu'une interprétation plus large des compétences de la Cour en termes de recours selon l'article 13 CEDH serait possible. En particulier, la Cour pourrait ordonner à l'État en violation de la convention de réparer cette infraction la première fois qu'une telle affaire arrive jusqu'à elle plutôt que de permettre que des affaires successives relatives au même État et au même problème lui parviennent.

## 2.2. Le droit à une protection et à des voies de recours effectives en vertu de l'article 6 CEDR

L'article 6 CEDR (convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) peut servir de second exemple d'une disposition portant sur les recours effectifs dans le droit international des droits de l'homme qui mérite d'être brièvement mentionnée dans le présent contexte. Cet article est plus explicite que l'article 13 CEDH en ceci qu'il prévoit une protection et des voies de recours effectives pour les victimes de discrimination raciale, y compris une réparation ou une satisfaction suffisante et juste pour tous dommages subis à la suite d'une telle discrimination (voir McCrudden, 2001:267 et suiv.). La signification des concepts de réparation et de satisfaction a été expliquée par le comité pour l'élimination de la discrimination raciale, plus particulièrement dans sa recommandation 26<sup>72</sup>, où le comité faisait état à la fois des dommages pécuniaires et des préjudices moraux. McCrudden mentionne plusieurs cas concrets qui ont été examinés par le comité dans le contexte de l'article 6 CEDR. Une affaire relative aux Pays-Bas<sup>73</sup> présente un intérêt particulier du fait qu'ici le comité a recommandé un type spécifique de recours. L'affaire concernait l'allégation d'une discrimination raciale à l'égard d'un citoyen marocain cherchant un logement aux Pays-Bas. Le comité a estimé que les enquêtes menées par les services de police et le ministère public sur les incidents survenus ne répondaient pas aux exigences de diligence et de rapidité prévues par la convention mais avaient été insuffisantes et incomplètes. Le comité a recommandé aux Pays-Bas de réexaminer leur politique et leurs procédures en matière d'enquêtes sur des cas de discrimination raciale alléguée et «d'indemniser le plaignant dans la mesure du préjudice moral subi» (points 6.3 et suiv. de l'avis du comité; voir aussi McCrudden, 2001:273).

## 3. Principes fondamentaux et directives des Nations unies concernant le droit à un recours et à réparation

On peut trouver des informations plus spécifiques sur la signification possible du droit à une voie de recours effective en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme dans les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation. En 2000, la Commission des droits de l'homme des Nations unies a adopté une résolution sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans laquelle elle appelle la communauté internationale à accorder l'attention qui convient au droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a demandé aussi au secrétaire général de distribuer à tous les États membres le projet de texte des principes fondamentaux et

<sup>72</sup> Voir, par exemple, <http://www.umn.edu/humanrts/gencomm/genrexxvi.htm>.

<sup>73</sup> Pays-Bas: communication n° 4/1991 (16/3/93) (CERD/C/42/D/4/1991).

directives<sup>74</sup>. En 2003, la Commission des droits de l'homme a demandé une version révisée des principes fondamentaux qui tienne compte des avis et commentaires des États et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales ainsi que des résultats de la réunion consultative<sup>75</sup>. Dans une résolution adoptée en 2004, la Commission des droits de l'homme a demandé une réunion consultative supplémentaire sur le texte en vue de finaliser les principes fondamentaux et directives<sup>76</sup>. Au moment de rédiger le présent rapport, la finalisation du texte est toujours en cours.

Dans le texte révisé des principes fondamentaux et directives<sup>77</sup>, il est stipulé que l'obligation de respecter, d'assurer le respect et de faire appliquer le droit international relatif aux droits de l'homme et humanitaire comprend notamment l'obligation pour l'État: d'enquêter de manière efficace sur les violations et, le cas échéant, de prendre des mesures contre leur auteur, conformément au droit national et international; d'assurer l'accès effectif des victimes à la justice, dans des conditions d'égalité; d'offrir aux victimes des voies de recours appropriées, et d'assurer réparation aux victimes ou de leur permettre d'obtenir plus facilement réparation (point 3). La réparation doit être adéquate, efficace et rapide, proportionnée à la gravité de la violation et au préjudice subi (point 15). Compte tenu des circonstances de chaque cas, les États devraient assurer aux victimes de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme les formes suivantes de réparation: restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-renouvellement (point 21). Le texte des principes fondamentaux et directives est assez spécifique en ce qui concerne la forme et l'étendue de ces recours. Il stipule:

«22. La restitution devrait, chaque fois que possible, rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant que les violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme ne se soient produites. La restitution comprend: la restauration de la liberté, des droits, du statut social, de la vie de famille et de la citoyenneté, le retour sur le lieu de résidence et la restitution de l'emploi et des biens.

23. Une indemnisation devrait être prévue pour tout dommage résultant de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme qui se prête à une estimation financière, tel que:

- a) préjudice physique ou moral, y compris douleur, souffrances et chocs émotionnels;
- b) perte d'une chance, y compris en ce qui concerne l'éducation;
- c) dommages matériels et pertes de revenus, y compris perte de la capacité de gains;
- d) atteinte à la réputation ou à la dignité;
- e) frais encourus pour l'assistance en justice ou les expertises, pour les médicaments et les services médicaux et pour les services psychologiques et sociaux.

24. La réadaptation devrait comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux.

<sup>74</sup> Résolution 2000/41 de la Commission des droits de l'homme sur le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.RES.2000.41.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.RES.2000.41.En?Opendocument). Sur l'élaboration antérieure de ce document, voir Shelton, 1999:18 et suiv. On trouvera le texte des principes fondamentaux sur le site [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2000.62.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2000.62.En?Opendocument), dans l'annexe.

<sup>75</sup> Résolution 2003/34 de la Commission des droits de l'homme sur le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.RES.2003.34.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.RES.2003.34.En?Opendocument).

<sup>76</sup> Résolution 2004/34 de la Commission des droits de l'homme sur le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [http://www.ohchr.org/english/events/meetings/docs/RES\\_2004\\_34.doc](http://www.ohchr.org/english/events/meetings/docs/RES_2004_34.doc).

<sup>77</sup> Pour le texte, voir le lien indiqué sur le site <http://www.unhchr.ch/html/menu2/restitution.htm>.

25. La satisfaction devrait comporter, selon le cas, l'une ou l'autre ou l'ensemble des mesures suivantes:

- a) cessation des violations en cours;
- b) vérification des faits et divulgation publique et complète de la vérité, dans la mesure où cette divulgation n'a pas pour conséquence un nouveau préjudice inutile et ne menace pas la sécurité de la victime, des témoins ou d'autres personnes;
- c) recherche des corps des personnes tuées ou recherche des personnes disparues et assistance pour l'identification et la réinhumation des corps conformément aux pratiques culturelles des familles et des communautés;
- d) déclaration officielle ou décision de justice rétablissant la victime et les personnes qui ont un lien étroit avec elle dans leur dignité, leur réputation et leurs droits légaux et sociaux;
- e) excuses, notamment reconnaissance publique des faits et acceptation de responsabilité;
- f) sanctions judiciaires ou administratives à l'encontre des personnes responsables des violations;
- g) commémorations et hommages aux victimes;
- h) inclusion, dans la formation au droit international humanitaire et aux droits de l'homme et dans le matériel d'enseignement à tous les niveaux, de comptes rendus fidèles des violations qui se sont produites.

26. Les garanties de non-renouvellement et de prévention devraient inclure, le cas échéant, l'une ou l'autre ou l'ensemble des mesures suivantes consistant à:

- a) veiller au contrôle efficace des forces armées et des forces de sécurité par l'autorité civile;
- b) limiter la compétence des tribunaux militaires aux seules infractions spécifiquement militaires, commises par des militaires;
- c) renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire;
- d) protéger les membres des professions juridiques, médicales et sanitaires et le personnel des médias et autres professions analogues, ainsi que les défenseurs des droits de l'homme;
- e) assurer et renforcer, à titre prioritaire et de façon suivie, la formation aux droits de l'homme de tous les secteurs de la société, y compris du personnel chargé de l'application des lois, ainsi que la formation au droit international humanitaire des forces armées et de sécurité;
- f) encourager l'observation effective de codes de conduite et de normes déontologiques, en particulier de normes internationales, de la part des agents de la fonction publique, y compris les agents chargés de l'application des lois, le personnel de l'administration pénitentiaire, des médias, des services médicaux, psychologiques et sociaux et le personnel militaire, ainsi que le personnel des entreprises économiques;
- g) créer des mécanismes pour suivre la résolution des conflits et les interventions préventives à l'intérieur de la société.»

