



**L'Europe en quête d'égalité : Genèse de la première directive
prohibant la discrimination raciale et ethnique**
Julie Ringelheim

CRIDHO Working Paper 2008/02



Université catholique de Louvain
Faculté de droit
Centre de philosophie du droit
Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme
www.cedr.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers
Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers
All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

L'Europe en quête d'égalité : **Genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique**¹

Julie Ringelheim*

Le cheminement du principe d'égalité au sein du droit communautaire est révélateur de certaines des tensions fondamentales qui ont marqué le projet européen. Les interrogations qui ont accompagné l'évolution de ce principe renvoient aux débats lancinants sur le sens de la construction européenne : la réalisation d'un marché européen peut-elle se concevoir sans la promotion d'un modèle social et d'une citoyenneté européenne ? Vise-t-on exclusivement l'intégration économique ou également l'unification politique ? Et quelle doit être la place des droits fondamentaux dans le système européen ?

L'action communautaire en matière d'égalité et de non-discrimination est longtemps restée confinée aux deux motifs mentionnés dans le Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE) de 1957 : les discriminations à raison de la nationalité et, en matière de rémunération, à raison du sexe. Dans les deux cas, les clauses de non-discrimination ont, du moins à l'origine, une visée économique : leur fonction est d'assurer la construction du marché commun européen et d'empêcher des distorsions de concurrence. En revanche, on ne trouve, dans le Traité CEE, nulle mention de la lutte contre le racisme ou la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique. Aussi, jusqu'à la fin des années 1990, cette question a-t-elle été considérée comme n'étant pas du ressort des Communautés européennes. Pendant quarante ans, les institutions européennes s'en sont tenues en la matière, à peu de choses près, à des condamnations de principe et à des déclarations de bonnes intentions². De ce point de vue, la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique³, adoptée en juin 2000, sur la base du nouvel article 13 introduit dans le Traité CE par le Traité d'Amsterdam signé en 1997, revêt une portée historique : c'est le premier instrument communautaire à valeur obligatoire visant à combattre la discrimination en raison de l'origine raciale ou ethnique. Fait remarquable, son champ d'application est plus étendu que ne l'est, au moment de son adoption, celui des directives relatives à la discrimination entre hommes et femmes, puisqu'elle porte non seulement sur l'emploi et

¹ Texte présenté au colloque *Diversité et discrimination raciale*, organisé par le Centre de droit social et le Centre d'études juridiques européennes et comparées de l'Université de Paris-X, les 22-23 juin 2008. Ce texte sera également publié dans les Actes du colloque, à paraître aux éditions Dalloz.

* Chargée de recherches au Fonds national de la recherche scientifique (FNRS), attachée au centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain (UCL) (Belgique), et chargée de cours à l'UCL. Je remercie vivement Emmanuelle Bribosia pour ses commentaires sur ce texte.

² J.-F. Flauss, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, n°46, pp. 487-515, pp. 488-489.

³ *J.O.* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22.

la protection sociale mais encore sur l'éducation, les avantages sociaux et l'accès aux biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement. En l'espace de quelques années, la lutte contre la discrimination raciale et ethnique est passée du statut de matière non communautaire à celui de priorité de la politique sociale européenne.

Néanmoins, l'adoption de cette directive ne peut se comprendre si l'on ne prend pas en compte une série d'évolutions parallèles, dans le droit et la politique communautaires, qui ont créé les conditions d'une reconnaissance de la discrimination raciale et ethnique comme domaine d'intérêt européen. Il y a, tout d'abord, la transformation des concepts d'égalité et de non-discrimination en droit communautaire : progressivement, grâce en particulier à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), ces notions se sont vues accorder une valeur propre, autonome par rapport à l'objectif d'intégration économique, et ancrée dans la logique des droits fondamentaux⁴. Ensuite, à partir des années 1980, certaines institutions européennes se reconnaissent compétentes pour agir dans le domaine de la politique à l'égard des immigrés en provenance des pays tiers à la Communauté européenne. Enfin, l'importance croissante accordée aux droits fondamentaux et la consécration de la notion de « citoyenneté européenne » dans le Traité de Maastricht rendent de plus en plus malaisée à justifier la restriction du principe de non-discrimination aux deux seuls motifs mentionnés dans le Traité de 1957. D'autre part, la montée de l'extrême droite et la recrudescence des actes racistes recensés en Europe à partir des années 1980, dénoncés avec force par le Parlement européen, contraignent le Conseil des Ministres à manifester sa réprobation à l'égard de ces phénomènes. A cela s'ajoute l'importante mobilisation de la société civile en faveur d'une action communautaire contre la discrimination raciale et ethnique dans les années 1990, qui contribue à accroître la pression exercée sur les chefs d'Etat et de gouvernement, les conduisant, bon gré mal gré, à approuver le principe d'une intervention communautaire dans un domaine qu'ils ont longtemps voulu considérer comme relevant strictement de la compétence nationale.

Dans les pages qui suivent, on se propose de retracer l'histoire de cette longue marche vers l'intégration de l'action contre la discrimination raciale et ethnique dans le champ communautaire. On analysera les différentes étapes de ce processus, depuis le Traité de Rome jusqu'à la directive 2000/43/CE (section 1 à 4). Enfin, à l'issue de cet examen, dans la dernière section de cette contribution (section 5), on se penchera brièvement sur les sources d'inspiration de cette directive. En effet, une fois reconnu le pouvoir de la Communauté d'agir, il restait encore à déterminer le contenu des normes arrêtées au niveau européen. Les rédacteurs de cet instrument disposaient principalement

⁴ Voy. en particulier E. Bribosia, « La lutte contre la discrimination dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », in S. Van Drooghenbroeck, S. Sottiaux et Ch. Bayart, *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre la discrimination*, éd. La Chartre, 2008 (à paraître) ; M. Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; S. Prechal, « Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy :

de deux points de référence : le droit communautaire de l'égalité déjà existant, d'une part, et les législations antidiscriminatoires des Etats membres, d'autre part. A cet égard, on verra que les modalités de la protection contre la discrimination définies dans la directive, quoique résultant d'un compromis entre Etats membres, reflètent plus particulièrement l'influence de certains droits nationaux.

1. De la création de la CEE à la crise économique des années 1970

Le Traité CEE n'énonce pas de règle générale d'égalité de traitement mais contient plusieurs expressions spécifiques de ce principe - essentiellement l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité⁵ et l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins⁶. Dans un cas comme dans l'autre, la norme procède de considérations économiques. La non-discrimination à raison de la nationalité est indissociable de la réalisation du marché commun : il s'agit d'assurer que ni la nationalité des personnes ni l'origine nationale des marchandises, des services ou des capitaux, ne puissent entraver la liberté des opérateurs économiques d'évoluer sur le marché communautaire⁷. Quant à l'exigence d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, elle fut insérée dans le Traité à la demande de la France qui, ayant reconnu ce principe dans sa propre législation, craignait qu'en l'absence d'une obligation similaire à charge des autres Etats membres, cette réforme ne nuise à la compétitivité des entreprises françaises⁸.

La question de la lutte contre le racisme et la discrimination à raison de l'origine raciale, ethnique ou nationale, est en revanche absente du Traité CEE. Il convient toutefois de noter que le bénéfice de l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité, telle qu'elle est formulée à l'article 48 § 2 du Traité (devenu article 39 § 2 CE), n'est pas expressément limité aux nationaux des Etats membres. Mais ce principe, qui est le corollaire de la liberté de circulation, a toujours été interprété comme tel par les institutions communautaires et la doctrine dominante⁹. Le règlement n°1612/68, adopté par le Conseil en octobre 1968, lève toute ambiguïté : aux termes de ce texte, seuls les ressortissants des Etats membres jouissent du droit à la liberté de circulation, et donc de la règle de non-discrimination à

Achievements in Three Themes », in A. McDonnell (ed.), *A Review of Forty Years of Community Law. Legal Developments in the European Communities and the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, pp. 255-273.

