



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 19 décembre 2008

Avis no. 486 / 2008

CDL-AD(2008)042
Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS

**SUR LE PROJET DE LOI
SUR LA PROTECTION CONTRE LA DISCRIMINATION**

de « l'ex-République yougoslave de Macédoine »

**Adopté par la Commission de Venise
à sa 77^e session plénière
(Venise, 12-13 décembre 2008)**

sur la base des observations de

**M^{me} Lydie ERR (membre, Luxembourg)
M. Fredrik SEJERSTED (membre suppléant, Norvège)**

I. Introduction

1. *Par une lettre datée du 16 juin 2008, M. Meskov, alors ministre du Travail et de la Politique sociale de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », a demandé l'expertise de la Commission de Venise au sujet du projet de loi sur la protection contre la discrimination (CDL(2008)135).*
2. *Les autorités macédoniennes ont fait une demande analogue au BIDDH/OSCE.*
3. *La Commission de Venise a reçu un premier projet qui avait été envoyé en août, mais qui comportait plusieurs incohérences. Elle en a reçu un autre en septembre, très révisé, ci-après dénommé le « projet de septembre » sur lequel reposent les observations des rapporteurs.*
4. *M. Sejersted, membre suppléant de la Commission de Venise au titre de la Norvège, et M^{me} Err, membre de la Commission de Venise au titre du Luxembourg, ont été nommés rapporteurs et ont présenté leurs observations (CDL(2008) 143 et CDL(2008) 136 respectivement).*
5. *La Commission de Venise et le BIDDH de l'OSCE ont décidé d'effectuer une mission d'étude à Skopje. M. Sejersted et M^{me} Martin de la Commission de Venise et M. Nasrin Kahh, conseiller juridique au service du BIDDH spécialisé dans la tolérance et la non-discrimination, se sont rendus à Skopje du 24 au 26 novembre 2008.*
6. *La mission a été remarquablement organisée par la mission de l'OSCE à Skopje (SMMMS OSCE) ; la délégation remercie tout particulièrement M^{me} Zaneta Stojkova, chargée de la question de la prééminence du droit au niveau national. Des réunions se sont tenues avec le ministère à l'échelon politique et administratif, avec le Bureau du médiateur, avec des représentants d'ONG de premier plan, ainsi qu'avec le Directeur du Bureau du Conseil de l'Europe à Skopje et des représentants de la SMMMS de l'OSCE ont communiqué des informations détaillées à la délégation à l'avance et participé aux réunions et aux discussions.*
7. *La mission d'étude a été très utile et a permis de saisir la complexité du contexte national, de comprendre le processus législatif et les problèmes et les enjeux essentiels de l'adoption officielle et de la mise en œuvre effective de la nouvelle législation contre la discrimination dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine ».*
8. *L'avis ci-après a été rédigé sur la base des observations des rapporteurs et des informations réunies au cours de la mission ; il a été adopté par la Commission de Venise à sa 77^e session plénière (Venise, 12-13 décembre 2008).*

II. Informations générales

A. Le projet de loi

9. *Au cours de la mission, la délégation a été informée par le ministère que le projet de loi examiné (le « projet de septembre ») n'était plus le projet officiel définitif de la nouvelle loi contre la discrimination. En fait, une nouvelle version datant de novembre, qui n'est pas encore officielle et n'est disponible qu'en macédonien, a, d'après les autorités, été élaborée à la suite de six débats publics organisés dans le pays ces dernières semaines.*
10. *Les autorités doivent organiser, prochainement, un septième et dernier débat public à Skopje. Une fois cette procédure publique achevée, le ministère pourrait envisager d'autres modifications et la proposition finale devrait ensuite être présentée par le gouvernement ou le parlement (d'ici à la fin de 2008) en vue de son adoption bien avant les élections locales et présidentielle de mars 2009.*

11. En accord avec le BIDDH de l'OSCE, il a été décidé que la Commission de Venise évaluerait le « projet de septembre » et n'attendrait pas la dernière proposition officielle du gouvernement.

12. Il en est ainsi premièrement parce que ce projet est celui qui a été envoyé officiellement à la Commission de Venise et deuxièmement, et ce qui est plus important, parce que les autorités pourront ainsi suivre les recommandations de la Commission de Venise avant de soumettre la proposition définitive au parlement.

13. Pour sa part, le BIDDH de l'OSCE interviendra à un stade ultérieur en évaluant la proposition finale qui sera présentée au parlement et verra s'il a été tenu compte de l'avis de la Commission de Venise.

14. Le projet de loi a été présenté par les autorités dans le cadre du programme national pour l'intégration dans l'Union européenne.

B. La situation dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine »

15. « L'ex-République yougoslave de Macédoine » ne dispose pas de loi générale contre la discrimination, ce que plusieurs institutions internationales dont la Commission européenne et l'ECRI, ont critiqué¹.

16. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a aussi précisé récemment que la situation dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine » en matière de discrimination laissait beaucoup à désirer, d'où la nécessité d'améliorer la base législative pour lutter contre la discrimination et de prendre des mesures concrètes substantielles dans ce domaine².

III. Observations générales

17. L'avis ci-après sur le projet de loi sur la protection contre la discrimination a été élaboré compte tenu des normes du Conseil de l'Europe, en particulier de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme³ (CEDH), de son Protocole 12⁴, de la Charte sociale européenne et des directives de l'UE contre la discrimination⁵, et une attention particulière a été accordée aux documents de l'ECRI (Recommandation n° 7 de 2002) concernant la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale.