McCrudden (2001:297) a observé qu'une approche a été adoptée dernièrement en Europe (à savoir dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne) sensiblement plus prudente qu'au niveau international et que l'on pouvait constater un écart croissant entre la rhétorique normative internationale et les structures correctrices européennes. À cet égard, il importe de noter que l'idée qui se dissimule derrière les principes fondamentaux ne consiste pas à créer de nouveaux mécanismes juridiques de fond mais à systématiser des obligations déjà existantes en vertu de différentes sources du droit international relatif aux droits de l'homme. Étant donné que le droit communautaire concernant les droits de l'homme doit être vu dans le contexte du droit international relatif aux droits de l'homme, il faut en conclure que les principes exprimés dans les principes fondamentaux et directives des Nations unies doivent être pris au sérieux par les États membres de l'UE comme étant la référence en ce qui concerne les recours lors de la mise en œuvre et de l'application du droit communautaire concernant les droits de l'homme.

## Partie III

Études de cas de la législation  
et de la jurisprudence nationales  
sur les recours effectifs, proportionnés  
et dissuasifs dans la législation  
relative à la discrimination

Les exemples choisis de législation nationale<sup>78</sup> relatifs aux recours prévus en vertu de la directive relative à l'égalité raciale et de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi dans les sections qui suivent seront décrits en raison de certaines caractéristiques spécifiques quant à leur approche des recours. Dans l'ensemble, il s'avère qu'aucun système de mise en application ne satisfait à toutes les exigences mentionnées dans l'introduction de cette étude en ce qui concerne un système englobant véritablement une mise en application. En fait, ils sont tous fondés sur une approche individualiste et correctrice — plutôt que préventive. Plus encore, dans leur rapport sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans «l'Europe des Quinze», Waaldijk et Bonini-Baraldi (2004:588) concluent que, dans chaque État membre pratiquement, l'ensemble du répertoire des sanctions peut être considéré comme effectif, proportionné et dissuasif. Si l'on se fonde sur les rapports nationaux du réseau<sup>79</sup>, il semble possible que cela vaille aussi pour les États membres qui ont rejoint l'Union européenne en 2004. On peut néanmoins trouver certains éléments particulièrement intéressants dans les législations autrichienne, chypriote, française, irlandaise, italienne et portugaise. Ces éléments sont discutés ci-dessous.

## 1. Irlande: recours non pécuniaires

La loi irlandaise prévoit un large éventail de recours, comprenant des octrois d'indemnisations, le rétablissement du discriminé dans ses fonctions et son réengagement ainsi que des ordonnances exigeant des employeurs qu'ils adoptent des lignes de conduite spécifiques. Certaines actions discriminatoires peuvent équivaloir à une infraction pénale. À cet égard, les recours non pécuniaires sous la forme d'ordonnances exigeant des employeurs qu'ils adoptent certaines lignes de conduite présentent un intérêt tout particulier. Le rapporteur national irlandais du réseau, Shivaun Quinlivan, observe que les recours non financiers que permet la législation irlandaise possèdent un énorme potentiel<sup>80</sup>. Selon les informations fournies par le rapporteur (tant dans le rapport national que séparément, à la suite de questions spécifiques), il existe une jurisprudence concernant plus particulièrement les ordonnances suivantes:

- la création d'une politique de l'égalité des chances;
- le recyclage du personnel avec une insistance particulière sur les questions liées au handicap;
- le réexamen des procédures de recrutement;
- le réexamen des procédures de traitement du harcèlement sexuel;
- la formation officielle des comités d'entretien d'embauche;
- le réexamen des pratiques du service à la clientèle;
- la formation du personnel à la notion d'égalité;
- l'invitation des plaignants et de leurs conjoints à un repas ou un verre gratuit;
- la rédaction de politiques officielles sur le refus de services qui sont conformes à la loi.

<sup>78</sup> Dans le cas de la plupart des États membres, il n'y a pas de jurisprudence, l'Irlande représentant une exception particulière importante (voir plus précisément <http://www.odei.ie>; également Turner, p. 9 et suiv.).

<sup>79</sup> Le réseau européen des experts en matière de non-discrimination fournit à la Commission européenne des informations et des conseils indépendants sur la mise en œuvre et l'application des directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi. Le réseau est dirigé par un consortium se composant de human european consultancy (Utrecht, Pays-Bas) et de Migration Policy Group (Bruxelles, Belgique). Le réseau fournit à la Commission européenne des informations à divers niveaux, y compris plus particulièrement un «rapport complet» qui contient un rapport national sur la mise en œuvre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE dans chacun des 25 États membres de l'UE ainsi que des rapports thématiques — tels que le présent rapport consacré aux voies de recours et sanctions.

<sup>80</sup> Le rapporteur national ajoute que, dans la pratique, il peut s'avérer difficile d'utiliser de tels recours à plein effet en raison d'un manque de ressources humaines et financières. En outre, il est difficile de surveiller la façon dont les recours sont mis en pratique et en vigueur.

## 2. Chypre: pouvoirs des organismes spécialisés dans la lutte contre les discriminations

Le système de mise en application chypriote comporte des éléments civils (rétablissement de ses fonctions ou dommages et intérêts), des éléments pénaux (en relation avec la discrimination raciale) et des éléments administratifs (par l'intermédiaire du commissaire chargé de l'administration). Deux aspects semblent plus particulièrement dignes d'être relevés dans l'approche adoptée par Chypre. Le premier concerne les *pouvoirs du commissaire chargé de l'administration*, qui est l'organe spécialisé dans l'antidiscrimination en vertu de la loi chypriote pour ce qui concerne la discrimination raciale et certaines autres formes de discrimination. Dans le rapport national chypriote du réseau, les pouvoirs du commissaire concernant certaines formes de discrimination sont décrits comme allant au-delà de ceux prescrits par la directive relative à l'égalité en matière d'emploi et par la directive relative à l'égalité raciale. Les compétences du commissaire comprennent notamment les pouvoirs suivants:

- le pouvoir de recevoir et d'enquêter sur les plaintes pour discrimination et le pouvoir de produire des rapports de ses conclusions ainsi que des ordonnances (par publication dans le Journal officiel) pour la résolution de la situation qui a été à l'origine de la discrimination. Les rapports du commissaire peuvent servir à l'obtention de dommages et intérêts en justice;
- le pouvoir d'émettre des recommandations exécutoires à l'attention de la personne contre laquelle une plainte a été déposée et de contrôler la conformité avec les ordonnances prononcées à l'encontre de personnes déclarées coupables de discrimination (soumis à annulation par la Cour suprême de Chypre);
- le pouvoir d'enquêter sur des affaires de son propre chef ou à la suite de demandes émanant d'ONG, de chambres, d'organisations, de comités, d'associations, de clubs, de fondations, de syndicats, de fonds et de conseils agissant au bénéfice de professions ou d'autres types de main-d'œuvre, d'employeurs, de travailleurs ou de tout autre groupe organisé, d'autorités locales, de juristes en droit public, du Conseil des ministres, du Parlement, etc. Dans de tels cas, le commissaire est habilité à émettre des recommandations à l'attention de l'individu ou du groupe déclaré coupable de comportement discriminatoire quant à un autre traitement ou comportement à adopter et quant au remplacement de la disposition, de la condition, du critère ou de la pratique incriminé(e);
- le pouvoir d'émettre des codes de bonnes pratiques concernant les activités de toute personne aussi bien dans le secteur privé que public, les obligeant à prendre des mesures pratiques en vue de promouvoir l'égalité des chances quelle que soit la communauté, l'origine raciale, nationale ou ethnique, la religion, la langue ou la couleur;
- le pouvoir d'enquêter sur des plaintes déposées à l'encontre de la fonction publique et de ses fonctionnaires, couvrant explicitement l'enquête sur des plaintes où des actes ou omissions violent les droits humains et le pouvoir d'exprimer des suggestions ou des recommandations aux autorités compétentes en vue de réparer le préjudice ou l'injustice, y compris des dates limites pour l'exécution d'une telle réparation. Le commissaire peut rendre compte des manquements donnant lieu à une suggestion ou une recommandation de réparation devant la Chambre des représentants et le Conseil des ministres<sup>81</sup>.

