



Résumé du rapport 2011
concernant les mesures de lutte contre la discrimination en Allemagne
par Prof. Dr Matthias Mahlmann

1. Introduction

L'Allemagne se caractérise comme d'autres pays par une société multiculturelle. Elle compte deux minorités autochtones, les Danois et les Sorbs, peu importantes en termes numériques. Les Frisons de nationalité allemande ainsi que les Sinti et les Roms de nationalité allemande sont, eux aussi, officiellement reconnus en tant que minorités. Les groupes de minorités ethniques les plus importants sont toutefois les «travailleurs immigrés» et leurs descendants. Jusqu'à la période nazie, il s'agissait surtout de Polonais. À partir de 1945, ce sont les Turcs, les ressortissants de l'ex-Yougoslavie, les Italiens et les Grecs qui ont constitué les groupes d'immigration les plus importants. C'est ainsi que parmi les 7,3 millions d'étrangers que compte l'Allemagne (dont la population se chiffre à quelque 80 millions d'habitants), environ 30 % sont des Turcs, 9 % sont originaires de l'ex-Yougoslavie, 8,5 % viennent d'Italie et 5 % environ de Grèce. Une communauté ethnique hétérogène s'est en outre formée en Allemagne au cours des dernières décennies en raison plus particulièrement de la présence de demandeurs d'asile et de réfugiés. Un microrecensement réalisé en 2005, dont les résultats ont été publiés en 2006, montre que 20 % environ de l'ensemble des habitants actuels de l'Allemagne sont issus de l'immigration – une proportion largement supérieure à ce que l'on avait toujours supposé.

Les deux confessions chrétiennes principales, à savoir l'Église catholique et l'Église protestante, comptent chacune quelque 26 millions de membres en Allemagne, soit 32% de la population respectivement; en d'autres termes, elles représentent ensemble 64 % des habitants. On recense environ 1,7 million de Musulmans dans le pays, soit 2 % environ de la population, et près de 100 000 Juifs, soit 0,12 % de la population.

Le passé de l'Allemagne présente, dans la perspective du principe de l'égalité de traitement et de la lutte contre la discrimination, un intérêt particulier non seulement en ce qui concerne la race et l'origine ethnique, mais également 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 aigüe des horreurs commises durant l'ère nazie, à savoir des crimes perpétrés sous des formes diverses et dans toutes les sphères de la société à l'encontre de personnes en raison de leur religion, conviction, origine ethnique, orientation sexuelle ou handicap, ou présentant d'autres caractéristiques. Ce passé éveille chez bon nombre de citoyens allemands le sentiment de devoir protéger fermement une 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 dans les actions des organes politiques allemands.

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

L'Allemagne n'en est pas moins confrontée à de graves problèmes de discrimination. Le racisme et la xénophobie continuent de se manifester sous des formes diverses, y compris des violences qui ont coûté la vie à plusieurs dizaines de personnes depuis 1990. La mise au jour récente d'une cellule terroriste néonazie responsable d'au moins neuf assassinats ayant une motivation raciste, a été un rappel brutal de ce que le racisme peut engendrer. Des partisans de l'extrême droite ont remporté un certain succès politique ces dernières années, mais souvent de courte durée.

Même si les études empiriques dûment étayées restent rares en la matière, les données disponibles conduisent à penser que des caractéristiques personnelles telles que la religion et les convictions, le handicap, l'orientation sexuelle et l'âge restent également la cause d'une discrimination persistante.

2. Législation principale

La Constitution ou loi fondamentale (*Grundgesetz*) s'avère déterminante pour comprendre le cadre juridique allemand en matière de discrimination. À la différence de certaines autres constitutions, la Constitution allemande lie directement toutes les autorités publiques. Les droits fondamentaux font partie de cet ordre constitutionnel d'effet direct et lient donc les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire au même titre qu'une loi directement applicable. La Constitution a mis les droits fondamentaux au cœur de l'ordre juridique en général: ils ne sont donc pas seulement d'application en droit public, mais également dans 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 plus importante étant la garantie de la dignité humaine. L'essence même de cette garantie est le respect de l'être humain considéré comme une fin en soi, simplement parce qu'il est un être humain et 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 tout traitement dégradant ou humiliant. La garantie de la dignité humaine est la valeur centrale du droit allemand, autrement dit sa règle prépondérante et sa norme suprême. Il s'agit donc d'un point de référence majeur pour la législation



nationale anti-discrimination, d'autant plus qu'elle oriente l'interprétation de la garantie constitutionnelle de l'égalité et fournit des critères normatifs à d'autres domaines 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 que soient ses caractéristiques. La seule question est donc de savoir comment, autrement dit à l'aide de quels moyens techniques concrets, la valeur primordiale que constitue la dignité humaine peut être suffisamment protégée par des voies juridiques 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 nés hors mariage, l'égalité de statut et de fonction et l'égalité en matière de droits électoraux sont autant d'autres garanties constitutionnelles importantes.