1. Voir notamment le « rapport d'activité 2008 sur « l'ex-République yougoslave de Macédoine » » présenté par la Commission européenne le 5 novembre 2008 (SEC(2008)2695 final), et le 3^e rapport sur « l'ex-République yougoslave de Macédoine » adopté par l'ECRI en juin 2004, cf. CRI(2005)4. Un nouveau rapport de l'ECRI est prévu en 2009 pour adoption en 2010.

2. Voir le rapport du 11 septembre 2008 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, M. Thomas Hammarberg, sur sa visite dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine », 25-29 février 2008 (CommDH(2008)21).

3. L'article 14 de la CEDH dispose:

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

4. L'article 1 du Protocole 12 à la CEDH est libellé comme suit :

« Article 1 : Interdiction générale de la discrimination

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique, quelle qu'elle soit. »

5. Notamment la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 du Conseil 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 la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

18. L'avis ci-après ne doit *pas* être considéré comme une tentative visant à déterminer si le projet de loi constitue une mise en œuvre complète et correcte des directives de la CE 2000/43 relative à la discrimination raciale et 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, d'après les critères du droit communautaire, ce qui ne relèverait ni du domaine de compétence de la Commission de Venise, ni de ses travaux.

19. Au niveau constitutionnel, une disposition générale sur le principe d'égalité figure à l'article 9⁶.

20. Le projet de nouvelle loi générale « sur la protection contre la discrimination » présenté à ce jour par les autorités est une étape importante dans la lutte contre la discrimination et dans l'amélioration de la protection normative contre la discrimination dans le pays.

21. L'ambition d'adopter une loi générale interdisant toutes sortes de discrimination doit être saluée, car elle est conforme aux recommandations de l'ECRI et aux observations formulées par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe en septembre 2008, ainsi qu'au « rapport d'activité de l'UE sur la Macédoine » présenté par la Commission européenne en novembre 2008.

22. Le projet de loi est bien structuré et compte 8 parties regroupant 35 articles.

23. Cela étant, de très nombreux points demeurent problématiques et font de ce projet un texte relativement complexe, très abstrait et général, qui laisse une trop grande marge d'appréciation et ne répond pas, à ce stade, aux normes internationales. On peut aussi se demander si sous sa forme actuelle, le projet peut effectivement être appliqué et servir concrètement à réduire la discrimination dans le pays.

24. Outre les observations particulières relatives à plusieurs dispositions du projet, qui seront développées ci-dessous (paragraphe 36 à 114), la nature même du sujet appelle un examen complémentaire, distinct et général de la procédure et de la technique législative ainsi que de la mise en œuvre de la loi.

25. En principe, et de l'avis de la Commission de Venise, il pourrait être souhaitable, dans le contexte d'une législation contre la discrimination, d'associer la société civile.

26. La procédure législative qui a débouché sur le projet actuel semble avoir manqué de transparence et ne pas avoir associé la société civile. De fait, d'après les discussions que la délégation a eues avec des représentants d'ONG à Skopje, « le projet de septembre » n'est pas le produit du groupe de travail constitué au début de 2008, et auquel un certain nombre d'ONG, réunies en une « coalition » informelle de lutte contre la discrimination, avaient été invitées à participer par le ministère du Travail et de la Politique sociale.

27. Il semble que si les ONG ont été consultées en théorie, le « projet de septembre » ne tient compte d'aucune de leurs observations et montre qu'elles n'ont guère eu d'influence sur la rédaction et la teneur de la loi.

28. Si la Commission de Venise ne peut que se féliciter du fait que les ONG ont été invitées à participer activement au processus de travail, la transparence et la légitimité de la procédure législative demeurent discutables si cette procédure n'est pas menée de bonne foi de manière à tenir compte des contributions et des observations des ONG.

6. L'article 9 de la Constitution dispose : « Les citoyens de la République de Macédoine sont égaux dans leurs libertés et droits, indépendamment de leurs sexe, race, couleur de peau, origine nationale et sociale, convictions politiques et religieuses, situation sociale et fortune ».

29. En ce qui concerne la technique juridique, le projet présenté par le ministère est un texte court relativement abstrait qui laisse une grande marge d'interprétation et d'appréciation (administrative et judiciaire). Premièrement, il énonce une interdiction très large, recouvrant toutes sortes possibles de discrimination. Deuxièmement, les exceptions sont aussi larges et générales, ce qui laisse une très grande marge de manœuvre à ceux qui appliquent la loi.

30. La question de savoir si une loi sur la discrimination devrait être abstraite ou concrète dépend de la culture et du contexte juridique du pays, de la situation de la communauté juridique nationale, de l'administration et des juridictions.

31. Toutefois, l'évaluation de tout projet en fonction des normes internationales comprend celle de la sécurité juridique du projet et d'un cadre approprié pour une mise en œuvre et un fonctionnement véritables de la loi.

32. La Commission de Venise est donc d'avis que si le corps législatif doit adopter une loi contre la discrimination aussi ouverte et générale que le « projet de septembre », il conviendrait de rédiger un exposé des motifs ou toute autre sorte de texte faisant autorité sur la manière dont la loi devrait être interprétée et appliquée. Cet exposé devrait aussi comporter des références, des renvois et des liens vers d'autres parties de la législation nationale et vers les sources applicables du droit et des normes au niveau international et européen.