⁵ Ancien article 7 du Traité CEE devenu l'article 6 puis l'article 12 CE. Ce principe est également évoqué dans les dispositions relatives au marché commun. Voy. notamment les articles 36, 48, 52 et 60 (devenus les articles 30, 39, 43 et 50), en ce qui concerne la libre circulation des marchandises, des travailleurs salariés, la liberté d'établissement et la libre prestation des services. Voy., plus généralement, E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh (sous la dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

⁶ Ancien article 119 du Traité CEE devenu l'article 141 CE.

⁷ K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, 1991, pp. 3-41, p. 3 et 21 ; E. Bribosia, *op. cit.*

⁸ B. Hepple, « Social Values and European Law », *Current Legal Problems – Part II Collected Papers*, 1995, vol. 48, pp. 39-61, spéc. pp. 41-43.

raison de la nationalité¹⁰. Les travailleurs originaires de pays tiers à la Communauté sont exclus du bénéfice de cette liberté. Sous réserve des membres de la famille d'un travailleur communautaire¹¹ et des bénéficiaires d'accords d'association conclus de manière bilatérale par la Communauté avec des pays tiers, dont certains incluent une clause de non-discrimination à raison de la nationalité¹², les ressortissants d'Etats tiers semblent échapper au domaine d'intervention communautaire, l'objectif d'intégration du marché ne fournissant pas *a priori* de justification à une action de la Communauté à leur égard¹³.

Mais au milieu des années 1970, face à la crise économique, les Etats membres admettent la nécessité de s'accorder, au niveau européen, sur des réponses concertées aux défis auxquels ils sont confrontés, notamment en matière de politique d'immigration¹⁴. Les Etats européens cherchent désormais à fermer l'accès au marché du travail communautaire aux travailleurs originaires de pays tiers. D'autre part, la question de l'intégration des populations immigrées dans la société d'accueil commence à préoccuper les esprits¹⁵. Aussi, dans le programme d'action sociale qu'elle initie en 1974, la Commission inclut des propositions de mesures portant sur les politiques migratoires et le statut des travailleurs en provenance d'Etats tiers résidant dans l'espace communautaire. Le Conseil, dans un premier temps, semble approuver cette orientation. Dans sa résolution du 21 janvier 1974 concernant le programme d'action sociale, il n'émet pas d'objection au principe d'une politique communautaire ayant pour objectif la réalisation de « l'égalité de traitement des travailleurs communautaires *et extra-communautaires* ainsi que des membres de leur famille en matière de conditions de vie et de travail, de salaires et de droits économiques, compte tenu des dispositions communautaires en cause »¹⁶. Il marque également son approbation à la promotion d'une concertation des politiques migratoires vis-à-vis des pays tiers. Sa résolution du 9 février 1976 concernant un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et de leur famille, confirme ce point de vue¹⁷. Mais très vite, des controverses surgissent. Plusieurs Etats membres contestent la compétence de la Communauté d'intervenir sur les

⁹ M.-P. Lanfranchi, *Droit communautaire et travailleurs migrants des Etats tiers – Entrée et circulation dans la Communauté européenne*, Paris, Economica, 1994, pp. 20-33 ; D. Martin, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 40.

¹⁰ Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (*J.O.* L 257 du 19.10.1968, p. 2), article 1 § 1 et articles 7 à 9. Voy. les commentaires de D. Martin, *op. cit.*, pp. 155-156 et de M.-P. Lanfranchi, *op. cit.*, p. 27.

¹¹ Les ressortissants d'Etats tiers peuvent, le cas échéant, bénéficier des droits conférés par le Règlement (CEE) n°1612/68 aux membres de la famille d'un travailleur communautaire exerçant sa liberté de circulation. Ces droits sont en effet accordés sans considération de nationalité. Voy. les articles 10 à 12 du Règlement n°1612/68.

¹² E. Guild, *Immigration Law in the European Community*, The Hague, Kluwer, 2001, pp. 94-119, spéc. pp. 103-104 et 118.

¹³ M. Bell, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴ D. Martin, *op. cit.*, p. 508.

¹⁵ M. Bell, *op. cit.*, p. 57.

¹⁶ *J.O.* n° C 013 du 12 février 1974, p. 1, notre accent.

¹⁷ *J.O.* n° C 034 du 14 février 1976, p. 2, § 2, c et § 5. Voy. M.-P. Lanfranchi, *op. cit.*, pp. 206-207 ; E. Guild, *op. cit.*, pp. 98-100.

questions concernant les ressortissants de pays tiers. Faute de consensus entre les Etats, d'autres propositions de la Commission dans ce domaine font long feu¹⁸.

A la même époque, le principe de l'égalité entre hommes et femmes en droit communautaire connaît une extension remarquable. Trois directives sont adoptées en la matière au cours de la décennie 1970-1980. Si la directive 75/117 du 17 février 1975¹⁹ concerne, à l'instar de l'article 119 du traité CEE (devenu article 141 CE), l'égalité de rémunération, la directive 76/207 du 9 février 1976 vise les conditions de travail et l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelles²⁰, tandis que la directive 79/7 du 19 décembre 1978 porte sur la sécurité sociale²¹. En outre, la jurisprudence de la CJCE contribue, de manière déterminante, à conférer à ce principe une importance qui tranche avec le caractère en apparence limité de l'article 119 du Traité CEE. Dans l'arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976, la Cour déclare que la portée de cette norme ne se limite pas à sa fonction économique. Certes, cette disposition a été introduite à l'origine pour éviter un désavantage concurrentiel aux entreprises établies dans des Etats qui possédaient déjà une législation interdisant la discrimination salariale au détriment des femmes²². Mais elle relève également des objectifs sociaux de la Communauté, comme en atteste son insertion dans le chapitre traitant de la politique sociale. Car, comme le souligne le préambule du Traité, la Communauté « ne se [limite] pas à une union économique, mais [doit] assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens. »²³ De cette double finalité, économique et sociale, la Cour déduit que « le principe d'égalité de rémunération fait partie des fondements de la Communauté. »²⁴ Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Defrenne III* du 15 juin 1978, la Cour ajoute que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie des droits fondamentaux de la personne humaine et figure, dès lors, parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect²⁵. D'autre part, à l'occasion de l'affaire *Rückdeschel*, qui concerne un autre domaine puisqu'il y est question de l'interdiction de discriminer entre producteurs ou consommateurs de la Communauté dans le cadre de la politique agricole commune²⁶, la Cour déclare

¹⁸ Ainsi, les enfants de travailleurs migrants originaires d'Etats tiers sont exclus du champ d'application de la Directive 77/486/CEE du Conseil, du 25 juillet 1977, visant à la scolarisation des enfants des travailleurs migrants (*J.O.* n° L 199 du 6 août 1977, p. 32-33.). Voy. M. Bell, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (*J.O.* n° L 45 du 19 février 1975, p. 19-20).

²⁰ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, 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 (*J.O.* L n°39 du 14 février 1976, p. 40-42).

²¹ Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (*J.O.* L n° 6 du 10 janvier 1979, p. 24-25).

²² CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne – Sabena II*, aff. 43/75, point 9.

²³ *Idem*, point 10.

²⁴ *Idem*, point 12.

²⁵ CJCE, arrêt du 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne – Sabena III*, aff. 149/77, point 26-27.

²⁶ Il s'agit de l'article 40, § 3, al. 2 du Traité CEE (devenu article 34, § 2, al. 2 CE).

que « l'interdiction de la discrimination énoncée [à l'article 40 du Traité CEE] n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »²⁷.

Reste que ce « principe général d'égalité » constitue une norme dont le respect s'impose aux institutions communautaires lorsqu'elles agissent dans le cadre de leur compétence. En revanche, il ne fournit pas de base légale indépendante à une action de la Communauté. Il ne confère pas non plus aux individus un droit autonome dont ceux-ci pourraient se prévaloir contre leur Etat ou une personne privée devant un tribunal national, en dehors du champ d'application du droit communautaire : ce principe fondamental ne peut entrer en jeu, et ce, à titre de norme interprétative, que lorsque la situation en cause est régie par une norme communautaire. La fonction autonome du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination, mis en lumière par la Cour, reste donc limitée²⁸.

