



Résumé du rapport

Allemand 2009 sur les mesures de lutte contre la discrimination

par Prof. Dr Matthias Mahlmann

1. Introduction

À l'instar d'autres pays, l'Allemagne a une société multiculturelle. Elle accueille également des minorités autochtones telles que des Danois et des Sorbs, deux communautés qui ne comptent pas un grand nombre de membres. Les Frisons de nationalité allemande ainsi que les Sinti et les Roms de nationalité allemande sont officiellement reconnus aussi comme des minorités. Les groupes de minorités ethniques les plus importants sont toutefois les immigrés, que l'on appelle « travailleurs invités », et leurs descendants. Avant la période nazie, l'immigration concernait essentiellement les Polonais. Après 1945, des Turcs, des personnes venant de l'ancienne Yougoslavie, des Italiens et des Grecs ont constitué les groupes d'immigration les plus importants. En conséquence, sur les 7,3 millions d'étrangers que compte l'Allemagne (dont la population se chiffre à quelque 80 millions), environ 30 % sont des Turcs, 9 % sont issus de l'ancienne Yougoslavie, 8,5 % viennent d'Italie et 5 % environ, de Grèce. En outre, une communauté ethnique hétérogène s'est formée en Allemagne au cours des dernières décennies, particulièrement du fait de la présence de demandeurs d'asile et de réfugiés. Un microrecensement réalisé en 2005, dont les résultats ont été publiés en 2006, a montré qu'environ 20 % de tous les habitants d'Allemagne ont aujourd'hui une origine migratoire – bien plus que ce que l'on supposait auparavant.

Les églises catholiques et protestantes, qui comptent quelque 26 millions de membres chacune, représentent les principaux groupes religieux d'Allemagne. Ainsi, chacune de ces deux principales confessions chrétiennes compte 32 % environ de la population, ce qui équivaut donc conjointement à quelque 64 % de l'ensemble de la population. On recense environ 1,7 million de musulmans habitant en Allemagne, ce qui représente environ 2 % de la population. On recense près de 100 000 personnes de confession juive en Allemagne, soit 0,12 % de la population.

Le passé de l'Allemagne présente un intérêt particulier pour principe de l'égalité de traitement et la lutte contre la discrimination, notamment en ce qui concerne la race et l'origine ethnique, mais aussi pour ce qui touche à la religion et aux convictions, à l'orientation sexuelle et au handicap. L'Allemagne d'aujourd'hui a une conscience extrêmement développée des horreurs commises durant l'ère nazie, des nombreux crimes perpétrés contre des personnes ayant une certaine religion, conviction, origine ethnique, orientation sexuelle ou présentant un handicap, parmi d'autres caractéristiques, et ce, dans toutes les sphères de la société. Ce passé crée chez bon nombre de citoyens de l'Allemagne un sentiment de responsabilité, celui d'assurer une ferme protection de la culture des droits de l'homme.



Ce sens des responsabilités se manifeste dans un grand nombre d'activités de la société civile, dans l'éducation et les actions des organes politiques allemands.

L'Allemagne s'est dotée d'un système social bien développé, qui fournit à bien des égards un aménagement raisonnable aux personnes handicapées, renforcé de programmes d'action positive. Une institution juridique spéciale a été créée afin de donner aux partenariats du même sexe un cadre juridique sûr, en corollaire du mariage prévu pour les unions hétérosexuelles. La réforme de la loi sur la nationalité allemande a libéralisé les règles d'obtention de la citoyenneté allemande afin de favoriser l'intégration.

Néanmoins, l'Allemagne doit faire face aussi à de graves problèmes de discrimination. Le racisme et la xénophobie continuent de se manifester sous de nombreuses formes, même violentes, qui ont coûté la vie à des dizaines de personnes depuis 1990. Les partisans de l'extrême droite ont remporté un certain succès politique ces dernières années, mais souvent de courte durée. Même s'il n'existe que peu d'études empiriques valables sur ce phénomène, les données dont on dispose suggèrent que les caractéristiques des êtres humains telles que la religion et les convictions, le handicap, l'orientation sexuelle et l'âge continuent toujours d'être des facteurs de discrimination.