33. De plus, le choix d'une autre technique juridique qui allongerait et préciserait le texte, en essayant de résoudre, du point de vue législatif, autant de questions que possible et en ne laissant guère de possibilités d'interprétation et d'appréciation, pourrait aussi être envisagé⁷ par les autorités, d'autant que les ONG doutent de la capacité des juridictions nationales d'élaborer et d'appliquer effectivement une loi générale et abstraite contre la discrimination, ce que semble confirmer l'évaluation générale du système judiciaire macédonien faite par des observateurs internationaux, notamment le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁸.

34. Toujours est-il que le projet de loi devrait être harmonisé et renvoyer à d'autres textes applicables, comme le Code pénal, le Code civil, la loi sur les infractions mineures, la loi sur l'égalité des sexes, celles sur l'emploi et la liberté de religion et les règles générales relatives à la procédure administrative et judiciaire.

35. Pour finir, la Commission de Venise est d'avis que dans le domaine de la lutte contre la discrimination, il importe non seulement de disposer d'une bonne législation mais aussi de veiller à ce que cette législation soit mise en œuvre correctement et efficacement. Si l'approche juridique est capitale, le renforcement des institutions chargées d'appliquer la loi et de prendre des mesures administratives globales est tout aussi essentiel.

IV. Observations particulières relatives au "projet de septembre"

A. Partie I – Observations générales

36. L'article 1 dispose que la loi « régit et défend le droit à l'égalité et assure une protection contre toutes les formes de discrimination ».

7. Pour une analyse relativement critique de la rédaction de lois dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine » en général, voir le document du BIDDH de l'OSCE – Law Drafting and Regulatory Management in « the former Yugoslav Republic of Macedonia » 099/2007 du 23 novembre 2007.

8. Voir son rapport du 11 septembre 2008, paragraphes 29 à 43, selon lesquels « les parties prenantes tant nationales qu'internationales ont souvent décrit le pouvoir judiciaire du pays comme étant faible et inefficace ; de plus, il est largement perçu comme étant entaché de corruption et comme étant soumis à l'influence des politiques » (30). D'après le rapport, plus d'un million d'affaires sont en suspens, ce chiffre est étonnant dans un pays qui compte deux millions d'habitants.

37. Il s'agit là d'un début dont il faut se féliciter. La Commission de Venise note aussi avec satisfaction que le projet mentionne le « droit à l'égalité » et ce faisant, va au-delà du libellé de l'article 14 de la CEDH qui ne mentionne pas le principe d'égalité en tant que tel.

38. Les **articles 1 et 2** présentent des similitudes, car ce dernier renvoie aux droits garantis par la Constitution du pays et par les traités internationaux. Ces deux articles pourraient être regroupés.

39. L'**article 3** régit ce qu'il est convenu d'appeler la « base discriminatoire », c'est-à-dire les critères d'établissement de la discrimination. La liste est très longue (17 critères) et recouvre non seulement les aspects fondamentaux traditionnels comme la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité et l'origine ethnique mais aussi des facteurs comme l'origine sociale, l'éducation, l'orientation politique, le statut social, l'orientation sexuelle, l'incapacité, l'âge, etc.

40. Le projet va ainsi au-delà de ce qui est exigé dans des textes donnés de droit international souple et contraignant et recouvre probablement tous les domaines de discrimination possibles. La Commission de Venise s'en félicite.

41. Les rédacteurs devraient cependant tenir compte du fait qu'une telle approche peut comporter un risque : en effet la notion de discrimination risque d'être diluée, ce qui pourrait affaiblir la protection contre des actes discriminatoires plus graves.

42. De plus, le critère de nationalité mentionné dans le projet semble contredire les dispositions de l'article 15.3 du projet selon lesquelles les différences de traitement envers les étrangers ne sont pas considérées comme une discrimination. Il conviendrait à ce sujet de préciser les intentions des rédacteurs.

43. De plus, en ce qui concerne la version anglaise du projet, l'expression « political orientation » devrait être remplacée par l'expression « political conviction » et celle de « family or marital condition » par « family or marital status ».

44. L'**article 4** dispose que la loi « assure une protection contre la discrimination à toutes les personnes physiques en République de Macédoine ». En d'autres termes, la protection n'est pas réservée aux ressortissants, ce dont la Commission de Venise se félicite.

45. Le libellé de cet article semble cependant indiquer que les personnes ou entités morales (associations, organisations, entreprises, etc.) sont exclues. Même si la protection des personnes physiques est la plus importante, la Commission de Venise recommanderait d'étendre la protection aux personnes et entités morales.

46. Le projet de loi donne à penser à plusieurs reprises que l'obligation de ne pas opérer de discrimination s'applique aux autorités publiques et aux personnes (physiques et morales) bien que les premiers articles de la loi ne l'indiquent pas expressément. L'article 5 mentionne exclusivement les autorités publiques.

47. La Commission estime qu'il faudrait indiquer, par exemple à l'article 4, que la discrimination est interdite pour « toutes les autorités publiques et privées ». Si la Commission sait qu'en matière de racisme, une telle obligation s'étend à toutes les personnes physiques et morales, elle considère que dans d'autres domaines, certains types de différences de traitement par des personnes physiques, qui pourraient fort bien être perçus comme une discrimination, ne sont pas interdits par les normes internationales actuelles.