2. Les années 1980 : l'affaire *RFA et autres c. Commission* et la montée de l'extrême droite en Europe

Au milieu des années 1980, la question de la compétence de la Communauté d'agir en matière d'immigration en provenance de pays tiers refait surface dans le contexte de la mise en place du programme du marché intérieur, consacré par l'Acte Unique Européen (1986), qui relance le processus d'intégration européenne. Les Etats réunis au sein du Conseil invitent la Commission à définir un cadre juridique destiné à organiser la concertation des politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers. En 1985, la Commission soumet au Conseil une communication relative aux « orientations pour une politique communautaire des migrations. »²⁹ Elle propose une politique allant dans deux directions : mieux contrôler les flux migratoires d'une part, promouvoir l'intégration des immigrés déjà présents dans les Etats membres, de l'autre³⁰. Sur le fondement de l'article 118 CEE (devenu article 140 CE), qui l'habilite à encourager la coopération et faciliter la coordination des actions des Etats membres dans le domaine de la politique sociale, et notamment en matière d'emploi et de conditions de travail, elle adopte une décision visant à instaurer une procédure d'information préalable et de concertation

²⁷ CJCE, arrêt du 19 octobre 1977, *Albert Rückdeschel & Co et al. contre Hauptzollamt Itzehoe*, aff. 117/76 et 16-77, point 7, *Rec.*, p. 1753. La Cour réitérera cette affirmation à de nombreuses reprises dans sa jurisprudence postérieure. Voy., par exemple, CJCE, 11 mars 1987, *Van den Berghen Jurgens BV c. Commission*, aff. 265/85, *Rec.* p. 1155, spéc. point 25 ; CJCE, 27 janvier 1994, *A. A. Herbrink c. Minister van Landbouw, Natuurbeher and Visserij*, aff. C 98/91, *Rec.* p. I-223, spéc. point 27 ; CJCE, 8 janvier 2002, *Denkavit Nederland BV c. Minister van Landbouw, Natuurbeher and Visserij*, aff. C 507/99, *Rec.*, p. I-169, spéc. point 44.

²⁸ E. Bribosia, *op. cit.*, et C. Barnard, « Gender Equality in the EU : A Balance Sheet », in Ph. Alston, with M. Bustelo and J. Heenan (eds), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 215-279, p. 232.

²⁹ Commission européenne, *Orientations pour une politique communautaire des migrations*, COM (85) 48. Def. Bruxelles, CEC 1985.

³⁰ M. Bell, *op. cit.*, pp. 59-60.

dans le domaine des politiques migratoires vis-à-vis des pays tiers³¹. Parmi les matières soumises à cette procédure, figure « la promotion de l'intégration professionnelle, sociale et culturelle » des travailleurs ressortissants d'Etats tiers et des membres de leur famille. Cette décision suscite l'opposition farouche d'une partie des Etats membres. Cinq d'entre eux – l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, le Danemark et le Royaume-Uni - introduisent un recours en annulation devant la CJCE, n'hésitant pas à prendre le risque d'une crise institutionnelle³². Ils contestent la compétence de la Commission au motif que les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers ne relèveraient pas du domaine social au sens de l'article 118 CEE. La Cour n'accueille que partiellement le recours. Elle déclare que dans la mesure où les travailleurs immigrés de pays tiers exercent une influence sur le marché communautaire de l'emploi et les conditions de travail, la politique migratoire à l'égard de ces Etats rentre dans le champ de la « politique sociale » visée à l'article 118 CEE. Mais ce lien avec le marché communautaire du travail définit aussi les limites de la compétence de la Commission. Parmi les matières concernées par la décision attaquée, seule la promotion de l'intégration professionnelle et sociale des communautés immigrées est du ressort de la Communauté. Par contre, en étendant la concertation à l'intégration *culturelle* des migrants, la Commission a outrepassé ses compétences³³. Et la Cour d'annuler la décision de la Commission³⁴.

La Cour, dans cet arrêt, interprète restrictivement la notion de « politique sociale ». La compétence communautaire à l'égard des ressortissants d'Etats tiers se voit délimitée en fonction de considérations économiques, tenant à la construction du marché européen. Les juges donnent ainsi un coup d'arrêt aux velléités de la Commission de promouvoir une coopération entre Etats sur des aspects non économiques de l'intégration des migrants provenant de pays tiers, comme, par exemple, en matière de lutte contre le racisme et les discriminations dont ceux-ci seraient victimes.

Or, durant la même période, le problème du racisme et de la xénophobie en Europe commence à préoccuper les parlementaires européens. Le succès électoral de plusieurs partis d'extrême droite aux élections européennes de 1984 attise les craintes et le Parlement décide de créer une commission pour enquêter sur la recrudescence du fascisme et du racisme dans l'espace communautaire. Dans son rapport publié en 1985, elle encourage les Etats et les institutions communautaires à adopter diverses mesures pour combattre le racisme, la xénophobie et l'intolérance. En particulier, elle recommande d' « œuvrer pour une définition plus large des compétences et des responsabilités communautaires

³¹ CCE, Décision n° 85/381/CEE du 8 juillet 1985 instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers (*J.O.* n° L 217 du 14 août 1985, p. 25).

³² P.-M. Lanfracchi, *op. cit.*, pp. 202 et 207-213.

³³ CJCE, arrêt du 9 juillet 1987, *République fédérale d'Allemagne et autres c. Commission des Communautés européennes*, aff. Jointes 281, 283, 284, 285 et 287/85, *Rec.* 1987, p. 3203.

³⁴ La décision annulée fut remplacée par la Décision 88/384/CEE qui tient compte de l'arrêt de la CJCE. (Décision 88/384/CEE de la Commission du 8 juin 1988 instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des Etats tiers (*JO L* 183 du 14 juillet 1988, p. 35-36).

dans le domaine des relations interraciales au moyen d'une interprétation téléologique des traités », ainsi que, « si nécessaire, par une révision des Traités. »³⁵ A la suite de ce rapport, le Conseil accepte de signer, avec la Commission et le Parlement, une *Déclaration commune contre le racisme et la xénophobie*, laquelle affirme que « l'élimination des manifestations de discrimination raciale [fait] partie du patrimoine culturel et juridique de tous les Etats membres » et met l'accent sur la « nécessité de prévenir ou réprimer tout acte ou forme de discrimination »³⁶. Mais le Conseil refuse d'aller plus loin que cette condamnation symbolique et n'entend pas adopter de mesures contraignantes. Et lorsqu'en 1990, la Commission lui soumet un projet de résolution sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, le texte est substantiellement édulcoré par le Conseil avant d'être adopté³⁷. La résolution se contente d'inviter les Etats à adopter les mesures qu'ils considèrent appropriées, en accordant une attention particulière à des initiatives suggérées dans le document, telles que la ratification des instruments internationaux relatifs à l'élimination de la discrimination raciale, l'application résolue des lois nationales tendant à combattre les actes discriminatoires ou, le cas échéant, l'adoption de telles lois par les Etats membres qui ne l'ont pas encore fait³⁸.

En 1991, une seconde Commission d'enquête sur le racisme et la xénophobie créée par le Parlement européen, réaffirme que la lutte contre le racisme et la discrimination raciale requiert des actions au niveau national mais aussi à l'échelle communautaire³⁹. A nouveau, le Conseil maintient que la Communauté n'a pas les compétences nécessaires pour agir dans ce domaine. Pourtant, aucun amendement du Traité n'est envisagé pour y remédier, ni lors de la conclusion de l'Acte unique européen en 1986, ni lors de la négociation du traité de Maastricht, signé en 1992⁴⁰.

Seule concession dans le domaine des mesures anti-racistes, la directive « Télévision sans frontières » adoptée en 1989, qui vise à assurer la liberté de réception et de retransmission de programmes télévisés en provenance d'autres Etats membres, interdit la publicité comportant un message discriminatoire en raison de la race, du sexe ou de la nationalité⁴¹. Elle établit en outre l'obligation, pour les Etats, de veiller à ce que les émissions ne contiennent aucune incitation à la haine pour des

³⁵ Commission d'enquête sur la montée du fascisme et du racisme en Europe, *Rapport sur les résultats des travaux* (Rapporteur : Dimitrios Evrigenis), décembre 1985, para. 319, p. 102.

³⁶ *Déclaration commune contre le racisme et la xénophobie*, adoptée le 11 juin 1986 par le Parlement européen, le Conseil, les représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil et la Commission, *J.O.* C 185/1 du 25 juin 1986.

