

**N° 5518<sup>3</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

**PROJET DE LOI**

portant

1. **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;**
2. **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;**
3. **modification des articles 8 et 13 de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées;**
4. **abrogation de l'article 6 de la loi modifiée du 12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum**

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(21.3.2006)

Par dépêche du 23 novembre 2005, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail et de l'Emploi.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Le projet sous rubrique remplace les projets de loi *No 5248<sup>1</sup> et No 5249<sup>2</sup>* qu'il fusionne, qui ont été retirés du rôle de la Chambre des députés le 30 novembre 2005.

Des avis des six chambres professionnelles consultées, seuls les avis de la Chambre de travail et de la Chambre des employés privés ont été communiqués au Conseil d'Etat en date respectivement des 8 février et 7 mars 2006.

Le Conseil d'Etat se doit encore de constater que le dossier lui soumis ne comportait pas de fiche financière au sens de l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat alors même que les dispositions du projet de loi sous examen risquent d'engendrer des dépenses à charge du budget de l'Etat.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

Dans son avis du 7 décembre 2004 relatif aux projets de loi *No 5248 et No 5249* concernant la transposition des directives 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 et 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, le Conseil d'Etat avait souligné le fait que 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 avait-il posé la question si, à l'instar d'autres pays européens, le législateur luxembour-

geois ne ferait pas mieux d'adopter une approche horizontale qui tentera de réunir dans une loi unique tous les motifs de discrimination et il s'était prononcé en faveur d'une approche intégrée qui faciliterait la création d'un cadre juridique plus cohérent, plus transparent et partant plus accessible. Néanmoins, le Conseil d'Etat avait remarqué que l'élaboration d'une loi unique ne signifiait pas nécessairement que tous les motifs de discrimination seraient traités de la même manière et que le législateur resterait toujours libre de prendre en compte les aspects spéciaux de chaque motif de discrimination dans la conception de mesures spécifiques ou dans la constitution d'un ou plusieurs organes pour l'égalité de traitement.

Le Gouvernement a modifié son approche initiale et le projet de loi actuellement soumis à l'avis du Conseil d'Etat vise à réunir les motifs de discrimination contenus dans 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 et ceux de 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, dans un seul dispositif légal. Les auteurs du projet ont fait le choix de dépasser les critères minima prévus par la législation communautaire et d'étendre le champ d'application *ratione materiae* de la directive 2000/43/CE à l'ensemble des motifs de discrimination prévus par les deux directives afin de couvrir „toutes les relations entre êtres humains“. Ils n'ont cependant pas suivi la démarche d'autres Etats membres qui ont intégré, au-delà des motifs mentionnés dans les deux directives, d'autres motifs de discrimination tels que, par exemple, la discrimination fondée sur le sexe, pour établir un cadre juridique unique relatif à l'égalité de traitement. Tout en maintenant des outils législatifs différents et des distinctions dans le champ d'application pour ce qui est de l'égalité entre hommes et femmes, les auteurs proposent néanmoins de créer un seul organisme spécialisé pour couvrir tous les motifs de discrimination, y compris la discrimination sexuelle.

Dans la mesure où le nouveau projet de loi reprend des dispositions contenues antérieurement dans les projets de loi *No 5248 et No 5249*, le Conseil d'Etat entend se référer dans le présent avis à un certain nombre d'observations émises dans son avis du 7 décembre 2004 sans y revenir en détail lors de l'examen des articles.

\*

## EXAMEN DES ARTICLES

### *Remarque préliminaire*

D'un point de vue purement formel, le Conseil d'Etat donne à considérer que la subdivision du dispositif ne correspond guère aux règles communément admises de la technique législative. Aussi suggère-t-il de faire abstraction d'une division en titres et l'intitulé des articles (certains en sont d'ailleurs dépourvus). Comme la seule subdivision restante sera celle en chapitres, ceux-ci seront à numéroter en chiffres arabes.

Pour ce qui est de la division du dispositif, le Conseil d'Etat propose l'agencement suivant:

#### Chapitre 1er.– Dispositions générales

Art. 1er. (ancien article 1er)

Art. 2. (ancien article 2)

Art. 3. (ancien article 4)

#### Chapitre 2.– Dispositions particulières

Art. 4. (ancien article 5)

Art. 5. (ancien article 6)

Art. 6. (anciens articles 3 et 7)

#### Chapitre 3.– Défense des droits et voies de recours

Art. 7. (ancien article 11)

Art. 8. (ancien article 10)

Art. 9. (ancien article 12)

Art. 10. (ancien article 8)

- Art. 11. (ancien article 9)
- Chapitre 4.– Centre pour l'égalité de traitement
  - Art. 12 à Art. 20. (anciens articles 17 à 25)
- Chapitre 5.– Dispositions modificatives
  - Art. 21. (ancien article 13)
  - Art. 22. (ancien article 14)
- Chapitre 6.– Disposition abrogatoire et finale
  - Art. 23. (ancien article 15)
  - Art. 24. (ancien article 16)

## TITRE I

### Le principe de l'égalité de traitement

#### *Article 1er.– Définitions*

Dans le premier paragraphe de l'article 1er, les auteurs du projet de loi s'appliquent à définir le „principe de l'égalité de traitement“ comme l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs énumérés par les directives.