Le second aspect notable du système des recours adopté par Chypre est que ce système, à la différence de celui de la plupart des autres pays, met particulièrement l'accent sur une approche non individualiste en ne visant pas seulement à mettre un terme et, dans une certaine mesure, porter remède à la discrimination dans les cas individuels mais également en modifiant la loi et/ou la pratique administrative, si nécessaire. Ainsi donc, les

<sup>81</sup> Le rapport national relève certaines limites au système précité: premièrement, les compétences susmentionnées se rapportent uniquement à la discrimination raciale et à certaines formes de discrimination mais pas à la discrimination au sens large. Ensuite, les amendes que le commissaire peut imposer sont très faibles et dissuadent donc à peine (en fait, au niveau de la réparation individuelle, le commissaire n'est pas très puissant). Troisièmement, à ce jour, le commissaire n'a pas encore usé de toutes ses compétences (par exemple, concernant les codes de bonnes pratiques).

conclusions et les rapports du commissaire doivent être communiqués à l'avocat général de la République de Chypre, lequel dispensera des conseils sur l'adoption ou non de mesures administratives ou législatives appropriées, en tenant compte des obligations de la République vis-à-vis du droit international, et préparera une législation visant l'abolition ou le remplacement de la disposition législative concernée. Par cette approche, le système chypriote veut traiter, dans une certaine mesure au moins, le problème de discrimination à un niveau (macro) plus général<sup>82</sup>.

### 3. Portugal: recours administratifs

L'approche portugaise des recours mérite que l'on s'y arrête compte tenu de la liste intéressante de recours administratifs auxiliaires indiqués dans le rapport national. Dans l'ensemble, le système portugais contient les éléments habituels de réparation individuelle sous la forme de sanctions civiles (rétablissement dans ses fonctions, dommages et intérêts), de sanctions pénales pour certains types de discrimination (fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique et nationale ainsi que sur la religion) et de sanctions administratives. Outre des amendes, les sanctions administratives comprennent plus particulièrement les mesures suivantes, disponibles pour tous les types de discrimination:

- publication de la décision;
- censure des coupables de pratiques discriminatoires;
- confiscation de propriété;
- interdiction de l'exercice d'une profession ou d'une activité impliquant un pouvoir public ou dépendant de l'autorisation ou de l'approbation officielle des pouvoirs publics;
- suppression du droit de participer à des foires commerciales;
- suppression du droit de prendre part aux marchés publics;
- interdiction de l'accès aux établissements;
- suspension de licences et d'autres autorisations;
- suppression du droit aux prestations octroyées par les organes ou services publics.

### 4. Portugal, Autriche, Italie et France: retrait des prestations d'État (y compris les prestations obtenues dans le cadre des procédures de passation des marchés publics)

De la liste qui vient d'être mentionnée, concernant le Portugal, seul le dernier élément (suppression du droit aux prestations octroyées par les organes ou services publics) mérite une attention particulière. On peut trouver un élément similaire dans la législation autrichienne, à savoir la suppression des prestations fédérales. Cependant, le rapporteur national autrichien du réseau, Dieter Schindlauer, souligne que celle-ci ne s'étend pas à l'exclusion des passations de marchés publics, laquelle (selon lui) renforcerait l'effectivité de ce recours particulier. En revanche, les législations portugaise, italienne et française abordent explicitement la question de la passation des marchés publics dans le contexte des recours pour discrimination. Selon le rapport national italien, si un acte ou un comportement discriminatoire «est accompli par des entreprises auxquelles les organes publics ont accordé des soumissions ou passé des contrats d'approvisionnement ou une assistance financière publique, ces prestations peuvent être retirées. Dans certains cas particuliers, ces entreprises peuvent se voir exclues pendant une durée pouvant atteindre deux ans des soumissions et/ou de l'assistance financière». De même, le rapport national français du réseau fait mention de sanctions accessoires prévues par le code pénal comprenant, entre autres, l'exclusion des contrats de marchés publics.

<sup>82</sup> D'autres exemples d'une approche non individuelle des organismes spécialisés sont fournis par la commission britannique pour l'égalité raciale et par la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement, les compétences de ces deux commissions dépassant le simple examen des cas individuels.

Bien que l'utilisation des contrats gouvernementaux destinés à mettre en vigueur les politiques sociales possède une longue histoire (voir McCrudden, 2004<sup>83</sup>, avec d'autres références encore), le rôle de la passation des marchés publics comme instrument pour lutter contre la discrimination est encore souvent sous-estimé. Il résulte, du fait que les États membres de l'UE sont liés par leur propre législation nationale sur la discrimination, par le droit de l'UE et par le droit international relatif aux droits de l'homme, qu'ils se trouvent soumis à une obligation de respecter et faire respecter cette législation à tous les niveaux de leurs actions, y compris la passation des marchés publics<sup>84</sup>. Comme le montrent les exemples portugais, italien et français, la passation des marchés publics peut être utilisée non seulement comme un recours à orientation prospective mais aussi comme un recours à orientation rétrospective pour ce qui concerne la discrimination. Les deux aspects sont importants dans le contexte des exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion imposées à un système national de recours. Dans le cadre du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice a précisé que, même lorsqu'ils n'étaient pas mentionnés dans la législation relative aux passations de marchés publics de la Communauté européenne<sup>85</sup>, l'utilisation de critères non économiques dans les procédures de passation des marchés publics était acceptable dans les limites du droit communautaire en général, c'est-à-dire dans les limites particulières du principe d'égalité (jurisprudence commençant avec l'affaire *Beentjes*)<sup>86</sup>. Dans la nouvelle législation relative à la passation des marchés publics récemment adoptée, les critères non économiques liés à l'exécution du contrat sont explicitement mentionnés<sup>87</sup>. Dans ce cadre législatif et en ce qui concerne la non-discrimination, les procédures d'adjudication de marchés publics peuvent servir de façon très générale comme moyen pour assurer le respect de la loi de non-discrimination de l'État. Plus spécifiquement, les procédures de passation des marchés publics peuvent également servir en vue de mesures d'action positive. Dans les deux cas, la passation de marchés publics est essentiellement utilisée comme recours à orientation prospective pour la discrimination. Les recours à orientation rétrospective s'inscrivent dans la continuation logique d'une telle approche en cas de violation de la législation nationale de non-discrimination. Tout d'abord, la suppression des prestations acquises par le biais des procédures de passation des marchés publics constitue une conséquence nécessaire de la discrimination. Deuxièmement, l'exclusion durant une certaine période des entreprises concernées des futures soumissions et/ou de l'aide financière s'avère constituer un moyen adéquat d'offrir une sanction contre la discrimination qui soit proportionnée et dissuasive (voir également ERRC, Interights et MPG, 2004:28).

<sup>83</sup> L'article prévoit une étude introductive et d'échelle mondiale des pratiques sociales de passation des marchés. Il décrit l'historique et l'utilisation actuelle des contrats gouvernementaux et, en faisant de la sorte, examine des exemples d'utilisation de la passation des marchés pour promouvoir l'égalité sur la base de l'appartenance ethnique et du genre tirés de Malaisie, d'Afrique du Sud, du Canada et de pays européens. L'article propose le terme global de «passation des marchés durable» pour l'achat social et environnemental.

<sup>84</sup> Dans le cadre du droit communautaire, ce devoir est fondé sur l'article 10 du traité CE qui englobe notamment une obligation positive de la part des États membres «d'assurer que chacun se conforme, au sein de sa juridiction, au droit communautaire et aux mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire» (Swart, 1996:5).

<sup>85</sup> Pour un aperçu général utile des directives actuellement en vigueur, voir [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/legislation\\_en.htm#current](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm#current).

<sup>86</sup> Affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV/Pays-Bas*, Rec. 1988, p. 4635; voir, en outre, affaire C-225/98, *Commission/France*, Rec. 2000, p. I-7445, affaire C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, anciennement Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*, Rec. 2002, p. I-7213, et affaire C-448/01, *EVN AG & Wienstrom GmbH/Autriche*, arrêt du 4 décembre 2003, non encore publié. Voir aussi la communication interprétative de la commission sur la législation communautaire applicable aux marchés publics et aux possibilités d'intégration de considérations sociales dans les marchés publics, COM(2001) 566 final; en outre, Tobler, 2000, ainsi que le chapitre sur les marchés publics dans Tobler, 2005, les deux avec d'autres références.

<sup>87</sup> L'article 38 de la directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134 du 30.4.2004, p. 1, et l'article 26 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114, prévoient ce qui suit: «Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché utilisé comme moyen d'appel à la concurrence ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.»