³⁷ En particulier, le projet de résolution contenait un passage précisant que les mesures prises en la matière devaient protéger toute personne résidant sur le territoire de la Communauté, y compris les ressortissants d'Etats tiers. Ce passage fut éliminé du texte final. Voy. M. Bell, *op. cit.*, p. 62 et J.-F. Flauss, *op. cit.*, pp. 488-489.

³⁸ *J.O.* n° C 175 du 16 juillet 1990 p. 178.

³⁹ Rapport de la commission d'enquête sur le racisme et la xénophobie, Parlement européen, 1991.

⁴⁰ M. Bell, *op. cit.*, p. 63.

⁴¹ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (*J.O.* n° L 298 du 17 octobre 1989, pp. 23-30), article 12.

raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité⁴². Le non-respect de cette condition figure parmi les rares motifs en vertu desquels les Etats peuvent suspendre la retransmission d'une émission télévisée provenant d'un autre Etat membre⁴³.

3. Les années 1990 : la mobilisation de la société civile

La situation change au cours des années 1990 : plusieurs facteurs vont conduire le Conseil à se rallier à l'idée de modifier le traité CE afin de conférer à la Communauté une compétence en matière de lutte contre la discrimination ethnique ou raciale.

Durant cette décennie, les partis d'extrême droite continuent de progresser dans plusieurs pays européens, tandis que le nombre d'actes racistes recensés augmente. On constate que les auteurs de délits à caractère raciste et xénophobe profitent des différences entre les législations pénales des Etats membres, pour échapper à des poursuites. Ce constat décide le Conseil à adopter, en 1996, une première action commune dans ce domaine : les Etats s'engagent à assurer une coopération judiciaire effective en matière de répression de l'incitation à la discrimination, à la violence ou à la haine raciales, et d'autres infractions du même ordre⁴⁴.

D'un autre côté, avec le Traité de Maastricht du 7 février 1992 sur l'Union européenne, la politique d'immigration en provenance de pays tiers, est reconnue comme un domaine d'intérêt commun, relevant de la coopération intergouvernementale, dans le cadre du « troisième pilier »⁴⁵. Mais les mesures adoptées en application de ces dispositions du Traité, ont essentiellement pour objectif le contrôle et la diminution de l'immigration vers l'espace européen. L'orientation répressive de l'action de l'Union en la matière, et ses conséquences néfastes pour les personnes immigrées ou d'origine immigrée résidant dans les Etats membres, suscitent de vives critiques de la part de multiples associations et organisations non gouvernementales (ONG), qui dénoncent la construction d'une « Europe forteresse »⁴⁶. De l'avis de Mark Bell, cette politique de fermeture de l'UE a paradoxalement contribué à l'émergence d'une action européenne contre le racisme, les institutions de l'Union, le

⁴² Article 22 § 2 de la Directive 89/552/CEE, devenu l'article 3ter en vertu de la directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE (*J.O.* n° L 332 du 18 décembre 2007, pp. 27-45).

⁴³ Article 2, § 2, a) de la Directive 89/552/CEE, devenu l'article 2bis § 2 a), depuis l'adoption de la directive 2007/65/CE.

⁴⁴ Action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (*J.O.* n° L 185 du 24 juillet 1996, p. 5-7).

⁴⁵ Article K.1 point 3 du Traité sur l'Union européenne (*J.O.* n° C 191 du 29 juillet 1992). Depuis, le traité d'Amsterdam adopté en 1997 a communautarisé ces matières, incorporant dans la troisième partie du traité instituant la Communauté européenne un nouveau titre IV intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » (*J.O.* n° C 340 du 10 novembre 1997).

⁴⁶ Voy. en particulier J. H. H. Weiler, « Thou Shalt Not Oppress a Stranger : On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals – A Critique », *E.J.I.L.*, 1992, vol. 3, pp. 65-91 ; T.-K. Hervey, « Putting Europe's House in Order », in D. O'Keeffe and P. Twomey (eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford-Portland Oregon, Hart, 1999, pp. 328-349, pp. 334-335.

Conseil en particulier, étant mis en demeure de légitimer leur attitude restrictive en matière d'immigration par une plus grande attention portée à la promotion de l'intégration⁴⁷.

Les années 1990 sont aussi une époque d'intenses réflexions sur le concept de « citoyenneté européenne », consacré par le Traité de Maastricht. L'introduction de ce concept répondait à la volonté de remédier à la difficulté de la Communauté à établir un lien avec les citoyens de l'espace européen, à susciter leur adhésion et leur identification à ses objectifs. Mais les commentateurs déplorent le manque de substance de cette notion, telle qu'elle est définie dans le Traité sur l'Union européenne⁴⁸. Le problème du déficit de légitimité de l'Union aux yeux d'une partie de la population des Etats membres, persiste et préoccupe plus que jamais les partisans de la construction européenne. De plus en plus de voix s'élèvent pour réclamer l'insertion dans le Traité de clauses garantissant les droits fondamentaux, et notamment le droit de ne pas être discriminé. La reconnaissance des droits et libertés est considérée comme indispensable pour donner une portée concrète à la notion de citoyenneté européenne et réduire le fossé entre l'Union et les individus⁴⁹.

En 1991, un réseau d'associations se constitue sous l'appellation « *Groupe ligne de départ* », et lance une campagne en faveur d'une directive européenne interdisant la discrimination fondée sur l'origine nationale, ethnique ou raciale. Ce groupe est créé à l'initiative d'une ONG basée à Bruxelles, *Migration Policy Group*, de la *Commission for Racial Equality* britannique et du Bureau national néerlandais contre le racisme⁵⁰. L'initiative-phare du *Groupe ligne de départ* sera de demander à des juristes spécialisés de rédiger une proposition de directive interdisant la discrimination à raison de la nationalité, de la race, de l'origine nationale ou ethnique. Cette action aura un impact considérable : le projet de directive reçoit le soutien de plus de 250 ONG ainsi que du Parlement européen⁵¹. La Commission observe cependant qu'aucun article du Traité n'habilite la Communauté à adopter une telle directive. Le *Groupe ligne de départ* soumet alors une proposition d'amendement au Traité CE visant à conférer à la Communauté la compétence d'agir dans ce domaine. Ce nouveau projet

⁴⁷ M. Bell, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁸ Voy. not. J. H. H. Weiler, « European Citizenship – Identity and Differentity », in M. La Torre (ed.), *European Citizenship : An Institutional Challenge*, The Hague, Kluwer, 1998, pp. 1-24 ; Ph. Alston and J. H. H. Weiler, « An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy : The European Union and Human Rights », in Ph. Alston with M. Bustelo and J. Heenan (eds), *op. cit.*, pp. 3-66, p. 59 ; C. Barnard, « Article 13 : Through the Looking Glass of Union Citizenship », in D. O'Keefe and P. Twomey (eds), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, Portland, Oregon, Hart, 1999, pp. 375-394, pp. 375-377 ; U. Bernitz and H. L. Bernitz, « Human Rights and European Identity : The Debate about European Citizenship », in Ph. Alston with M. Bustelo and J. Heenan (eds), *op. cit.*, pp. 505-527, p. 524.

⁴⁹ C. Barnard, « Article 13 : Through the Looking Glass of Union Citizenship », *op. cit.*, p. 377 ; S. Prechal, *op. cit.*, p. 272.

⁵⁰ Sur ce mouvement et son impact, voy. M. Bell, *op. cit.*, p. 68 ; V. Guiraudon, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « race » », *Sociétés Contemporaines*, n°53, 2004, pp. 11-32, spéc. pp. 17-18, et A. Geddes and V. Guiraudon, « The Europeanization of Anti-Discrimination in Britain and France », in Ch. Bertossi (ed.), *European Anti-Discrimination and the Politics of Citizenship – Britain and France*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 125-142, pp. 133-134.

⁵¹ Résolution du Parlement européen sur le racisme et la xénophobie (*J.O.* n° C 342 du 20 décembre 1993, p. 19).

rencontre l'adhésion non seulement d'un très grand nombre d'ONG, mais aussi du Parlement européen⁵² et de la Commission⁵³.