48. L'article 6 définit les quatre expressions suivantes : « mesures positives », « groupes marginalisés », « orientation sexuelle » et « harcèlement sexuel ». S'il faut se féliciter, dans son principe, de l'intention des rédacteurs de définir les notions retenues dans le projet de loi, le libellé et la position actuels de ces dernières pourraient être améliorés.

49. En ce qui concerne l'action positive, la Commission de Venise proposerait de consacrer l'article 6 à la seule définition de cette importante notion qui actuellement n'est désignée dans cet article que sous l'appellation de « mesures positives » et de « discrimination positive » et qui est considérée comme une exception à l'article 15.2 du projet actuel. La définition pourrait être inspirée des recommandations de l'ECRI et des directives de la CE⁹.

50. De plus, d'après la politique de l'ECRI, l'emploi de l'expression ou de la notion de « discrimination positive » telle qu'elle figure dans le présent projet devrait être évité¹⁰.

51. La définition pourrait aussi rappeler en particulier que les « mesures positives » ne sont pas contraires au principe d'égalité tant qu'elles sont temporaires et qu'elles visent à venir à bout d'une discrimination existante.

52. En ce qui concerne les autres définitions, étant donné que la partie suivante sur les « formes de discrimination » donne aussi un certain nombre de définitions, la Commission de Venise proposerait de mieux harmoniser ces parties.

53. De plus, les deux premières définitions ne semblent intéressantes que par rapport à l'exception spéciale prévue au paragraphe 12 de l'article 15, auquel cas, elles devraient être reliées plus clairement à cette disposition.

54. La définition d'un « groupe marginalisé » n'est pas tout à fait claire, pas plus que ne l'est celle de l'« orientation sexuelle ». Dans l'ensemble, il semble que de nombreuses questions relatives à la discrimination au motif de l'« orientation sexuelle » ne soient pas réellement réglées par le projet.

55. La Commission de Venise recommanderait en conséquence d'améliorer l'énoncé de la définition des « groupes marginalisés » et de l'« orientation sexuelle ».

56. En ce qui concerne le « harcèlement sexuel », la condition selon laquelle le préjudice doit être intentionnel n'est pas satisfaisante. Les mots « dont le but est de causer un préjudice » devraient être modifiés, par exemple en introduisant la notion « dont l'objet ou l'effet est de... ».

9. 2000/43/CE : Article 5. Action positive. Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. 2000/78/CE : Article 7. Action positive. 1. Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er}. 2. En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des Etats membres de maintenir ou d'adopter des 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.

10. L'ECRI ne renvoie jamais à l'expression ou à la notion de « discrimination positive » telle qu'elle est employée dans le projet actuel pour deux grandes raisons. Premièrement, juridiquement, l'expression « discrimination positive » n'a pas de sens. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la discrimination est une différence de traitement injustifiée. Ainsi, si une différence de traitement est justifiée (comme l'action positive l'est toujours), il ne peut y avoir de discrimination. Deuxièmement, politiquement, l'expression « discrimination positive » envoie le mauvais message : lorsqu'elle est définie comme une discrimination, l'action positive est automatiquement discréditée aux yeux du public.

57. Il serait aussi bon d'améliorer l'harmonisation avec le corps du projet. Par exemple la partie sur le « harcèlement sexuel » devrait figurer à l'article 8 sur le « harcèlement ».

B. Partie II – Formes de discrimination

58. La partie II du projet comprend les articles 7 à 13 qui ont trait à la « discrimination directe et indirecte », au « harcèlement », à l'« incitation », à la « ségrégation », à la « victimisation » et à la « discrimination aggravée ». Une disposition (9) porte aussi sur l'incapacité. Des « formes » différentes de discrimination sont définies et certaines questions spécifiques sont réglementées, dont la disposition sur l'incapacité de l'article 9.

59. Les définitions de la discrimination directe et indirecte données à l'**article 7** ne semblent s'inspirer qu'en partie de celles des Directives 43/2000 et 78/2000 de la CE, car elles sont plus détaillées, ce qui pourrait donner lieu à des difficultés d'interprétation inutiles.

60. La Commission de Venise conseillerait donc de suivre les définitions de la discrimination raciale de L'ECRI¹¹, ce qui permettrait aussi d'introduire la notion d'« apparemment neutre » dans la définition de la discrimination indirecte, attendu que le libellé actuel restreint la disposition au « contenu neutre ».

61. De plus, le libellé des recommandations de l'ECRI permettrait d'introduire la notion de « différence de traitement justifiable objectivement » dans la définition de la discrimination directe et indirecte, sous réserve d'un examen rigoureux de la proportionnalité, et remettrait donc en cause la nécessité de l'« exception générale » prévue à l'article 14 qui, sous sa forme actuelle, est une exception bien trop vaste qui se prête à diverses interprétations.

62. L'**article 8** sur le harcèlement pourrait être amélioré. La notion d'« objet ou effet » devrait être introduite dans le premier paragraphe en remplacement de celle de « but ».

63. Le fait que le harcèlement puisse être considéré comme une menace de discrimination est une approche progressiste des directives européennes, ce dont il faudrait se féliciter.

64. Une disposition sur les personnes handicapées figure dans la dernière partie du deuxième paragraphe. Il conviendrait de l'insérer dans l'article 9 sur la discrimination à l'égard des « personnes ayant un handicap intellectuel ou physique », ce qui permettrait de regrouper toutes les règles particulières sur les personnes handicapées.

