



Résumé du rapport Néerlandais sur les mesures de lutte contra la discrimination Rikki Holtmaat ¹

1. Introduction

Le Royaume des Pays-Bas possède la densité démographique la plus élevée de l'Union européenne. Les immigrants viennent principalement de Turquie, du Maroc, des Antilles néerlandaises (bien qu'il soit admis que les personnes originaires des Antilles néerlandaises ne puissent être vraiment qualifiées d'"immigrants"), du Surinam et d'Indonésie. Les principales religions pratiquées aux Pays-Bas sont le catholicisme romain (30% environ), le protestantisme (21 % environ), l'islam (4% environ) et d'autres religions diverses (4% environ). On estime à quelque 40% la part de population qui n'est attachée à aucune religion.²

Le gouvernement du pays a pour modèle celui d'une démocratie représentative fondée sur un système bicaméral. La reine (Beatrix) occupe le poste de chef officiel de l'Etat. Le Premier ministre se trouve à la tête du gouvernement, lequel se compose toujours d'une coalition de différents partis politiques depuis qu'une multitude de partis concourent aux élections parlementaires.

Les Pays-Bas ont signé toutes les importantes conventions internationales visant la lutte contre la discrimination, telles que: la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) (dont notamment le Protocole n° 12), la Convention internationale sur les droits civils et politiques (CIDCP), le Protocole optionnel à la Convention, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ECOSOC), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) (dont le Protocole optionnel à cette Convention) et la Convention relative aux droits de l'enfant. Les instruments précités font partie intégrante de l'ordre juridique national après avoir été promulgués dans le Journal des lois officiel et peuvent être directement appliqués par les juridictions nationales si la disposition en jeu est suffisamment claire et précise pour en permettre l'application directe.

2. Législation principale concernant l'égalité de traitement et la non-discrimination

Droit international: La constitution interdit à la Cour suprême néerlandaise d'exercer un examen constitutionnel des lois matérielles promulguées par le gouvernement et par le parlement. Cependant, les Pays-Bas adhèrent à une "théorie moniste" du droit international, ce qui signifie que les juridictions néerlandaises peuvent appliquer directement les normes internationales d'égalité de traitement et de non-discrimination "directement applicables" (par exemple, l'article 26 de la CIDCP et l'article 14 de la CEDH.)

¹ Ce rapport et son compte rendu sommaire s'appuient sur les rapports antérieurs rédigés par Kees Waaldijk, Marcel Zwamborn, Emmanuelle Bribosia, Isabelle Rorive, Lisa Waddington et Marianne Gijzen.

² The World Factbook 2005.

La constitution:

L'article 1 de la constitution comporte une clause de non-discrimination. Cet article régit les motifs de la religion, de la philosophie de vie, des convictions politiques, de la race, du sexe et de "tout autre motif". Cet article peut être invoqué par une personne plaignante individuelle contre des actes du gouvernement et par des institutions privées et des personnes entre elles.

Dispositions du droit pénal: on trouve dans le droit pénal plusieurs dispositions qui interdisent le discours discriminatoire et la discrimination dans le domaine économique et social.

Droit civil général: les dispositions du droit civil peuvent offrir une protection contre la discrimination illégitime, par exemple, fondée sur les dispositions relatives au délit civil.

Droit légal relatif à l'égalité de traitement: Parmi les lois les plus importantes (du droit civil) à cet égard, on peut citer la *Loi générale sur l'égalité de traitement* de 1994 (LGET) telle que modifiée en 2004; la *Loi sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes* de 1980, dernièrement modifiée en 1989 et actuellement révisée en vue de la mise en œuvre de la directive 2002/78; la *Loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées* (LDH) de 2003; et la *Loi relative à la discrimination fondée sur l'âge* (LDA) de 2004. Le LGET régit les motifs de discrimination suivants: *la religion, les convictions, l'opinion politique, la race, le sexe, la nationalité, les préférences homosexuelle et hétérosexuelle ainsi que l'état matrimonial*. La LDH régit *le handicap et les maladies chroniques* alors que la LDA assure une protection contre la discrimination fondée sur l'âge.

Ces lois étoffent l'article 1 de la constitution pour ce qui concerne les relations horizontales. Il convient, en outre, de les percevoir comme des mesures de transposition des garanties égalitaires contenues dans les directives européennes.

Dans le contexte de la mise en œuvre des directives de l'article 13, on suppose que le législateur néerlandais n'a pas répondu, à certains égards, aux exigences de l'UE, par exemple en n'adoptant pas la définition de la discrimination indirecte des directives. Toutefois, sous d'autres égards, le législateur néerlandais va au-delà de ce qu'exigent strictement les directives. C'est ainsi, par exemple, que la protection contre la discrimination fondée sur les motifs de religion ou convictions et d'orientations sexuelles s'applique également dans le domaine des biens et des services.

Compte tenu de la portée du présent rapport, la discussion qui suit se limitera aux LGET, LDH et LDA considérées sous l'angle de la mise en œuvre des directives de l'article 13.

3. Principes généraux et définitions

Les lois néerlandaises relatives à l'égalité de traitement (LGET, LDH et LDA) régissent les motifs mentionnés dans l'article 13 ainsi que certains autres motifs tels que la nationalité et l'état matrimonial.