Même si les auteurs recopient cette définition des directives qu'il s'agit de transposer, le Conseil d'Etat a quelques hésitations à les suivre dans cette démarche. En effet, le principe de l'égalité est inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. La non-discrimination est un aspect du principe d'égalité lequel interdit de traiter différemment des personnes qui sont dans une situation semblable et n'autorise qu'une différence de traitement objective. Telle a été l'interprétation de l'article 10*bis* par la Cour constitutionnelle qui, à plusieurs reprises, a eu l'occasion de préciser que le principe d'égalité de traitement est compris comme interdisant le traitement de manière différente de situations similaires, à moins que la différenciation soit objectivement justifiée, adéquate et proportionnée à son but<sup>1</sup>.

Le Conseil d'Etat se doit de rappeler que le législateur est appelé à mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles mais n'a pas de compétence pour définir un concept qui est inscrit dans la Constitution. „En inscrivant les dispositions en question dans la Constitution, ce seront les juges constitutionnels qui en fourniront en définitive la définition. Il appartiendra dès lors au juge constitutionnel de préciser ce qu'il faut entendre par cette notion selon le domaine concerné et non au législateur de prescrire une définition générale et uniforme. – Le législateur, il est vrai, pourrait arrêter une telle définition générale valable à l'égard de tous à défaut d'une disposition expresse afférente de la Constitution.“<sup>2</sup>

Sur le plan communautaire, c'est également la Cour de Justice des Communautés européennes qui interprète les principes d'égalité et de non-discrimination. „Dans son rôle d'interprète du droit communautaire, la Cour précise ainsi les éléments d'un ordre égalitaire qui sert de cadre à l'application des principes plus spécifiques d'égalité de traitement et de non-discrimination. Le principe de non-discrimination constitue à la fois l'instrument privilégié et une expression particulière du principe fondamental d'égalité. Toutefois, si l'égalité envisage une relation entre individus, la non-discrimination concerne plus directement l'activité juridique ... Un contrôle exigeant de l'absence de discrimination matérielle présente un caractère immédiatement opératoire, puisqu'il permet de trouver, en égalité, des solutions auxquelles l'application du principe d'égalité ne saurait parvenir seule. La Cour de justice joue ainsi de manière particulièrement subtile de ces deux principes, non contradictoires, puisque, fondamentalement, l'un suppose l'autre tandis qu'ils fonctionnent, à certains égards, de manière autonome“.<sup>3</sup>

1 cf. notamment Cour Constitutionnelle, arrêt 9/00 du 5 mai 2000, arrêt 20/04 du 20 mai 2004, arrêt 25/05 du 26 janvier 2005, arrêt 26/05 du 8 juillet 2005

2 cf. avis du Conseil d'Etat du 2 mars 2004 sur le projet de loi relative à la coordination de la politique nationale de développement durable, *doc. parl. No 3837A*<sup>3</sup>, quatrième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 2006 relatif au projet de révision de l'article 11 de la Constitution

3 cf. „Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes“, Rémy Hernu, Collection Thèses, tome 232

Pour atteindre l'objectif des deux directives à transposer, à savoir de créer un cadre légal général pour combattre les formes de discrimination y énumérées et de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement, le Conseil d'Etat estime que le législateur n'a pas besoin d'introduire une définition spécifique du „principe de l'égalité de traitement“ dans le dispositif national. D'ailleurs, ni le législateur belge, ni le législateur français n'ont repris cette définition dans les actes respectifs de transposition des directives.

Eu égard à ces considérations, le Conseil d'Etat invite les auteurs à supprimer la définition visée et propose la reformulation du paragraphe 1er de la manière suivante:

*„(1) Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnique est interdite.“*

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 un des motifs énumérés dans le projet de loi, qui porte atteinte à sa dignité ou crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Ainsi, la notion de harcèlement ne se limite pas à des conduites répétées et abusives, mais se rapporte également à un comportement ou à un acte isolé s'il présente la gravité nécessaire. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet aux observations émises dans son avis du 15 novembre 2005 relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail et la proposition de loi relative à la protection contre le harcèlement moral à l'occasion des relations de travail (*doc. parl. No 5241<sup>4</sup> et No 4979<sup>2</sup>*).