Martiena | 1987

## Partie IV

Application à la signification de recours  
effectifs, proportionnés et dissuasifs  
dans la directive relative à l'égalité raciale  
et la directive relative à l'égalité  
en matière d'emploi

## 1. Structure et terminologie des directives

Si l'on se tourne à présent vers les exigences relatives aux recours imposées par les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi, une première remarque concerne la structure et la terminologie des directives. Tout d'abord, les chapitres des directives traitant des recours et de leur mise en application (articles 7 et suiv. de la directive relative à l'égalité raciale et articles 9 et suiv. de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi) ne mentionnent pas explicitement un droit à un recours substantiel, même si les préambules des directives soulignent l'importance de moyens de protection judiciaire et juridique suffisants et malgré le fait que, dans les exposés des motifs, la Commission demande que les chapitres traitent à la fois des «deux principales conditions pour qu'une législation d'antidiscrimination soit efficace: le droit des victimes à un recours personnel effectif contre la personne ou l'organe qui a perpétré la discrimination et l'existence de mécanismes adéquats dans chaque État membre afin de garantir des niveaux de mise en application suffisants». En fait, les chapitres consacrés aux recours et à leur mise en application traitent uniquement des procédures de mise en application, des délais fixés pour intenter des actions, de la charge de la preuve, des rétorsions, de la diffusion de l'information ainsi que du dialogue social. Il est possible que l'absence d'une disposition générale et explicite sur le droit à un recours personnel dans cette partie des directives puisse s'expliquer par l'expérience vécue avec les dispositions procédurales dans les directives relatives à l'égalité entre les genres (en particulier l'article 6 de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres) qui ont été interprétées par la Cour comme «incluant» un tel droit à un recours personnel. En d'autres termes, il se peut que la Commission ait pris en considération l'article 7 de la directive relative à l'égalité raciale et l'article 9 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi pour impliquer un droit général à un recours personnel.

Toutefois, les deux directives contiennent une disposition sur les recours en dehors des chapitres traitant des recours et de leur mise en application. Dans le chapitre traitant des dispositions finales, l'article 15 de la directive relative à l'égalité raciale et l'article 17 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi obligent les États membres à fixer des règles sur des «sanctions» effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux violations des dispositions nationales adoptées conformément à ces directives. Cela soulève des questions quant à la relation entre les recours et les sanctions (voir également Hill, p. 4 et suiv.). Plus encore, les propositions de la Commission concernant les deux directives<sup>88</sup> parlaient de «peines», terme qui n'a été changé que plus tard en «sanctions». (Ce dernier terme est également utilisé dans la récente législation sur l'égalité entre les genres bien que la directive sur les biens et services utilise le terme de «peines».) Alors que les recours (compris dans un sens propre) peuvent généralement être définis comme concernant la forme et l'étendue du redressement et de la réparation accordés aux victimes de discrimination (voir Van Gerven, 2000:525)<sup>89</sup>, les sanctions au sens strict du terme concernent des mesures pénalisantes (et donc le type de mesures visées par la Commission dans ses propositions initiales). Par conséquent, l'indemnité dans le sens d'une indemnisation des dommages subis par la victime n'est pas une sanction en ce sens (Van Gerven, 2000:503, note de bas de page 11). Seuls les dommages et intérêts punitifs seraient couverts par ce terme. Toutefois, dans leur forme finale, les articles 15 et 17 comprennent également une référence à l'indemnité («sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'indemnité à la victime»), ce qui indique que les dispositions ne sont pas destinées à se limiter aux sanctions au sens strict du terme mais concernent plutôt le concept plus large des

<sup>88</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM(1999) 566 final; proposition modifiée de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO C 311 E du 31.10.2000, p. 169, COM(2000) 328 final; proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM(1999) 565 final; proposition modifiée de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO C 62 E du 27.2.2001, p. 152, COM(2000) 652 final.

<sup>89</sup> Dans la littérature scientifique, il est noté que des différences apparaissent au niveau de la compréhension du terme «recours» dans les systèmes de droit coutumier et de droit civil et que, même dans un seul système particulier, l'on observe des interprétations différentes du terme «recours» (par exemple, Van Gerven, 2000:526 et suiv.; Harlow, 2000:72).

recours. En effet, c'est ainsi qu'elles sont généralement interprétées dans les ouvrages scientifiques selon lesquels c'est ici que l'on peut trouver dans les directives le droit à un recours général et personnel (par exemple, Turner, Hill, O'Dempsey, 2004; Moon, 2004). L'utilisation confuse du terme «sanctions» est imputable à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la discrimination fondée sur le genre, discuté précédemment dans le présent rapport<sup>90</sup>, où la Cour a utilisé le terme de «sanctions» alors qu'elle parlait en fait du droit à un recours personnel.

## 2. Forme et champ d'application des recours effectifs, proportionnés et dissuasifs

### 2.1. Dans tous les cas: un recours judiciaire

Lorsque l'on en vient à la forme et à la portée des recours («sanctions») exigées par la directive relative à l'égalité raciale et par la directive relative à l'égalité en matière d'emploi, on peut noter tout d'abord que l'article 7 de la directive relative à l'égalité raciale et que l'article 9 de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi obligent les États membres à rendre accessibles «des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation». Dans la littérature scientifique, il est dit parfois que cela donne aux États membres un choix entre les recours administratifs et judiciaires (par exemple, Moon, 2004:2; Turner, p. 2), bien qu'il ait également été suggéré que les procédures administratives n'ayant pas de ramifications juridiques seraient insuffisantes compte tenu de l'exigence d'effectivité (selon O'Dempsey, 2004:7, le système administratif irlandais répond vraisemblablement à ce critère)<sup>91</sup>. Selon moi, le contexte plus large des directives montre qu'il doit exister dans tous les cas un recours de nature judiciaire. Ainsi donc, il a été mentionné précédemment que, en vertu du droit communautaire général, il existe un droit à un recours judiciaire et qu'un tel recours est également exigé à la lumière de l'article 6 CEDH. Il est clair qu'un instrument spécifique de droit communautaire ne peut déroger à cette double exigence. En outre, il est probable que, lorsque les États membres ont négocié le texte des futures directives, ils ne voulaient pas supprimer l'exigence d'un recours judiciaire mais qu'ils cherchaient plutôt à encourager les législateurs nationaux à prendre en considération, en plus, d'autres types d'approches, telles les procédures administratives ou de conciliation qui sont d'un accès plus aisé (un fait que confirment les rapports nationaux). En effet, on peut soutenir que l'exigence d'effectivité peut nécessiter une combinaison de recours judiciaires et d'autres natures (par exemple, Waaldijk et Bonini-Baraldi, 2004:588). En conséquence, les articles 7 et 9 doivent être interprétés comme établissant dans tous les cas un droit à un recours judiciaire qui peut être complété par d'autres voies de recours. Manifestement, cela a aussi des répercussions sur les types de recours disponibles en vertu des articles 15 et 17 des directives.

### 2.2. Recours effectifs, proportionnés et dissuasifs

En ce qui concerne la signification des termes «effectifs, proportionnés et dissuasifs» selon les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi, la seule indication concrète que l'on peut trouver dans les directives est que les recours «peuvent comprendre le versement d'indemnité à la victime» — sans autre information quant au type de dommages et intérêts (pécuniaires, non pécuniaires, punitifs) ou quant à leur ampleur<sup>92</sup>. Généralement, on pourra se référer à ce qui a été dit précédemment dans le contexte de l'égalité entre hommes et femmes et dans celui du droit communautaire général, à savoir qu'il n'existe pas d'indications très

<sup>90</sup> Voir plus haut I.1.

<sup>91</sup> Contrairement aux autres pays, les décisions provenant d'un organisme administratif spécialisé en matière de non-discrimination en Irlande sont contraignantes; voir Waaldijk et Bonini-Baraldi, 2004:586 et 631.

<sup>92</sup> Ici encore, on pourra trouver la même référence dans la récente législation relative à l'égalité entre les genres. Concernant l'indemnisation, voir ci-dessous V.

spécifiques quant à la signification des exigences d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion autres que la règle générale qui veut que chaque cas soit jugé à la lumière de ses circonstances individuelles. Il convient de rappeler une règle spécifique, qui veut que, en cas de licenciement discriminatoire, les recours accordés doivent, dans tous les cas, comprendre soit un rétablissement de la victime dans ses fonctions, soit une indemnisation. On peut trouver aussi des informations spécifiques sur les recours appropriés dans les principes généraux et directives des Nations unies que les États membres devraient utiliser comme point de référence lorsqu'ils traitent des recours. On rappellera, en outre, le principe général de droit communautaire d'équivalence<sup>93</sup>. D'un point de vue pratique, ce principe peut signifier que les recours à offrir en vertu du droit national doivent aller au-delà des exigences minimales d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion, notamment lorsque la législation nationale prévoit un recours plus fort pour des actions similaires (par exemple, une indemnité plus élevée ou des sanctions pénales plus lourdes).