65. Les règles de l'**article 9** relatives aux personnes handicapées vont particulièrement loin, car elles font de la non-adaptation de l'architectonique des lieux publics aux besoins des personnes handicapées une forme de « harcèlement ». L'intention est bonne et il conviendrait probablement de s'en féliciter.

66. Cela étant, il s'agit en même temps d'un exemple de risque d'affaiblissement du poids de la législation par une tentative de couvrir, dans une seule et même série de dispositions, des situations aussi différentes que des cas graves de discrimination ethnique et raciale ou l'absence d'adaptation architecturale des lieux publics aux personnes handicapées. Les rédacteurs sont invités à tenir compte de cette faiblesse.

11. Les définitions de L'ECRI sont les suivantes :

Par « discrimination raciale directe », on entend toute différence de traitement fondée sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, qui manque de justification objective et raisonnable. Une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable si elle ne poursuit pas un but légitime ou si un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé fait défaut. Par « discrimination raciale indirecte », on entend le cas où un facteur apparemment neutre tel qu'une disposition, un critère ou une pratique ne peut être respecté aussi facilement par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, ou désavantage ces personnes, sauf si ce facteur a une justification objective et raisonnable. Il en est ainsi s'il poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

67. Les **articles 10, 11 et 12** élargissent la notion de discrimination à l'« incitation », à la « ségrégation » et à la « victimisation ». Il convient de s'en féliciter, car cela va au-delà des directives de la CE.

68. La définition de la « victimisation » à l'**article 12** n'est pas facile à comprendre et pourrait être améliorée en s'inspirant de la définition donnée dans les directives de la CE. De plus, le titre « victimisation » ne reflète pas bien la teneur de la disposition.

69. La disposition de l'**article 13** sur la forme aggravée de discrimination est en soi satisfaisante, mais n'est reliée à rien et sa fonction n'est pas claire. Elle devrait être reliée au niveau des sanctions.

Partie III – Exceptions à la discrimination

70. La partie relative aux « exceptions » se compose d'un article 14 intitulé « exceptions générales » et d'un article 15 relativement long dans la mesure où il énumère douze « exceptions spéciales ».

71. L'« exception générale » de l'**article 14** est beaucoup trop vaste et se prête à diverses interprétations ; elle devrait donc, sous sa forme actuelle, être supprimée.

72. Si un article de cette nature doit être conservé, il devrait être plus précis et circonscrit, (i) en définissant ce que pourrait être une cause « justifiable objectivement », et (ii) en introduisant une exigence générale et rigoureuse de proportionnalité, soumise à un contrôle juridictionnel.

73. La liste des douze « exceptions spéciales » figurant à l'**article 15** pose aussi un problème à plusieurs égards. Le libellé n'est pas clair et la forme diffère d'une exception à l'autre. De plus, de nombreuses exceptions sont formulées de manière très vague, la troisième par exemple, et elles sont aussi difficilement conciliables avec l'article 3 (voir les paragraphes 39 à 43 ci-dessus). Un autre exemple est la neuvième selon laquelle toute différence de traitement des personnes handicapées « conformément à la loi » n'est pas considérée comme une discrimination, ce qui paraît peu compatible avec l'article 9. Plusieurs « exceptions spéciales » semblent en outre inutiles s'il est fait référence à une différence de traitement justifiée objectivement (et proportionnelle) dans la définition de la « discrimination » en tant que telle.

74. Pour finir, bon nombre des « exceptions spéciales » renvoient à une sorte ou une autre d'« action positive ». Comme indiqué au paragraphe 61 ci-dessus, il serait préférable à ce sujet de consacrer une disposition générale à l'action positive en tant que telle, inspirée des recommandations de l'ECRI et des directives de la CE, avec une définition rigoureuse et précise.

75. La Commission de Venise est d'avis que toute la partie sur les « exceptions » (articles 14 et 15) devrait être revue en profondeur, restreinte et précisée et assujettie à un principe général de proportionnalité.

76. De plus, comme indiqué au paragraphe 32 ci-dessus, un exposé des motifs ou un autre texte faisant autorité devrait expliquer ce que les exceptions signifient et indiquer comment et quand elles pourraient être appliquées par les autorités publiques et par les personnes physiques et morales.

Partie IV – Champ d'application

77. La partie IV du projet « champ d'application » se compose de l'**article 16**, dont le but semble être de réduire le champ d'application de la loi aux neuf domaines expressément indiqués, auxquels s'ajoute la dixième possibilité, à savoir l'application également aux « autres domaines prévus par la loi ».

78. Il est particulièrement difficile de savoir à partir du texte si la limitation du champ d'application vaut pour les autorités publiques et pour les personnes et les entités privées, si ne sont visés que les neuf secteurs indiqués, auquel cas plusieurs domaines importants de la sphère publique par exemple seraient exclus du « champ d'application » et exposés à la discrimination (par exemple échanges et commerce, marchés publics, énergie, agriculture, forces armées et tous les autres secteurs qui ne figurent pas sur la liste).

79. De l'avis de la Commission de Venise, la teneur et l'objet de l'article 16 et la manière dont une telle réduction du « champ d'application » peut être légitime non seulement suscitent de graves inquiétudes à plusieurs égards mais empêcheraient aussi toute harmonisation avec les normes européennes et juridiques.

80. En ce qui concerne les normes internationales, la Commission de Venise rappelle aux autorités nationales que la liste figurant au paragraphe 7 de la Recommandation n° 7 de l'ECRI désigne les secteurs qui devraient « notamment » être visés par l'interdiction de la discrimination. En d'autres termes, il s'agit de secteurs jugés particulièrement importants dans une perspective de lutte contre la discrimination mais l'interdiction générale ne devrait naturellement pas s'y limiter.

81. De plus, même si les directives de la CE contre la discrimination contiennent aussi des listes des secteurs auxquels elles s'appliquent, cela ne signifie pas que les règles nationales contre la discrimination devraient être limitées de la même manière, ni qu'elles le peuvent, si elles doivent être conformes à d'autres normes juridiques européennes. Le législateur européen n'a pas de compétence législative générale, il n'est compétent que dans les domaines couverts par l'UE ou, pour être plus précis, par le traité de la CE.

82. En conséquence, la Commission de Venise recommanderait vivement de supprimer l'article 16 à moins qu'il ait une signification différente de celle qu'il semble avoir sous sa forme actuelle.

83. De plus, si une disposition doit être consacrée au « champ d'application », elle devrait être conforme aux normes de l'ECRI et souligner que la loi s'applique à toutes les autorités publiques ainsi qu'aux personnes physiques et morales, des secteurs public et privé, dans tous les domaines.

84. D'un point de vue technique, un article sur le champ d'application devrait figurer au début de la loi, par exemple après l'article 3, suivant ainsi la structure des directives européennes applicables. L'article 4 actuel pourrait être inséré dans cet article, car il traite aussi du champ d'application du projet de loi.

Partie V – Cadre institutionnel

85. D'après l'**article 17** du projet, le médiateur doit être, « dans le cadre de ses compétences », l'« organe chargé de la protection contre la discrimination ».

86. Dans le domaine de la lutte contre la discrimination, on s'accorde généralement à reconnaître qu'outre les institutions ordinaires (autorités publiques ordinaires et juridictions), un organe spécialisé indépendant est nécessaire.

87. Sur ce point, la Recommandation n° 7 de l'ECRI dispose que :

« 24. La loi doit instituer un organe spécialisé indépendant pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale au niveau national (ci-après : organe national spécialisé). La loi doit prévoir parmi les compétences conférées à un tel organe national spécialisé : l'assistance aux victimes ; le pouvoir de mener des enquêtes ; le droit d'agir en justice et d'intervenir dans les procédures judiciaires ; le suivi de la législation et les conseils aux pouvoirs législatif et exécutif ; la sensibilisation de la société aux problèmes du racisme et de la discrimination raciale et la promotion de politiques et pratiques visant à assurer l'égalité de traitement ».

88. En principe, la Commission de Venise serait donc favorable à la création d'organes spécialisés pour lutter contre la discrimination conformément à la Recommandation n° 7 de l'ECRI.

89. C'est aussi ce qu'a recommandé la coalition des ONG qui souhaite un nouvel organe spécialisé, conformément aux recommandations de l'ECRI¹².

90. Cela étant, le principe d'un organe spécialisé pour lutter contre la discrimination doit être apprécié compte tenu du contexte national et du stade de développement administratif de « l'ex-République yougoslave de Macédoine ». Il conviendrait notamment de tenir compte de l'avis du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, M. Hammarberg, qui à ce sujet « propose de simplifier les structures en se concentrant sur le renforcement de celles qui existent déjà ».

91. Il n'est pas certain que l'institution du médiateur soit la mieux placée pour faire face aux problèmes que pose la lutte contre la discrimination, et ce pour plusieurs raisons.

92. Premièrement, le médiateur n'a pas les compétences que l'ECRI juge nécessaires, ni pour ce qui est de l'administration, ni par rapport aux personnes privées (et ce tout particulièrement).

93. Deuxièmement, confier à l'institution actuelle du médiateur la protection contre la discrimination, en plus de ses autres fonctions, supposerait des changements juridiques allant au-delà de ce qui a été envisagé jusqu'à présent, soit à l'article 17 du projet, soit dans la loi sur le médiateur. Il faudrait au moins modifier la loi actuelle relative au statut du médiateur¹³.

94. Pour finir, on doit se demander si la possibilité d'adapter et d'accroître les compétences du médiateur, notamment par rapport aux personnes privées, n'appellerait pas des modifications de la Constitution, car le libellé de l'article 77 de cette dernière semble limiter les compétences du médiateur à la sphère publique¹⁴.

95. Cela dit, la Commission de Venise pourrait, à condition que cela soit possible constitutionnellement, juger acceptable pour le moment de confier la responsabilité de la protection contre la discrimination au médiateur - sous réserve (i) que l'institution du

12. Elle propose un nouveau comité spécialisé pour la protection contre la discrimination et a élaboré des projets de dispositions sur la composition et les compétences de cet organe dans le cadre de ses observations du 25 septembre 2008.

13. D'après le paragraphe 31 de la note sur la visite d'information du Président de la Commission, le médiateur, M. Memeti, a aussi fait part de la nécessité de réviser la loi actuelle. Voir AS/Mon(2008)31 rev.

14. L'article 77 de la Constitution dispose : « L'Assemblée élit le médiateur.

Le médiateur défend les droits constitutionnels et légaux des citoyens lorsque ces droits sont violés par les organes de l'administration d'Etat ou par d'autres organes et organismes détenant le pouvoir public.