Le Conseil d'Etat propose de reformuler le libellé du paragraphe 3 de la façon suivante:

*„Sans préjudice des dispositions spécifiques relatives au harcèlement sexuel et au harcèlement moral sur les lieux de travail, le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe (1) lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs y visés se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.“*

#### *Article 2.– Champ d'application*

Le premier paragraphe de cet article circonscrit le champ d'applicabilité de la future loi. Alors que la directive 2000/78/CE englobant plusieurs motifs de discrimination ne concerne que l'emploi et le travail, le projet de loi sous avis inclut dans son domaine d'application la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'éducation ainsi que l'accès aux biens et services et la fourniture des biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement. De par cette extension, l'interdiction de discrimination devrait s'appliquer désormais de façon générale à un ensemble relativement vaste de secteurs et d'activités. Néanmoins, certaines différences au niveau du champ d'application sont prévues aux articles 4 et suivants relatifs aux dispositions spéciales.

Le paragraphe 2 retient l'exclusion des différences de traitement fondées sur la nationalité du champ d'application de la future loi en reproduisant le texte prévu dans les deux directives.

En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 2 et son corollaire, l'article 4, le Conseil d'Etat ne voit pas de quelle façon les auteurs entendent justifier l'exclusion des fonctionnaires et autres agents de l'Etat du champ d'application de la loi notamment en ce qui concerne le recrutement et la promotion. Il serait erroné d'admettre que l'interdiction de discriminer une personne désirant accéder à la fonction publique ou travaillant dans le secteur public, sur base de l'un des motifs énumérés à l'article 1er, paragraphe 1er, mettrait en cause les conditions d'accès à la fonction publique ou les critères de promotion fixés par l'Etat en tant qu'employeur.

Tant la directive 2000/78/CE, qui a trait à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que la directive 2000/43/CE, en ce qu'elle s'applique au domaine de l'emploi et du travail, sont formelles pour inclure le secteur public dans leur champ d'applicabilité et ne prévoient pas d'exception à cet égard. Même si les auteurs devaient estimer que la transposition des directives exigerait des aménagements particuliers de la législation relative au régime statutaire, une exclusion générale comme celle prévue par l'article 2, paragraphe 3 n'est pas fondée et le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement.

### *Article 3.– Actions positives*

Tant l'article 5 de la directive 2000/43/CE que l'article 7 de la directive 2000/78/CE permettent aux Etats membres de maintenir ou d'adopter, dans tous les domaines compris dans leur champ d'application, des mesures spécifiques qui ont pour objet de prévenir ou de compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés par les directives et dont l'objectif est de garantir une pleine égalité dans la pratique, c'est-à-dire une égalité réelle. Afin d'intégrer tant l'objet que l'objectif dans la disposition relative aux actions positives, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de compléter le libellé proposé par les termes „*pour assurer la pleine égalité dans la pratique*“.

Selon le Conseil d'Etat, cet article pourrait être complété par un deuxième paragraphe contenant la disposition sur les mesures spécifiques pour personnes handicapées, figurant actuellement à l'article 7 du projet. Cette disposition ne s'applique en effet pas seulement au secteur privé mais doit être étendue au secteur public.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat propose de reléguer cet article à la suite des dispositions spéciales.

### *Article 4.– Champ d'application des dispositions spéciales*

Les articles 4 à 7 regroupent plusieurs articles ayant trait à des dispositions spéciales visant à restreindre le champ d'application de la future loi. Il s'agit en fait de justifications à des différences de traitement se rapportant à des mobiles précisément circonscrits. Le Conseil d'Etat se réfère à ses observations faites sous l'article 2 et demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du paragraphe 1er de l'article 4 en ce qu'il entend limiter le champ d'application des dispositions applicables au domaine du travail et de l'emploi aux seuls travailleurs du secteur privé. D'ailleurs, toutes les dispositions regroupées sous lesdits articles se référant aux domaines de l'emploi et du travail [points a) à d) de l'article 2, paragraphe 1er] s'appliquent indistinctement tant au secteur privé que public.

En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'Etat constate que les auteurs veulent intégrer dans la future loi l'exception contenue à l'article 3.3 de la directive 2000/78/CE visant à soustraire les versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale, au champ d'application de la directive. L'exception ne s'applique qu'aux différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi et du travail. Elle ne couvre cependant pas les différences de traitement fondées sur la race ou l'origine ethnique. Or, le Conseil d'Etat estime que le libellé du paragraphe 2 du projet ne permet pas de circonscrire l'exception de manière suffisamment précise et afin de tenir compte de la différenciation entre les motifs de discrimination, il propose le libellé suivant:

*„(1) Les versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale ne tombent pas sous le champ d'application de la présente loi en ce qu'elle interdit toute discrimination fondée sur des critères autres que la race et l'ethnie.“*

Le Conseil d'Etat se demande s'il ne serait pas utile de compléter cet article par un deuxième paragraphe reprenant l'article 3.4 de la directive 2000/78/CE en ce qu'il soustrait les forces armées aux points a) à d) du champ d'application de la future loi pour ce qui concerne des discriminations fondées sur le handicap et l'âge, à moins que les auteurs ne considèrent que cet aspect est suffisamment couvert par la disposition concernant les exigences professionnelles prévues par l'article qui suit.

