



COUNCIL OF EUROPE    CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 4 décembre 2008

**Avis n° 486 / 2008**

**CDL(2008)136\***  
fr.seul.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**OBSERVATIONS**

**SUR LE PROJET DE LOI  
SUR LA NON DISCRIMINATION**

**de « l'ex-République yougoslave de Macédoine »**

**de**

**Mme Lydie ERR (membre, Luxembourg)**

---

*\*Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de la diffusion. Sauf si la Commission de Venise en décidait autrement, il sera déclassifié un an après sa publication en application des règles établies dans la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe.*

Le texte de la loi sur la non-discrimination correspond à priori à l'article 14 de la C.E.D.H. ainsi qu'à son Protocole n° 12 et aux directives européennes 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000.

En ce qui concerne les lois civiles et pénales ainsi que les lois de procédures civile et pénale auxquelles se réfère le texte sous examen, la soussignée n'est pas en mesure de dire si les tribunaux chargés de ce genre d'affaires sont les mieux adaptés.

### **I. Remarques générales relatives à la forme**

Le texte commenté comprend 35 articles et il est structuré en 7 chapitres. Le texte de loi mériterait d'être introduit par un exposé des motifs et de comprendre un commentaire des articles, qui aurait pu éclairer le lecteur sur les intentions du Gouvernement.

Un index et un intitulé des articles faciliteraient par ailleurs la compréhension et la lisibilité de la loi.

Finalement, la compréhension du texte pourrait être facilitée par un agencement plus proche de celui des directives communautaires 2000/43 et 2000/78.

### **II. Analyse du contenu de la loi macédonienne**

#### **1. Dispositions générales**

- La loi reconnaît d'emblée le principe de l'égalité dépassant ainsi le cadre strict de l'article 14 de la Convention européenne qui ne l'énonce pas.

Il convient d'abord d'indiquer les similarités des articles 1 et 2. Le premier article se borne à indiquer que la loi règle et promeut le droit d'égalité. L'article 2 précise que le but de la loi est de garantir le droit à l'égalité à toute personne par l'application des droits garantis par la constitution, la loi et les traités internationaux ainsi que par la protection effective contre les discriminations. Les dispositions de ces deux articles pourraient être rassemblées en un seul article.

- L'article 3 mentionne les motifs couverts par la non-discrimination. A la différence des directives communautaires, qui interdisent d'« *enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination* », la loi macédonienne introduit dans ses articles 3 et 10 les notions de « *calling upon or instigating discrimination* » respectivement « *incitement of discrimination* ». A noter que le nombre de motifs de discrimination couverts par la loi est largement supérieur à ce qui est demandé par le dispositif législatif de l'Union européenne.

A côté des discriminations nommées, la fin de l'article ouvre de façon encore plus substantielle les motifs de non-discrimination à tout autre motif prévu par une loi ou un traité.

Parmi les motifs de discrimination prohibés par la loi, figure la nationalité qui n'est pas visée par la directive. Celle-ci n'oblige qu'à ne pas discriminer les ressortissants de pays tiers sans pour autant viser des différences de traitement fondées sur la nationalité. Le cas échéant, il y a lieu de voir si les autorités ont à dessein voulu aller au-delà des prescriptions de la directive, d'autant plus qu'il est prévu une exception à ce sujet dans l'article 15 alinéa 3. (Le terme « *political orientation* » mériterait d'être remplacé par « *political conviction* » et celui de « *family or marital condition* » par « *family or marital status* ».)

- L'article 4 prévoit que seules les personnes physiques sont prévues comme les victimes possibles de discrimination excluant ainsi les personnes morales telles que des collectifs (associations, ONG) ou autres groupements de personnes qui peuvent collectivement être victimes de discrimination et auxquels un rôle est dévolu dans le chapitre concernant la protection juridictionnelle. Il faudrait inclure les personnes morales dans cet article.
- L'article 6 définit la notion d'action positive, de groupe marginalisé, d'orientation sexuelle et d'harcèlement sexuel. Bien qu'il soit souhaitable de définir les concepts utilisés dans le cadre d'une loi, le choix des définitions présentées ne concerne que des termes très peu utilisés par la suite. Citons à ce sujet l'exemple du terme « *affirmative measures* » qui correspond au concept important de l'action positive qui lui n'est mentionné que dans le cadre des exceptions à la discrimination dans l'article 15.

