

**N^{os} 5249⁴
5248¹**

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant

1. **transposition de la 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;**
2. **modification des articles 3 et 7 de la loi modifiée du 12 novembre 1991 sur les travailleurs handicapés;**
3. **abrogation de l'article 6 de la loi modifiée du 12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum.**

PROJET DE LOI

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

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(7.12.2004)

Par dépêches en date respectivement du 7 novembre 2003 et du 12 novembre 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat les deux projets de loi sous rubrique, le premier élaboré par le ministre du Travail et de l'Emploi, le deuxième élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte des projets de loi étaient joints à chaque fois un exposé des motifs, un tableau comparatif entre le texte de la directive et le texte du projet, ainsi que les textes respectivement des directives 2000/78/CE et 2000/43/CE tels qu'imprimés au Journal officiel des Communautés européennes.

L'avis de la Chambre de travail relatif au projet de loi portant transposition de la directive 2000/78/CE a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 25 février 2004. L'avis de la Chambre des employés privés relatif au même projet de loi a été transmis au Conseil d'Etat en date du 10 mars 2004.

Le Conseil d'Etat s'est encore vu communiquer l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers par dépêche du 7 octobre 2004.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

L'article 13 du Traité CE, introduit par le Traité d'Amsterdam, a accordé des pouvoirs spécifiques à la Communauté européenne pour combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans les limites qu'autorise le principe de la subsidiarité.

En date du 29 juin 2000, le Conseil a adopté une première directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

Le projet de loi No 5248 (mentionné sous II) vise à transposer cette directive, qualifiée de „verticale“ alors qu'elle ne porte que sur un seul motif de discrimination donné, qui garantit toute personne contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, que la discrimination soit directe ou indirecte. Le champ d'application de cette directive est très large, alors qu'il dépasse le cadre de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail pour inclure également l'affiliation à une organisation syndicale et professionnelle, la protection sociale et les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et de services, y compris le logement.

Le 27 novembre 2000, la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail fut adoptée par le Conseil.

La transposition de cette directive, qualifiée d'horizontale pour englober plusieurs motifs de discrimination de façon simultanée, fait l'objet du projet de loi No 5249 (mentionné sous I). Cette directive protège contre toute discrimination, directe ou indirecte, qui se fonde sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Son champ d'application *ratione materiae* est cependant plus restreint que celui de la directive 2000/43/CE puisqu'il se limite aux discriminations en matière d'emploi et de travail, en excluant de son domaine d'application la sécurité sociale et la protection sociale, l'éducation et l'accès aux biens et services ainsi que leur fourniture.

Les deux directives présentent entre elles de nombreuses analogies, notamment en ce qui concerne la définition du concept de discrimination, les actions positives, la défense des droits, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions et les sanctions. Aussi le Conseil d'Etat estime-t-il utile d'analyser conjointement les deux projets de loi soumis à son avis et ce d'autant plus que le projet de loi visant à transposer la directive 2000/78/CE inclut certaines dispositions de la directive 2000/43/CE combattant les discriminations opérées sur base de la race et de l'origine ethnique relatives à l'emploi et au travail.

Les auteurs se prononcent en effet en faveur de deux actes législatifs séparés pour la transposition des deux directives, mais tendent à regrouper dans un seul dispositif les dispositions communes à tous les motifs de discriminations relatives à l'emploi et au travail. Cependant ils excluent expressément le secteur public que les deux directives incluent dans leur champ d'application. Par ailleurs, le champ d'application du projet de loi No 5249 visant à transposer la directive 2000/78/CE se limite aux travailleurs dont les relations de travail sont régies par le statut d'ouvrier et d'employé privé, tel qu'il résulte notamment de la loi modifiée du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, et n'inclut pas les travailleurs indépendants visés par la directive.

A côté de ces lacunes relatives au champ d'application, le Conseil d'Etat constate que le projet No 5249 renvoie à plusieurs textes de loi d'ores et déjà adoptés, sinon à l'état de projets de loi (notamment la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées, la loi du 30 juin 2004 concernant les relations collectives de travail, ainsi que le projet de loi No 5239 portant réforme de l'Inspection du travail et des mines). Il en résulte que le dispositif législatif proposé en matière de travail et d'emploi est à la fois lacunaire et épars et que cette dispersion est encore accentuée par le fait que la loi pénale (articles 454, 455 et suivants) réprime parallèlement les discriminations concernant l'emploi et le travail sur base de critères partiellement divergents.