Le médiateur est nommé pour une période de huit ans, avec droit à une réélection. Les conditions d'élection et de révocation, les compétences et le fonctionnement du médiateur sont définis par la loi. »

médiateur soit renforcée et dotée des ressources humaines et budgétaires nécessaires pour s'acquitter de ses nouvelles tâches, (ii) que ses compétences juridiques soient adaptées aux nouveaux enjeux, et (iii) qu'elle soit réorganisée pour qu'en son sein un nombre suffisant de personnes aient pour tâche unique ou principale la lutte contre la discrimination.

96. S'il n'est pas satisfait à ces critères, la structure institutionnelle actuelle ne sera pas, de l'avis de la Commission de Venise, suffisamment bonne pour garantir que la loi est appliquée et suivie à un niveau compatible avec les normes européennes.

97. De plus, l'article 17.2 laisse ouverte la possibilité de confier la protection contre la discrimination à un « autre organe prévu par la loi ». De l'avis de la Commission de Venise, si un autre organe doit se charger des questions de discrimination, il faudrait aussi qu'il soit désigné dans le projet actuel¹⁵.

98. Il convient de se féliciter de la possibilité laissée au médiateur, à l'article 18, de décider de participer, à la demande d'une victime, à une procédure judiciaire. Cela étant, le projet de loi pourrait préciser plus avant les critères d'une telle décision.

Partie VI – Protection juridictionnelle

99. La partie VI du projet sur la « protection juridictionnelle » compte une disposition sur la responsabilité disciplinaire (19), une autre sur la protection dans le cadre de la procédure administrative (20) et un certain nombre de dispositions (21 à 29) sur le contrôle juridictionnel de la discrimination.

100. Les dispositions relatives à la responsabilité disciplinaire, c'est-à-dire l'**article 19**, et aux procédures administratives sont très brèves et seraient, de l'avis de la Commission de Venise, efficaces et opérationnelles uniquement si elles renvoyaient de manière plus complète au droit administratif général sur cette question. Des renvois seraient aussi nécessaires.

101. Pour ce qui est de la disposition sur la procédure administrative de l'**article 20**, la Commission de Venise recommanderait d'ajouter une disposition sur la possibilité d'annuler une décision administrative et celle pour la victime d'obtenir réparation. De plus, pour que cette disposition soit pleinement opérationnelle dans la pratique, il faudrait prévoir des règles supplémentaires pour savoir dans quelle mesure la discrimination peut servir de base pour invalider un acte administratif, en connaître les conditions et déterminer si l'effet devrait être *ex tunc* ou *ex nunc*.

102. Le chapitre sur les procédures judiciaires applicables en matière de protection contre la discrimination (articles 21 à 29) gagnerait, d'une manière générale, à renvoyer aux dispositions applicables du droit procédural ordinaire.

103. L'**article 21** porte sur le droit à la protection et précise que les affaires sont traitées « sans retard ». L'ajout d'un renvoi à la possibilité d'une procédure urgente serait souhaitable.

104. L'**article 25** porte sur la charge de la preuve et semble prévoir une répartition de cette charge. Si tel est le cas, cela serait conforme aux normes énoncées dans les Directives de la CE et dans la Recommandation n° 7 de l'ECRI, ce dont la Commission de Venise se félicite.

15. Il découle des réunions avec le ministère qu'une nouvelle disposition sur la mise en place d'un « conseil » de lutte contre la discrimination figure dans le « projet de novembre ». Il semble cependant qu'il s'agisse uniquement d'un conseil chargé de coordonner la politique avec l'administration (et, il faut l'espérer, avec les ONG) et non d'une nouvelle institution ayant compétence pour recevoir des plaintes ou enquêter.

105. Cela étant, la notion de partage de la preuve pourrait être encore précisée en s'inspirant directement du libellé des Directives de la CE ou de la Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI (paragraphe 11)¹⁶.

106. L'**article 29** prévoit la possibilité pour les entités juridiques (comme les associations) de se joindre à des poursuites judiciaires dans le cadre de la protection contre la discrimination, ce dont il faut se féliciter.

107. La Commission de Venise attire cependant l'attention des rédacteurs sur le fait que les entités juridiques ne sont pas prévues dans la disposition définissant les victimes possibles (article 4). A cet égard, elle renouvelle sa recommandation d'étendre la protection à ces entités (voir les observations formulées au titre de l'article 4).

Partie VII – Sanctions en cas d'infraction mineure

108. La partie VII porte sur les « sanctions en cas d'infraction mineure ». Ses cinq articles (30 à 34) décrivent dans le détail les amendes prévues selon la forme que prend la discrimination. Le texte indique le montant des amendes en euros et les différentes catégories d'auteurs d'infractions (personnes privées, professionnels, entités juridiques) qui sont cependant trop nombreuses.

109. D'un point de vue juridico-technique, la Commission de Venise recommanderait d'améliorer ces articles, en particulier pour ce qui est des procédures (qui décide du montant des amendes, selon quelles procédures, etc.).

110. De plus, fixer dans une loi le montant exact de l'amende pourrait poser des problèmes, car il faudrait passer par une procédure législative complète pour modifier le montant de l'amende en fonction de la situation économique, en cas d'inflation par exemple. La Commission de Venise invite les rédacteurs à se tourner vers d'autres méthodes.

111. En ce qui concerne le montant, la Commission de Venise note que pour chaque catégorie, l'éventail est très étroit et ne permet pas de bien distinguer les faits graves des faits relativement innocents. De plus, il n'est pas tenu compte de la question de la discrimination aggravée qui fait l'objet de l'article 13. La Commission de Venise recommanderait de revoir cette question.

112. Pour finir, outre les cinq dispositions sur les amendes en cas d'infraction mineure, il n'est pas fait mention dans le projet de loi de sanctions pénales en cas de formes plus graves de discrimination.

113. Il faut de toute évidence, de l'avis de la Commission de Venise, ériger en infractions pénales les actes de discrimination particulièrement graves en allant au-delà des amendes relativement modiques prévues dans le projet de loi, ce qui est par exemple énoncé en détail aux paragraphes 18 à 23 de la Recommandation n° 7 de l'ECRI¹⁷. Si le Code pénal général

16. « 11. La loi doit prévoir que, si une personne s'estimant victime d'un acte discriminatoire a établi devant le tribunal ou toute autre autorité compétente des faits qui permettent de présumer qu'il y a eu discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination. »

17. Les paragraphes 18 à 23 de la Recommandation n° 7 de l'ECRI disposent :

IV. Droit pénal

18. La loi doit ériger en infractions pénales les comportements suivants, s'ils sont intentionnels : a) l'incitation publique à la violence, à la haine ou à la discrimination ; b) les injures ou la diffamation publiques ou c) les menaces à l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique ; d) l'expression publique, dans un but raciste, d'une idéologie qui prône la supériorité d'un ensemble de personnes en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique, ou qui calomnie ou dénigre un tel ensemble de personnes ; e) la négation, la minimisation grossière, la justification ou l'apologie publiques, dans un but raciste, de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre ; f) la diffusion ou la distribution publiques, la production ou le stockage aux fins de diffusion ou de distribution publiques, dans un but raciste, d'écrits, d'images ou d'autres supports contenant des manifestations visées

de « l'ex-République yougoslave de Macédoine » compte de telles dispositions, des renvois à ce code devraient être prévus. Si de telles dispositions n'existent pas, la Commission de Venise rappelle aux autorités nationales qu'il faudrait les introduire afin de respecter les normes de l'ECRI.

114. L'**article 35** concerne l'entrée en vigueur du projet et fait une distinction entre l'entrée en vigueur de la loi et son application, cette dernière devant intervenir trois mois après l'entrée en vigueur. Cette disposition est inhabituelle et pourrait être remplacée par une entrée en vigueur à une date précise, indépendamment de la publication de la loi au Journal officiel.

Conclusions

115. L'intention d'établir une loi générale sur la protection contre la discrimination est une étape importante dans la lutte contre la discrimination et l'amélioration de la protection normative contre la discrimination dans le pays, ce qu'il faut tout particulièrement encourager et saluer.

116. La Commission de Venise considère toutefois qu'à plusieurs égards, le projet examiné ne répond ni aux normes internationales ni aux exigences nationales permettant de donner véritablement et efficacement effet à une interdiction de la discrimination.

117. La Commission de Venise recommanderait donc vivement aux rédacteurs :

- de revoir très sensiblement le projet actuel avant d'adopter la nouvelle loi en tenant compte de ses observations et de celles du BIDDH. La coalition des ONG et la société civile devraient véritablement être associées au processus de révision ;
- de s'efforcer, d'une manière générale, de clarifier et de préciser le projet ;
- d'indiquer expressément que l'interdiction de la discrimination s'applique à toutes les autorités publiques et privées ;
- d'améliorer les définitions données dans le projet, notamment en ce qui concerne la discrimination directe et indirecte, l'action positive et la charge de la preuve ;
- de réviser le champ d'application de la loi ;
- de réduire les exceptions et d'introduire un principe général de proportionnalité ;

aux paragraphes 18 a), b), c), d) et e) ; g) la création ou la direction d'un groupement qui promeut le racisme, le soutien à ce groupement ou la participation à ses activités, aux fins de contribuer aux infractions visées aux paragraphes 18 a), b), c), d), e) et f) ; h) la discrimination raciale dans l'exercice d'une fonction publique ou d'une profession.

19. La loi doit ériger le génocide en infraction pénale.

20. La loi doit disposer que l'incitation, la complicité ou la tentative intentionnelles sont punissables dans le cas des infractions prévues aux paragraphes 18 et 19.

21. La loi doit prévoir que, pour toute infraction non visée aux paragraphes 18 et 19, la motivation raciste constitue une circonstance aggravante.

22. La loi doit prévoir que les personnes morales sont pénalement responsables des infractions visées aux paragraphes 18, 19, 20 et 21.

23. La loi doit prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour les infractions visées aux paragraphes 18, 19, 20 et 21. Elle doit également prévoir des peines accessoires ou alternatives.

- de renforcer le système institutionnel de mise en œuvre et de contrôle de la loi, de préférence par la création d'un organe spécialisé de lutte contre la discrimination, conformément aux recommandations de l'ECRI. Une autre solution consisterait à renforcer considérablement les compétences et les ressources du bureau du médiateur, au-delà de ce qui est envisagé dans le projet actuel ;
- de rédiger un exposé des motifs ou un autre texte faisant autorité sur les modalités d'interprétation et d'application de la loi ;
- d'harmoniser le projet avec d'autres textes législatifs applicables en apportant les modifications nécessaires et de renvoyer, dans le projet, à d'autres lois pertinentes.

118. La Commission de Venise demeure à la disposition des autorités de « l'ex-République yougoslave de Macédoine » pour toute assistance complémentaire.