### *Article 5.– Exigences professionnelles*

En vertu de la définition de la discrimination directe adoptée par les auteurs du projet sous avis, une différence de traitement n'est en principe susceptible d'aucune justification. Cependant, une exception applicable au seul domaine du travail et de l'emploi est prévue par les deux directives qui admettent qu'une différence de traitement fondée sur un des motifs de discrimination prohibée peut être justifiée lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Au vœu de la directive 2000/43/CE, cette exception doit s'entendre de manière restrictive et ne doit s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles. Le libellé du paragraphe 1er reproduit fidèlement le texte des directives et ne donne pas lieu à observation.

Le paragraphe 2 se réfère à une autre justification d'un traitement différent basé sur la religion ou les convictions d'une personne. En effet, la directive 2000/78/CE donne aux Etats membres la faculté de maintenir dans la législation nationale, ou d'inscrire dans une législation future codifiant des pratiques existantes en vigueur à la date d'adoption de la directive, des „dispositions en vertu desquelles, dans le cas d'activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne, ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation“. Cette justification n'est donc admise que pour le cas où des lois ou des pratiques antérieures à la directive le permettent et ne saurait être étendue à une discrimination fondée sur un autre motif. Le fait qu'il s'agit bien d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante doit être jugé de manière rigoureuse. „dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des Etats membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire“, comme le précise la directive.

Pour mieux souligner le caractère d'exception de la disposition, le Conseil d'Etat propose une reformulation du paragraphe 2 qui se lira comme suit:

*„(2) Si dans les cas d'activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne est prévue par des lois ou des pratiques existant au 2 décembre 2000, date de l'entrée en vigueur de la directive, celle-ci ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation.“*

Il est entendu que le caractère rétroactif figurant dans le texte ci-dessus proposé au moment de l'entrée en vigueur de la directive n'est concevable qu'en l'absence de toute sanction administrative ou pénale sinon cette rétroactivité serait contraire à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de la non-rétroactivité des peines qui en découle.

#### Article 6

Des exceptions particulières à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge peuvent être introduites dans certaines circonstances dans le droit national, sous condition qu'elles soient objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime et notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, de marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. La directive sur l'égalité au travail donne des exemples non limitatifs de ce qui pourrait constituer, le cas échéant, des différences de traitement légitimes. Les auteurs du projet ont opté pour autoriser ces exceptions dans deux cas limitatifs dans le domaine de l'emploi et du travail.

Le Conseil d'Etat estime que le présent projet de loi, visant à élaborer un cadre général sur l'égalité de traitement, pourrait se limiter à énoncer le principe selon lequel une justification des différences de traitement fondées sur l'âge est admissible, sans recourir à une énumération limitative de quelques exemples de justification possible. Tout en disposant d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi, les Etats membres doivent cependant veiller à ce que la réglementation nationale ne dépasse pas ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi (cf. arrêt CJCE du 22 novembre 2005, affaire C-1444/04).

Si le législateur entend donc introduire de telles exceptions à l'égalité de traitement dans le cadre d'autres législations, il devra à chaque fois s'assurer que ces exceptions poursuivent un objectif légitime, qu'elles soient appropriées et nécessaires et qu'il ne soit pas possible de réaliser l'objectif visé par des moyens alternatifs et non discriminatoires.

Le Conseil d'Etat rappelle que la loi du 23 décembre 2005 modifiant et complétant la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat a abrogé la limite d'âge prévue pour l'admission au stage dans la fonction publique sans avancer que la réglementation nationale luxembourgeoise en la matière aurait été fondée sur des critères objectivement et raisonnablement justifiés.

Si les auteurs du projet décidaient néanmoins de garder l'énumération des hypothèses de ce qui pourrait constituer, le cas échéant, des différences de traitement légitimes, le Conseil d'Etat estime qu'il serait prudent d'y ajouter le troisième cas de figure cité par la directive, à savoir le point c) de l'article 6, paragraphe 1er qui comprend 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. Le Conseil d'Etat constate par ailleurs que, contrairement au commentaire de l'article, la disposition de l'article 6, paragraphe 2 de la directive, qui prévoit la possibilité de dérogation au principe de l'égalité en ce qui concerne la fixation d'une condition d'âge en matière d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité pour les régimes professionnels de sécurité sociale, n'est pas reprise par le projet de loi dont l'article 6 ne comporte pas de paragraphe 2.