Le Conseil d'Etat proscrit une telle démarche comme juridiquement inacceptable et faisant obstacle à une transposition correcte de la directive.

En ce qui concerne la transposition de la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique en droit national, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi No 5248 est des plus laconiques et omet complètement de circonscrire le champ d'application de la future loi qui, pour transposer effectivement la directive, devra prévoir des dispositions applicables au-delà du domaine de l'emploi et du travail, aux

domaines de la santé, de la protection sociale, de l'éducation et de l'accès aux biens et services, y compris le logement.

Dans le passé le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion d'insister à plusieurs reprises sur le fait que pour la transposition effective d'une directive en droit interne, il n'est pas indispensable de copier textuellement les dispositions de la directive, du moment qu'on les situe dans le système juridique général auquel elles doivent s'intégrer. Le contexte juridique national doit assurer effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, de sorte que le justiciable soit en mesure de connaître la plénitude de ses droits (avis du Conseil d'Etat du 22 février 1994 relatif au projet de loi concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail, *doc. parl. No 3606*³). Or, le Conseil d'Etat est d'avis que l'approche adoptée par les auteurs est incompatible avec le principe d'une pleine efficacité des textes communautaires.

Il se permet de rappeler la jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes qui insiste sur „la nécessité de réaliser la transposition en droit interne dans des conditions conformes aux exigences de sécurité et de certitude juridique“ et impose que les mesures prises assurent le plein effet de la directive. Les Etats membres doivent respecter les principes d'efficacité et d'équivalence par rapport à la mise en œuvre de la loi européenne.

Depuis l'arrêt *Francovich /République italienne* du 19 novembre 1991 (affaires jointes C-6/90 et C-9/90), qui pose le principe de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des particuliers pour le dommage découlant du manque de transposition d'une directive, les personnes privées peuvent engager la responsabilité de l'Etat devant les juridictions nationales pour le cas où il ne respecterait pas ses obligations communautaires si cela porte atteinte à leurs droits et leur porte préjudice (défaillance du législateur).

Pour garantir une application correcte des dispositions des deux directives à transposer, l'Union européenne se fait d'ailleurs assister d'experts juridiques indépendants ayant pour but l'analyse et la transcription des directives communautaires dans le droit national ainsi que l'évaluation des politiques *ad hoc*.

D'ailleurs, on peut se poser la question si, à l'instar d'autres pays européens (Irlande, Belgique, Royaume-Uni, Allemagne, Autriche), le législateur luxembourgeois ne ferait pas mieux d'adopter une approche horizontale qui tenterait de réunir dans une loi unique sur l'égalité de traitement tous les motifs de discrimination et essaierait d'y englober au moins l'ensemble des dispositions civiles, quitte à modifier, si nécessaire, le Code pénal, tel qu'il a été complété par les dispositions de la loi du 19 juillet 1997 portant incrimination du racisme, du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des discriminations illégales.

Une telle approche intégrée aurait l'avantage de créer un cadre juridique plus cohérent et plus transparent et partant plus accessible, facilitant la mise en œuvre du dispositif légal pour lutter efficacement contre les discriminations. Conformément aux conclusions d'un rapport de synthèse intitulé „Promouvoir la diversité“ commandité par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination et publié en mai 2002, „l'approche intégrée peut assurer une cohérence sur le plan légal, une homogénéité et fournir des précisions concernant les droits. Un autre avantage est son efficacité et le fait qu'elle donne aux instances l'influence nécessaire pour avoir un impact. L'intégration horizontale peut aussi amoindrir toute hiérarchisation perçue entre les différents motifs de discrimination.“

L'élaboration d'une loi unique ne signifie pas nécessairement que tous les motifs devront être traités de la même manière et le législateur restera toujours libre de prendre en compte les aspects spéciaux de chaque motif dans la conception de mesures spécifiques ou dans la constitution d'un organe ou de plusieurs organes d'égalité respectifs. „La législation devrait être conçue de manière à ne pas créer une hiérarchie de motifs et les normes de droit devraient être équivalentes, cohérentes et appropriées aux exigences spécifiques de chaque motif de discrimination“ (cf. A. Sporrer: *Comment mettre en œuvre les nouvelles directives?*, 2003, Ed. Janet Cormack, Migration Policy Group).

Il s'y ajoute que l'article 13 du Traité d'Amsterdam et les directives qui le mettent en œuvre instaurent une nouvelle action communautaire en matière d'égalité qui représente l'exigence minimale à laquelle l'ensemble des Etats membres doit se soumettre. Pour la mise en œuvre des directives dans la législation nationale, les Etats membres sont libres d'introduire ou de maintenir des dispositions plus favorables que celles inscrites dans la directive.

Ainsi, le législateur belge ne s'est-il pas limité en adoptant la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, à assurer la transposition en droit belge des directives européennes, mais il a

inclu d'autres motifs de discrimination dans la loi et a étendu le champ d'application *ratione materiae* pour l'ensemble des motifs de discrimination prohibée aux secteurs et activités visés par la directive 2000/43/CE.

Si actuellement le législateur luxembourgeois optait pour une solution analogue, le Conseil d'Etat n'y verrait point d'objection alors qu'il avait déjà dans son avis complémentaire du 18 mars 1997 relatif au projet de loi complétant le Code pénal en portant incrimination du racisme, du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des discriminations illégales (*Doc. parl. No 4071*) souligné que les discriminations fondées sur le sexe, sur l'état de santé ou le handicap, sur les mœurs ou sur d'autres motifs encore étaient aussi condamnables que les discriminations racistes ou xénophobes et qu'il n'avait aucune objection à voir traiter ces discriminations de la même manière.

Il se dégage de l'ensemble des considérations qui précèdent que les deux projets soumis pour avis au Conseil d'Etat nécessitent d'être réaménagés en profondeur avant de pouvoir être adoptés par la Chambre des députés. Aussi le Conseil d'Etat n'entend-il pas procéder à un examen détaillé des articles, mais limitera-t-il son analyse à quelques réflexions de principe.

*

1. DEFINITIONS

Les deux projets de loi proposent dans leur article 1er une définition identique tant de la discrimination directe que de la discrimination indirecte.

Ainsi, une *discrimination* directe se produit lorsqu'une personne est traitée en raison de sa race ou de son origine ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son handicap, de son âge ou de son orientation sexuelle, de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. Cette définition s'aligne sur celle des deux directives et interdit la justification d'une discrimination directe par l'objectif que poursuit son auteur. Tant le terme de „race“ que celui d'„ethnie“ sont des concepts ambigus qui posent des problèmes d'interprétation. Aussi le législateur belge a-t-il opté pour l'ajout du terme „prétendue“ au mot de race, au motif que „l'utilisation de cette notion (race) par la loi lui confère une légitimité indue“ et a ajouté qu'il était souhaitable d'adapter la terminologie de la loi, de façon à éviter toute confusion. L'ajout de l'adjectif „prétendue“ devrait indiquer que „cette distinction habite uniquement l'esprit du raciste et n'est pas conforme à la réalité“.

Le législateur français a adopté dans le contexte législatif transposant les directives communautaires, l'ensemble de la formule „de l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race“ consignait ainsi le libellé déjà consacré par le Code pénal dans les autres domaines du droit. „Une telle formulation affiche aussi le refus, en France, de considérer la race comme une donnée objective qui serait dotée d'une réalité appréhendable, indépendamment des vues de la pensée raciste ou „raciale““ (cf. Gwénaële Calvès, *Il n'y a pas de race ici. Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne*, Critique internationale, No 17, 2002).

Le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de reprendre, à l'instar du législateur français, la formule consacrée par l'article 454 du Code pénal et de compléter les termes „race“ et „ethnie“, par les termes „de leur appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée“.

Les exceptions sont expressément énumérées dans les textes proposés et sont à interpréter restrictivement. La première se retrouve tant à l'article 3, paragraphe 1er, du projet No 5249 qu'à l'article 2, paragraphe 1er, du projet No 5248 et vise la différence de traitement fondée sur une caractéristique dont la prise en compte *a priori* interdite constitue „en raison de la nature professionnelle ou des conditions de son exercice“ ... „une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée“. Le Conseil d'Etat estime que cette disposition se limite à l'aspect travail et emploi et peut être supprimée du projet de loi No 5248 où elle figure d'ailleurs erronément à l'article 2 traitant du champ d'application.

La directive 2000/78/CE se réfère dans ce contexte également aux activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions et pour lesquelles la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Elle ne confère cependant pas une autorisation générale aux Etats membres, mais se borne à admettre le maintien des pratiques existant dans le droit national des Etats à la date de l'adoption de la directive. Le Conseil d'Etat invite les

auteurs à reformuler le paragraphe 2 de l'article 3 du projet No 5249, dont l'énoncé ambigu peut donner l'impression que la création de nouvelles restrictions à la liberté de religion et d'expression serait admise.

La deuxième exception concerne le recours à l'action positive ou aux mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'une des caractéristiques énumérées par les directives. Dans le texte du projet No 5248, cette exception se retrouve de nouveau de façon inadéquate à l'article 2 relatif au champ d'application.

Finalement, une dernière restriction se rapporte aux différences de traitement fondées sur l'âge qui peuvent être justifiées sous certaines conditions. Le Conseil d'Etat constate que les auteurs renoncent à comprendre parmi les différences de traitement admises par la directive la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. Manifestement, les auteurs ne visent que l'emploi privé, puisque le secteur public est exclu du champ d'application du projet de loi. A l'heure actuelle, le statut général des fonctionnaires de l'Etat continue à prévoir la fixation d'un âge maximum pour le recrutement. Le Conseil d'Etat condamne cette approche dualiste, qui ne se justifie aucunement, et insiste à ce que le secteur public et le secteur privé soient traités de façon égale.

La définition de la *discrimination indirecte* reprend textuellement celle des deux directives. Le Conseil d'Etat doit s'inscrire en faux contre l'opinion avancée par les auteurs des projets dans le commentaire des articles qu'il s'agit de la même définition que celle introduite dans notre législation par la loi du 28 juin 2001 relative à la charge de la preuve pour les discriminations fondées sur le sexe.

En effet, deux définitions distinctes de la discrimination indirecte coexistent dans le droit de l'égalité de traitement et produisent des conséquences différentes. L'approche de la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes, repose sur le concept d'impact disproportionné (lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe) et sur une analyse statistique de l'impact qu'a une mesure apparemment neutre sur les deux catégories en présence (approche quantitative). La deuxième approche retenue par les deux directives qu'il s'agit de transposer actuellement en droit national repose sur l'idée que certaines mesures, quoique ne prenant pas appui explicitement sur un critère de distinction prohibé, sont néanmoins par nature, ou intrinsèquement, susceptibles de défavoriser les personnes appartenant à telle catégorie protégée contre la discrimination, sans qu'il soit nécessaire de repérer, sur un plan statistique, si un impact disproportionné a effectivement lieu au détriment de cette catégorie. (cf. *Olivier De Schutter, Journal des tribunaux*, No 6118 du 13 décembre 2003, p. 845 ss). Il n'est pas fait clairement référence à une comparaison statistique entre des proportions. L'identification d'une discrimination indirecte peut donc s'appuyer sur un raisonnement déductif et abstrait puisque, selon la définition retenue, une discrimination indirecte se produit lorsqu' „une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier“. „[Un] diagnostic de discrimination indirecte pourra se fonder sur une analyse *in abstracto* des logiques et mécanismes à l'œuvre dans la situation examinée, ou sur les connaissances générales établie pour des types comparables de situations, en faisant appel à la sociologie, l'économie, les sciences de gestion etc.“ (*Eric Cédiey, Les discriminations, situation française, évolutions communautaires européennes, juin 2002*).

L'inclusion du *harcèlement* en tant que forme de discrimination dans le dispositif légal, et cela même en dehors des relations de travail, donne la possibilité à une victime d'un harcèlement d'introduire une action civile en réparation contre un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique et qui porte atteinte à sa dignité ou crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. La victime aura la possibilité de faire présumer la discrimination et déplacer la charge de la preuve de sorte à ce que l'auteur soit obligé de prouver l'absence de comportement discriminatoire dans son chef.

Conformément aux directives, la notion de discrimination est étendue par les deux projets à tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour l'un des motifs visés par la loi. Cette disposition sanctionnant l'instruction de discriminer en droit civil et en droit de travail est le pendant de l'article 457-1 du Code pénal.

2. CHAMP D'APPLICATION

Tout en renvoyant à ses observations développées sous les considérations générales, le Conseil d'Etat souligne qu'en vertu de la directive 2000/43/CE relative à l'égalité de traitement concernant la race et l'origine ethnique, l'interdiction de discriminer s'applique non seulement aux conditions d'accès à l'emploi salarié et indépendant, à l'orientation et à la formation professionnelles et aux conditions d'emploi et de travail, mais également à l'affiliation à une organisation syndicale et professionnelle, à la protection sociale et aux avantages sociaux, à l'éducation, ainsi qu'à l'accès aux biens et services, y compris notamment le logement et se rapporte tant au secteur public qu'au secteur privé. Or le Conseil d'Etat constate que certains de ces aspects ne sont couverts ni par le projet de loi No 5249 dont le domaine d'application est limité à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et auquel échappent le secteur public, le travail indépendant, la sécurité sociale, l'éducation, l'accès aux biens et services et leur fourniture et le logement, ni par le projet No 5248, qui, tout en comprenant un article 2 intitulé „champ d'application“, omet cependant de définir le domaine d'application de la future loi et ne fait que dresser une liste des exceptions.

Le Conseil d'Etat considère qu'il est impératif que la loi circoncrive de manière précise son champ d'applicabilité et il demande aux auteurs d'aligner leurs projets aux prescriptions de la directive et ceci sous peine d'opposition formelle.

*

3. DEFENSE DES DROITS

La seule affirmation du principe de l'égalité de traitement ne suffit pas pour lutter efficacement contre les discriminations. Aussi les directives prévoient-elles une série de mécanismes visant à contre-carrer les difficultés d'application dont notamment l'amélioration de la défense des droits par un renforcement de l'accès à la justice, p.ex. en donnant la possibilité à des organisations d'exercer les droits reconnus à la victime d'une discrimination. Les directives demandent aux Etats membres de veiller à ce que des procédures soient accessibles à toutes les personnes et les moyens d'action de droit proces-suel constituent un apport essentiel dans la lutte contre les discriminations.

Les auteurs précisent qu'une transposition de ces dispositions ne serait pas nécessaire alors que de telles procédures existaient déjà en droit national. Le Conseil d'Etat regrette que les auteurs n'aient pas précisé, à l'instar de la loi belge, les procédures à la disposition des victimes pour réclamer leurs droits (procédure de référé, astreinte, affichage) en matière civile. Il renvoie à ses observations émises dans les considérations générales du présent avis par rapport aux méthodes adéquates pour transposer une directive dans l'ordre juridique national. Selon la jurisprudence développée par la Cour de Justice des Communautés européennes, il incombe en effet aux Etats membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective. Le Conseil d'Etat émet ses doutes par rapport à l'approche adoptée par les auteurs pour une transposition correcte des directives.

*

4. CHARGE DE LA PREUVE

L'aménagement de la charge de la preuve en matière civile constitue également un mécanisme important de lutte contre la discrimination. Cette procédure probatoire a été instituée en droit national par le biais de la loi du 28 juin 2001 transposant la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans le cas de discrimination fondée sur le sexe. Elle permet un partage de la charge de la preuve entre le demandeur qui doit apporter des premiers indices, des faits qui permettent de présumer la discrimination et le défendeur qui doit opposer des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le Conseil d'Etat regrette que les auteurs n'aient pas précisé les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination et à l'instar de la loi belge admis les tests de situation et les données statistiques comme indices.

*

5. PROTECTION CONTRE LES RETORSIONS

Tant la directive 2000/43/CE que la directive 2000/78/CE imposent aux Etats membres l'introduction dans leur système juridique interne de mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement. Les auteurs prévoient une telle protection pour le travailleur dans l'article 8 du projet No 5249. Le Conseil d'Etat insiste cependant sur le fait que ne sont pas uniquement visées les mesures de protection contre les rétorsions en matière de travail. La seule référence aux articles 1382 et 1383 du Code civil dans le tableau comparatif des textes ne saurait suffire à une transposition correcte qui requiert impérativement l'instauration de mesures de protection des victimes contre toutes sortes de représailles.

*

6. SANCTIONS

Selon les auteurs, de nouvelles dispositions pénales seraient devenues nécessaires pour renforcer le dispositif mis en place par la loi du 19 juillet 1997 complétant le Code pénal en modifiant l'incrimination du racisme et en portant incrimination du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des incriminations illégales, en vertu d'une définition plus large du concept de la discrimination par les nouvelles directives.

Le Conseil d'Etat constate que les dispositions pénales proposées par les auteurs des projets sont calquées sur celles des articles 454 et suivants du Code pénal. A l'instar du Conseil d'Etat belge (avis No 30.462/2 du 16 novembre 2000 relatif à la proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme), il désapprouve la méthode des auteurs d'introduire dans l'arsenal législatif deux définitions différentes de la discrimination.

Afin de garantir une protection efficace contre les discriminations, le Conseil d'Etat plaide pour l'approche la plus cohérente possible et recommande aux auteurs d'abandonner leur projet d'un nouveau dispositif de sanctions pénales concurrentes et de veiller à améliorer les articles du Code pénal portant incrimination du racisme, du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des discriminations illégales, en y apportant les aménagements nécessaires pour transposer correctement les deux directives.

D'ailleurs, les auteurs omettent de donner la précision nécessaire aux incriminations, de sorte que le Conseil d'Etat devrait s'opposer formellement au texte sous avis en vertu du principe de la légalité des incriminations.

En effet, en vertu du principe de la légalité des incriminations et des peines qui résulte de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et des articles 12 et 14 de la Constitution, c'est pour le pouvoir législatif une obligation constitutionnelle de définir les faits qu'il érige en infraction en des termes suffisamment clairs, précis et prévisibles (cf. prédit avis du Conseil d'Etat belge du 16 novembre 2000, No 30.462/2). Le citoyen doit savoir à partir de la lecture du dispositif de la loi, quels actes ou omissions engagent sa responsabilité. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est suffisamment explicite quant à cette exigence.

Dans son avis du 23 janvier 1996 (*Doc. parl. No 4071¹*) relatif au projet de loi complétant le code pénal en portant incrimination du racisme, du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des discriminations illégales, le Conseil d'Etat avait déjà longuement insisté sur l'importance fondamentale de la définition de la discrimination au regard du principe de la légalité des incriminations, en arguant que la clarté de la définition ne pouvait que servir la sécurité juridique.

En s'appuyant sur ses observations formulées le 18 mars 1997 dans son avis complémentaire relatif au projet de loi susmentionné, le Conseil d'Etat souligne de nouveau que le dispositif législatif pénal, en dépit de son importance symbolique, n'est pas l'instrument le plus approprié pour combattre les discriminations et ceci entre autres en raison des difficultés de preuve que peut rencontrer la victime. En effet, la procédure pénale exige que l'intention soit prouvée, ce qui ne sera pas le cas des procédures civiles qui vont mettre en œuvre la procédure de partage de la charge de la preuve, dont la victime d'une discrimination peut se prévaloir pour établir les faits.

Dans son avis complémentaire du 18 mars 1997 susmentionné, le Conseil d'Etat avait „insisté avec force sur le fait que la répression ne peut pas constituer la seule réponse au fléau que constituent le

racisme, la xénophobie et toutes les autres formes de discrimination. Ce serait un leurre de croire que la justice pénale serait à même, à elle seule, de venir à bout de tels phénomènes. Le juge répressif peut tout au plus combattre les symptômes du mal, mais il n'est pas à même de l'éradiquer. A ces fins une sensibilisation de l'opinion publique dans son ensemble, combinée à des actions éducatives à l'effet de former en particulier les jeunes à la tolérance, est autant sinon même plus nécessaire".

Le Conseil d'Etat maintient entièrement son approche de l'époque et se permet d'ajouter qu'une politique progressiste consiste tant à prendre des mesures pour combattre la discrimination qu'à prendre des mesures préventives ainsi que des mesures pour promouvoir activement l'égalité non seulement de droit, mais aussi de fait.

*

7. ORGANISMES DE PROMOTION DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

La directive 2000/43/CE, article 13, oblige les Etats membres à créer un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement qui auront pour compétence d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination, de conduire des études indépendantes concernant les discriminations et de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations.

Le corps du texte du projet de loi No 5248 reste muet sur l'institution d'une telle autorité indépendante et l'amendement séparé, évoqué seulement dans le tableau comparatif des textes annexé audit projet de loi et visant à transposer l'article 13 de la directive, n'est pas parvenu à ce jour au Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat estime pourtant que pour satisfaire à l'exigence de transposition de la directive dans le droit interne luxembourgeois, ledit amendement est indispensable et ce, sous peine d'opposition formelle.

La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sous l'égide du Conseil de l'Europe a élaboré des recommandations, désignées „principes de Paris“, qui définissent des normes minimales applicables pour la constitution d'organes d'égalité et rencontrent les exigences de la directive à cet égard. Ces principes sont les suivants:

- indépendance garantie par un cadre constitutionnel ou législatif;
- autonomie par rapport au gouvernement;
- pluralisme y compris le pluralisme de composition;
- un large mandat;
- des pouvoirs d'investigation adéquats;
- des ressources suffisantes.

En conclusion, le Conseil d'Etat invite les auteurs à se conformer dans l'élaboration du projet pour l'établissement d'un organe indépendant à ces recommandations.

Il résulte des développements qui précèdent que le Conseil d'Etat ne saurait marquer à l'heure actuelle son accord aux projets de loi lui soumis pour avis.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 décembre 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES