



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 5 décembre 2007

Avis n°453 / 2007

CDL(2007)121*
fr. seul.

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

OBSERVATIONS

**SUR LE PROJET DE LOI
SUR LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION
DE LA REPUBLIQUE DE SERBIE**

par

Mme Lydie ERR (Membre, Luxembourg)

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

Le texte est détaillé, bien structuré et comprend 8 parties, à savoir :

Articles 1-13	1. Dispositions générales
Articles 14-27	2. Commission pour la protection de l'égalité
Articles 28-36	3. Procédure devant ladite Commission
Articles 37-43	4. Mesures que peut prendre la Commission
Articles 44-53	5. Protection juridictionnelle
Articles 54-56	6. Suspension
Articles 57-64	7. Dispositions pénales
Articles 65-67	8. Les dispositions d'application dans le temps

Le texte correspond à priori aux prescriptions requises en la matière

1. par le droit communautaire ;
2. par des recommandations du Conseil de l'Europe et
3. contenues dans la recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée en 2002, basée sur l'article 1 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, selon lequel « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité » ;
4. par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et le protocole 12 à ladite convention contenant une clause générale d'interdiction de discrimination ;
5. par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ;
6. voire même par la Charte des droits fondamentaux et
7. par les recommandations relevant de l'ECRI et d'autres organisations spécialisées dans la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et l'intolérance.

Tous ces textes ayant été rédigés dans la conviction qu'une loi sur la lutte contre le racisme et la discrimination est une condition nécessaire, voire indispensable, sinon suffisante pour éliminer ces phénomènes indésirables.

Pour ce qui est du texte en question il y a lieu de remarquer qu'il ne comprend ni exposé de motifs, ni commentaire des articles qui auraient utilement pu éclairer le lecteur qui ne connaît pas la législation serbe en détail.

En revanche, le texte comprend des intitulés d'articles qui s'avèrent être très utiles.

Chapitre I

L'article 1 définit une interdiction générale de discrimination en vue de réaliser le principe de l'égalité de droits et devoirs égaux pour tous en établissant les moyens pour en assurer la protection notamment par la création de la Commission pour la protection de l'égalité en tant qu'autorité autonome et indépendante de l'Etat.

L'article 2 établit le principe de l'égalité de tous devant la Constitution et la loi (sans mentionner expressément la hiérarchie des normes) ainsi que le droit à la protection de l'égalité sans discrimination pour quelque caractéristique personnelle que ce soit.

Cet article va plus loin que l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme qui ne mentionne pas le principe de l'égalité. En ce sens l'article 2 constitue un progrès par rapport à ladite convention.

L'article 3 traite de l'interdiction de toute forme de discrimination directe et indirecte et ce de façon non limitative (pour quelque raison que ce soit) tout en précisant que le principe ne fait pas obstacle à des droits spéciaux (pour des personnes appartenant à des minorités nationales p.ex.) qui ne seront pas considérés comme discriminatoires.

Après avoir indiqué le principe de l'égalité à l'article 2, cet article concerne les moyens pour y arriver tout en précisant la possibilité d'action positive avant d'en illustrer une par un exemple.

L'article 4 établit l'égalité des droits et devoirs et définit la violation dudit principe comme une discrimination que ce soit pour des raisons réelles ou présumées. Pour ce qui est de l'alinéa 2, les termes « solely or mainly » n'ajoutent rien au texte mais risquent de créer des difficultés en matière de preuve. Il serait opportun de les enlever.

L'article 5 prévoit que seule la Constitution peut prévoir des exceptions à la loi en question ce qui précise en quelque sorte la hiérarchie des normes qui n'est pas mentionnée à l'article 2.

L'article 6 définit la discrimination directe et indirecte de façon extensive :

- tant en ce qui concerne la liste non exhaustive des caractéristiques personnelles réelles ou présumées y inclus la nationalité ce qui dépasse les exigences de la directive européenne pertinente qui ne mentionne pas la nationalité à l'article 13 mais prévoit que l'interdiction de discrimination doit s'appliquer aux ressortissants de pays tiers sans viser les différences de traitement fondées sur la nationalité),
- qu'en ce qui concerne l'assimilation du traitement rétorsif en relation avec une discrimination à une discrimination. A l'alinéa 2 les termes « solely or mainly » risquent de rendre plus délicate la preuve des faits allégués et mériteraient d'être rayés. Le terme « unwarranted » peut poser problème et pourrait être remplacé par un terme plus adapté.