Du côté du Conseil, à partir du sommet de Dublin de 1990, la condamnation du racisme et de la xénophobie devient un thème récurrent des déclarations adoptées lors des réunions du Conseil européen⁵⁴. Cependant, nombre d'Etats membres restent fermement opposés à toute mesure communautaire juridiquement contraignante en la matière, estimant qu'une telle action ne relève pas de la compétence de la Communauté. En 1994, au sommet de Corfou, les chefs d'Etat et de gouvernement acceptent néanmoins la proposition de la France et de l'Allemagne de créer une Commission consultative sur le racisme et la xénophobie. Cet organe, composé de « personnalités éminentes » désignées par les Etats et dont les travaux sont soumis à des conditions de diffusion restrictives, avait toute l'apparence d'une « commission-alibi », selon l'expression de J.-F. Flauss⁵⁵. Mais cet organe échappe à ses concepteurs : la Commission n'hésite pas à intervenir activement dans toutes les affaires relevant de son champ de compétence⁵⁶. Et dans son rapport final, présenté au Conseil européen de Cannes en juin 1995, peu avant l'ouverture de la Conférence intergouvernementale, elle recommande un amendement au Traité : « toute stratégie sérieuse en matière de lutte contre la xénophobie et le racisme doit avoir pour élément essentiel une modification du traité visant à prévoir expressément une compétence communautaire dans ce domaine. »⁵⁷ Autre recommandation importante : la Commission plaide pour la création d'une agence européenne indépendante qui serait chargée de surveiller les phénomènes de racisme et de xénophobie. Cette suggestion est approuvée par les Etats, qui s'attellent à la création de cette nouvelle institution. Cependant, en l'absence de disposition spécifique du Traité en la matière, l'identification d'un fondement légal à une telle mesure suscite la controverse. Finalement, le règlement n°1035/97 créant l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, est basé sur la combinaison, boiteuse selon certains⁵⁸, de l'article 235 CE (devenu article 308 CE)⁵⁹ et de l'article 213 CE (devenu l'article

⁵² Point 7 de la Résolution du Parlement européen sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 – Mise en œuvre et développement de l'Union (*J.O.* n° C du 19 juin 1995, p. 56).

⁵³ M. Bell, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁴ Voy. Déclaration sur l'antisémitisme, le racisme et la xénophobie (*Conseil européen de Dublin des 25 et 26 juin 1990*) ; Déclaration sur le racisme et la xénophobie (*Conseil européen de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991*) ; Conclusions du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993 ; Conclusions du Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 ; Conclusions du Conseil européen d'Essen des 9 et 10 décembre 1994 ; Conclusions du Conseil européen de Cannes des 25 et 26 juin 1995 ; Conclusions du Conseil européen de Madrid des 15 et 16 décembre 1995 ; Conclusions du Conseil européen de Florence des 21 et 22 juin 1996 ; Conclusions du Conseil européen de Dublin des 13 et 14 décembre 1996.

⁵⁵ J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 503.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Rapport final de la Commission consultative sur le racisme et la xénophobie, cité par J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 502.

⁵⁸ Voy. J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 502.

⁵⁹ « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées. »

284 CE)⁶⁰. Cet épisode renforce la position de ceux qui affirment la nécessité d'attribuer à la Communauté une compétence expresse pour lui permettre d'agir contre le racisme et la discrimination raciale ou ethnique⁶². Par ailleurs, le Conseil accepte la proposition de la Commission de faire de l'année 1997 une « Année européenne contre le racisme »⁶³.

Parallèlement, dans l'arrêt *P c S et Cornwall County Council* du 30 avril 1996, la CJCE donne une nouvelle ampleur à la reconnaissance de la non-discrimination comme droit fondamental. La Cour était consultée sur la question de savoir si le licenciement d'une personne transsexuelle au motif qu'elle projette de subir une opération de conversion sexuelle, équivaut à une discrimination fondée sur le sexe, au sens du droit communautaire⁶⁴. Réaffirmant que l'égalité est un principe fondamental du droit communautaire et que le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe est un droit fondamental de la personne humaine⁶⁵, la Cour promeut une interprétation large et dynamique de l'interdiction des discriminations entre hommes et femmes. Le champ d'application de la directive 76/207/CEE⁶⁶, invoquée en l'espèce, « ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine (...) dans la conversion sexuelle de l'intéressée. »⁶⁷ Car de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de la personne concernée⁶⁸. « Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger. »⁶⁹ La Cour, dans cet arrêt, axe son raisonnement sur la qualité de droit fondamental reconnue à la règle de non-discrimination⁷⁰. Il en ressort que les droits fondamentaux, en tant que principe interprétatif, requièrent, en cas de doute, que les règles en matière

⁶⁰ « Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, la Commission peut recueillir toutes informations et procéder à toutes vérifications nécessaires, dans les limites et conditions fixées par le Conseil en conformité avec les dispositions du présent Traité. »

⁶¹ Lors du Conseil européen de Bruxelles des 12 et 13 décembre 2003, les Etats membres ont décidé d'étendre le mandat de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes pour le transformer en Agence des droits fondamentaux. En application du Règlement (CE) n°168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (*J.O.* L 53/1, 22 février 2007), l'Observatoire est devenu, depuis le 1^{er} mars 2007, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁶² J.-F. Flauss, *op. cit.*, pp. 501-502.

⁶³ Résolution du 23 juillet 1996 concernant l'année européenne contre le racisme, *JO* C 237/1, 14 et 15 août 1996. D'autre part, dès octobre 1995, le Conseil avait adopté deux nouvelles résolutions sur le racisme et la xénophobie : la Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, du 5 octobre 1995, relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales (*J.O.* n° C 296 du 10 novembre 1995, p. 13-14), et la Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du 23 octobre 1995, portant sur la réponse des systèmes éducatifs aux problèmes du racisme et de la xénophobie (*J.O.* n° C 312 du 23 novembre 1995, p. 1-3).

⁶⁴ CJCE, arrêt du 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94.

⁶⁵ *Id.*, points 18 et 19.

⁶⁶ Il s'agit de la directive précitée 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, 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.

⁶⁷ *P contre S et Cornwall County Council*, point 20.

⁶⁸ *Id.*, point 21.

⁶⁹ *Id.*, point 22.

⁷⁰ E. Bribosia, *op. cit.*

d'égalité et de non-discrimination soient interprétées de manière large⁷¹. Toutefois, dans l'arrêt *Grant* du 17 février 1998, la Cour refuse de suivre la requérante et l'avocat général qui l'invitent à déduire des mêmes considérations, qu'une discrimination basée sur l'orientation sexuelle doit être considérée comme une discrimination à raison du sexe, prohibée par le droit communautaire⁷². La Cour énonce que les droits fondamentaux, s'ils font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, « ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté (...) »⁷³.

Entre-temps, lors de la négociation du Traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997, les Etats sont parvenus à un accord en faveur de l'insertion, dans le Traité instituant la Communauté européenne, d'une disposition – l'article 6A, devenu l'article 13 -, qui habilite la Communauté à prendre des mesures pour combattre la discrimination fondée, outre sur le sexe, sur une série de nouveaux critères, parmi lesquels, la race et l'origine ethnique⁷⁴ :

« Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »⁷⁵

4. Du Traité d'Amsterdam à la directive 2000/43

La formulation de l'article 13 trahit le souci des Etats de conserver la maîtrise d'un domaine qu'ils jugent sensible. Cette disposition n'interdit pas par elle-même les discriminations, elle confère seulement au Conseil la compétence d'agir pour les combattre. Autrement dit, elle ne crée pas de droit que les particuliers pourraient invoquer directement à l'encontre des institutions communautaires ou d'un Etat membre, voire de personnes privées, devant les tribunaux. Initialement, les Etats avaient envisagé de consacrer une véritable clause d'interdiction de la discrimination, qui aurait eu pour résultat d'inscrire en droit primaire un principe général de non-discrimination doté d'un effet direct.

⁷¹ M. Bell, « Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice : from *P v S* to *Grant v SWT* », *E.L.J.*, vol. 5, No.1, March 1999, pp. 63-81, pp. 67-68.