Il convient d'y ajouter deux remarques. La première concerne l'importance des sanctions pénales. Il a été avancé que, dans le contexte spécifique de la discrimination raciale, une combinaison de mesures civiles et pénales serait nécessaire pour faciliter une mise en œuvre complète des directives (par exemple, O'Dempsey, 2004:4; ERRC, Interights et MPG, 2004:28). Il s'avère que cela s'explique par le fait que la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale demande des sanctions pénales. En d'autres termes, de simples mesures civiles et administratives ne suffiront pas, particulièrement au vu des exigences d'effectivité et de dissuasion. On peut toutefois affirmer avec certitude plus généralement que les formes particulièrement graves de discrimination, quel que soit le motif qui les fonde, doivent être sanctionnées par l'application de mesures pénales pour que le recours soit effectif, dissuasif et proportionné (par exemple, Waaldijk et Bonini-Baraldi, 2004:586; Moon, 2004:3). D'autre part, un système centré (presque) entièrement sur les sanctions pénales n'est pas suffisant au vu du droit à un recours personnel: dans les systèmes juridiques fondés sur l'État de droit, les sanctions pénales ne constituent pas des recours personnels pour les victimes de discrimination. En outre, la décision de la Cour dans l'affaire *Dekker*, selon laquelle le droit à un recours ne dépend pas de la faute commise par le discriminateur<sup>94</sup>, confirme que les sanctions pénales (qui dépendent de la faute commise par le discriminateur) ne peuvent suffire à elles seules compte tenu des exigences imposées par le droit communautaire.

La seconde concerne le phénomène de discrimination multiple (voir Schiek, 2004). Dans une situation où la législation communautaire interdit plusieurs formes de discrimination différentes, certaines d'entre elles pouvant être liées intrinsèquement, la question de la discrimination multiple voit croître son importance du point de vue juridique. La discrimination multiple est mentionnée au considérant 14 du préambule de la directive relative à l'égalité raciale, dans le contexte de la discrimination fondée sur le genre et sur la race. Bien que l'on ne trouve dans la directive aucune référence de ce type dans le contexte spécifique des recours, il semble logique que, en vertu de l'exigence de proportionnalité, les recours octroyés dans de tels cas doivent refléter la nature multiple et donc aggravée de la discrimination. Par exemple, la discrimination multiple doit entraîner des sanctions plus élevées qu'une discrimination «simple». Il semble que, dans les législations nationales des États membres, le problème de la discrimination multiple soit rarement traité de manière explicite et, si c'est le cas, pas nécessairement dans le contexte de sanctions comprises comme des mesures pénalisantes (par exemple, au Portugal où, selon le rapporteur national du réseau, Manuel Malheiros, la loi prévoit «des dommages et intérêts plus importants en raison de la conduite aggravée du discriminateur»). En Allemagne, l'avant-projet de loi fait explicitement mention de la discrimination multiple et le raisonnement lié à la disposition afférente stipule que les dommages et intérêts peuvent être plus importants si une personne est défavorisée en fonction de plus d'un seul motif.

<sup>93</sup> Voir I.2.1 plus haut.

<sup>94</sup> Voir I.1.1 plus haut; également Waaldijk et Bonini-Baraldi, 2004:586.

## Partie V

### Les plafonds appliqués à l'indemnité et leur compatibilité avec les directives

## 1. Formes de dommages et intérêts

La partie finale de ce rapport traite d'un type bien spécifique de recours, à savoir l'indemnité ou les dommages et intérêts. Les principaux types de dommages et intérêts mentionnés dans les législations nationales des États membres sont des dommages et intérêts pécuniaires et non pécuniaires. Les dommages et intérêts punitifs (ou dommages et intérêts exemplaires) sont beaucoup moins courants. Il semblerait que seules les législations nationales de Chypre, d'Irlande et du Royaume-Uni prévoient des dommages et intérêts punitifs dans le contexte de la mise en œuvre des directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi<sup>95</sup>. On pense bien souvent que ce sont essentiellement les systèmes de droit coutumier qui prévoient des dommages et intérêts dissuasifs<sup>96</sup>. Pourtant, Shelton (1999:75 et suiv.) a fait remarquer dans le contexte du droit international relatif aux droits de l'homme que les dommages et intérêts punitifs ne sont pas connus seulement dans les systèmes du droit coutumier mais aussi dans les systèmes de droit civil. Les dommages et intérêts dissuasifs constituent un recours particulièrement intéressant car ils peuvent intégrer une stratégie prospective et une approche macro plutôt que simplement micro (affaires où le montant accordé est utilisé pour combattre, au niveau d'un groupe, le type de discrimination en question, y compris par des mesures d'action positive). Selon O'Dempsey (2004:13), les dommages et intérêts punitifs peuvent être justifiés au vu de l'exigence de dissuasion.

Les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi ne spécifient pas les types de dommages et intérêts qui doivent être accordés en vertu du droit communautaire si une indemnisation constitue le recours choisi. Il semblerait que, même selon la jurisprudence existante relative à l'égalité entre hommes et femmes, on ne peut déterminer clairement quels types de dommages et intérêts sont nécessairement compris dans le concept d'indemnisation. Différents types de dommages et intérêts ont été mentionnés dans des affaires portées devant la Cour de justice bien que la Cour ne les ait pas toujours explicitement abordés. Selon la jurisprudence de la Cour, il ne peut exister aucun doute en ce qui concerne les dommages pécuniaires ou matériels, c'est-à-dire la perte de biens matériels (*damnum emergens*) et/ou la perte de revenus (*lucrum cessans*). Ces dommages doivent également inclure des intérêts<sup>97</sup> — bien que, dans le contexte de l'égalité entre hommes et femmes, la Cour n'ait pas abordé les distinctions possibles entre les différents types d'intérêts. Dans *Marshall II* (paragraphe 31), la Cour a simplement déclaré que l'octroi d'intérêts doit «être considéré comme une composante indispensable d'un dédommagement permettant le rétablissement d'une égalité de traitement effective». La jurisprudence de la Cour sur les dommages et intérêts en vertu du droit communautaire général montre que les dommages peuvent se rapporter au *damnum emergens* aussi bien qu'au *lucrum cessans* (par exemple, *Kampffmeier*<sup>98</sup>, dans le contexte de la responsabilité des États membres; de même, *TEAM*<sup>99</sup>, dans le contexte d'une décision d'annulation d'un avis d'appel d'offres). Elle inclut également des intérêts sur les dommages (ici, la Cour peut établir une distinction entre les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires, les premiers ne se présentant que lorsque le montant de la somme principale due est certaine ou peut au moins être certifiée sur la base de facteurs objectifs établis; *Brazzelli*<sup>100</sup>, paragraphe 35, dans le contexte de la loi sur le personnel et des arriérés de salaires). Selon l'avocat

<sup>95</sup> Certains rapports nationaux soulignent que, dans une certaine mesure, les dommages et intérêts pécuniaires peuvent assurer la fonction des dommages et intérêts punitifs (rapports nationaux de l'Autriche et du Portugal).

<sup>96</sup> Comparer Rädler (1999:258) qui notait en 1999 et dans le contexte de la discrimination raciale que seuls le Royaume-Uni et les États-Unis prévoient des dommages et intérêts punitifs.

<sup>97</sup> Comme le dit très justement Moore (1993:539), l'obligation de payer des intérêts ne se limite pas aux affaires de licenciement discriminatoire mais se rapporte aussi à d'autres situations impliquant une discrimination.

<sup>98</sup> Affaires jointes 5/66, 7/66 et 13/66 à 24/66, *Firma E. Kampffmeyer e.a./Commission*, Rec. 1967, p. 245.

<sup>99</sup> Affaire T-13/96, *TEAM Srl/Commission*, Rec. 1998, p. II-4073.

<sup>100</sup> Affaire C-136/92 P, *Commission/Augusto Brazzelli Lualdi e.a.*, Rec. 1994, p. I-1981.

général Van Gerven, l'ensemble des éléments les plus importants de l'indemnité doit être inclus dans le concept de dédommagement, notamment la perte de biens matériels, la perte de revenus, le préjudice moral et les dommages imputables à la perte de temps (*Marshall II*, paragraphe 18 de l'avis de l'avocat général). Il a également été constaté que les préjudices moraux peuvent être réclamés en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme<sup>101</sup>. Toutefois, on peut avancer que, en ce qui concerne les préjudices de nature émotionnelle, il peut exister d'autres types de recours qui pourraient également être effectifs, proportionnés et dissuasifs (signifiant à cet égard que la législation nationale ne doit pas nécessairement prévoir un droit aux dommages et intérêts). De tels recours peuvent inclure, par exemple, des excuses à la victime de discrimination, une reconnaissance de la vérité des événements impliqués dans la discrimination ou des commémorations et hommages à l'adresse des victimes de discrimination. Des recours non pécuniaires peuvent être octroyés au moyen d'ordonnances correctrices, comme le mentionne le rapport national irlandais du réseau<sup>102</sup> (voir également Shelton, 1999:292 et suiv.)<sup>103</sup>.

## 2. Les plafonds appliqués à l'indemnité

Les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi ne sont pas spécifiques quant au niveau de l'indemnité accordée comme recours pour discrimination. Dans les rapports nationaux, on note souvent que le niveau des dommages et intérêts accordés aux victimes de discrimination en vertu des lois nationales des États membres est, dans la pratique et en règle générale, très faible et que, pour cette raison, ce recours particulier ne peut être suffisamment effectif, proportionné et dissuasif. Au niveau juridique, les plafonds<sup>104</sup> ne sont pas rares, bien qu'il existe d'énormes différences quant aux montants fixés par la loi à cet égard<sup>105</sup>.

Les plafonds des dommages et intérêts pécuniaires semblent d'application selon les lois de l'Estonie (salaire de six mois dans le cas d'une résiliation discriminatoire d'un contrat de travail lorsque la victime de discrimination a renoncé à un rétablissement dans ses fonctions), de la Hongrie (revenus moyens de douze mois de salaire, en plus du rétablissement de la victime dans ses fonctions dans des cas de licenciement discriminatoire), de l'Irlande (salaires équivalant à 104 semaines; 12 697 euros lorsque la victime de discrimination n'était pas un travailleur; 6 348,69 euros en vertu de la loi sur l'égalité des statuts) et de la Suède (32 mois de traitement dans le cas d'un licenciement après dix ans d'ancienneté; 48 mois si la victime de discrimination est âgée de 60 ans ou plus). En Finlande, il s'avère qu'il existe un plafond non officiel (15 000 euros; cette limite peut être dépassée pour raisons spéciales). Les plafonds statutaires aux indemnités pour des dommages non pécuniaires semblent s'appliquer en Belgique (un salaire de six mois dans le cas de rétorsions lorsqu'il est prouvé que le licenciement consiste en une

<sup>101</sup> Voir ci-dessus II.2.2.

<sup>102</sup> Voir ci-dessus III.1.

<sup>103</sup> Comme le remarque plus généralement Shelton, il ne convient pas toujours de remplacer l'intérêt envahi par des dommages et intérêts pécuniaires dans la mesure où cela peut permettre à l'auteur «d'acheter l'injustice». Alors que les dommages et intérêts conviennent assurément dans des situations où des dommages économiques réels ont été subis, l'exécution doit rester le recours de prédilection afin de s'opposer aux notions de droits de l'homme se réduisant à une série de propositions assurant le paiement d'argent aux victimes.

<sup>104</sup> Le contraire, à savoir des planchers (indemnité minimale), est également concevable. Par exemple, la loi autrichienne prévoit une indemnité minimale correspondant à une rémunération d'un mois pour les cas où il s'avère que la discrimination joue un rôle crucial dans le non-emploi. De même, dans les cas de harcèlement, une indemnité minimale de 400 euros est prévue.

<sup>105</sup> Les déclarations qui suivent sont fondées sur les rapports nationaux dont dispose l'auteur à la fin du mois de mars 2005. Dans de nombreux cas, il n'existe pas encore de versions finales des rapports. De même, certains rapports, même dans leurs versions finales, n'offrent pas toutes les informations qui seraient utiles aux fins de l'auteur. Qu'il y ait ou non des plafonds aux dommages et intérêts pour la discrimination, des incertitudes demeurent, particulièrement en ce qui concerne Chypre, le Danemark, la Grèce, la Slovaquie, l'Espagne et la France (selon O'Dempsey, 2004:12, en France, il n'existe pas de système de plafond applicable à l'indemnisation pour des maux liés à l'emploi. Le rapport national du réseau n'aborde pas la question de ces limites). Sur la base des documents dont dispose l'auteur du présent rapport, le droit lituanien semble ne prévoir aucuns dommages et intérêts.



forme de représailles) et à Malte (200 liras, ce qui équivaut à 465 euros). Il apparaît qu'il n'existe pas de limites en ce qui concerne les dommages, qu'ils soient pécuniaires ou non pécuniaires, dans les législations nationales de la République tchèque, de l'Allemagne (sur la base d'un projet de loi toujours en discussion), de l'Italie, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Slovaquie, de l'Espagne et du Royaume-Uni. En Lettonie, il n'existe actuellement pas de plafonds mais cette situation peut changer dans le futur [un avant-projet de loi prévoit des plafonds pour les préjudices moraux: 3 000 lats ou 5 000 lats (ce qui équivaut respectivement à 4 310 euros et 7 184 euros dans des cas de préjudices moraux graves); 10 000 lats, ce qui équivaut à 14 369 euros, si une grave atteinte a été portée à la vie, à l'intégrité physique ou à la santé]. Enfin, la législation autrichienne prévoit un plafond de 500 euros dans les cas de non-recrutement ou de non-promotion si l'employeur prouve que la victime n'aurait pas été recrutée ou promue même en l'absence de discrimination.

Parmi les pays qui connaissent de telles limites, l'Irlande présente un intérêt particulier en raison du fait qu'il n'existe pas de limites statutaires comparables applicables à l'indemnité pour discrimination fondée sur le genre. En vertu du droit communautaire, il ne fait aucun doute que les plafonds appliqués à l'indemnité pour discrimination ne sont pas acceptables, que ce soit dans le contexte de la directive relative à l'égalité raciale ou dans celui de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi. Bien qu'à ce jour la législation et la jurisprudence explicites<sup>106</sup> sur cette question se rapportent à la discrimination fondée sur le genre, il n'existe pas de raison convaincante concevable permettant d'expliquer pourquoi une approche différente devrait s'appliquer pour les autres types de discrimination. Le raisonnement de la Cour dans les affaires d'égalité entre les genres indique plutôt que ses observations sont fondées sur des considérations générales plutôt que spécifiques à la discrimination fondée sur le genre. Ainsi, la Cour a soutenu dans l'affaire *Marshall II* (paragraphe 26) que, lorsqu'une indemnité constitue le recours choisi par le législateur national, elle doit être «adéquante, en ce sens qu'elle permette de compenser intégralement les préjudices effectivement subis du fait du licenciement discriminatoire, selon les règles nationales applicables»<sup>107</sup>. Dans la même décision (paragraphe 30), la Cour a également déclaré que «la fixation d'un plafond du type de celui en cause dans l'affaire au principal [signifiant les limites fixées en vertu de la loi nationale pour *damnum emergens*] ne saurait constituer par définition une mise en œuvre correcte de l'article 6 de la [seconde] directive [relative à l'égalité entre les genres] étant donné qu'il limite a priori le montant du dédommagement à un niveau qui n'est pas nécessairement conforme à l'exigence d'assurer une égalité de chances effective par une réparation adéquate du préjudice subi du fait d'un licenciement discriminatoire» (voir aussi *von Colson et Kamann*, paragraphe 24). Les commentateurs établissent un lien entre l'interdiction de plafonds appliqués à l'indemnité et l'exigence de proportionnalité (notamment entre le dommage subi et l'indemnisation octroyée; par exemple, Betlem, 1991:1367). D'autres expliquent l'approche explicite de la Cour par le souci de celle-ci d'avoir un effet utile du droit communautaire de non-discrimination plutôt qu'en s'appuyant sur les exigences plus générales d'équivalence et d'efficacité imposées en vertu de l'article 10 du traité CE (par exemple, Curtin, 1994:640).

Dans *Draehmpaehl*<sup>108</sup> (paragraphe 33), la Cour a estimé qu'une présomption statutaire d'un plafond supérieur appliqué à l'indemnité était acceptable dans les cas d'un refus discriminatoire de prendre en considération une demande d'emploi lorsqu'il n'y a pas de chances pour la personne d'être recrutée, même en l'absence de discrimination. Ward (1998:71) explique que, dans ce cas, la Cour a établi une distinction entre une situation où la personne postulante n'était pas la personne la mieux qualifiée pour ce poste mais avait subi une discrimination

<sup>106</sup> L'article 6, paragraphe 2, de la deuxième directive révisée relative à l'égalité entre les genres, l'article 8, paragraphe 2, de la directive relative aux biens et services, l'article 18 de la directive de refonte.

<sup>107</sup> Il est intéressant de noter que l'avocat général Van Gerven avait suggéré que, suivant l'affaire *von Colson et Kamann*, le droit communautaire n'exigeait pas de dommages et intérêts complets durables mais seulement des droits et intérêts suffisants (paragraphe 17 des conclusions de l'avocat général). La Cour a contredit explicitement cette interprétation par sa claire déclaration sur les dommages et intérêts.