#### *Article 7.– Mesures spécifiques*

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 3 et propose le libellé suivant pour le présent article:

*„(1) Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, les dispositions de la présente loi ne constituent pas un empêchement à l'adoption ou au maintien de mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1er, paragraphe (1).*

*(2) En ce qui concerne les personnes handicapées, la présente loi ne fait pas obstacle à l'adoption ou au maintien de dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail, ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail.“*

#### *Article 8.– Voies de recours*

Les deux directives insistent afin que les Etats prévoient des procédures judiciaires et administratives visant à faire respecter les obligations découlant des directives accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite se sont terminées. Le Conseil d'Etat avait déjà lors de son premier avis souligné que les moyens d'action de droit processuel constituent un apport essentiel dans la lutte contre les discriminations. Une fois de plus, il insiste sur le fait qu'il incombe à l'Etat de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective. Il est fondamental que les victimes jouissent réellement du droit de demander et d'obtenir réparation. Aussi recommande-t-il aux auteurs du projet de préciser dans la future loi les recours avec la possibilité pour la victime d'une discrimination de demander en justice la cessation de l'acte constituant un manquement aux dispositions de la future loi, avec la possibilité pour le juge de condamner l'auteur de la discrimination à une astreinte ou d'ordonner la publication de la décision. D'ailleurs, tant la loi belge du 25 février 2003 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, qui traite dans son chapitre IV des dispositions civiles, que la loi du 26 mai 2000 concernant la protection contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail, ou encore la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, contiennent des dispositions relatives aux moyens d'action des victimes, susceptibles de servir d'inspiration au présent projet de loi.

Le Conseil d'Etat approuve les dispositions renforçant le droit d'agir en justice des associations œuvrant dans le domaine de la discrimination et leur donnant la possibilité d'agir en justice en lieu et place des victimes de discriminations, après avoir recueilli leur accord préalable. Dans un souci de logique, il recommande cependant de remplacer à la première phrase de l'alinéa 1 les termes „à la date des faits“ par ceux de „à la date de la demande“.

Le Conseil d'Etat estime qu'il y aura lieu d'étendre ce droit d'agir en justice au nouveau Centre pour l'égalité de traitement créé par le présent projet de loi.

#### *Article 9*

Cet article consacre le droit des syndicats d'intervenir dans des procédures engagées individuellement par la victime si la solution du litige peut présenter un intérêt collectif pour ses membres.

Le paragraphe 2 donne la possibilité d'un recours principal aux organisations syndicales lorsque la victime ne s'y oppose pas.

Le Conseil d'Etat se prononce en faveur de cette extension de la capacité d'action judiciaire au contentieux discriminatoire.

D'un point de vue formel, le Conseil d'Etat suggère de terminer l'alinéa 1 par un deux-points et de remplacer les signes distinctifs des paragraphes par les signes 1. et 2. alors qu'il s'agit en l'occurrence d'une énumération.

*Article 10.– Charge de la preuve*

Le présent article introduit la règle qui permet un partage de la charge de la preuve entre le demandeur qui doit apporter des premiers indices, des faits qui font présumer la discrimination et le défendeur qui doit opposer des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Cet aménagement de la charge de la preuve en matière civile et administrative constitue également un mécanisme important de lutte contre la discrimination et rencontre l'approbation du Conseil d'Etat.

D'un point de vue formel, le Conseil d'Etat recommande de faire à chaque fois abstraction des termes „qui précède“ lorsqu'il est renvoyé à un article du dispositif.

*Article 11.– Protection contre les rétorsions*

Conformément aux exigences des directives, des clauses de protection des salariés qui portent plainte ou témoignent de discriminations sont intégrées dans la future loi.

Le Conseil d'Etat insiste sur le fait que des clauses de protection similaires devront compléter le statut du fonctionnaire. Il y aurait donc lieu, pour le moins, d'étendre la protection de l'article 11 aux „travailleurs du secteur public et du secteur privé“.

En outre, le Conseil d'Etat se doit de relever que des mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice devront être incluses dans la future loi, au-delà des mesures de protection contre les rétorsions prévues actuellement pour les seuls travailleurs.

*Article 12.– Sanctions*

Cet article, qui vise à transposer en droit national l'article 14b) de la directive 2000/43/CE, respectivement l'article 16b) de la directive 2000/78, figure sous l'intitulé „Sanctions“. Les deux directives exigent cependant que, en dehors de la possibilité d'annulation d'une disposition, l'Etat membre détermine le régime de sanctions applicable en cas de discriminations et prévoit des sanctions pouvant comprendre le versement d'indemnités à la victime, qui soient effectives, proportionnées et dissuasives. Au-delà de la sanction pénale, le projet sous avis ne contient aucune disposition relative ni aux formes de compensation possibles ni à la possibilité d'injonction visant à éviter la réalisation d'un acte de discrimination ou sa répétition. L'établissement de sanctions efficaces doit aller de pair avec un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective, comme le Conseil d'Etat l'a relevé dans ses observations relatives à l'article 8 du projet sous examen.

*Article 13.– Dispositions pénales et modificatives*

Dans son avis du 7 décembre 2004, le Conseil d'Etat avait recommandé aux auteurs des projets antérieurs de ne pas créer un nouveau dispositif de sanctions pénales concurrentes, mais 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.

Les auteurs de l'actuel projet ont suivi ces recommandations et proposent certaines modifications aux articles 454, 455 et 457 du Code pénal.