⁷² CJCE, arrêt du 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South West Trains Ltd*, aff. C-249/96. Sur cet arrêt, voy. les observations de M. Bell, « Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice », *op. cit.*, pp. 68-77 ; E. Bribosia, *op. cit.* et C. Barnard, *op. cit.*, p. 233.

⁷³ *Lisa Jacqueline Grant contre South West Trains Ltd*, point 45.

⁷⁴ La Cour, dans l'arrêt *Grant*, observe d'ailleurs qu'après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, signé quelques mois avant qu'elle ne rende sa décision, la Communauté disposera d'une compétence expresse de prendre des mesures pour éliminer différentes formes de discrimination, notamment celles fondées sur l'orientation sexuelle, (*Lisa Jacqueline Grant contre South West Trains Ltd*, point 48).

⁷⁵ Le Traité d'Amsterdam ajoute par ailleurs un nouvel article 29 au Traité sur l'Union européenne, qui énonce : « Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes. »

Cette option avait la faveur des ONG engagées dans la campagne en faveur de la révision du Traité CE ainsi que du Parlement européen et de la Commission⁷⁶. Mais pour divers motifs, notamment la crainte de conséquences financières trop lourdes, les Etats ont abandonné le projet originel et se sont limités à établir une base juridique autorisant le législateur communautaire à prendre des mesures⁷⁷. D'autre part, l'article 13 n'oblige pas le Conseil à agir ; à la différence de l'article 141 § 3 CE qui porte sur l'égalité entre hommes et femmes, il prévoit une simple faculté d'action⁷⁸. En outre, l'exigence d'un vote unanime du Conseil permet à chaque Etat de bloquer l'adoption d'une législation sur la base de cette disposition. Compte tenu de ces éléments, certains observateurs craignaient qu'aucune mesure de portée significative ne parvienne à franchir l'obstacle du vote du Conseil⁷⁹. Beaucoup déploraient par ailleurs que le Parlement européen soit confiné dans un rôle de simple consultation⁸⁰.

Infirmer ces craintes, le Conseil a été étonnamment prompt à faire usage de ses nouvelles prérogatives et cela, pour prendre des mesures d'une grande envergure. Dès le 6 juin 2000, soit moins d'un an après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999, le Conseil des Ministres des Affaires sociales de l'Union européenne adopte, à l'unanimité, la première législation communautaire fondée sur l'article 13 : la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁸¹. Celle-ci a un champ d'application remarquablement large : elle interdit la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans l'emploi et le travail, domaine classique d'intervention communautaire, mais encore dans la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation, ainsi que l'accès et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris le logement⁸². Il est vrai que dès novembre 1999, la Commission avait proposé au Conseil un « paquet » pour la mise en œuvre de cette disposition, tenant en trois points : deux directives et un programme d'action⁸³. Mais vu l'importance des réformes qu'impliquaient les directives envisagées pour les droits nationaux, l'on s'attendait à de longues et difficiles négociations. Un événement politique inattendu bouleverse la donne : l'entrée au gouvernement autrichien, en février 2000, du parti d'extrême droite de Jörg Haider. Décidés à réagir de manière forte contre ce qui apparaît comme une

⁷⁶ E. Dubout, *L'article 13 du traité CE – La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 34-36.

⁷⁷ *Id.*, pp. 37-38 ; E. Bribosia, *op. cit.*

⁷⁸ E. Dubout, *op. cit.*, pp. 43-47.

⁷⁹ *Id.*, pp. 48-51 ; T. K. Hervey, *op. cit.*, p. 338 ; C. Barnard, « Article 13 : Through the Looking Glass of Union Citizenship », *op. cit.*, p. 393.

⁸⁰ C. Barnard, « Article 13 : Through the Looking Glass of Union Citizenship », *op. cit.*, p. 393 et T. K. Hervey, *op. cit.*, pp. 337-338. Le Traité de Lisbonne, signé en décembre 2007, prévoit une modification de l'article 13, devenu article 16 E § 1 du Traité, rebaptisé « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » : le Parlement européen devra désormais donner son approbation aux textes proposés sur la base de cette disposition. (Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.* n° C 306 du 17 décembre 2007).

⁸¹ *J.O.* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22.

⁸² Directive 2000/43/CE, article 3. Pour une analyse approfondie du contenu de cette directive, voy., parmi beaucoup d'autres, D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

banalisation du fascisme et de la xénophobie, les Etats acceptent de faire de l'adoption de la directive visant à lutter contre la discrimination raciale et ethnique, une priorité. La présidence portugaise accélère les négociations et, en quelques mois, les Etats parviennent à un accord sur la version finale de la directive. Ces conditions particulières d'adoption ont permis le maintien, dans le texte définitif, de plusieurs avancées promues par le Parlement et la Commission⁸⁴. Quelques mois plus tard, en novembre 2000, le Conseil vote la directive 2000/78/CE qui interdit les discriminations dans l'emploi en raison de la religion, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle⁸⁵, et établit un programme d'action de lutte contre la discrimination (2001-2006), qui couvre tous les motifs mentionnés dans l'article 13, sauf le sexe⁸⁶.

La directive 2000/43 marque une étape cruciale dans l'évolution des concepts d'égalité et de non-discrimination en droit communautaire : tout comme l'article 13 du Traité CE, elle consacre l'autonomisation du principe d'égalité par rapport aux objectifs économiques de l'intégration européenne⁸⁷. Certes, les considérations liées au marché ne sont pas absentes des motifs qui ont conduit à l'adoption de cet instrument, en particulier le constat que la discrimination peut être un obstacle à la liberté de circulation, dans la mesure où elle empêche certains individus d'obtenir un emploi ou un service dans un autre Etat ou peut les dissuader de se rendre dans un Etat membre où la législation antidiscriminatoire serait moins protectrice qu'ailleurs. En outre, dans le cadre de la Stratégie européenne pour l'emploi, l'élimination des discriminations, notamment à l'encontre des minorités ethniques, est reconnue comme nécessaire pour parvenir à un niveau élevé d'emploi dans l'Union⁸⁸. Dans son programme d'action sociale 1998-2000, La Commission déclare que la promotion de l'égalité des chances « n'[est] pas une simple question de justice sociale » mais « se justifie également par d'excellents motifs d'ordre économique car elle permet à chacun de participer – et de contribuer – à la prospérité de nos sociétés. »⁸⁹

⁸³ M. Bell, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁴ M. Bell, *op. cit.*, p. 74 ; V. Guiraudon, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁵ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.* L 305, 2 décembre 2000, p. 16).

⁸⁶ Décision 2000/750/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006) (*JO* L 303 du 2 décembre 2000, p. 23-28).

⁸⁷ En ce sens, voy. not. E. Bribosia, *op. cit.* ; M. Bell, *op. cit.*, 82 ; S. Prechal, *op. cit.*, p. 272.

⁸⁸ M. Bell, *op. cit.*, pp. 80-82 ; S. Prechal, *op. cit.*, p. 272. Initialement, la stratégie européenne pour l'emploi, lancée au sommet de l'emploi qui s'est tenu à Luxembourg en novembre 1997, mentionne uniquement la nécessité de promouvoir l'égalité des chances en faveur des femmes. Mais dans les lignes directrices pour l'emploi en 1999, approuvées par le Conseil, l'accent est mis sur l'exigence de développer un ensemble cohérent de politiques pour favoriser l'intégration, sur le marché de l'emploi, de plusieurs groupes vulnérables, et lutter contre la discrimination dont ils sont victimes. Les Etats membres sont invités à accorder une attention particulière aux besoins de ces groupes, parmi lesquelles figurent les minorités ethniques. (Lignes directrices pour l'emploi en 1999, point 9, Résolution du Conseil du 22 février 1999 sur les lignes directrices pour l'emploi en 1999, *JO* n° C 69 du 12 mars 1999, pp. 2-8). Le préambule de la directive 2000/43/CE mentionne précisément « la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destinées à lutter contre la discrimination à l'égard de groupes tels que les minorités ethniques » (Préambule de la directive 2000/43/CE, point 8).

⁸⁹ Communication de la Commission, « Programme d'action sociale 1998-2000 », COM (98) 259, 29 avril 1998, p. 9.