L'article 6 donne des exemples de mesures prises sans but légitime ou de façon disproportionnée qui peuvent être qualifiées de discrimination sans préciser clairement ce qui distingue une discrimination directe d'une discrimination indirecte.

L'article 7 §1 comprend la définition des termes employés dans la loi.

Les victimes peuvent être des personnes physiques individuelles et des groupes de personnes y compris des personnes morales et des collectifs comprenant les associations non mentionnées expressément, des familles voire des clans familiaux.

Les auteurs de discriminations peuvent être des personnes physiques ou légales ainsi que les administrations publiques.

La définition de la notion « voluntary discrimination examiner » ; qui n'en est pas plus clair pour autant

L'administration publique.

L'employeur.

Le prestataire de services.

et précise à la fin que tous les termes employés au masculin concernent les mêmes notions au féminin.

L'article 8 distingue discrimination directe et indirecte et reprend la définition des directives européennes en ce qui concerne la discrimination directe. Celle que propose l'ECRI semble permettre des exceptions applicables de façon plus simple par rapport à ce que prévoit la directive européenne en matière d'exception.

L'article 9, intitulé « interdiction de discrimination », ne définit pas celle-ci mais l'assimile à une discrimination, ce qui est conforme à la directive européenne. Le seul problème est que le titre ne correspond pas au contenu dudit article et devrait être adapté le cas échéant.

L'article 10 assimile à une discrimination le harcèlement moral dans les mêmes termes que la directive européenne. La remarque sur l'intitulé de l'article faite à l'article précédant s'applique également à l'article 10.

L'article 11 prévoit des cas particulièrement graves de discrimination :

- en raison des effets dommageables,
- en raison de la qualité de ses auteurs,
- en raison du fait que sa démonstration a eu lieu en public,
- en ce qu'elle vise des personnes présentant deux ou plusieurs caractéristiques réelles ou présumées de discrimination,

L'article 12 prévoit l'interdiction formelle de l'incitation à la discrimination.

L'article 13 traite des mesures positives notamment du caractère temporaire de celles-ci (§ 1 et 2). Le même sujet ayant été mentionné à titre d'exemple à l'article 3 § 2 on pourrait songer s'il ne valait pas mieux rassembler l'essentiel dans le même article et se passer de l'exemple mentionné à l'article 3.

L'alinéa 3 précise que le but en est d'assurer et d'exercer pleinement les droits en tant que personne et en tant qu'appartenant à une minorité.

L'article 14, n'ayant pas d'utilité évidente, pourrait être supprimé, voire mieux être remplacé par un article fixant le champ d'application auquel la loi s'applique.

II. La Commission pour la protection de l'égalité

L'article 15 précise qu'elle a le statut d'une autorité indépendante qui comprend 3 personnes ce qui peut paraître un nombre très réduit en raison plus particulièrement des compétences étendues et des attentes que celles-ci ne manqueront pas de susciter.

L'article 16 précise que 3 entités autorisées à proposer des candidats pour la commission à savoir :

1. le Gouvernement ;
2. les représentants de la société civile ;
3. les conseils nationaux des minorités.

Article 17

L'alinéa 1 traite de la procédure de nomination et oblige la commission compétente de l'assemblée nationale de publier la procédure dans les 45 jours de l'entrée en vigueur de cette loi sans préciser de quelle commission il s'agit.

L'alinéa 2 précise que les entités ayant le droit de proposer des candidatures en proposeront une. A cet alinéa il faudrait préciser qu'il s'agit d'une candidature au moins, pour éviter toute contradiction apparente avec l'alinéa 4 du même article qui oblige à proposer **des** candidatures dans un délai de 30 jours à partir de l'annonce publique mentionnée à l'alinéa 1.

L'alinéa 3 fixe les conditions auxquelles les membres de la commission doivent satisfaire, à savoir :

1. être titulaire d'un diplôme universitaire sans pour autant en préciser la nature, de sorte qu'on peut s'interroger sur la raison d'être de cette exigence ;
2. être citoyen de la République de Serbie ;
3. avoir une expérience de 5 ans dans un domaine intéressant pour la mission de la commission de l'égalité, ce qui gagnerait à être précisé.