Le point 12 de cet article traite de l'action positive. Ce faisant, après l'avoir défini à l'article 6, la loi ne précise pas que des actions positives ne sont pas contraires au principe de l'égalité si elles sont temporaires et ont comme but de dépasser une discrimination existante. Il serait opportun d'énoncer le concept de l'action positive à l'article 6 et d'enlever de cet article les alinéas deux et trois concernant des définitions de concepts employés dans d'autres articles dont les commentaires pourraient les reprendre.

Dans la logique de rapprocher l'agencement de la loi aux directives communautaires, il serait utile de placer l'article 16 sur le champ d'application au début de la loi, par exemple après l'article 3 qui énumère les différents motifs de discrimination. L'article 4 pourrait ensuite être fusionné avec cet article, étant donné qu'il a trait également au champ d'application.

## 2. Formes de discrimination

- Article 7 : Alors que les définitions de discrimination directe dans les directives communautaires ainsi que dans la recommandation de politique générale N°7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale se limitent sur la seule différence de traitement, cet article définit de façon plus détaillée l'élément à la base de la discrimination (« *action, differentiation, exclusion, limitation or privilege* ») et le dommage subi par les personnes concernées (« *taking away, damaging or limiting the equal recognition or enjoyment of the human rights and basic freedoms* »). On peut cependant se demander si ces principes qui vont au-delà des directives communautaires ne risquent pas d'entraîner des difficultés d'interprétation inutiles. Il pourrait donc s'avérer utile de s'appuyer, dans la mesure du possible, sur les définitions de l'ECRI.

Dans sa définition de discrimination indirecte, la loi macédonienne parle de « *dispositions, critères ou pratiques, qui, de par leur contenu, sont neutres* ». Il serait plus simple d'introduire la notion d'« *apparemment neutre* », comme le suggère l'ECRI. En effet, cette dernière notion permet de mieux discerner le caractère masqué et trompeur, qu'il soit de nature volontaire ou non, de ces dispositions. Par ailleurs, il pourrait être utile de prévoir que la discrimination existe, qu'il s'agisse de raisons réelles ou présumées dans le chef de la victime partielle.

- L'article 8 introduit la notion de harcèlement et de harcèlement sexuel. Le deuxième paragraphe constitue une avancée par rapport aux directives, en assimilant au harcèlement la menace de discrimination.

Le manque d'aménagements appropriés pour des personnes handicapées est abordé dans deux articles différents, à savoir l'article 8 paragraphe 2 ainsi que l'article 9. Pour des raisons de simplification, il serait utile de concentrer les dispositions relatives aux personnes handicapées dans un seul article, en l'occurrence l'article 9.

- En considérant l'incitation à la discrimination (article 10) et la ségrégation (article 11) comme étant des formes de discrimination, le concept de discrimination de la loi est plus large que celui mentionné dans les directives communautaires 2000/43/CE et 2000/78/CE. Ces dernières se limitent, à côté de l'interdiction générale des discriminations qui est contenue dans tous les textes, à prendre en compte ceux qui « enjoignent » une discrimination.

Rappelons encore qu'il ressort de l'article 8 paragraphe 2 que même une menace de discrimination est qualifiée de harcèlement qui est en tant que tel une discrimination.

- L'article 12 fait référence à la protection contre les rétorsions, exigée notamment par les directives européennes, et définit que les mesures défavorables contre une personne qui a agi ou dont on pourrait assumer qu'elle a agi ou va agir pour se protéger contre une discrimination sont considérées comme discrimination. L'intitulé de cet article, « *victimization* », n'est pas une définition reflétant adéquatement son contenu.

- L'article 13 prévoit les discriminations aggravées à savoir celles reposant sur les motifs multiples, celles qui sont répétées ou qui durent dans le temps ainsi que celles qui ont des conséquences particulièrement dommageables.

### **3. Exceptions**

- L'article 14 introduit une exception générale à l'interdiction de la discrimination dans les cas où des causes objectivement justifiables sont inscrites dans la constitution, la loi et les traités internationaux. Une exception générale ne semble guère acceptable, surtout si elle peut être invoquée par une loi simple. Par conséquent, il conviendrait d'écarter l'exception générale basée sur les dispositions d'une autre loi.