2. Législation principale

La Constitution, ou loi fondamentale (*Grundgesetz*), est d'une importance cruciale pour comprendre le cadre juridique allemand de traitement de la discrimination. À la différence de certaines autres constitutions, la Constitution allemande engage directement tous les pouvoirs publics. Les droits fondamentaux font partie de cet ordre constitutionnel directement effectif. Ils lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire comme un droit directement valable. En vertu de la Loi fondamentale, les droits fondamentaux sont devenus l'élément central de l'ordre juridique en général. Et donc, ils ne concernent pas seulement le droit public, mais imprègnent aussi d'autres sphères juridiques telles que le droit pénal et le droit privé.

Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent le principe d'égalité entre les êtres humains. La garantie de la dignité humaine en est la plus importante. Au centre de cette garantie se trouve le respect de l'être humain considéré comme une fin en soi, simplement en vertu de son caractère humain, indépendamment d'autres caractéristiques. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Allemagne fédérale déclare invariablement que toute personne doit être traitée non seulement comme un objet de l'action de l'État, mais comme une fin en soi. Elle est, en outre, protégée contre le traitement dégradant ou humiliant. La garantie de la dignité humaine constitue une valeur centrale du droit allemand, comme sa norme suprême et la plus importante. En conséquence, elle représente un point de référence important pour la loi d'antidiscrimination en Allemagne, particulièrement parce qu'elle guide l'interprétation de la garantie constitutionnelle de l'égalité et offre des jalons normatifs aux autres secteurs de la loi.



Il importe de noter qu'au travers de la garantie de la dignité humaine, le droit allemand affirme avec fermeté qu'aucune distinction ne sera faite quant à la valeur d'un être humain, quelles qu'en soient les caractéristiques. La seule question qui se pose dès lors consiste à savoir comment, et avec quels moyens techniques concrets, la valeur prédominante de la dignité humaine peut être suffisamment protégée par des moyens légaux dans les diverses sphères de la vie.

La garantie de l'égalité et les droits constitutionnels spéciaux relatifs à l'égalité qui concernent les enfants hors du mariage, l'égalité des statuts et des fonctions et l'égalité des droits électoraux sont autant d'autres garanties constitutionnelles importantes.

L'Allemagne est un État fédéral démocratique et social régi par l'État de droit. Comme il s'agit d'un État social, il est tenu de promouvoir le bien-être de ses citoyens. Dans le domaine de la lutte contre la discrimination, le principe de l'État social donne naissance à un large éventail de programmes visant à promouvoir l'inclusion des groupes confrontés à la discrimination. Le caractère fédéral de l'Allemagne donne lieu à différentes réglementations dans les divers *Länder* pour certains secteurs qui relèvent de la compétence législative de ces *Länder*, concernant le plus généralement l'éducation et les questions culturelles ou certains aspects de la loi réglementant les fonctionnaires qu'ils emploient.

Les questions les plus importantes traitées par le droit public (moyennant les exceptions mentionnées) et privé relèvent toujours, toutefois, de la compétence du fédéral, soit en qualité de pouvoir législatif exclusif, soit en qualité de pouvoir législatif concurrent, et cela, malgré une réforme récente de l'organisation fédérale.

L'Allemagne est dotée d'une législation spécifique en matière de lutte contre la discrimination qui contient diverses dispositions légales réitérant la garantie fondamentale de l'égalité pour les secteurs du droit public, notamment la loi relative à la fonction publique et aux autres fonctionnaires. La législation du travail comporte une clause générale d'antidiscrimination inscrite dans la Loi constitutionnelle relative au travail (*Betriebsverfassungsgesetz*) et le principe fondamental de l'égalité de traitement des travailleurs a été continûment établi par la voie jurisprudentielle. En outre, pour ce qui concerne le handicap, divers instruments juridiques ont été adoptés qui visent à assurer une protection contre la discrimination et accroître l'inclusion sociale des personnes handicapées. En matière d'orientation sexuelle, certaines nouvelles réglementations ont vu le jour qui visent la protection contre la discrimination soit directement soit indirectement en créant des options qui n'étaient pas ouvertes auparavant aux personnes d'une orientation sexuelle donnée, en introduisant, par exemple, une forme de partenariat juridiquement réglementé. En ce qui concerne la religion, outre les clauses de non-discrimination inscrites dans le droit public et la législation du travail, des réglementations juridiques spéciales et la jurisprudence traitent de l'aménagement raisonnable destiné aux diverses convictions religieuses, comprenant notamment des exceptions aux lois générales.



Une opinion largement répandue dans la doctrine juridique (qui a donné lieu à une certaine jurisprudence) veut que les clauses générales du droit civil offrent des recours dans le droit des contrats privés et le droit délictuel contre la discrimination fondée sur tout motif portant atteinte aux droits fondamentaux de la personnalité. Ces clauses générales doivent être interprétées à la lumière de l'ordre constitutionnel (particulièrement à la lumière des droits fondamentaux et surtout de la dignité humaine) qui interdit la discrimination.

Une loi d'antidiscrimination a été promulguée le 18 août 2006. Il s'agit de la *Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung*, BGBl. 2006, 1897. Cette loi englobe la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) (Loi générale sur l'égalité de traitement), la *Soldaten und Soldatinnengleichbehandlungsgesetz* (SoldGG) (loi sur l'égalité de traitement des soldats) et des modifications apportées aux diverses réglementations juridiques.

La loi redessine sensiblement l'antidiscrimination d'Allemagne. L'objectif défini de ce projet de loi consiste à combattre la discrimination fondée sur les motifs de la race, de l'origine ethnique, du sexe, de la religion ou des convictions philosophiques (*Weltanschauung*), du handicap, de l'âge ou de l'identité sexuelle. La formulation « pour des motifs de race » (aus Gründen der Rasse) est censée indiquer que le pouvoir législatif allemand ne suppose pas l'existence de différentes races humaines. Cela s'applique au droit du travail, au droit civil et à certains domaines du droit public. En ce qui concerne le droit civil général, la conviction philosophique ne compte pas parmi les motifs interdits.

La loi va donc en principe au-delà de ce qu'exige le droit européen. Toutefois, on pourrait aussi trouver divers éléments de la loi contraires à la législation européenne.

3. Principes généraux et définitions

La loi d'antidiscrimination définit la discrimination directe et indirecte, le harcèlement et le comportement consistant à exercer une discrimination envers autrui en suivant de près les définitions énoncées dans les directives. La discrimination par association n'est pas explicitement couverte.

Une disposition traite des discriminations multiples fondées sur des motifs divers. Il est déclaré que toute discrimination de ce genre doit être justifiée indépendamment. L'action positive est déclarée admissible si la discrimination sert à surmonter les désavantages existants fondés sur l'un des motifs énumérés. Une exception à l'application de la loi d'antidiscrimination est prévue pour le licenciement, mais cette exception a été rendue inefficace par la jurisprudence.

a) Législation du travail

La justification d'une inégalité de traitement est possible si le traitement constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante.



L'inégalité salariale ne sera pas justifiée du fait qu'en raison de l'un des motifs énumérés, des obligations de protection spéciales incombent à l'employeur.

Il existe d'autres motifs de justification en raison de la philosophie et du devoir de loyauté tels que définis par une conviction religieuse ou philosophique. On trouve d'autres justifications encore pour le motif de l'âge en cas de raisons objectives et si l'inégalité de traitement est appropriée et nécessaire. On en trouve des exemples selon les règles contenues dans la directive 2000/78/CE.

Les employeurs sont assujettis à l'obligation de protéger les travailleurs contre la discrimination et de prévenir son apparition par des arrangements organisationnels ou des formations professionnelles conçues à cet effet. Ils doivent prendre les mesures appropriées contre une telle action et informer les travailleurs des réglementations juridiques en vigueur.

En cas de discrimination, la victime a droit aux dommages et intérêts pour perte matérielle si l'employeur est responsable d'injustice par négligence ou volontaire. Il existe une responsabilité stricte en termes de dommages et intérêts pour perte non matérielle. Le montant de l'indemnisation doit être approprié. Si la discrimination n'est pas la cause de chômage, l'indemnisation pour des dommages non matériels se limite à une rémunération de trois mois.