L'alinéa 4 oblige à déposer les propositions de candidatures dans un délai de 30 jours à partir du jour de l'annonce publique ce qui peut constituer une contradiction avec le § 2 qui parle d'une candidature.

L'alinéa 5 manque de préciser si ou que la liste de la commission à établir en vue de l'élection par l'assemblée nationale doit comprendre des candidatures de chacune des 3 entités, qui ont le droit d'en proposer.

L'alinéa 6 prévoit l'obligation pour l'assemblée nationale d'élire 1 candidat de chaque liste soumise par les entités qui ont le droit de proposer des candidatures sans que l'alinéa 5 ne précise que la liste des candidatures à soumettre au vote de l'assemblée nationale ne doive en comprendre obligatoirement un ou plusieurs.

L'alinéa 7 rappelons que la Commission de Venise a adopté en 2006 une Déclaration concernant la participation des femmes aux élections qui admet le principe de sanction en cas de non respect tel que le refus d'enregistrement de liste (en cas scrutin de liste ou sanctions dissuasives en cas de non respect de l'obligation de prévoir un pourcentage équilibré de femmes et hommes parmi les candidats d'un même parti.

Par analogie aux élections nationales, ce raisonnement pourrait utilement trouver application en l'espèce.

On peut en déduire qu'il serait utile de prévoir l'irrecevabilité de la liste en cas d'absence de représentants des deux sexes, le cas échéant dans une proposition à préciser afin de permettre à l'assemblée nationale de tenir compte du principe d'égalité tel que prévu à l'alinéa 7.

L'alinéa 8 permet à la commission compétente de l'assemblée nationale de se substituer à une éventuelle carence de la part des autorités ayant le droit de présenter des candidatures pour compléter la liste à adresser à l'assemblée nationale dans le délai imparti par la loi.

L'article 18 exclut la recevabilité de la candidature d'une personne dont l'activité pourrait avoir une influence sur son indépendance et celle d'une personne adhérant à un parti politique alors que le même article précise à l'alinéa 4 qu'en cas d'élection, l'activité en question ou l'adhésion

à un parti politique doivent cesser. Ceci paraît contradictoire et peu cohérent et mériterait le cas échéant d'être repensé.

L'article 19 précise qu'un membre de la commission élu pour un mandat de 5 ans ne peut en accomplir un deuxième consécutif au premier.

Le mandat unique étant la meilleure garantie d'indépendance, on peut s'interroger sur l'opportunité de prévoir un seul mandat.

L'alinéa 2 du même article prévoit que le membre de la commission exercera ses fonctions en toute indépendance de façon consciencieuse et en toute indépendance et conformément à la loi en discussion.

L'alinéa 3 pourrait être reformulé en « prestation de serment devant le président de l'assemblée nationale », par exemple et le serment ferait utilement référence au respect non seulement de la loi en question mais surtout à la Constitution et des lois en vigueur en République de Serbie.

Les articles 20 et 21 précisent les différentes formes de cessation de mandat.

L'article 23 prévoit la suspension du mandat.

L'article 24 fixe le mode de désignation du président de la commission (qui pourrait être désigné aussi ou sinon par le nombre de votes obtenus à l'assemblée nationale).

L'article 25 énonce une liste impressionnante de compétences de la commission, à savoir:

1. étudier et proposer une politique de prévention et de lutte contre les discriminations ;
2. prendre des mesures contre les auteurs de discrimination ;
3. faire de la médiation sans mentionner la question de la formation pour l'exercice de la médiation ;
4. droit d'initiative législative ;
5. contrôle du comportement des autorités publiques en la matière ;
6. coordination des actions avec les responsables des minorités, l'avocat des citoyens, des ombudsmen nationaux, provinciaux et municipaux ;
7. élaboration de son règlement intérieur, de sa structure et de son budget ;
8. rédaction d'un rapport annuel, de rapports spéciaux le cas échéant ;
9. campagnes de sensibilisation ;
10. autres devoirs en relation avec la loi.

L'article 27 Ces vastes compétences feraient plutôt penser à une commission plus grande, à moins qu'elle ne puisse s'entourer d'un service comprenant des collaborateurs qui par leur formation pourraient soutenir la commission au-delà des travaux d'organisation et de secrétariat.

L'article se limite cependant à indiquer la structure et le budget qui sont proposés par la commission sans pour autant préciser qui en décide en définitive.

L'article 28 précise que la commission qui agit en général sur plainte peut aussi s'autosaisir. Elle peut instruire à l'encontre des employeurs, des prestataires de services et même des associations de citoyens, ce qui pourrait indiquer une certaine méfiance à l'égard de ces derniers. Ce droit d'autosaisine dénote une véritable volonté d'action et mérite d'être souligné.

L'article 30 précise différentes procédures peuvent être entreprises de façon concomitante devant la commission et les tribunaux. L'opportunité de cette possibilité est d'autant moins évidente que les missions de la commission comprennent, entre autres, la médiation. Par ailleurs, la disposition ne permet pas de noter, de démontrer plus-value pour la commission et évite en même temps de pouvoir, le cas échéant, décharger des tribunaux.

L'article 31 fixe à 6 mois le délai à partir des faits pour déposer une plainte. Ce délai, très court, pourrait être porté à un an.

L'article 32 précise les motifs d'irrecevabilité d'une plainte et la motivation des décisions de la commission qui doivent être accompagnés de l'indication des autres voies de recours.

L'article 33 oblige les personnes contre lesquelles la plainte a été déposée sont tenues de présenter leurs observations dans les 15 jours de la demande.

L'article 34 traite de la preuve et de l'obligation de répondre par ceux qui ont été sollicités sans qu'un délai ou une sanction ne soient prévus en cas d'inobservation.

L'article 35 prévoit l'information des intéressés qu'il s'agisse d'une plainte non fondée ou d'une plainte qui a été déclarée justifiée.

L'article 36 les défendeurs de la plainte ont 15 jours pour prendre position par rapport à la décision finale. En cas d'inaction continuée, la commission peut rendre publique sa décision par voie de presse.

L'article 37 énonce les différentes mesures que la commission peut prendre, à savoir :

1. des mesures préventives,
2. des mesures contre le destinataire des recommandations,
3. engager une procédure adéquate,
4. prendre une initiative législative ou décider une action positive.

Les articles 37 à 43 définissent la teneur exacte des mesures ci-avant mentionnées.

Procédure judiciaire particulière

L'article 44 introduit une procédure judiciaire particulière en matière de discrimination.

L'article 45 Cet article réitère en d'autres termes les dispositions de l'article 30.

L'article 46 précise une compétence territoriale spéciale, à savoir celle du domicile du demandeur.

L'article 47 traite des moyens de preuve en matière de discrimination. La preuve peut être rapportée par la victime, son représentant légal ou toute autre personne autorisée à le faire ou par « un examinateur volontaire » de discrimination, tel que défini à l'article 7 alinéa 3.

En cas de discrimination d'un groupe, rapportée par les médias ou ayant eu lieu en réunion publique, la preuve peut être rapportée par une association de protection des droits spécifiques en discussion.

L'article 48 précise que les victimes peuvent demander des dommages et intérêts en réparation de leur dommage moral et matériel à l'exclusion cependant des associations mentionnées à l'article précédent. Cette exclusion conforte de façon inopportune une impression de réserve, voire de méfiance, à l'égard des associations qui sont pourtant au cœur de la non discrimination.

L'article 49 prévoit la possibilité d'une action en référé pour demander des mesures provisoires afin d'éviter la continuation de la discrimination ou pour éviter des actes de violence ou la production d'un dommage irréparable.

Dans le cadre de cette procédure la cour doit prendre sa décision dans les 3 jours.

L'article 50 la charge de la preuve.

Le plaignant doit prouver qu'il est vraisemblable qu'il était victime d'un traitement différent à celui des autres, en raison de caractéristiques personnelles, réelles ou présumées.

Il ne doit pas prouver que cette façon d'agir n'était pas justifiée.

Cet article institue un certain partage de la charge de la preuve et il est à saluer en tant que tel.

L'article 51 prévoit la possibilité de la cour d'ordonner la publication de sa décision au frais du défendeur.

Les articles 52 et 53 contiennent des dispositions dont la teneur n'est pas suffisamment claire.

VI. Supervision

L'article 54 précise que la supervision est assurée par le ministère chargé de la protection des droits de l'homme et de ceux des minorités.

L'article 55 concerne le rapport annuel qui peut contenir des propositions d'amendements et qui sera publié dans la gazette officielle de la République de Serbie.

L'article 56 prévoit la possibilité de rédiger des rapports spéciaux, si la nécessité de procéder ainsi l'exige.

VII. Disposition pénale

Cette disposition fixe le montant des amendes.

VIII. Disposition transitoires et finales

L'article 65 précise que la loi s'applique aux personnes physiques et morales relevant de la compétence des autorités de la République de Serbie et ce indépendamment du fait qu'ils soient citoyens, étrangers ou apatrides.

Des citoyens étrangers résidant en Serbie seront traités comme des citoyens serbes sauf en ce qui concerne les droits qui découlent de la nationalité de la République de Serbie.

L'alinéa 2 ne précise pas s'il s'agit de tous les étrangers résidant ou seulement de ceux qui résident en Serbie de façon légale.

L'article 66 La commission accomplit les actions relevant de sa compétence dans les 45 jours de son élection. Cet article doit être rapproché de l'article 17 alinéa 1.

L'article 67 fixe l'entrée en vigueur de la loi à 8 jours après sa publication dans la gazette officielle de la République de Serbie.

En conclusion, il est proposé :

1. de préciser la hiérarchie des normes à l'article 2 ;
2. d'enlever à l'article 2 et à l'article 4 les termes « solely et mainly » ;
3. d'enlever à l'article 3 l'exemple d'action positive ;
4. de préciser à l'article 6 la différence entre une discrimination et une mesure prise sans but légitime ou de façon disproportionnée ;
5. d'adapter à l'article 9 et l'article 10 l'intitulé à son contenu ;
6. de remplacer l'article 14 par un article précisant le champ d'application de la loi ;
7. d'amender l'article 17 comme suit :
 1. à désigner nommément la commission de l'assemblée nationale en charge de l'établissement de la liste des candidatures pour la commission ;
 2. préciser que chaque entité, qui a le droit de proposer des candidatures doit en présenter au moins une ;
 3. déclarer irrecevable la liste des candidatures à soumettre au vote de l'assemblée nationale, si elle ne comprend les représentants de chaque sexe afin de permettre à l'assemblée nationale les prescriptions de l'alinéa 6 ;
 4. dire que la liste à présenter au vote comprendra un ou plusieurs candidats proposés par chacune des entités qui ont le droit d'en proposer ou sinon supprimer l'alinéa 7 ;
8. reformuler à l'article 18 les dispositions ayant trait aux activités professionnelles et à l'adhésion à un parti politique faisant obstacle à la nomination de candidats tout en prévoyant au même article qu'en cas d'élection la nécessaire démission de ladite activité et de l'adhésion au parti ;
9. à l'article 19 prévoir le cas échéant un mandat unique au lieu et place de l'interdiction de 2 mandats non successifs et considérer la possibilité de transformer en prestation de serment les termes de l'alinéa 3 de l'article 19 ;
10. à l'article 25, qui énumère les compétences de la commission et indique qu'elle comprend 3 membres, il y aurait lieu d'augmenter les nombres des membres de la commission. Ou bien changer la dénomination du personnel de la commission, afin que par leur formation et expérience professionnelle ils soient à même d'assister la commission au-delà des travaux d'organisation des travaux et de secrétariat. Le chiffre de trois ne semble pas être en relation avec l'étendue des compétences de la commission ;
11. l'article 30 gagnerait à être changé pour éviter que deux procédures pour une même affaire ne puissent être entamées en même temps devant la commission et les tribunaux ;
12. à l'article 31 le délai pour déposer plainte mériterait d'être porté à une année ;

13. l'article 34 pourrait comprendre un délai dans lequel une réponse à une question doit être fournie ainsi que le cas échéant, une sanction en cas de non observation du délai imparti ;
14. l'article 45 répète le contenu de l'article 30 et mériterait partant le même sort que ce dernier ;
15. à l'article 47 la notion d'examineur volontaire tel que définie mériterait d'être expliquée plus en détail ;
16. à l'article 48 l'impossibilité pour les associations victimes de discrimination de demander des dommages et intérêts méritent soit une justification soit suppression ;
17. l'article 50 contient un partage de la charge de la preuve ;
18. l'alinéa 2 de l'article 65 pourrait préciser si l'article s'adresse à tous les résidents ou seulement à ceux qui résident légalement sur le territoire de la République de Serbie.