L'Allemagne est un État fédéral démocratique et social régi par la primauté du droit. Comme il s'agit d'un État social, il est tenu de promouvoir le bien-être de ses citoyens. En ce qui concerne la lutte contre la discrimination, le principe de l'État social s'accompagne d'un large éventail de programmes visant à promouvoir l'inclusion des groupes confrontés à des discriminations. Le caractère fédéral de l'Allemagne donne lieu à des réglementations différentes selon les *Länder* dans certains domaines où ceux-ci ont une compétence législative – laquelle porte principalement sur les questions éducatives et culturelles, ainsi que sur certains aspects de la législation réglementant l'emploi de leurs fonctionnaires. Les matières les plus importantes du droit public (moyennant les exceptions mentionnées) et du droit privé continuent néanmoins de relever de la compétence de l'État fédéral, soit dans le cadre de son pouvoir législatif exclusif, soit dans celui d'un pouvoir législatif parallèle, en dépit d'une récente réforme de l'ordre fédéral.

L'Allemagne est dotée d'une législation spécifique en matière de lutte contre la discrimination: diverses dispositions légales réitèrent la garantie fondamentale de l'égalité dans les domaines relevant du droit public, et notamment la loi relative à la fonction publique et aux autres fonctionnaires; la législation du travail comporte une clause générale anti-discrimination inscrite dans la loi sur la constitution des entreprises (*Betriebsverfassungsgesetz*) et le principe fondamental de l'égalité de traitement des travailleurs a été systématiquement consacré par la jurisprudence; divers instruments juridiques ont en outre été adoptés en rapport avec le handicap en vue d'assurer une protection contre la discrimination et d'améliorer l'inclusion sociale des personnes handicapées; quant à l'orientation sexuelle, de nouvelles réglementations ont été instaurées: elles prévoient à la fois une protection directe contre la discrimination et une protection indirecte se concrétisant par des options antérieurement inaccessibles à des personnes ayant une orientation sexuelle déterminée (l'instauration d'une forme de partenariat juridiquement réglementé étant l'une de ces options); 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 portent sur des mesures raisonnables d'adaptation aux diverses confessions religieuses, y compris des



dérogations aux lois générales. Selon une opinion largement répandue dans la doctrine juridique (qui a donné lieu à plusieurs cas de jurisprudence), les clauses générales du droit civil offrent en droit privé des contrats et en droit de la responsabilité civile des recours 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 (et plus particulièrement à la lumière des droits fondamentaux et surtout de la dignité humaine), qui interdit la discrimination.

Une loi anti-discrimination a été votée le 18 août 2006. Il s'agit de la *Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung*, BGBl. 2006, 1897, qui englobe l'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) (loi générale sur l'égalité de traitement), la *Soldaten und Soldatinnengleichbehandlungsgesetz* (SoldGG) (loi sur l'égalité de traitement des soldats) et les modifications apportées à diverses règles juridiques.

Cette loi remanie considérablement l'approche de l'Allemagne en matière de lutte contre la discrimination. Elle a pour objectif général de combattre la discrimination fondée sur le motif 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 «sur le motif de la race» (*aus Gründen der Rasse*) est censée indiquer que le législateur allemand ne suppose pas l'existence de différentes races humaines. Elle couvre le droit du travail, le droit civil et certains volets du droit public. La conviction philosophique ne figure pas parmi les motifs interdits en ce qui concerne le droit civil général. La loi va donc en principe au-delà des exigences du droit européen. Ceci dit, il se pourrait que certaines de ses parties ne soient pas conformes au droit européen.

3. Principes généraux et définitions

La loi anti-discrimination définit la discrimination directe et indirecte, le harcèlement et l'injonction à discriminer 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 et prévoit que cette forme de discrimination, fondée sur plusieurs motifs, doit être justifiée de manière distincte. L'action positive est déclarée admissible si la discrimination sert à remédier à des désavantages existants découlant de l'un des motifs énumérés. Une exception à l'application de la loi anti-discrimination est prévue pour le licenciement, mais elle a été privée d'effet utile par la jurisprudence.

a) *Droit du travail*

Une inégalité de traitement peut être admise si elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Une inégalité salariale ne peut être justifiée en invoquant le fait que l'un des motifs énumérés fait peser des obligations de protection spéciales sur l'employeur.



Il existe d'autres motifs de justification liés à l'éthique et au devoir de loyauté tels que ceux qui sont déterminés par une conviction religieuse ou philosophique. Des justifications peuvent également être admises en ce qui concerne l'âge pour autant qu'elles se fondent sur des raisons objectives et que l'inégalité de traitement soit appropriée et nécessaire. La législation fournit des exemples conformes aux règles énoncées dans la directive 2000/78/CE.

Les employeurs sont tenus de protéger les travailleurs contre la discrimination et de prévenir celle-ci à l'aide d'arrangements organisationnels ou dans le cadre de la formation professionnelle. Ils doivent prendre les mesures appropriées contre un comportement de ce type et informer les travailleurs des réglementations juridiques en vigueur.

Une victime de discrimination a droit à des dommages-intérêts pour perte matérielle si la responsabilité de l'employeur est engagée, que ce soit par négligence ou par un acte délibéré. Il existe une responsabilité stricte en dommages-intérêts pour perte non matérielle. Le montant de l'indemnisation doit être approprié. Si la discrimination n'est pas la cause du non-emploi, l'indemnisation pour préjudice moral se limite à une rémunération de trois mois.

Le délai de recours est fixé à deux mois à compter de la réception du rejet d'une candidature ou d'une promotion, ou de la prise de connaissance du traitement désavantageux. La législation n'établit pas l'obligation de contrat sauf si cette obligation découle d'autres volets législatifs, tel le droit de la responsabilité civile. Les rétorsions sont interdites. La loi fait appel à la responsabilité sociale des partenaires sociaux pour atteindre l'objectif de la non-discrimination. Les règles de non-discrimination s'appliquent également aux associations professionnelles lesquelles sont tenues, lorsqu'une discrimination est constatée, d'admettre la personne en leur sein.

b) Droit civil

En droit civil, la discrimination est interdite pour tous les motifs énumérés, et 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 est admise pour tous les motifs si elle sert à maintenir des rapports sociaux stables entre les habitants ainsi qu'un équilibre au niveau des schémas d'établissement et des relations économiques, sociales et culturelles.

L'inégalité de traitement est justifiée pour ce qui concerne la religion, le handicap, l'âge, l'identité sexuelle ou le sexe à condition qu'elle réponde à une raison objective – cette raison pouvant être, en vertu des exemples cités par la loi, la prévention du danger et des dommages, la protection de la vie privée et de la sécurité personnelle, l'offre d'avantages spéciaux sans intérêt objectif déterminé dans l'égalité de



traitement et les principes éthiques d'une religion. En ce qui concerne les assurances, une différence de traitement — avec critères d'éligibilité différents selon le sexe et autres motifs — n'est admise qu'à condition de se baser sur des calculs actuariels objectifs. En cas de non-respect de l'interdiction de discrimination, la victime peut réclamer la cessation et la suppression du traitement désavantageux en cause, et entamer une action pour obtenir une injonction à cette fin. L'auteur de la discrimination est tenu au versement de dommages-intérêts pour la perte matérielle causée si sa responsabilité est engagée, que ce soit par un acte délibéré ou par négligence. Il existe une responsabilité stricte en dommages-intérêts pour perte non matérielle, dont l'indemnisation doit être appropriée. Comme dans le cas du droit du travail, la victime dispose d'un délai de recours de deux mois. Il y a renversement de la charge de la preuve tant en droit du travail qu'en droit civil général.

c) Droit public

Les règles de droit s'appliquent aux fonctionnaires, juges et objecteurs de conscience en tenant dûment compte du statut juridique particulier de ces personnes. La loi sur l'égalité de traitement des soldats contient des règles similaires à celles décrites ci-dessus, en sus de celles déjà en vigueur en la matière.

D'autres domaines de la loi viennent compléter ces normes établies par le droit du travail, le droit civil et le droit public. Ainsi des règles spéciales portent-elles sur l'aménagement raisonnable et visent-elles plus particulièrement les personnes gravement handicapées ou de statut équivalent.

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 entre particuliers. Les garanties spécialisées s'appliquent à leurs domaines respectifs de réglementation – droit public, droit du travail, droit social, etc.

b) L'AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)

Le champ d'application de la loi anti-discrimination couvre le droit du travail, la sécurité sociale, les prestations sociales, l'enseignement et le droit civil général, y compris les contrats d'assurance, suivant de près (parfois mot pour mot) les dispositions des directives à cet égard. Pour ce qui concerne le licenciement abusif, les dispositions des lois en la matière (et de la *Kündigungsschutzgesetz* [loi sur la protection contre le licenciement] en particulier) sont censées primer sur la loi anti-discrimination. La jurisprudence a cependant interprété la disposition en cause en ce sens que l'interdiction de discrimination s'applique pleinement au licenciement.