- L'article 15 sur les exceptions spéciales précise à son alinéa 3 que le traitement différent des étrangers n'est pas une discrimination, malgré le fait que le critère de la nationalité est repris parmi les motifs de discrimination interdits à l'article 3. Il faut éclaircir les intentions du gouvernement sur cette question.

### **4. Champ d'application**

- Le champ d'application de la loi à l'article 16 couvre le champ fixé à l'article 3 de la directive 2000/43/CE sauf en ce qui concerne l'orientation professionnelle. Par rapport aux directives communautaires, les auteurs de la loi ont choisi de préciser plus en détail la liste de domaines, sans qu'on ne puisse en conclure qu'elle serait vraiment plus complète.

Le point 10 dudit article pêche par imprécision et devrait être supprimé ou être précisé de telle façon qu'on comprenne de quoi il en retourne.

La disposition sur le champ d'application gagnerait à figurer parmi les premiers articles de la loi.

### **5. Cadre institutionnel**

- L'article 17 prévoit que l'Ombudsman est l'organe en charge de la protection contre les discriminations. Le fait de charger l'Ombudsman en plus de la lutte pour l'égalité et contre les discriminations est une proposition sensée, parce qu'il s'agit d'une institution dont l'indépendance est garantie par la loi. Il semble cependant inacceptable d'étendre la compétence de l'Ombudsman à la protection contre les discriminations sans lui accorder des ressources humaines et budgétaires supplémentaires.

Il est difficilement acceptable de prévoir que la protection contre les discriminations puisse être exécutée par une autre institution comme cela est proposé dans le paragraphe 2 de cet article sans pour autant la mentionner.

Concernant la saisine de l'Ombudsman, il y aurait lieu de se référer plus spécialement aux articles pertinents de la loi sur l'Ombudsman

- En ce qui concerne ses moyens d'action, l'article 18 prévoit que l'Ombudsman peut intervenir comme tierce personne dans un procès sur demande de la personne qui se déclare victime de discrimination. Il s'agit d'une disposition positive sauf que l'Ombudsman en a la faculté sans préciser les critères en fonction desquelles il prend ou non cette décision.

## **6. Protection juridictionnelle**

### **Protection légale**

- Ce chapitre traite de la procédure disciplinaire et administrative sans préciser les conséquences des décisions administratives qu'il faudrait élucider.

### **Protection judiciaire**

- L'article 21 énonce que les affaires de discrimination doivent être instruites sans délai sans pour autant préciser si une procédure urgente est applicable.
- Le titre de l'article 22 comprend le terme « suits » qui est incompréhensible, le cas échéant, pour une raison de traduction.
- L'article 24 précise des mesures provisoires qui peuvent être prises avant toute procédure ou en cours d'instance et l'article 27 traite l'exécution provisoire nonobstant appel dans certaines affaires.
- Quant aux exigences concernant la charge de la preuve, l'article 25 prévoit un partage de ladite charge de la preuve, c'est-à-dire que la partie demanderesse rapporte la preuve de faits qui constituent selon elle la discrimination, la partie défenderesse devant prouver que lesdits faits ne constituent pas de discrimination. Cette disposition satisfait à une des exigences principales de la directive à condition que le terme anglais « present » corresponde bien au terme « établi » en français.
- L'article 26 introduit la possibilité d'intervention à côté de la victime et de l'accord de celle-ci, des associations, organisations, ou d'une personne physique concernées par la discrimination en précisant qu'elles doivent supporter les frais de leur intervention
- L'article 29 traite aussi de l'intervention des associations à titre de partie civile avec les droits attachés à cette qualité, alors que les personnes morales ne sont pas mentionnées à l'article définissant les victimes possibles.

## **7. Les sanctions pénales**

- Le taux des amendes ne permet pas de savoir si ce sont des sanctions graves. Ce serait un élément à contrôle sur place en demandant quelles autres infractions comportent des sanctions similaires. La différence du taux des peines entre infraction de gravité mineure, moyenne ou majeure permettrait de se faire une idée sur cette question.

## **8. Entrée en vigueur**

- Article 35 : Concernant l'entrée en vigueur il est curieux de faire une différence entre entrée en vigueur et application de la loi, cette dernière étant fixée à 3 mois après l'entrée en vigueur. Il serait opportun de remplacer cette disposition par une entrée en vigueur à date fixe qui elle est indépendante de la publication de la loi qui doit la précéder.