Le Conseil d'Etat approuve l'ajout de la notion „d'âge“ comme motif de discrimination aux autres motifs énumérés à l'article 454 du Code pénal.

Les auteurs soulignent leur intention de donner une interprétation extensive au concept de discrimination et à cet effet décident d'intégrer la notion de discrimination indirecte en droit pénal. La discrimination indirecte, conformément à la définition de l'article 1er, paragraphe 2, lettre b) du projet sous avis, est celle qui se produit lorsqu'une règle ou une pratique neutre se révèle discriminatoire dans les effets provoqués contrairement à la discrimination directe qui résulte d'un traitement appliqué qui s'appuie sur un critère prohibé. Il est vrai que la discrimination indirecte n'est pas synonyme de dis-

crimination non intentionnelle. Mais selon Eric Cédiey (*Les discriminations, situation française, évolutions communautaires européennes, juin 2002*): „L'intention de discriminer n'est en rien l'élément qui permet de départager les qualifications de discrimination directe et indirecte. Seule compte, pour cela, que la nature du critère employé, qui est formellement prohibé par la loi, soit d'apparence neutre; la question de l'intention qui a pu motiver l'usage de ce critère n'a pas nécessité à être posée“. Il résulte de ces développements que la preuve de la discrimination indirecte n'implique pas la recherche de l'intention de l'auteur, mais qu'elle porte sur l'évaluation des effets discriminatoires de la pratique ou de la règle en cause.

Le Conseil d'Etat se demande si les auteurs du projet se proposent de déroger au principe de droit pénal concernant l'élément intentionnel des infractions. Il se doit cependant d'insister sur l'élément intentionnel de l'infraction en matière de discrimination: pour qu'il y ait infraction, il faut un dol spécial, en l'espèce la volonté de discriminer. Par ailleurs le Conseil d'Etat rejoint les observations du Conseil d'Etat belge qui, dans son avis du 16 novembre 2000 relatif au projet 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, s'était exprimé de la manière suivante sur l'incrimination de la discrimination indirecte: „Il est inacceptable de vouloir imposer aux citoyens le principe d'une interdiction de distinction dont le contenu concret n'est pas fixé à l'avance; les exigences de finalité légitime et de proportionnalité ne satisfont pas à la condition de prévisibilité qui doit caractériser une incrimination: elles procèdent, en effet, d'une appréciation par l'intéressé, laquelle fera ensuite l'objet d'une évaluation“. Aussi le Conseil d'Etat doit-il s'opposer formellement à l'intégration d'une notion en droit pénal qui ne permet pas de définir avec précision les faits qui sont érigés en infraction. Il propose aux auteurs de maintenir le libellé actuel de l'article 454 qui, à l'instar de l'article 225-1 du Code pénal français, ne précise pas si la distinction opérée est directe ou indirecte.

Pour ce qui est du libellé du paragraphe 4 visant à modifier les points 4 et 5 de l'article 457 du Code pénal, le Conseil d'Etat a du mal à saisir l'intention des auteurs qui ne s'explique guère non plus par le commentaire y relatif.

L'article 3.2 de la directive 2000/43/CE précise que les différences de traitement fondées sur la nationalité ne sont pas visées par la directive et que celle-ci s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des Etats membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés. Les auteurs du projet quant à eux, expliquent dans leur commentaire que, par la modification des termes de l'article 457 du Code pénal, toute différenciation de traitement fondée sur la nationalité sera „sanctionnable“, sauf si elle résulte du traitement opéré sur le statut juridique d'un ressortissant de pays tiers ou apatride dans le cadre des dispositions et conditions relatives à l'entrée, au séjour et au droit de vote de ce dernier, et que sa nationalité est déterminante de cette discrimination.

Si, dans le cadre de l'article 457 qui prévoit de manière limitative certaines différenciations de traitement n'entraînant pas de sanction pénale, l'intention des auteurs était de limiter le point 4 aux seules exceptions en matière de police des étrangers, le Conseil d'Etat estime que le texte de l'actuel point 4 aurait pu être maintenu inchangé.

Le Conseil d'Etat approuve la suppression de l'actuel point 5 de l'article 457 du Code pénal, alors que dans ses avis des 23 janvier 1996 et 18 mars 1997 il avait déjà fortement critiqué cette disposition trop générale. Néanmoins, le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention des auteurs sur le fait que la suppression pure et simple de cette disposition aura pour effet que certaines différenciations de traitement, qui étaient justifiables jusqu'ici, ne le seront plus à l'avenir et que certaines exceptions admises par les dispositions spéciales du présent projet, risqueront d'être sanctionnées pénalement.

En ce qui concerne les autres modifications proposées, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

#### Article 14

L'article 5 de la directive 2000/78/CE se réfère aux aménagements raisonnables pour personnes handicapées. L'exigence d'aménagement raisonnable traduit l'idée que l'environnement peut représenter une barrière artificielle à l'intégration de certaines personnes ayant un handicap déterminé. „L'obligation d'aménagement raisonnable reconnaît ainsi la notion de *disabling environment*: la source de l'exclusion dont sont victimes les personnes handicapées n'est plus située uniquement dans la différence spécifique qu'elles présentent; elle est rapportée aussi au contexte culturel et à l'environnement

matériel que l'individu rencontre". (cf. Journal des tribunaux, No 6118 du 13 décembre 2003, La loi belge tendant à lutter contre la discrimination, Olivier de Schutter). La directive requiert de l'employeur qu'il apporte à l'environnement de travail des aménagements raisonnables qui permettent à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée. Le manquement à cette obligation devra être assimilé à une discrimination, mais cette disposition est tempérée par le fait que l'employeur en est dispensé si ces mesures lui imposent une charge disproportionnée. Selon la directive, cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'Etat membre en faveur des personnes handicapées.

Les auteurs du projet de loi reprennent le contenu de l'article 5 de la directive et imposent aux employeurs de prendre des mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, mais le dispensent de cette obligation si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. L'alinéa 2 du paragraphe 1er précise dans quels cas cette charge n'est pas à considérer comme disproportionnée. Vu le libellé proposé, le Conseil d'Etat se pose la question si l'employeur peut échapper à son obligation en invoquant l'exception de la charge disproportionnée, chaque fois que les frais relatifs à l'aménagement des postes de travail et des accès au travail ne sont pas pris en charge par l'Etat.

Le Conseil d'Etat note que les auteurs n'étendent pas la portée de la notion d'aménagement raisonnable au-delà du domaine de l'emploi comme l'a fait le législateur belge.

*Article 15.– Disposition abrogatoire*

L'article 6, alinéa 1 de la loi modifiée du 12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum ayant été abrogé par la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées, le Conseil d'Etat reconnaît que l'alinéa 2 n'a plus de raison d'être et marque son accord avec sa suppression.

*Article 16.– Exécution*

Le Conseil d'Etat aurait une préférence à insérer dans le texte de base de l'Inspection du travail et des mines une référence à la législation relative à l'égalité de traitement et à compléter l'article 1er, point a) de la loi modifiée du 4 avril 1974 portant réorganisation de l'Inspection du Travail et des Mines en intercalant les termes „à l'égalité de traitement et à la protection contre toute forme de discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnie“ entre les mots „à l'égalité de traitement entre femmes et hommes“ et „à la protection contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail“. Cette disposition modificative viendrait partant remplacer l'actuel libellé de l'article 16.

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi ne prévoient pas de disposition particulière pour transposer l'article 13 de la directive 2000/78 concernant le dialogue social. Aussi se demande-t-il si les auteurs ne devraient pas compléter l'article 20 de la loi du 30 juin 2004 concernant les conventions collectives de travail et faire de la lutte contre les discriminations, fondées sur un des motifs prévus par la future loi, un des points que la convention collective devrait obligatoirement prévoir.

## TITRE II

### **La création d'un centre pour l'égalité de traitement**

Afin de transposer correctement l'article 13 de la directive 2000/43/CE, le Conseil d'Etat avait dans son avis du 7 décembre 2004 insisté sur l'institution d'un organisme indépendant spécialisé dans la promotion de l'égalité de traitement. Aussi le Conseil d'Etat accueille-t-il favorablement la proposition des auteurs d'ancrer la création d'un centre pour l'égalité de traitement dans le projet de loi lui soumis pour avis.

Bien que l'obligation de créer un tel organisme n'existe pas dans la directive 2000/76/CE, les auteurs entendent accorder au futur Centre un mandat général lui permettant de traiter la discrimination fondée non seulement sur la race ou l'origine ethnique, mais également sur la religion ou les convictions, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle.

Comme tant la directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CE du 9 février 1976 relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les conditions de travail, que la directive 2004/113/CE du

Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services posent cette même exigence d'un organisme spécialisé indépendant, les auteurs ont opté pour étendre le mandat du centre afin de couvrir également le motif du sexe devant la transposition de ces deux directives en droit national.

Le Conseil d'Etat peut approuver la démarche des auteurs en ce qu'ils semblent reconnaître le besoin d'un soutien institutionnel pour toutes les victimes de discrimination et la nécessité de promouvoir l'égalité pour tous comme un objectif global. Plusieurs pays de l'Union européenne ont créé des organismes à motifs multiples et il a été reconnu que l'intégration de plusieurs motifs de discrimination dans les structures institutionnelles peut avoir l'avantage d'une plus grande efficacité et d'une plus grande influence, voire d'un plus grand impact, sous condition de veiller à ce qu'aucun des motifs ne perde sa visibilité. (Rapport de synthèse: Promouvoir l'égalité, Commission européenne, DG Emploi et affaires sociales, 2002).

Pendant le futur Centre couvrant de multiples motifs sera confronté au défi de mettre en œuvre non pas une législation unique sur l'égalité mais différents outils législatifs, ce qui impliquera également différents niveaux de protection pour les différents motifs de discrimination. En effet, le projet de loi sous avis qui transpose les directives d'anti-discrimination en droit national couvre un champ d'application beaucoup plus large que la législation sur l'égalité entre les femmes et les hommes qui actuellement se limite au domaine de l'emploi et du travail et même si, une fois la directive 2004/113/CE transposée, d'autres domaines seront inclus, le champ d'application restera néanmoins plus restreint.

Une étude menée en 2004 sous le programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination a conclu qu'une telle démarche „conduit à un scénario d'application particulier et à une forte probabilité de confusion et de mécontentement entre les victimes“. (Réflexions sur l'intégration des différents motifs de discrimination dans les dispositions sur l'égalité – quel avenir?) Aussi le Conseil d'Etat est-il à se demander s'il ne serait pas préférable d'inclure le motif du sexe dans le cadre général sur l'égalité de traitement que le présent projet vise à instituer. Par le biais d'une législation qui couvre tous les motifs de discrimination, sans pour autant traiter nécessairement tous les motifs de la même manière, un dispositif plus équitable et plus transparent pourra être créé pour toutes les victimes.

Au vu du texte lui soumis pour avis, le Conseil d'Etat s'interroge sur le statut juridique que les auteurs entendent conférer au futur centre d'égalité de traitement, alors que le texte reste muet à ce sujet.

Il ressort du *Manuel sur la création et le renforcement des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme* de l'ONU que „Idéalement une institution nationale se verra accorder une personnalité juridique distincte et séparée, d'une nature qui lui permettra d'exercer un pouvoir décisionnel indépendant. Le statut juridique indépendant devrait être d'un niveau suffisant pour permettre à une institution d'accomplir ses fonctions sans interférence ni obstruction d'aucune branche du gouvernement ni d'aucune entité publique ou privée. On peut y parvenir en rendant l'institution directement responsable devant le Parlement ou le chef de l'Etat“.

Le Conseil d'Etat estime que le texte proposé par les auteurs ne saurait suffire pour garantir effectivement l'indépendance du nouvel organisme. Il insiste à ce que celui-ci se distingue des structures existant déjà à ce jour, comme par exemple les comités interministériels, ou les conseils et commissions à vocation consultative, établis dans certains des domaines visés par le projet.

En effet, le Conseil d'Etat considère que le soutien des victimes de discrimination et le traitement des réclamations individuelles devront constituer la priorité du futur Centre. Comme il l'a déjà relevé à l'endroit de l'article 8 du présent projet, le Conseil d'Etat se prononce d'ailleurs en faveur du droit d'agir en justice du futur Centre, à l'instar des associations œuvrant dans le domaine de la discrimination. La promotion de l'égalité, qui comprend des actions de sensibilisation, de formation et d'évaluation, devra accompagner les missions consultatives, de proposition et d'observation.

Le Conseil d'Etat estime que la future loi devra impérativement spécifier les pouvoirs et les moyens du futur organisme. Il conviendra également de préciser tant le mode de saisine du Centre que ses relations avec les institutions judiciaires.

Afin d'établir une institution permettant de conjuguer indépendance et efficacité, le législateur français s'est prononcé en faveur d'une autorité administrative indépendante, à savoir la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité créée par la loi du 30 décembre 2004. Cette entité

de nature administrative est non seulement dotée d'attributions consultatives mais dispose de véritables moyens d'investigation et de contrainte à l'égard des auteurs de discrimination. Si le Gouvernement ne veut pas s'engager dans une telle voie, il devra néanmoins veiller à définir clairement les attributions du nouveau Centre et à le doter d'une structure adéquate ainsi que de moyens proportionnés à ses attributions. Il est en effet impérieux que pour exécuter correctement les missions importantes lui confiées, le Centre dispose de ressources budgétaires et humaines suffisantes. Ni la disposition de l'article 20 ni celle de l'article 25 concernant le fonctionnement du collège, respectivement du secrétariat du Centre ne sauraient fournir une réponse satisfaisante à cette exigence. Le Conseil d'Etat est d'avis que tant la législation des pays limitrophes que les dispositions afférentes de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, auraient pu inspirer utilement les auteurs du projet pour la mise en place de la nouvelle structure.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat n'est pas en mesure d'apprécier l'envergure du budget mis à disposition du Centre, alors que la fiche financière concernant les coûts engendrés par le projet de loi n'est pas annexée au projet lui soumis. En outre, le Conseil d'Etat se doit d'émettre de sérieuses réserves quant à la constitutionnalité du libellé de l'article 20 du projet en ce qu'il prévoit que les indemnités des membres du Centre seront déterminées par le Gouvernement en Conseil. Un tel mode d'exécution de la loi est contraire à l'article 36 de la Constitution, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 21 mars 2006.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES