



Strasbourg, le 12 octobre 2009

CDL-AD(2009)045

Avis no. 541 / 2009

Or. ang.

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

AVIS

SUR LE PROJET DE LOI
SUR L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION
DU MONTÉNÉGRO

Adopté par la Commission de Venise
lors sa 80^{ème} Session plénière
(Venise, 9-10 octobre 2009)

sur la base des observations de

M. Pieter van DIJK (Membre, Pays-Bas)
M. Latif HÜSEYNOV (Membre, Azerbaïdjan)

I. Introduction

1. *Par lettre du 23 mars 2009, le Ministre pour la protection des droits de l'homme et des droits des minorités du Monténégro, M. Fuad Nimani, a demandé un avis sur le projet de loi sur l'interdiction de la discrimination (CDL(2009)119).*
2. *La Commission de Venise a reçu une version anglaise du projet le 25 mai 2009.*
3. *M. van Dijk et M. Hüseyinov ont été nommé comme rapporteurs et ont présenté leurs observations (respectivement CDL (2009)121 et CDL (2009)120).*
4. *Afin d'avoir une meilleure compréhension de la situation, une mission a été organisée à Podgorica. M. Hüseyinov et Mme Martin du secrétariat se sont rendus à Podgorica les 2-3 septembre 2009.*
5. *La mission, très bien organisée par le Bureau du Conseil de l'Europe à Podgorica, a été très intéressante. La délégation a eu des entretiens constructifs avec le Ministre de la protection des droits de l'homme et des droits des minorités, M. Dinosa, Vice Président du Parlement et d'autres parlementaires, du médiateur et ses adjoints, des représentants de l'OSCE et du bureau de l'Union Européenne de Podgorica, des représentants ONG, ainsi que les membres du Groupe de travail qui ont préparé le présent projet.*
6. *La mission a permis de se faire une bonne idée du contexte national, du processus législatif engagé, des problèmes essentiels et des défis nationaux ou internationaux liés à l'adoption et à l'application effective de la nouvelle législation contre la discrimination au Monténégro.*
7. *Le présent avis a été rédigé sur la base des commentaires et des informations collectées pendant la mission d'information des rapporteurs ; et a été adopté par la Commission à sa 80^e session plénière (Venise, 9-10 octobre 2009).*

II. Contexte

8. Le Monténégro est devenu membre du Conseil de l'Europe (CdE) le 11 mai 2007.
9. Lors de son adhésion au Conseil de l'Europe, le Monténégro s'est engagé à adopter d'urgence une loi contre la discrimination¹.
10. Le Comité des Ministres a invité le Monténégro à adopter la loi sur la non-discrimination conformément aux normes du Conseil de l'Europe d'ici la prochaine période de rapport dans le cadre du suivi des progrès faits par le Monténégro par rapport aux engagements et aux obligations qu'il a contractés lorsqu'il a adhéré à l'Organisation².
11. De même, la demande d'adoption d'une « législation exhaustive en matière de lutte contre les discriminations » apparaît dans les priorités à court terme énoncées dans la Décision du Conseil du 22 janvier 2007 relative aux principes, aux priorités et aux conditions figurant dans le partenariat européen avec le Monténégro (2007/49/CE)³. Les autorités ont par

1. Voir l'Avis 261 (2007), paragraphe 19.3.12 de l'APCE : « adopter d'urgence une loi sur la non-discrimination qui garantisse qu'une personne ne doit faire l'objet d'une quelconque forme de discrimination, sous quelque motif que ce soit, qu'il se fonde sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap, 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. Voir SG/Inf (2009)13, Troisième rapport de suivi du Secrétariat (de mai 2008 à août 2009), paragraphe 71.

3. La Décision du Conseil (2007/49/CE) est disponible à l'adresse suivante :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:020:0016:01:FR:HTML>.

conséquent présenté le projet de loi dans le cadre du programme national d'intégration dans l'Union européenne.

12. Le ministre de la Protection des droits de l'homme et des droits des minorités, qui entend présenter le projet au parlement pour qu'il l'adopte dans les meilleurs délais, a élaboré le projet de loi sur l'interdiction de la discrimination.

13. Pendant la mission, la délégation a déduit des discussions qu'elle a eues avec le groupe de travail et avec des ONG qu'une seule ONG avait pris part au processus de rédaction. Toutefois, les autorités l'ont informée qu'avant la présentation du projet au parlement, un vaste débat public serait organisé.

14. De plus, les autorités ont assuré la délégation qu'avant de soumettre le projet définitif au parlement, ce dernier serait de nouveau présenté à la Commission de Venise pour qu'elle donne un avis.

III. Observations générales

15. Le présent avis relatif au projet de loi sur l'interdiction de la discrimination est formulé conformément aux normes du Conseil de l'Europe, en particulier l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴ (CEDH), son Protocole n° 12⁵, la Charte sociale européenne, les directives de l'Union européenne contre la discrimination (en particulier la Directive 2000/43/CE 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 Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail) et en accordant une attention particulière aux documents de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) et à sa Recommandation n° 7 de 2002 concernant la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale.

16. La Constitution du Monténégro comporte une disposition particulière sur l'interdiction de la discrimination. Elle interdit d'une manière générale la discrimination directe et indirecte⁶.

17. Dans son avis sur le projet de Constitution du Monténégro, la Commission de Venise s'était déjà félicitée de ce libellé qui tient compte « de la préoccupation de la Commission de Venise, qui avait estimé qu'il fallait préciser que des mesures spéciales, telles que celles qui sont

4. L'article 14 de la CEDH est libellé comme suit :

« 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. ».

5. L'article 1 du Protocole n° 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 fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».

6. L'article 8 de la Constitution est libellé comme suit : Interdiction de la discrimination

« La discrimination directe ou indirecte est interdite, quel qu'en soit le motif. La réglementation et l'introduction de mesures spéciales visant à créer les conditions de l'exercice de l'égalité nationale, de l'égalité des sexes et de l'égalité en général et la protection des personnes en situation d'inégalité ne sont pas considérées comme un acte de discrimination.

Des mesures spéciales ne peuvent être appliquées que tant que les buts dans lesquels elles ont été prises n'ont pas été atteints ».

décrites à l'article 4 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, ne sont pas considérées comme des actes de discrimination. Le libellé est donc maintenant en conformité avec la Convention-cadre. Il est aussi en conformité avec la Recommandation n° 7 (2002) de l'ECRI »⁷.

18. Outre qu'elle interdit « la discrimination directe ou indirecte quel qu'en soit le motif » (article 8(1)), la Constitution garantit à tous « l'égalité devant la loi » (article 17), « l'égalité de protection des droits et des libertés » (article 19) ainsi que l'égalité des femmes et des hommes (article 18). Elle proclame aussi qu'en cas de guerre ou d'état d'urgence, « l'interdiction de la discrimination n'est pas abolie » (article 25(3)).

19. Le présent projet de loi spécifique sur l'interdiction de la discrimination est une nouvelle étape importante dans la lutte contre la discrimination, ce dont il faut se féliciter.

20. Certaines dispositions contre la discrimination figurent dans un certain nombre de textes, dont le Code pénal, la loi sur le travail, la loi sur les droits et les libertés des minorités, la loi sur l'égalité des sexes. Il importe de veiller à ce que la nouvelle loi générale sur l'interdiction de la discrimination ne soit pas contraire à ces dispositions et soit en harmonie avec les autres règles de fond et de procédure applicables.

21. Il importe de préciser que la traduction anglaise du texte présenté à la Commission de Venise pour qu'elle l'examine est par endroits peu claire et ne semble pas toujours exacte. Certaines des observations et préoccupations formulées ci-après pourraient être dues à une interprétation erronée du sens exact du texte.

Structure du projet

22. Pour ce qui est de sa structure, le projet est relativement long mais bien structuré ; il est divisé en quatre chapitres comprenant 37 articles au total.

23. Le projet présente certaines incohérences dans l'ordre des dispositions qui pourraient nuire à sa logique et à sa compréhension. Par exemple les articles 3, 6, 7 et 8 semblent faire double emploi avec d'autres dispositions, ou du moins pourraient être combinés à d'autres.

24. L'article 6 (« Principe d'égalité ») et l'article 7 (« Interdiction de la discrimination »), qui présentent un caractère plus général, pourraient figurer dans la partie I (« Dispositions générales »). Ces articles, en particulier l'article 7 qui interdit, de manière générale, la discrimination, devrait précéder l'article 3, qui interdit la discrimination sous réserve d'action positive (« mesures spéciales »).

25. Les définitions de la discrimination directe et indirecte données à l'article 8 devraient figurer à l'article 3 (« Définition de la discrimination »).

26. L'article 13 (« Protection contre la victimisation ») pourrait être inséré dans la partie IV (« Cadre et supervision institutionnels »), car il vise à veiller à ce qu'aucune mesure de rétorsion ne soit prise contre les personnes signalant des cas de discrimination.

Contenu normatif

27. Pour ce qui est du contenu normatif, le projet actuel comporte plusieurs dispositions qui ne peuvent être considérées comme présentant un caractère normatif. A cet égard, les articles 1 et 2 auraient davantage le caractère d'un commentaire que celui d'une norme. Comme la Commission de Venise l'a déjà signalé à d'autres occasions, « selon un principe reconnu, les lois ne devraient contenir que des dispositions de caractère normatif, c'est-à-dire des éléments qui

7. Voir le document CDL-AD (2007)047, paragraphe 7.

créent des droits ou des obligations, mettent en place des organes et définissent leurs tâches et leurs compétences ou en fixent les procédures »⁸.

28. La Commission de Venise recommande en conséquence aux rédacteurs de veiller à ce que le projet de loi ne comprenne que des dispositions à caractère normatif, qui devraient être rédigées clairement et de laisser toute explication des dispositions et des procédures figurant actuellement dans la loi dans un rapport explicatif. Ce rapport serait aussi l'endroit où indiquer le contexte juridique et pratique du projet de loi, les références et les renvois ainsi que les liens vers d'autres parties de la législation nationale et vers les sources applicables du droit et des normes aux niveaux international et européen.

Technique législative

29. Les rédacteurs ont essayé de couvrir et de réglementer toutes les situations possibles de manière exhaustive. Comme la Commission de Venise l'a déjà indiqué, « la question de savoir si une loi sur la discrimination devrait être abstraite ou concrète dépend de la culture et du contexte juridiques du pays, de la situation de la communauté juridique nationale, de l'administration et des juridictions »⁹.

30. Un libellé détaillé ou concret, qui tente de résoudre autant de questions que possible sur le plan législatif, a notamment pour conséquence de ne guère laisser de liberté d'appréciation et d'interprétation aux autorités et aux juridictions pour élaborer leur stratégie et leur jurisprudence respectivement, sur la base de la loi. La question de savoir si cette conséquence peut être considérée comme un inconvénient ou comme un avantage dépend du degré de développement juridique et de la confiance qui peut être accordée aux autorités compétentes et au système judiciaire. Si dans les démocraties anciennes ou établies de longue date, un libellé détaillé pouvait être considéré comme un inconvénient, il a souvent été jugé nécessaire dans les nouvelles démocraties.

31. Parallèlement, il se trouve que les dispositions sont relativement abstraites et générales, ne renvoyant guère à d'autres textes législatifs applicables et laissant une trop grande liberté d'appréciation et d'interprétation. Les représentants des ONG que la délégation de la Commission de Venise a rencontrés pendant sa mission d'étude voient mal comment les juridictions locales pourront appliquer correctement et efficacement des dispositions aussi abstraites.

32. De fait, certains concepts et définitions clés retenus dans le projet de loi ne sont pas clairs, voire obscurs, ce qui risque d'empêcher les particuliers de tirer profit comme il convient des dispositions de la loi.

33. Enfin, si un certain nombre d'actions jugées discriminatoires dans le projet de loi ne constituent pas nécessairement une discrimination¹⁰, d'autres définitions n'évoquent pas la nécessité d'un élément discriminatoire qui serait interdit.

34. La Commission de Venise laisse aux autorités nationales le choix de la technique législative mais invite les rédacteurs à élaborer plus avant ce texte et à le rédiger de manière que les professionnels et les particuliers puissent appliquer correctement les notions et bien les comprendre.

8. Voir le document CDL-AD(2009)018, paragraphe 48.

9. Voir le document CDL-AD(2008)042, paragraphe 30.

10. Ainsi, l'esclavage et la traite des êtres humains évoqués à l'article 11 comme des « formes graves de discrimination » peuvent ou non comporter un élément discriminatoire. De même, le comportement envisagé aux articles 17, 23 et 24 n'a pas toujours un lien avec la discrimination.

Mécanismes d'application

35. Le principal point faible du projet de loi actuel est son mécanisme d'application qui est de toute évidence inadapté.

36. Les dispositions de fond de la loi mais aussi le mécanisme prévu pour protéger contre la discrimination et également veiller à ce que la législation soit appliquée de manière convenable et efficace sont essentiels pour lutter contre la discrimination raciale et les autres formes de discrimination.

37. À ce sujet, l'ECRI recommande au paragraphe 24 de sa Recommandation de politique générale n° 7 :

« 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 ».

38. Si la création d'un organe spécialisé est considérée comme la meilleure solution, le transfert des mêmes compétences à une institution qui existe déjà, qui bénéficierait des compétences décrites ci-dessus, serait tout aussi approprié.

39. Le projet ne prévoit pas la création d'un organe spécialisé dans la lutte contre la discrimination, comme l'ECRI le préconise largement.

40. Au contraire, le projet de loi accorde des pouvoirs de coercition au défenseur des droits de l'homme et des libertés (médiateur). Cela étant, l'article 26 du projet de loi qui prévoit de tels pouvoirs est plutôt court et vague. Il dispose simplement qu'il est possible de porter les plaintes auprès du médiateur en cas de discrimination alléguée, comme indiqué dans la loi sur le défenseur des droits de l'homme et des libertés (CDL(2009)114). Cette loi, pas plus que les projets d'amendements (CDL(2009)110) présentés à la Commission de Venise pour qu'elle donne un avis, ne donnent pleins pouvoirs au médiateur pour appliquer les dispositions antidiscriminatoires.

41. Le projet actuel ne donne pas non plus au médiateur les compétences et les moyens que la lutte contre la discrimination implique.

42. Le médiateur ne jouit pas des prérogatives dont il aurait besoin pour lutter contre la discrimination par rapport aux personnes physiques¹¹. D'après le libellé du présent projet¹² et celui de la loi sur le défenseur des droits de l'homme¹³, le domaine de compétence du défenseur se limite au secteur public. Toutefois, conformément à la Recommandation de l'ECRI, l'institution chargée de protéger et de lutter contre la discrimination devrait aussi couvrir le secteur privé.

43. De plus, ni le projet de loi, ni la loi ou les amendements à la loi sur le médiateur n'énumèrent ou ne confèrent à cette institution des compétences suffisantes pour lui permettre de s'acquitter de sa mission qui est de combattre la discrimination, comme l'assistance aux

11. Voir l'article 1(2) de la loi sur le défenseur des droits de l'homme et des libertés.

12. Projet d'article 26.

13. L'article 23 de la loi sur le défenseur dispose que : « Le défenseur examine les cas de violations des droits de l'homme et des libertés commises par les autorités... ».

victimes, le pouvoir de mener des enquêtes, le droit d'agir en justice et d'intervenir dans les procédures judiciaires, par exemple, comme indiqué dans la Recommandation n° 7 de l'ECRI.

44. De plus, la loi actuelle n'habilite pas le médiateur à rechercher un traitement à l'amiable par la conciliation alors que cette procédure peut être efficace pour prévenir la discrimination, notamment dans des domaines comme l'emploi.

45. Pour finir, il importe de noter que ni le projet de loi, ni aucun autre instrument juridique proposé ne prévoient de ressources humaines supplémentaires, de formation spécialisée à la discrimination ni de moyens financiers pour protéger contre la discrimination alors qu'ils seraient nécessaires au bureau du défenseur des droits de l'homme.

46. En conséquence, le cadre juridique général actuel pas plus que le projet de loi n'offre de garanties juridiques et de moyens suffisants pour que le défenseur des droits de l'homme protège véritablement contre la discrimination.

47. Par conséquent, la Commission de Venise recommande vivement de revoir le mécanisme de protection afin de satisfaire aux obligations du paragraphe 24 de la Recommandation n° 7 de l'ECRI.

Sanctions

48. La deuxième insuffisance importante concerne les sanctions prévues dans le projet.

49. Des recours ne sont prévus que dans un article au libellé vague¹⁴. En dehors de cet article, seul un autre article évoque des amendes sans donner de précisions sur les montants possibles, la personne chargée de prendre la décision et l'application¹⁵.

50. Le projet devrait être complété par d'autres mesures qui pourraient être appliquées par les tribunaux pour corriger un comportement discriminatoire, y compris de la part de personnes morales. La restitution des droits qui ont été violés serait l'une de ces mesures.

51. De plus, le projet de loi n'indique pas quel type d'indemnisation peut être imposé en cas de discrimination ; plus précisément, les critères servant à déterminer le montant de l'indemnité auquel une victime de comportement discriminatoire a droit ne sont pas précisés.

52. En conséquence, les sanctions prévues dans le projet de loi ne peuvent être qualifiées d'« efficaces, proportionnées et dissuasives » comme l'exigent les Directives de l'UE et la Recommandation n° 7, paragraphe 12, de l'ECRI¹⁶.

53. En substance, deux questions, le cadre institutionnel et les recours, doivent être traitées de manière plus complète et détaillée dans le projet de loi, ce qui renforcerait certainement la loi et contribuerait à son application effective et positive.

IV. Observations relatives à des dispositions précises

Article 1 – Sujet de la loi et article 2 – Objet de la loi

54. Ces articles n'ont aucune fin normative. De plus, ils sont redondants.

14. Les recours prévus à l'article 31 du projet de loi comprennent donc une ordonnance interdisant tout comportement discriminatoire et une indemnisation.

15. L'article 15 dispose que « toute personne dont il a été constaté qu'elle a agi de manière discriminatoire dans la prestation d'un service est passible d'une amende ».

16. Le paragraphe 12 de la Recommandation n° 7 dispose que : « La loi doit prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour les cas de discrimination. Ces sanctions doivent inclure le versement aux victimes d'indemnités pour les dommages matériels et moraux ».

55. La délégation a été informée que ces types d'articles se retrouvaient dans toutes les lois du pays et étaient considérés comme une tradition juridique. La Commission de Venise recommande cependant aux rédacteurs de veiller à ce que les dispositions de la loi présentent un caractère normatif. La qualité de la loi et le principe de certitude juridique supposent aussi d'éviter les répétitions et les redondances.

Article 3 – Définition de la discrimination

56. La définition de la discrimination donnée au premier paragraphe prend la forme d'une liste relativement longue de motifs de discrimination.

57. Malgré la longueur de cette liste, certains motifs prévus à l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH font défaut. Il n'est d'ailleurs pas fait expressément mention des motifs suivants : couleur, association à une minorité nationale et fortune.

58. La Commission de Venise recommande en conséquence de mettre en harmonie les motifs de discrimination avec ceux de l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH.

59. De plus, essayer de couvrir autant de motifs que possible dans le cadre de la définition de la discrimination ne saurait constituer une approche pratique ou constructive. La Commission de Venise a déjà indiqué clairement 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 »¹⁷. De plus, dresser une longue liste de motifs de non-discrimination est inutile d'un point de vue juridique, car la liste n'est pas exhaustive.

60. D'après la définition, il y a discrimination dès lors que « la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits fondamentaux d'une personne est compromis ou réduit à néant... ». Si ce libellé est conforme au champ d'application de l'article 14 de la CEDH, la limitation de la jouissance ou de l'exercice des droits fondamentaux n'est pas conforme au Protocole n° 12 à la CEDH dont le champ d'application est plus vaste. Une personne peut en effet faire l'objet d'une discrimination dans des cas où les droits de l'homme n'interviennent pas.

61. La Commission de Venise recommande en conséquence de mettre en conformité le champ d'application de la définition donnée à l'article 3 avec le Protocole n° 12 à la CEDH.

62. De plus, pour éviter tout malentendu dû au libellé relativement général de la définition, les rédacteurs devraient préciser que le traitement différentiel décrit dans la définition constitue une discrimination s'il n'a pas de justification objective et raisonnable.

63. L'expression « religion ou confession » devrait être remplacée par l'expression « religion ou conviction » conformément à l'article 46 de la Constitution du Monténégro et à l'article 9 de la CEDH.

64. Le sens de l'expression « caractéristique personnelle » devrait être défini. Cela est d'autant plus important que lors de la rencontre avec les autorités, il est apparu que cette expression pouvait être interprétée de manière trop large et même couvrir des caractéristiques physiques comme la couleur des yeux.

65. Enfin, le lien entre l'article 3.1, l'article 6 (Principe d'égalité) et l'article 7 (Interdiction de la discrimination) n'est pas clair.

66. Le deuxième paragraphe introduit la notion d'action positive (« mesures spéciales »), ce dont il faut se féliciter.

17. CDL-AD (2008)042, paragraphe 41, Avis sur le projet de loi sur la protection contre la discrimination de « l'ex-République yougoslave de Macédoine ».

67. Cela étant, le libellé actuel a, là aussi, omis le critère très important de proportionnalité, qui devrait être inséré.

68. De plus, le libellé de la définition est trop général et obscur. Ainsi on ne sait pas ce que l'expression « progrès suffisants » signifie. L'expression « par souci de progrès suffisants de groupes ou de personnes nationaux, raciaux ou ethniques ayant besoin de protection » devrait être remplacée par le libellé approprié retenu dans les Directives de l'UE et dans la Recommandation n° 7 de l'ECRI : toute action positive devrait viser à « prévenir ou à compenser les désavantages subis » par un certain groupe de personnes.

69. D'une manière générale, la Commission de Venise recommande que la définition de l'action positive (« mesures spéciales ») s'inspire des Directives de l'UE et de la Recommandation n° 7 de l'ECRI.

Article 5 – Personnes protégées

70. Il faut se féliciter que le projet de loi vise à protéger toutes les personnes sur le territoire du Monténégro et qu'il ne se limite pas aux ressortissants monténégrins.

71. Le libellé de cet article laisse toutefois penser que les personnes morales ne sont pas protégées.

72. La Commission de Venise recommande en conséquence d'indiquer expressément, soit dans cet article, soit à un autre endroit du projet de loi, que les personnes morales ou les entités ont aussi le droit d'être protégées contre la discrimination en application de cette loi.

Article 6 – Principe d'égalité

73. Le rapport entre le principe d'égalité consacré dans cet article et celui qui figure dans la définition de la discrimination donnée à l'article 3 suscite des inquiétudes. Au premier paragraphe, la disposition relative à l'égalité est formulée en termes plus généraux que la définition de la discrimination donnée à l'article 3, alors qu'en fait l'obligation de respecter le principe d'égalité est plus restrictive que l'interdiction de la discrimination, car une inégalité de traitement peut se justifier dans certains cas.

Article 7 – Interdiction de la discrimination

74. Le sens de l'expression « appel à la discrimination » demeure peu clair. Même si l'on peut supposer que cet article interdit aussi de donner l'ordre à une autre personne de pratiquer une discrimination, comme l'exigent les normes internationales applicables¹⁸, il faudrait le préciser et l'expliquer.

Article 8 – Discrimination directe et indirecte

75. Il faut se féliciter que le projet de loi cherche à interdire la discrimination tant directe qu'indirecte.

76. Cela étant, le libellé actuel de l'article 8 ne définit pas et ne distingue pas clairement les deux concepts. Plus précisément, la définition de la discrimination indirecte n'est pas conforme aux normes internationales applicables. Il est donc recommandé aux rédacteurs de s'inspirer des directives susmentionnées de l'UE et de la Recommandation n° 7 de l'ECRI (paragraphe 1. b et

18. Voir l'article 2.4 de la Directive 2000/43/CE du Conseil et le paragraphe 6 de la Recommandation n° 7 de l'ECRI.

c)¹⁹, ce qui supposerait aussi d'ajouter le principe de proportionnalité qui ne figure pas dans le projet actuel.

77. Là aussi, la mention de la « caractéristique personnelle » dans les deux paragraphes et dans les dispositions suivantes devrait être évitée et être remplacée par la mention des motifs énumérés à l'article 3. La notion de « caractéristique personnelle » peut facilement donner lieu à une interprétation beaucoup trop large.

Article 9 – Harcèlement et harcèlement sexuel, et article 10 – Harcèlement psychologique

78. La différence entre le harcèlement psychologique et le harcèlement indiquée à l'article 9.1 n'est pas claire et devrait être précisée même si contrairement à la définition du harcèlement, l'article 10 ne fait pas d'une « caractéristique personnelle » un motif de harcèlement psychologique.

79. Si ces articles doivent subsister, la Commission de Venise recommande de les remanier, en expliquant la différence entre les deux définitions, en ajoutant l'élément discriminatoire interdit par rapport au harcèlement psychologique et en évitant d'évoquer la notion de « caractéristique personnelle ».

Article 11 – Formes graves de discrimination

80. L'article prévoit un certain nombre de « formes graves de discrimination », sans indiquer les conséquences de la commission de tels actes. Le sens et la fonction de cette disposition ne sont donc pas clairs dans le cadre d'une loi sur l'interdiction de la discrimination.

81. On ne sait pas non plus si ces « formes graves de discrimination » entraîneront des sanctions pénales et/ou le versement d'indemnités d'un montant supérieur. La classification donnée n'a donc pas d'effet juridique et la pertinence de la disposition dans son ensemble est par conséquent discutable.

82. Si cet article doit subsister, les rédacteurs doivent faire en sorte qu'il soit suivi d'effet, soit en précisant les recours et sanctions qui existent pour des « actes graves » de ce type, soit en renvoyant aux dispositions applicables du droit pénal et/ou civil.

83. S'agissant des conséquences graves dont il est question dans le projet, il est utile de rappeler que ce critère doit relever de la pratique afin d'évaluer la gravité d'un acte discriminatoire donné tout en établissant les faits et les conséquences.

84. Pour finir, la question de savoir si la discrimination par les médias peut constituer une forme aggravée de discrimination, comme prévu dans cette disposition, demeure contestable. Elle pourrait être interprétée comme une restriction à la liberté d'expression des médias. Compte tenu du rôle essentiel que les médias jouent dans une société démocratique, toute restriction doit être imposée avec prudence. Une telle restriction pourrait aussi être excessive compte tenu des « devoirs et des responsabilités » des médias que comporte l'exercice de la liberté d'expression (article 10 de la CEDH).

19. On entend par :

b) « discrimination raciale directe » 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 fait défaut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

c) « discrimination raciale indirecte » 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.

Article 12 – Ségrégation

85. La ségrégation n'est pas bien définie et la définition donnée s'écarte des normes internationales à plusieurs égards.

86. Premièrement, la ségrégation, c'est-à-dire la séparation ou l'isolement par une personne physique ou morale d'autres personnes pour certains motifs (race, origine nationale ou ethnique, sexe, handicap, etc.) sans justification objective et raisonnable, doit être considérée comme une discrimination même en l'absence de coercition. L'élément de coercition ne devrait donc pas figurer dans la définition de la ségrégation telle qu'elle est donnée actuellement.

87. Deuxièmement, l'expression « et les mettant dans une position défavorisée » est inutile et doit être supprimée. De fait, pour savoir s'il y a eu ségrégation, il est inutile de prouver qu'une personne ou un groupe de personnes donné à été placé dans une position défavorisée ; le simple fait d'être séparé pour les motifs susmentionnés suffit à constituer une discrimination si ce comportement ne s'accompagne pas d'une justification objective et raisonnable.

88. Enfin, le deuxième paragraphe semble superflu, car cette disposition découle de toute évidence du premier paragraphe de l'article.

89. La Commission de Venise recommande en conséquence de revoir le libellé de cette disposition pour qu'il soit conforme aux normes internationales.

Article 14 – Discrimination au niveau des procédures devant les autorités de l'Etat

90. Cet article prévoit des recours, des sanctions et des mesures disciplinaires si une discrimination a été exercée à l'occasion de procédures devant les autorités de l'Etat, et plus précisément devant les tribunaux ou les bureaux des procureurs.

91. Cet article peut soulever de vives préoccupations, car il ouvre la porte à une ingérence de grande ampleur dans le fonctionnement d'une juridiction et l'indépendance des juges. Toute plainte faisant suite à un comportement discriminatoire doit être examinée par une juridiction indépendante. De même, il n'est possible de prendre des mesures disciplinaires à l'égard d'un juge ou d'un procureur qu'à l'issue d'une procédure, de préférence judiciaire, prévue par la loi.

92. Le projet doit, sans conteste, interdire la discrimination dans le cadre de procédures devant les autorités de l'Etat. Au lieu de créer des sanctions spécifiques, il devrait renvoyer à la procédure générale des mesures disciplinaires applicable à un juge ou à un procureur qui est prévue par la loi.

Article 15 – Discrimination dans le domaine de la prestation de services publics

93. Cet article définit les cas particuliers de discrimination dans le domaine de la prestation de services publics. Cependant, même s'il faut se féliciter des sanctions prévues, de nouveau les mots « fait l'objet d'une amende » et « fait l'objet d'une procédure disciplinaire » pourraient supposer qu'aucune latitude n'est laissée au tribunal qui se prononcera sur la question de l'amende ou sur la question disciplinaire.

Article 16 – Discrimination dans l'utilisation de structures/bâtiments et de lieux publics

94. D'après l'article, les structures ou bâtiments à usage public doivent être construits de manière que les personnes à mobilité réduite et les personnes handicapées puissent y accéder sans restriction. Il convient de se féliciter de cette disposition même si l'on doit reconnaître qu'elle sera très difficile à appliquer convenablement, d'un point de vue financier.

95. En vertu du deuxième paragraphe de l'article, le propriétaire d'une structure se doit de l'adapter comme il convient et d'autres personnes physiques et morales doivent apporter les deux tiers des fonds nécessaires à cette fin. On ne sait cependant pas qui sont ces « autres personnes physiques et morales ». Plus important, l'article n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰ ni aux directives de l'UE²¹, qui renvoient à la notion d'aménagements raisonnables selon laquelle un employeur doit proposer des aménagements à une personne handicapée, « sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ».

Article 17 – Discrimination au motif de l'état de santé

96. Cet article, sous sa forme actuelle, ne semble pas trouver sa place dans une loi contre la discrimination. Comme indiqué ci-dessus, le comportement qu'il évoque n'est pas nécessairement discriminatoire. Il constituerait plutôt une violation du droit à la liberté et à la sécurité ou du droit de ne pas faire l'objet de mauvais traitements. Le titre de l'article ne correspond pas à son contenu. Il implique que la discrimination au motif de l'état de santé d'une personne (par exemple d'une maladie particulière) est interdite. Or l'article parle de discrimination dans le domaine des soins de santé.

97. Quoi qu'il en soit, il conviendrait de reformuler le texte pour interdire clairement la discrimination au motif de la santé ou dans le domaine des soins de santé.

Article 18 – Discrimination dans le domaine de l'éducation et de la formation professionnelle

98. Le troisième paragraphe devrait préciser les motifs qui correspondent à la qualification juridique de la discrimination d'une action ou d'un comportement.

Article 19 – Discrimination dans le domaine professionnel

99. Cette disposition est très détaillée, énumérant toutes les situations possibles.

100. On ne sait cependant pas si elle s'applique indifféremment au secteur public et au secteur privé. La notion de « sanction disciplinaire » laisse penser que seules les institutions publiques sont visées par cette disposition, ce qui est contraire aux normes internationales et en particulier à la Recommandation de l'ECRI, qui précise que la loi s'applique à toutes les autorités publiques ainsi qu'à toutes les personnes physiques ou morales, qu'elles opèrent dans le secteur public ou dans le secteur privé²².

101. En conclusion, la Commission de Venise recommande plutôt de prévoir une interdiction générale de la discrimination à l'égard de toute personne dans le domaine professionnel en faisant relever le champ d'application de cette interdiction des autorités et des juridictions.

Article 21 – Discrimination sur la base du sexe

102. Compte tenu de l'interdiction générale de la discrimination expressément prévue à l'article 6 (principe d'égalité) et à l'article 7 (« Toute forme de discrimination pour quelque motif que ce soit est interdite »), le premier paragraphe de l'article 21 est inutile.

20. *Glor c. Suisse*, Requête n° 13444/04.

21. Directive 2000/78/CE du Conseil, Article 5.

22. « 7. La loi doit prévoir que l'interdiction de la discrimination s'applique à toutes les autorités publiques ainsi qu'à toutes les personnes physiques ou morales, qu'elles opèrent dans le secteur public ou dans le secteur privé, dans tous les domaines, notamment : l'emploi ; l'affiliation à des organisations professionnelles ; l'éducation ; la formation ; le logement ; la santé ; la protection sociale ; les biens et services à la disposition du public et les lieux ouverts au public ; l'exercice d'une activité économique ; les services publics. »

Article 22 – Discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'orientation sexuelle

103. Sous sa forme actuelle, cette disposition reconnaît aussi aux personnes du même sexe le droit de se marier.

104. Si telle est l'intention des rédacteurs, ce droit doit être reconnu plus explicitement, car en raison de son caractère toujours controversé dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe, il doit être énoncé clairement.

105. Les rédacteurs ne doivent cependant pas oublier que le droit de personnes de même sexe de se marier est contraire à la Constitution du Monténégro qui indique expressément à l'article 71 que « Le mariage ne peut être contracté que sur la base du libre consentement d'une femme et d'un homme ».

Article 23 – Discrimination au motif de relations conjugales et familiales

106. Le sens et l'objet de cette disposition ne sont pas clairs. Sous sa forme actuelle, cet article pourrait laisser entendre que des personnes du même sexe ont le droit de se marier, de fonder une famille et d'adopter des enfants. Si telle est l'intention des rédacteurs, ces droits devraient être expressément énoncés.

Article 24 – Discrimination au motif de la religion

107. Le titre de cet article doit être modifié comme suit « discrimination au motif de la religion ou des convictions ». Le texte de l'article devrait aussi être modifié comme il convient.

108. Le premier paragraphe interdit uniquement la discrimination par les autorités de l'Etat alors qu'il est incontestable que des personnes physiques puissent aussi commettre des actes discriminatoires envers d'autres personnes au motif de la religion ou des convictions. Là aussi, le champ d'application du projet de loi semble être restreint au secteur public.

109. La Commission de Venise rappelle qu'une loi sur l'interdiction de la discrimination s'applique à toutes les autorités publiques ainsi qu'à toutes les personnes physiques et morales, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, dans tous les domaines.

Article 26 – Mécanisme de protection contre la discrimination et article 27 – Supervision de l'application de la loi

110. Le rapport entre les deux articles demeure peu clair. Si l'article 26 confie au Défenseur des droits de l'homme et des libertés un rôle de supervision, l'article 27 en fait de même par rapport au ministère de la Protection des droits de l'homme et des droits des minorités.

111. Le ministère compétent en matière de protection des droits de l'homme et des droits des minorités a des fonctions de supervision par rapport à l'application du projet de loi. À cet égard, ce projet doit mieux préciser les compétences et les fonctions du ministre. Il importe de veiller à ce que ce rôle de supervision du ministre ne compromette pas l'indépendance et l'autonomie du médiateur.

Article 28 – Protection judiciaire contre la discrimination

112. Le rapport entre cette disposition et celle de l'article 26 n'est pas clair et compromet dans la pratique le mécanisme de protection.

113. Le projet ne permet pas de savoir si une victime devra choisir entre la protection judiciaire et une plainte devant le médiateur ou s'il est possible d'engager les deux procédures simultanément ou consécutivement. De plus, le caractère même de l'intervention du médiateur n'est pas clair ; on ne sait pas si la décision du médiateur a ou non un caractère contraignant.

D'après l'article 44 actuel de la loi sur le défenseur, les décisions de celui-ci n'ont aucun caractère contraignant.

114. Pour finir, le délai de 15 jours prévu pour porter plainte est trop court et irréaliste.

115. En ce qui concerne la protection judiciaire, la Commission de Venise invite les rédacteurs à s'inspirer de la Recommandation n° 7 de l'ECRI, en particulier de son paragraphe 10²³ et de son exposé des motifs.

Article 29 – Compétence territoriale

116. La disposition semble prévoir une compétence territoriale spécifique en plus d'une compétence matérielle. La disposition n'est pas claire, car elle n'indique pas quelle juridiction est compétente dans les affaires civiles ou administratives ou si des parties sont en cause [il conviendrait de reformuler cette phrase, car elle n'est pas claire].

117. Les rédacteurs sont invités à préciser la compétence des juridictions.

Article 30 – Engager des procédures

118. Le troisième paragraphe de l'article autorise les tiers (en particulier des organisations œuvrant dans le domaine de la protection des droits de l'homme et des libertés) à engager des procédures au nom des victimes de discrimination ou pour les soutenir. Il convient de se féliciter de cette disposition dans son principe.

119. Cela étant, le droit de tiers d'engager une action en justice est limité à certains cas. En l'occurrence, il faut que la discrimination ait lieu « au moyen des médias, lors d'un rassemblement public, qu'elle soit le fait d'une autorité publique ou qu'elle ait entraîné des conséquences graves ». Cette partie de la disposition s'écarte des Directives de l'UE²⁴ et de la Recommandation n° 7 de l'ECRI (paragraphe 25) conformément à laquelle un tiers peut intenter une action dans tous les cas de discrimination.

Article 35 – Révision

120. La disposition n'est pas claire. Il faut préciser ce que les rédacteurs entendent par « révision ».

121. Les rédacteurs ne doivent pas oublier que dans tous les cas, la révision d'une décision judiciaire ne peut être décidée que par une juridiction et uniquement dans des conditions très particulières.

Article 36 – Défenseur en exercice

122. Cet article semble habiliter le Défenseur des droits de l'homme et des libertés, par une règle transitoire, à traiter des cas de discrimination dès l'entrée en vigueur de la loi.

123. La même règle transitoire doit s'appliquer aux juridictions.

23. Le paragraphe 10 est libellé comme suit : « 10. La loi doit garantir l'existence de procédures judiciaires et/ou administratives, y compris de procédures de conciliation, qui soient facilement accessibles à toutes les victimes de discrimination. En cas d'urgence, des procédures en référé, débouchant sur des décisions provisoires, doivent être mises à la disposition des victimes de discrimination. »

24. Directive 2000/43/CE du Conseil, Article 7.2.

V. Conclusions

124. Il faut se féliciter de l'intention des autorités monténégrines d'adopter une loi d'ensemble unique contre la discrimination et encourager cette adoption. La loi représentera vraisemblablement une avancée majeure dans la lutte contre la discrimination dans le pays.

125. Le projet de loi présente un certain nombre d'aspects positifs. Il interdit la discrimination directe et indirecte ainsi que toute une série d'actes discriminatoires. Il introduit la notion d'action positive. Les organisations de défense des droits de l'homme et les autres entités compétentes sont autorisées, bien que dans certaines limites, à engager des procédures au nom de victimes de discrimination ou pour les soutenir. Le projet de loi prévoit un partage de la charge de la preuve dans les affaires de discrimination.

126. Cela étant, le projet de loi n'est pas conforme à plusieurs égards aux normes internationales et européennes. À ce sujet, les recommandations essentielles ci-après peuvent être formulées :

- prévoir la mise en place d'un organe spécialisé contre la discrimination ou si le médiateur dispose de pouvoirs d'application veiller à ce que : a) le médiateur dispose de pouvoirs pleins et entiers pour faire appliquer la loi et à ce que b) l'institution du médiateur dispose des ressources humaines et financières nécessaires pour s'acquitter de ses nouvelles tâches et à ce qu'une formation spécialisée à la discrimination soit dispensée à ses agents ;
- préciser et clarifier le projet de loi ;
- éviter les répétitions ;
- prévoir des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » en cas de non-respect des dispositions de la loi et régler cette question de manière plus globale et approfondie ;
- supprimer ou réviser les dispositions interdisant les actions qui ne sont pas par définition discriminatoires ;
- définir clairement le champ d'application de la loi pour qu'elle concerne les secteurs public et privé ;
- indiquer expressément que les personnes morales ou les entités ont aussi le droit d'être protégées contre la discrimination en application de cette loi ;
- améliorer les définitions données dans le projet, notamment en ce qui concerne la discrimination, la discrimination indirecte, l'action positive et la ségrégation ;
- insérer dans le projet de loi des renvois à d'autres lois applicables.

127. La Commission de Venise se félicite en particulier que les autorités monténégrines aient accepté de recevoir une mission complémentaire. Cette mission permettra à une délégation de la Commission de rencontrer de nouveau le groupe de travail afin de l'aider à mettre en œuvre les recommandations susmentionnées.

128. La Commission de Venise demeure à la disposition des autorités pour toute assistance complémentaire.