Toute revendication de ce type est assujettie à un délai de deux mois à compter de la réception du rejet d'une demande d'emploi ou d'une promotion ou de la connaissance du comportement désavantageux. Le projet de loi n'établit pas une obligation de contrat à moins qu'une telle obligation découle d'autres parties de la loi, comme du droit de responsabilité civile délictuelle. Les rétorsions sont interdites. Le projet de loi comporte un appel à la responsabilité sociale des partenaires sociaux en ce qui concerne la réalisation de l'objectif de non-discrimination. Les règles de non-discrimination s'appliquent également aux associations professionnelles. En cas de discrimination dans cette sphère, l'association est tenue d'admettre la personne.

b) Droit civil

Dans le droit civil, la discrimination est interdite pour tous les motifs énumérés, pas seulement pour ceux prescrits par les directives (race, origine ethnique, sexe), à l'exception de la conviction philosophique (Weltanschauung).

Pour ce qui concerne le logement, l'inégalité de traitement vaut pour tous les motifs admissibles si elle sert à maintenir des relations sociales stables entre les habitants et des modèles équilibrés d'arrangement et de relations économiques, sociales et culturelles.

L'inégalité de traitement est justifiée pour la religion, le handicap, l'âge, l'identité sexuelle ou le sexe si le traitement répond à une raison objective.



À titre d'exemple d'une telle raison objective, le projet de loi cite la prévention du danger et des dommages, la protection de la vie privée et de la sécurité personnelle, l'offre d'avantages spéciaux sans aucun intérêt objectif dans l'égalité de traitement et la philosophie d'une religion. Dans le cas des assurances, une différence de traitement — avec qualifications différentes pour le sexe et les autres motifs – n'est admissible que si elle est basée sur des calculs actuariels objectifs.

En cas de violation de l'interdiction de la discrimination, la victime peut demander un délai de grâce et la suppression du désavantage, ainsi qu'introduire une requête en injonction. L'auteur de la discrimination est tenu de verser des dommages et intérêts pour la perte matérielle causée suite à une action fautive volontaire ou par négligence.

Il existe une responsabilité stricte en termes de dommages et intérêts pour les dommages non matériels, dont l'indemnisation doit être appropriée. La victime dispose d'un délai de deux mois pour de telles actions, comme dans la législation du travail.

La charge de la preuve est inversée tant pour la législation du travail que pour le droit civil général.

c) Droit public

Les réglementations du projet de loi sont applicables aux fonctionnaires, aux juges et aux objecteurs de conscience, prenant en considération comme il se doit le statut juridique spécial de ces personnes. La loi sur l'égalité de traitement des soldats contient des réglementations semblables à celles décrites ci-dessus ainsi que des réglementations légales déjà en place en cette matière.

D'autres domaines de la loi viennent compléter ces normes issues des droits du travail, civil et public. Certaines règles spéciales portent sur l'aménagement raisonnable, particulièrement destinées aux personnes atteintes d'un handicap grave, ainsi qu'à d'autres personnes de statut égal.

4. Champ d'application matériel

a) Généralités

Les garanties constitutionnelles s'appliquent à toute action de l'État et, par effet horizontal indirect, aux relations des particuliers. Les garanties spécialisées s'appliquent à leur champ de réglementation respectif – droit public, législation du travail, loi sociale, etc.



b) L'AGG (Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes)

Le champ d'application de la loi d'antidiscrimination recouvre la législation du travail, la sécurité sociale, les prestations sociales, l'éducation et le droit civil général, y compris les contrats d'assurance suivant de près (en partie mot pour mot) les dispositions des directives à cet égard. Pour ce qui concerne le licenciement injuste, les réglementations des lois contre le licenciement abusif (spécialement la Kündigungsschutzgesetz) sont censées avoir préséance sur la loi d'antidiscrimination. Toutefois, la jurisprudence a interprété la disposition en cause en ce sens que l'interdiction de discrimination s'applique pleinement au licenciement abusif.

Dans le droit civil, l'interdiction de la discrimination fondée sur le motif de la race et de l'origine ethnique s'étend à toutes les transactions légales c'est-à-dire à la fourniture des biens et des services disponibles au public.

L'interdiction de la discrimination fondée sur les autres motifs, à l'exception des convictions, s'étend à toutes les transactions juridiques généralement conclues dans un grand nombre de cas sous des conditions comparables sans distinction de la personne concernée (ce que l'on appelle une Massengeschäfte ou transactions massives) ou à des transactions légales où les caractéristiques de la personne ne sont que d'une importance secondaire. En outre, l'interdiction de la discrimination s'étend à l'assurance privée.

L'interdiction de la discrimination ne s'applique pas aux relations juridiques de type personnel ou lorsqu'il existe un rapport de confiance spéciale entre les parties concernées ou leurs parents. Pour ce qui concerne le logement, c'est censé être le cas si les parties ou leurs parents vivent sous le même toit. Le principe de non-discrimination est censé ne pas s'appliquer en principe (bien que des exceptions soient censées être possibles) si le propriétaire ne loue pas plus de 50 appartements.

5. Mise en application de la loi

Hormis certains mécanismes spéciaux, les moyens d'application de la loi d'antidiscrimination sont les mêmes que ceux des autres domaines de la loi et passent par les tribunaux. On dispose d'une jurisprudence croissante sur toute une série d'aspects de la discrimination. De nombreux aspects n'ont toutefois pas été encore réglés et la jurisprudence résulte, parfois, contradictoire. Il faudra voir si l'AGG établit des modèles de compétence, notamment en termes de sanction adéquate. Les preuves statistiques ont été autorisées par le passé et peuvent être utilisées selon l'AGG. L'ancienne réglementation relative à la charge de la preuve, maintenant modifiée par l'AGG, a été interprétée dans la lignée de la compétence de la CJCE. Il n'existe pas encore de réglementation explicite ou de pratique juridique concernant la recevabilité du test de situation.



Selon la loi d'antidiscrimination, une victime de discrimination a le droit de bénéficier d'un soutien au niveau des actions en justice de la part des associations qui traitent des questions de discrimination.

Elles doivent compter au moins 75 membres ou doivent constituer l'association d'au moins 7 autres associations concernées par l'antidiscrimination.

6. Organismes de promotion de l'égalité de traitement

La loi d'antidiscrimination établit une agence fédérale de lutte contre la discrimination (Antidiskriminierungsstelle des Bundes) dès son entrée en vigueur en août 2006, mais cet organisme n'a commencé à être opérationnel qu'en 2007. Son mandat couvre tous les motifs énumérés dans la loi, nonobstant toutefois les compétences des agences gouvernementales spécialisées qui traitent de questions afférentes. Cet organisme est associé d'un point de vue organisationnel au ministère de la Famille, des Personnes âgées, des Femmes et de la Jeunesse. Le directeur de l'agence est nommé, depuis le printemps 2007, par le ministre de la Famille, des Personnes âgées, des Femmes et de la Jeunesse après proposition du gouvernement. La personne nommée à la direction de l'agence est indépendante et soumise uniquement à la loi. En 2009, un nouveau chef a été désigné. Le mandat de la direction de l'agence correspond à la période législative du Bundestag. L'agence a pour tâche d'aider les personnes à protéger leurs droits contre la discrimination, de les informer particulièrement sur les moyens légaux dont ils disposent contre la discrimination, de convenir de conseils juridiques prodigués par d'autres agences, d'assurer la médiation entre les parties, de fournir des informations au grand public, de prendre des mesures de prévention contre la discrimination, de produire des études scientifiques et, tous les quatre ans, de produire un rapport sur la question de la discrimination, avec les commissaires qui traitent de questions afférentes. Ces agences peuvent adresser des recommandations et commanditer conjointement des études scientifiques. L'agence peut exiger une déclaration de position en cas de discrimination commise par un auteur de discrimination allégué, si la victime de la discrimination alléguée l'accepte.

D'autres agences publiques doivent soutenir l'agence dans son travail. L'agence doit coopérer avec les ONG et d'autres associations. Un organisme consultatif doit être créé. L'agence dispose d'un budget d'environ trois millions d'euros. L'agence a commencé à être présente au sein du public, par exemple, par le biais de conférences, de publications et de la réalisation d'enquêtes sous mandat.

L'Allemagne compte, en outre, d'autres organismes traitant des questions de discrimination, essentiellement les commissaires pour l'intégration/les étrangers, pour les immigrés d'origine ethnique allemande (Aussiedler) et les minorités nationales, et les personnes handicapées.