En droit civil, l'interdiction de discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique s'étend à toutes les transactions juridiques, à savoir la fourniture de biens et de services mis à la disposition du public.

L'interdiction de discrimination fondée sur les autres motifs, à l'exception des convictions, s'étend à toutes les transactions juridiques généralement conclues «en masse» (*Massengeschäfte*) à des conditions similaires indépendamment de la personne concernée, ainsi qu'aux transactions juridiques dans le cadre desquelles les caractéristiques de la personne ne revêtent qu'une importance secondaire. L'interdiction de discrimination s'étend en outre à l'assurance privée.

L'interdiction de discrimination ne s'applique pas aux relations juridiques de type personnel ou lorsqu'il existe un rapport particulier de confiance entre les parties concernées ou leurs proches. Tel est par exemple le cas, en ce qui concerne le logement, lorsque les parties ou leurs proches vivent sous le même toit. L'interdiction de discrimination est censée ne pas s'appliquer en principe (bien que des exceptions soient possibles) si le propriétaire ne loue pas plus de 50 appartements.

5. Mise en application de la loi

Hormis certains mécanismes spéciaux, les moyens de faire appliquer la loi anti-discrimination sont les mêmes que ceux des autres domaines du droit et passent par les tribunaux. On dispose d'une jurisprudence de plus en plus abondante sur toute une série d'aspects de la discrimination. De nombreux aspects n'ont cependant pas encore été réglés et la jurisprudence est parfois contradictoire. Il est trop tôt pour savoir si l'AGG donnera lieu à des évolutions juridictionnelles adéquates, y compris en termes de sanctions. Les preuves statistiques ont été admises par le passé et peuvent être utilisées en vertu de l'AGG. L'ancienne réglementation relative à la charge de la preuve, désormais modifiée par l'AGG, a été interprétée conformément aux décisions de la Cour de justice européenne. Il n'existe pas encore de réglementation explicite ni de pratique juridique concernant la recevabilité du test de situation.

Selon la loi anti-discrimination, une victime de discrimination a le droit de bénéficier dans le cadre d'une action en justice du soutien d'associations ayant un intérêt dans les questions de discrimination. Elles doivent compter 75 membres au moins ou regrouper un minimum de sept autres associations concernées par la lutte contre la discrimination.

6. Organismes de promotion de l'égalité de traitement

Dès son entrée en vigueur en août 2006, la loi anti-discrimination a institué une agence fédérale de lutte contre la discrimination (*Antidiskriminierungsstelle des Bundes*), laquelle n'est cependant devenue opérationnelle qu'en 2007. Son mandat couvre tous les motifs énumérés dans la loi, nonobstant les compétences d'agences gouvernementales spécialisées qui traitent de matières apparentées. L'agence est



associée sur le plan organisationnel au ministère de la Famille, des personnes âgées, des femmes et de la jeunesse. Son directeur est nommé par le ministre de la Famille, des personnes âgées, des femmes et de la jeunesse sur proposition du gouvernement. La première nomination est intervenue au printemps 2007. Un nouveau directeur a été nommé en 2009. La personne ainsi désignée est indépendante et n'obéit qu'à la loi. La durée du mandat de la direction de l'agence correspond à la période législative du *Bundestag*. L'agence a pour tâche d'aider les personnes à défendre leurs droits contre la discrimination, de les informer plus particulièrement sur les moyens légaux dont ils disposent à cette fin, d'obtenir des conseils juridiques de la part d'autres agences, de procéder à une médiation entre parties, de fournir des informations au grand public, de prendre des mesures préventives contre la discrimination, de réaliser des études scientifiques et, tous les quatre ans, de produire un rapport sur la problématique de la discrimination en concertation avec les commissaires chargés de questions connexes. Ces agences peuvent adresser des recommandations et commanditer conjointement des études scientifiques. L'agence fédérale anti-discrimination peut exiger, moyennant l'accord de la victime présumée, que l'auteur allégué d'une discrimination expose sa prise de position.

D'autres organismes publics doivent soutenir l'agence dans son travail et elle-même doit coopérer avec des ONG et d'autres associations. Un organisme consultatif doit être créé. L'agence dispose d'un budget d'environ trois millions d'euros. Elle commence à être visible aux yeux du public, notamment au travers de conférences, de publications et d'études et enquêtes qui lui sont commanditées sur des problèmes particuliers tels que la discrimination multiple et l'action positive.

L'Allemagne compte par ailleurs plusieurs organismes traitant de questions liées à la discrimination; on peut citer principalement à ce titre les commissaires en charge de l'intégration/des étrangers, des immigrants d'origine ethnique allemande (*Aussiedler*) et des minorités nationales, et des personnes handicapées.