Mais les impératifs économiques ne semblent pas constituer la justification première de la directive 2000/43. L'élimination des discriminations y est avant tout considérée comme un but en soi, plutôt que comme un moyen de parvenir à d'autres fins, comme la construction du marché communautaire⁹⁰. De manière significative, la protection accordée par la directive n'est pas subordonnée à la condition d'avoir exercé son droit à la liberté de circulation : elle bénéficie à toute personne présente sur le territoire d'un Etat membre, y compris les ressortissants de pays tiers⁹¹. En cela, elle reflète la logique des droits fondamentaux. Le préambule met d'ailleurs en exergue les principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme⁹². Il inscrit la directive dans la continuité des grands textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, qui reconnaissent le droit à l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination comme un droit universel⁹³. Dès lors, comme l'observe C. Barnard, l'importance de la directive 2000/43 réside aussi dans le nouvel éclairage qu'elle apporte à la notion de citoyenneté européenne : en protégeant contre la discrimination raciale ou ethnique tous les individus résidants sur le territoire de l'Union, qu'ils soient ou non ressortissants d'un Etat membre, elle contribue à construire un modèle de citoyenneté ouverte et inclusive, qui tend à garantir à chacun la possibilité de participer pleinement à la vie sociale⁹⁴. Toutefois, l'exclusion du champ de la directive des différences de traitement fondées sur la nationalité en réduit, dans une certaine mesure, l'intérêt pour les nationaux d'Etats tiers⁹⁵.

Autre signe de l'importance prise par les droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux est proclamée solennellement au sommet de Nice en décembre 2000. Elle consacre dans son article 21 l'interdiction de toute discrimination fondée notamment sur la race, la couleur ou les origines ethniques⁹⁶.

5. Les sources d'inspiration de la directive 2000/43

Pour définir le contenu de la première directive qui serait adoptée sur la base du nouvel article 13, les instances européennes disposaient de plusieurs sources d'inspiration : le droit communautaire de

⁹⁰ D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, « Introductory Chapter – A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law », in D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, *op. cit.*, pp. 1-32, p. 3.

⁹¹ Préambule de la directive 2000/43/CE, point 13. La directive ne vise cependant pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et est sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et de personnes apatrides et leur accès à l'emploi et au travail. (Préambule, point 13 et article 3 § 2).

⁹² Préambule de la directive 2000/43/CE, point 2.

⁹³ *Id.*, point 3.

⁹⁴ C. Barnard, « Article 13 : Through the Looking Glass of Union Citizenship », *op. cit.*, pp. 384-385. Voy. aussi les analyses de M. Bell, *op. cit.*, pp. 82-84 et pp. 193-195.

⁹⁵ Voy. les observations de B. Hepple, « Race and Law in Fortress Europe », *Modern Law Review*, vol. 67 No. 1, pp. 1-15, pp. 6-7 et de M. Bell, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée solennellement par le Parlement européen, le Conseil et la Commission au sommet de Nice, le 7 décembre 2000 (*JO C 364* du 18.12.2000, p. 1-22). Sur la portée des clauses d'égalité et de non-discrimination dans la Charte des droits fondamentaux, voy. E. Bribosia, *op. cit.* Initialement, la Charte n'avait pas de caractère juridique contraignant. Mais le Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, prévoit l'introduction, dans le Traité sur l'Union européenne d'un nouvel article 6, qui confère à la Charte la même valeur juridique que les traités.

l'égalité déjà existant, le droit international des droits de l'homme et les droits nationaux des Etats membres. Les rédacteurs de la directive se sont naturellement appuyés sur la longue expérience législative et jurisprudentielle de la Communauté en matière de lutte contre la discrimination entre les femmes et les hommes, d'une part, entre ressortissants des Etats membres, d'autre part. Ainsi, les notions de discrimination indirecte et de partage de la charge de la preuve, consacrées par la directive 2000/43/CE, étaient déjà connues du droit européen. Mais les rédacteurs de la directive ont également puisé leur inspiration dans les législations nationales des Etats membres en matière de non-discrimination. A cet égard, la directive dénote plus particulièrement l'influence de certains droits nationaux, à savoir les droits britannique et néerlandais.

Plusieurs circonstances permettent d'expliquer cet état de fait : le droit communautaire de l'égalité des sexes était déjà lui-même fortement inspiré par le droit britannique. Les spécialistes britanniques et néerlandais du droit de la non-discrimination ont joué un rôle majeur au sein du *Groupe Ligne de départ*, dont les propositions ont eu un impact significatif sur la formulation de la directive⁹⁷. En outre, au moment de l'adoption de la directive, le Royaume-Uni et les Pays-Bas faisaient partie des Etats dont la législation relative à la lutte contre la discrimination raciale ou ethnique était la plus sophistiquée. Car si, en 2000, la grande majorité des Etats membres de l'Union européenne possèdent une loi visant à éliminer ce type de discrimination⁹⁸, le degré, l'étendue et les mécanismes de protection varient sensiblement d'un pays à l'autre⁹⁹. Dans la plupart des pays, la législation se borne à énoncer une interdiction de discriminer et à ouvrir une voie de recours aux victimes de discrimination. Ce schéma se retrouve notamment en Allemagne, en Espagne, en France, en Finlande, en Italie ou encore au Portugal. Cependant, une minorité d'Etats, dont le Royaume-Uni et les Pays-Bas, ont jugé que ces dispositions de base, quoique indispensables, étaient insuffisantes pour combattre efficacement les pratiques discriminatoires. Deux constats, en particulier, les ont décidés à mettre en place des mécanismes supplémentaires. D'une part, l'introduction d'un recours en justice est une entreprise ardue et incertaine pour les victimes, qui se trouvent souvent dans un rapport de force défavorable vis-à-vis de la personne qu'elles accusent de les avoir discriminées. La difficulté d'apporter la preuve de ce qu'elles avancent est, dans bien des cas, rédhibitoire. D'autre part, ce

⁹⁷ D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, *op. cit.*, pp. 14-15, et A. Geddes and V. Guiraudon, *op. cit.*, pp. 340-344.

⁹⁸ Les premières législations en la matière ont été adoptées par les Etats européens dans les années qui ont suivi la ratification de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ouverte à la signature en 1965. En 2000, seules la Grèce et l'Autriche ne disposaient pas de législation spécifique interdisant la discrimination raciale. La Grèce avait une législation sur le racisme mais n'interdisait pas la discrimination raciale dans l'emploi. En théorie, les parties pouvaient invoquer les Conventions internationales devant les tribunaux internes mais en pratique, il n'existait pas de jurisprudence en ce sens. (M. Bell, *op. cit.*, pp. 178-180).

⁹⁹ Pour une étude comparative des législations relatives à la discrimination raciale ou ethnique dans l'ensemble des Etats membres au moment de l'adoption de la directive 2000/43/CE, voy. D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, *op. cit.*, pp. 15-25, et M. Bell, *op. cit.*, pp. 146-190. Pour une analyse des différents modèles de droit de l'égalité et de la non-discrimination, voy. en particulier, S. Fredman, « Changing the Norm : Positive Duties in Equal Treatment Legislation », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, No. 4, 2005, p. 369-397 ; Ch. McCrudden, « Human Rights and European Equality Law », *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Working paper No. 8/2006, April

modèle, concentré sur la dénonciation d'actes individuels de discrimination, ne permet pas d'appréhender le phénomène de la discrimination institutionnelle ou systémique, à savoir des pratiques discriminatoires ancrées dans les institutions et les comportements, qui affectent de larges groupes d'individus. Aussi, le Royaume-Uni, et plus tard les Pays-Bas et l'Irlande, ont-ils pris des mesures pour tenter de remédier aux lacunes de ce modèle de base. En particulier, ils ont étendu l'interdiction à la discrimination indirecte, assoupli les règles de preuve et créé une institution spécialisée, telle que la *Commission for Racial Equality* institué en 1976 en Grande-Bretagne, chargée d'assister les victimes dans leurs démarches en justice, d'enquêter sur les pratiques discriminatoires et de sensibiliser la population au problème de la discrimination¹⁰⁰. Ils ont également instauré des mécanismes visant à agir contre la discrimination de manière proactive, et non plus seulement *a posteriori* suite à la plainte d'une victime, notamment par des « actions positives », c'est-à-dire des programmes spéciaux visant à promouvoir une égalité effective en faveur de certains groupes ethniques particulièrement discriminés ou défavorisés¹⁰¹.