<sup>108</sup> Affaire C-180/95, *Nils Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Rec. 1997, p. I-2195.

fondée sur le genre et une situation où la personne postulante aurait été désignée pour le poste à pourvoir s'il n'y avait pas eu discrimination. Le fait qu'une limitation des dommages et intérêts dans la première affaire puisse être acceptable s'explique par le fait qu'elle implique une forme moins radicale de préjudice. On pourrait aussi dire autrement que, dans ce cas, la discrimination n'est pas la seule raison expliquant que la personne n'est pas choisie (il en existe plutôt deux parallèles). En conséquence, le jugement *Draehmpaehl* a été codifié dans l'article 6, paragraphe 2, de la deuxième directive relative à l'égalité entre les genres révisée. Enfin, je conviens avec O'Dempsey (2004:13) que les plafonds appliqués aux dommages et intérêts *punitifs* paraissent acceptables dans les situations où il n'y a pas eu de perte.

Jan Pieter | 1969

## Partie VI

Conclusion  
Bibliographie  
Liste des affaires

## Conclusion

L'État de droit est un principe fondamental (article 6 du traité UE) de l'Union européenne. L'un de ses aspects significatifs consiste à offrir aux victimes de discrimination des voies de recours appropriées. Ce rapport a insisté sur le fait que, dans le champ d'application du droit communautaire, il existe un droit général à un recours personnel pour les victimes de discrimination. Alors qu'il existe un vaste éventail de recours qui peuvent être utiles et appropriés dans le contexte global des directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi, il importe de noter que, en vertu à la fois du droit communautaire et de la convention européenne des droits de l'homme, il faut en tout cas qu'il existe un droit à un recours de nature judiciaire.

Les directives stipulent que le recours doit être *effectif, proportionné et dissuasif*. Dans ce rapport, on a voulu prétendre que, en l'absence de jurisprudence de la Cour de justice concernant la signification de ces termes en vertu des directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour provenant d'autres domaines du droit communautaire, en particulier du domaine de la discrimination fondée sur le genre, où il existe également une exigence d'un recours effectif, proportionné et dissuasif. Selon cette jurisprudence, le point de départ général est que le choix du recours doit se fonder sur les circonstances spécifiques de chaque cas individuel. Toutefois, dans certains cas, il existe des exigences spécifiques imposées par le droit communautaire. Ainsi, dans le cas d'un licenciement discriminatoire, le recours (ou les recours) octroyé(s) doit (doivent) en tout cas inclure soit le rétablissement dans les fonctions, soit une indemnisation. Lorsque l'indemnisation est choisie comme recours, elle doit indemniser totalement le dommage. Les plafonds ne sont pas acceptables, sauf dans les situations où le dommage n'a pas la discrimination pour seule cause. Le rapport a insisté sur le fait que, dans une perspective plus large, les (l'avant-projet des) principes fondamentaux et directives des Nations unies concernant le droit à un recours et à réparation offrent des directives concrètes utiles concernant la signification du concept de recours effectifs, proportionnés et dissuasifs.

Enfin, il a été noté que les législations nationales de certains États membres de l'UE mettant en œuvre les directives relatives à l'égalité raciale et à l'égalité en matière d'emploi contiennent certains éléments intéressants, concernant plus particulièrement des recours non pécuniaires novateurs, les pouvoirs de l'organe spécialisé en non-discrimination administrative, l'éventail des recours administratifs auxiliaires, l'utilisation des dommages et intérêts punitifs et l'exclusion de l'octroi des prestations d'État, en particulier dans le contexte de la passation des marchés publics. Toutefois, pour la plupart des États membres, des efforts plus importants sont nécessaires afin de répondre pleinement aux exigences imposées par le droit communautaire d'imposer un recours personnel de nature judiciaire et un recours qui soit vraiment effectif, proportionné et dissuasif.

## Bibliographie

- Afilalo, Ari, *How far Francovich? Effective judicial protection and associational standing to litigate diffuse interests in the European Union*, Jean Monnet Paper 1/98, New York School of Law, Jean Monnet Center; texte disponible sur le site <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-1-.html>.
- Berg, Astrid, «Enforcement of the Common Fisheries Policy, with Special Reference to the Netherlands», dans Harding, Christopher, et Swart, Bert (éd.), *Enforcing European Community Rules — Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*, Aldershot e.a., Dartmouth, 1996, p. 62-82.
- Betlem, Gerrit, «Een vierde type van rechtsvinding — Richtlijkonforme interpretatie van de onrechtmatige daad», *Nederlands Juristenblad*, 1991, p. 1363-1371.
- Brealey, Mark, et Hoskins, Mark, *Remedies in EC law*, 2<sup>e</sup> édition, Sweet and Maxwell, Londres, 1998.
- Cohen, Barbara, «Remedies and sanctions for discrimination in working life under the EC anti-discrimination directives», dans Cormack, Janet (éd.), *Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement — Report of the*

4th specialised equality bodies experts' meeting, disponible sur le site

<http://www.migpolgroup.com/publications/default.asp?action=publication&pubid=139>.

Craufurd Smith, Rachel, «Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variations and Selection», dans de Búrca, P. (éd.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 289-320.

Curtin, Deidre, «Effective sanctions and the Equal Treatment Directive: the *von Colson* and *Harz* cases», *Common Market Law Review*, 1985, p. 505-532.

Curtin, Deidre (Case note on *Marshall II*), *Common Market Law Review*, 1994, p. 631-652.

Dougan, Michael, «The Equal Treatment Directive: retaliation, remedies and direct effect», *European Law Review*, 1999, p. 664-673.

ERRC, Interights et MPG, *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice — A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive*, Budapest/Londres/Bruxelles, 2004.

Gil Ibáñez, Alberto J., *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Procedures, Powers and Limits*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 1999.

Gomien, Donna, Harris, David, et Zwaak, Leo, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998.

Griffiths, John, «The Social Working of Anti-Discrimination Law», dans Loenen, Titia, et Rodrigues, Peter R. (éd.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1999, p. 313-330.

Harding, Christopher, et Swart, Bert (éd.), *Enforcing European Community Rules — Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*, Aldershot e.a., Dartmouth, 1996.

Harlow, Carol, «A Common European Law of Remedies?», dans Kilpatrick, Claire, Novitz, Tonia, et Skidmore, Paul (éd.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 69-83.

Hill, Henrietta, *Making the Race and Framework Directives Real: Remedies and Sanctions for Unlawful Discrimination*, document du séminaire d'ERA, année inconnue, disponible sur le site [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_615\\_file\\_en.624.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_615_file_en.624.pdf).

Kilpatrick, Claire, «The Future of Remedies in Europe», dans Kilpatrick, Claire, Novitz, Tonia, et Skidmore, Paul (éd.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 1-31.

Lappalainen, Paul, «US Anti-discrimination law — Remedies and sanction: lessons and pitfalls for the EU», dans Cormack, Janet (éd.), *Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement — Report of the 4th specialised equality bodies experts' meeting*, Bruxelles, MPG, 2004, disponible sur le site <http://www.migpolgroup.com/publications/default.asp?action=publication&pubid=139>.

Lawson, Rick, et Schermers, Hein, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Malmberg, J., Fitzpatrick, B., Gotthardt, M., Laulom, S., Lo Faro, A., Van Peijpe, T., et Swiatkowski, A., *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Kluwer, La Haye, 2003.

Malmberg, Jonas, «Effective Enforcement of EC Labour Law: A Comparative Analysis of Community Law Requirements for national laws on procedures and sanctions», *European Journal of Industrial Relations*, 2004, p. 219-229.

McCrudden, Christopher, «The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 320-367.

McCrudden, Christopher, «Regulating Discrimination: Advice to a Legislator on Problems Regarding the Enforcement of Anti-Discrimination Law and Strategies to Overcome them», dans Loenen, Titia, et Rodrigues, Peter R. (éd.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1999, p. 295-311.