L'influence des modèles britanniques et néerlandais sur la directive 2000/43 se perçoit à plusieurs égards. Outre qu'elle inclut la notion de discrimination indirecte et le principe du partage de la charge de la preuve, déjà consacrés dans le droit communautaire de l'égalité entre les sexes, l'un de ses traits caractéristiques est de mettre l'accent sur les mécanismes destinés à garantir une action effective contre les discriminations. Aux termes de son article 13, les Etats sont tenus de créer un organisme spécialisé et indépendant, chargé de promouvoir l'égalité, de conseiller et d'assister les victimes de discrimination, de conduire des études et de formuler des recommandations. La directive renforce également le rôle des ONG, en faisant obligation aux Etats d'habiliter les associations ayant un intérêt légitime en la matière à engager une procédure judiciaire ou administrative, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation¹⁰². Enfin, elle reconnaît la légitimité de mesures allant au-delà de la simple interdiction de la discrimination et visant à promouvoir l'égalité, puisqu'elle autorise expressément les Etats adopter des programmes d'action positive¹⁰³.

2006 et O. De Schutter, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, No. 1, 2006, p. 1-56.

¹⁰⁰ Aux Pays-Bas, deux institutions spécialisées, aux compétences différentes, ont été mises en place : le Bureau national pour la lutte contre le racisme (*Landelijk Bureau Racismebestrijding*), créé en 1985, et la Commission de l'égalité de traitement (*Commissie Gelijke Behandeling*), instituée par la loi sur l'égalité de traitement de 1994 (*Algemeen Wet Gelijke Behandeling*). Cette dernière institution est dotée de compétences quasi-juridictionnelles. En Irlande, les lois de 1998 et 2000 ont également établi deux institutions séparées : le *Director of Equality Investigation*, habilité à examiner les plaintes individuelles, et l'*Equality Authority*, qui a pour mission de promouvoir l'égalité des chances.

¹⁰¹ Sur les législations de ces Etats, voy. M. Bell, *op. cit.*, pp. 149-161 et D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, *op. cit.*, pp. 14-17 et 21-22. Suivant l'analyse de ces auteurs, plusieurs Etats, la Belgique, par exemple, occupent une position intermédiaire, entre ces deux modèles, ayant adopté certaines des mesures caractérisant le second « modèle », sans y adhérer entièrement.

¹⁰² Article 7 § 2. Il est à noter que la directive permet mais n'oblige pas les Etats membres à conférer aux associations ou à l'organisme spécialisé le droit d'introduire une action en leur nom propre.

Il n'en reste pas moins que la directive est le résultat d'une négociation au cours de laquelle chaque Etat a pu apporter sa marque au texte final. Sur plusieurs points, des désaccords sont apparus et des compromis ont dû être trouvés¹⁰⁴. Un exemple parmi d'autres, la définition de la discrimination indirecte a fait débat. Certains plaidaient pour une formulation similaire à celle existant alors dans le droit communautaire de l'égalité entre les sexes, qui décrivait la discrimination indirecte comme résultant d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre qui « affecte *une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe*, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit appropriée et nécessaire et puisse être justifiée par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés »¹⁰⁵. En se référant à la notion de « proportion nettement plus élevée », cette définition désigne implicitement l'outil statistique comme le mode de preuve par excellence d'une telle discrimination. Sa transposition au domaine de la discrimination raciale et ethnique, était défendue par des Etats qui, comme le Royaume-Uni, produisent régulièrement des données statistiques ventilées par « origine ethnique ». En revanche, cette option était combattue par d'autres pays qui, à l'instar de la France, se montraient opposés ou réticents au recueil de données relatives à l'origine raciale ou ethnique des individus. En fin de compte, c'est cette deuxième position qui a prévalu : la directive 2000/43 définit la discrimination indirecte comme existant « lorsqu' une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre *est susceptible d'entraîner un désavantage particulier* pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes (...). »¹⁰⁶ Cette définition, qui s'inspire de la jurisprudence de la CJCE en matière de liberté de circulation¹⁰⁷, laisse ouverte la possibilité de prouver la discrimination indirecte par d'autres moyens que par des statistiques. Le préambule de la directive précise par ailleurs que le droit national et les pratiques nationales « peuvent prévoir que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques. »¹⁰⁸

Conclusion

Depuis l'adoption en juin 2000 de la directive 2000/43, le droit communautaire joue un rôle-clé dans la lutte contre la discrimination raciale ou ethnique en Europe. Sa transposition en droit interne a

¹⁰³ « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. » (Directive 2000/43/CE, Article 5).

¹⁰⁴ Voy. A. Tyson, « The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination », *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001, pp. 199-229.

¹⁰⁵ Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (*J.O.* L 14 du 20 janvier 1998, p. 6-8), notre accent.

¹⁰⁶ Article 2 § 2 b) de la directive 2000/43/CE, notre accent. La même définition de la discrimination indirecte, *mutatis mutandis*, est consacrée par la directive 2000/78/CE. Depuis lors, la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 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 (refonte), a aligné la définition de la discrimination indirecte dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes sur celle des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. (*J.O.* L 204, 26.7.2006, p. 23).

¹⁰⁷ CJCE, arrêt du 23 mai 1996, *John O'Flynn contre Adjudication Officer*, aff. C-237/94.

conduit de nombreux Etats à réformer en profondeur leur législation antidiscriminatoire dans le sens d'un élargissement et d'un renforcement de la protection des individus contre ce type de discrimination. Mais la place prise par le droit communautaire dans ce domaine est un phénomène tardif : rien dans la version originelle du traité de Rome ne permettait de présager que les instances européennes se saisiraient du problème du racisme et de la discrimination raciale ou ethnique. Cette question ne semblait présenter aucun lien avec les objectifs de la Communauté, axés sur la construction d'un marché commun européen. Progressivement, avec l'extension des compétences de la Communauté et l'affirmation de la dimension politique de l'intégration européenne, la légitimité de l'exclusion de ces matières du champ communautaire s'est trouvée de plus en plus contestée. Des divergences sont apparues sur ce point entre les différentes institutions européennes : dans les années 1980, la Commission proposait l'adoption de mesures visant à favoriser l'intégration des travailleurs en provenance de pays tiers, notamment en les protégeant contre la discrimination. Le Parlement européen préconisait une action communautaire pour lutter contre le racisme et ses manifestations en Europe. Mais la Commission et le Parlement se sont heurtés au refus du Conseil, qui demeurait résolument attaché au principe selon lequel la Communauté n'avait pas la compétence d'intervenir dans ce domaine. Pour les Etats, ces matières, considérées comme touchant étroitement à leur souveraineté, étaient du ressort national et devaient le rester.

Au cours des années 1990, plusieurs éléments se sont conjugués pour infléchir la position des Etats. Le débat sur l'introduction d'une compétence communautaire en matière de non-discrimination raciale et ethnique, a recoupé plusieurs questionnements centraux pour l'Union européenne : le statut des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire, la portée du principe général d'égalité, l'orientation de la politique européenne à l'égard des immigrés provenant d'Etats tiers, le sens de la politique sociale européenne ou encore la construction d'une citoyenneté européenne. La mobilisation d'un grand nombre d'acteurs de la société civile en faveur d'une directive tendant à combattre la discrimination raciale et ethnique, dans un contexte marqué par la montée des partis d'extrême droite, s'est combinée aux efforts du Parlement et de la Commission pour amener les chefs d'Etats et de gouvernements à accepter de réviser le traité, afin de rendre possible l'adoption d'une législation européenne visant à éliminer ces formes de discriminations. L'insertion du nouvel article 13 dans le Traité instituant la Communauté européenne marque une étape décisive dans l'histoire du principe d'égalité au sein de l'ordre juridique européen. Premier acte de mise en œuvre de cette disposition, la directive 2000/43 relative à l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique le confirme : la lutte contre la discrimination raciale et ethnique est désormais fermement ancrée dans le droit communautaire.

¹⁰⁸ Préambule, point 15.