McCrudden, Christopher, «International and European Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Equality», dans Fredman, Sandra (éd.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

- McCrudden, Christopher, «Using public procurement to achieve social outcomes», *Natural Resources Forum* 28, 2004, p. 257-267.
- Moon, Gay, *Race and Employment Directives: Remedies*, document du séminaire d'ERA 2004, disponible sur le site [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_835\\_file\\_en.1050.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_835_file_en.1050.pdf).
- Moore, Sarah, «Compensation for discrimination», *European Law Review*, 1993, p. 533-541.
- Mowbray, Alastair, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres, Édimbourg et Dublin, 2001.
- O'Dempsey, Declan, *Sanctions and Remedies*, document du séminaire de MPG, 2004, disponible sur le site <http://www.migpolgroup.com/uploadstore/Istanbul%20workshop%20Sanctions.pdf>.
- Prechal, Sacha (jurisprudence sur *Dekker*), *Sociaal-economische wetgeving*, 1991, p. 665-669.
- Prechal, Sacha, *Directives in EC Law*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Rädler, Peter, *Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung/Modèles procéduraux pour l'élimination de la discrimination raciale*, Springer, Berlin e.a., 1999.
- Schermers, Henry G., et Waelbroeck, Denis F., *Judicial Protection in the European Union*, 6<sup>e</sup> édition, Kluwer Law International, La Haye/Londres/New York, 2001.
- Schiek, Dagmar, «Broadening the norms and the scope of sex discrimination law», document présenté à la conférence intitulée «Mise en œuvre progressive: nouveaux développements dans la loi relative à l'égalité entre les genres de l'Union européenne», 18-20 novembre 2004 à La Haye.
- Senden, Linda (jurisprudence sur *Coote*), *Sociaal-economische wetgeving*, 1999, p. 345-346.
- Shaw, Josephine, «Pregnancy discrimination in sex discrimination», *European Law Review*, 1991, p. 313-320.
- Shelton, Dinah, *Remedies in international human rights law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Steyger, E. (jurisprudence sur *Sutton*), *Sociaal-economische wetgeving*, 1998, p. 72-73.
- Stix-Hackl, Christine, et Gardette, Jean-Marie, «Einige Ueberlegungen zur Frage einer Anerkennung des Verschuldensprinzips als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts», dans Köck, Heribert, Lengnauer, Alina, et Ress, Georg (éd.), *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung — Festschrift für Peter Fischer*, Linde Verlag, Vienne, 2004, p. 549-564.
- Swart, Bert, «From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law», dans Harding, Christopher, et Swart, Bert (éd.), *Enforcing European Community Rules — Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*, Aldershot e.a., Dartmouth, 1996, p. 1-21.
- Tobler, Christa, «Encore: "Women's Clauses" in public procurement under Community law», *European Law Review*, 2000, p. 618-631.
- Tobler, Christa, *How to use experience with sex discrimination for the other grounds*, document du séminaire de MPG, 2004, disponible sur le site <http://www.migpolgroup.com/uploadstore/Istanbul%20workshop%20Using%20sex%20discrimination.pdf>.
- Tobler, Christa, *Indirect Discrimination — A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination in EC Law*, à paraître (Intersentia, Anvers et Oxford, 2005).
- Tridimas, Takis, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, New York, 1999.
- Tridimas, Takis, «Enforcing Community Rights in National Courts: Some Recent Developments», dans Kilpatrick, Claire, Novitz, Tonia, et Skidmore, Paul (éd.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 35-50.
- Turner, Kara, *The Race and Framework Directives: Remedies*, document du séminaire d'ERA, année inconnue, disponible sur le site [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_834\\_file\\_en.1049.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_834_file_en.1049.pdf).
- Van Casteren, Annemarie (jurisprudence sur *Sutton*), *Common Market Law Review*, 1998, p. 481-492.
- Van Gerven, Walter, «Of Rights, Remedies and Procedures», *Common Market Law Review*, 2000, p. 501-536.
- Van Gerven, Walter, «Remedies for Infringements of Fundamental Rights», *European Public Law*, 2004, p. 261-284.



Waldijk, Kees, et Bonini-Baraldi, Matteo (éd.), avec la coopération d'Alan Littler, *Combating sexual orientation discrimination in employment — Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, disponible sur le site

<http://www.meijers.leidenuniv.nl/index.php3?m=10&c=98>.

Ward, Angela, «New Frontiers in Private Enforcement of EC Directives», *European Law Review*, 1998, p. 65-78.

Ward, Angela, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

White, Robin, «Remedies in a Multi-Level Legal Order: the Strasbourg Court and the UK», dans Kilpatrick, Claire,

Novitz, Tonia, et Skidmore, Paul (éd.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 191-204.



## Liste des affaires

### Cour de justice des Communautés européennes (Union européenne)

- Affaire 13/63, *Italie/Commission*, Rec. 1963, p. 165.
- Affaires jointes 5/66, 7/66 et 13/66 à 24/66, *Firma E. Kampffmeyer e.a./Commission*, Rec. 1967, p. 245.
- Affaire 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Rec. 1976, p. 1989.
- Affaire 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal SpA*, Rec. 1978, p. 629.
- Affaire 14/83, *von Colson et Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1984, p. 1891.
- Affaire 79/83, *Dorit Harz/Deutsche Tradax GmbH*, Rec. 1984, p. 1921.
- Affaire 222/84, *Johnston/Chief Constable of the RUC*, Rec. 1986, p. 1651.
- Affaire 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef)/Georges Heylens e.a.*, Rec. 1987, p. 4097.
- Affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV/Pays-Bas*, Rec. 1988, p. 4635.
- Affaire C-68/88, *Commission/Grèce*, Rec. 1989, p. 2965.
- Affaire C-177/88, *Dekker/VJV-Centrum*, Rec. 1990, p. I-3941.
- Affaire C-326/88, *Anklagemyndigheden/Hansen & Soen I/S*, Rec. 1990, p. I-2911.
- Affaire C-213/89, *R/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (Factortame I)*, Rec. 1990, p. I-2433.
- Affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci/Italie*, Rec. 1991, p. I-5357.
- Affaire C-7/90, *Actions pénales contre Paul Vandevenne e.a.*, Rec. 1991, p. I-4371.
- Affaire C-271/91, *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Rec. 1993, p. I-4367.
- Affaire C-136/92 P, *Commission/Augusto Brazzelli Lualdi e.a.*, Rec. 1994, p. I-1981.
- Affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur/Allemagne*, Rec. 1996, p. I-1029.
- Affaire C-66/95, *The Queen/Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton*, Rec. 1997, p. I-2163.
- Affaires jointes C-178, 179, 188, 189 et 190/94, *Dillenkofer/Allemagne*, Rec. 1996, p. I-4845.
- Affaire C-180/95, *Nils Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Rec. 1997, p. I-2195.
- Affaire C-188/95, *Fantask A/S e.a./Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Rec. 1997, p. I-6783.
- Affaire C-149/96, *Portugal/Conseil*, Rec. 1999, p. I-8395.
- Affaire C-185/97, *Coote/Granada Hospitality Ltd*, Rec. 1998, p. I-5199.
- Affaire C-186/98, *Actions pénales contre Maria Amélia Nunes et Evangelina de Matos*, Rec. 1999, p. I-4883.
- Affaire C-225/97, *Commission/France*, Rec. 1999, p. I-3011.
- Affaire C-387/97, *Commission/Grèce*, Rec. 2000, p. I-5047.
- Affaire C-225/98, *Commission/France*, Rec. 2000, p. I-7445.
- Affaire C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*, Rec. 2002, p. I-7213.
- Affaires jointes C-20/00 et C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd/The Scottish Ministers*, Rec. 2003, p. I-7411.
- Affaire C-276/01, *Joachim Steffensen*, Rec. 2003, p. I-3735.
- Affaire C-278/01, *Commission/Espagne*, arrêt du 25 novembre 2003, non encore publié.
- Affaire C-448/01, *EVN AG & Wienstrom GmbH/Autriche*, arrêt du 4 décembre 2003, non encore publié.
- Affaire C-30/02, *Recheio-Cash & Carry/Fazenda Pública/Regista Nacional de Pessoas Colectivas*, arrêt du 17 juin 2004, non encore publié.
- Affaire C-263/02 P, *Commission/Jégo-Quérel & C<sup>ie</sup> SA*, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, non encore publié.
- Affaire C-297/02, *Italie/Commission*, arrêt du 23 septembre 2003, non encore publié.
- Affaire C-520/03, *José Vicente Olaso Valero/Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, arrêt du 16 décembre 2004, non encore publié.
- Affaire T-13/96, *TEAM Srl/Commission*, Rec. 1998, p. II-4073.
- Affaire en cours C-304/02, *Commission/France*.

### **Cour européenne des droits de l'homme (Conseil de l'Europe)**

*Silver e.a./Royaume-Uni*, numéro adm. 5947/72 et autres, arrêt du 25 mars 1983.

*Aksoy/Turquie*, numéro adm. 21987/93, arrêt du 18 décembre 1996.

*Aydin/Turquie*, numéro adm. 23178/94, arrêt du 25 septembre 1997.

*Kudła/Pologne*, numéro adm. 30210/96, arrêt du 26 octobre 2000.

*Smith et Grady/Royaume-Uni*, numéros adm. 33985/96 et 33986/96, arrêt du 27 septembre 1999.



Commission européenne

**Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne**

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2006 — 49 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 92-894-9961-3

## **VENTE ET ABONNEMENTS**

Les publications payantes éditées par l'Office des publications sont disponibles auprès de ses bureaux de vente répartis partout dans le monde. Passez commande auprès de l'un de ces bureaux, dont vous pouvez vous procurer la liste:

- en consultant le site internet de l'Office (<http://publications.eu.int>),
- en la demandant par télécopie au (352) 29 29-42758.