Les lois matérielles susmentionnées contiennent toutes une interdiction de la *distinction directe* et *indirecte*, du *harcèlement*, du *comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une distinction à l'encontre de personnes* et une interdiction des *rétorsions*. Toutefois, seule la loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées contient *explicitement* une obligation pour l'employeur de mettre en place des "*aménagements effectifs*" [plutôt que "*raisonnables*"] à l'intention des personnes handicapées.

Contrairement à tout autre domaine de la législation d'antidiscrimination néerlandaise et au droit européen, ces lois sont centrées sur le concept de "*distinction*" ("*onderscheid*") et non sur celui de "*discrimination*" ("*discriminatie*"). Ce qui différencie ces deux concepts est que la notion de "*distinction*" est "*neutre*" alors que celle de "*discrimination*" a une connotation "*péjorative*". Ce problème d'utilisation de la terminologie correcte fut le sujet de discussions menées dans le cadre de la mise en oeuvre des directives de l'article 13 (les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE). Du point de vue juridique, l'utilisation du terme "*distinction*" s'avère compatible avec les exigences des directives.

La distinction directe – La distinction directe se produit – selon le droit néerlandais – lorsque le "*comportement*" contesté a pour fondement un statut protégé *ou* un statut *supposé* (à tort) protégé. Cette double dimension n'est *explicitement* intégrée que dans la définition de la distinction directe fondée sur le handicap que l'on trouve dans la LDH. Pour les autres motifs de distinction, sa définition peut être tirée de la jurisprudence de la Cour suprême des Pays-Bas.

A la différence de la LGET et de la LDH, la LDA n'établit pas de différence entre la distinction directe et indirecte fondée sur l'âge. L'amalgame des deux concepts juridiques en une seule disposition est contraire sans doute à la directive-cadre relative à la promotion de l'égalité de traitement en matière d'emploi de l'UE (Directive 2000/78). La distinction fondée sur l'âge "*directe*" comme "*indirecte*" peut être "*objectivement justifiée*". Toutefois, à la lumière de la directive, certaines personnes en ont conclu que le "*test de justification objective*" dans les cas de distinction directe fondée sur l'âge diffère de celui qui est appliqué dans les cas de distinction indirecte fondée sur l'âge.

Dans le contexte de la LDH plus particulièrement, on ne peut déterminer clairement avec qui il convient de *comparer* une personne qui intente une action pour une distinction directe fondée sur le handicap. Doit-elle être comparée à une personne non handicapée ou à une autre personne handicapée (atteinte du même handicap, d'un handicap comparable ou différent)? Les définitions néerlandaises de la distinction directe dans la LGET, la LDH et la LDA n'offrent pas explicitement la possibilité de "*comparaisons hypothétiques*". Seule une interprétation large de la "*distinction directe*" par les tribunaux et la Commission pour l'égalité de traitement (ci-après CET) garantit que tous les éléments de discrimination directe contenus dans les directives sont régis.

La distinction indirecte – La distinction indirecte est définie dans la LGET et la LDH comme étant: "une distinction se fondant sur d'autres caractéristiques ou comportements que ceux compris au point b (à savoir la disposition reprenant les motifs de distinction directe), donnant lieu à une distinction directe." D'après la jurisprudence, il s'ensuit que la distinction indirecte se produit lorsqu'un "*comportement*" neutre (par exemple, une politique, une disposition ou une pratique) *a pour effet* de toucher de façon disproportionnée les membres d'un groupe donné. L'absence d'intention n'a pas d'impact sur l'établissement d'une distinction indirecte (ni directe par ailleurs).

Les directives exigent que, dans une affaire de discrimination indirecte, la partie requérante établisse que le groupe auquel elle appartient subirait un *désavantage particulier*. Les définitions de la distinction indirecte dans la LGET et la LDH ne reflètent pas exactement cette norme européenne "*plus douce*" dans des cas de discrimination indirecte. Le droit jurisprudentiel (non exécutoire) de la CET révèle un appui assez fort sur la preuve statistique. Ce que l'on appelle des "*faits communément connus*" constituent souvent un élément corroborant des preuves statistiques mais ne sont généralement pas acceptés comme

preuve exclusive. La loi néerlandaise s'avère compatible avec les directives en ce qui concerne le test de "justification objective" de la discrimination indirecte.

Harcèlement – Avant la mise en oeuvre des directives, la CET traitait le "harcèlement" comme étant un cas de distinction directe par rapport à des "conditions d'emploi". Après la mise en oeuvre des directives, le "harcèlement" est explicitement défini comme une forme de "distinction" qui ne peut jamais être justifiée. La définition actuelle du "harcèlement" dans la LGET, la LDH et la LDA exige qu'un requérant établisse: 1. que le harcèlement est "lié à un motif" (le harcèlement dû au fait qu'une personne est obèse ou laide n'est donc pas traité par les lois) **et** 2. qu'il a pour objet ou effet de porter atteinte à la dignité de la personne **et** 3. qu'il a pour objet ou effet de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans l'ensemble, ce test est plus strict que celui adopté par la CET dans sa jurisprudence antérieure à la mise en oeuvre des directives. Dès lors, l'approche néerlandaise ne répond pas à la *clause de non-régression* des directives.

Le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes – Avant la mise en oeuvre des directives, l'interdiction de "tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une distinction" était déjà implicitement contenue dans la législation relative à l'égalité de traitement néerlandaise. Après la phase de mise en oeuvre, cette présence implicite est devenue explicite dans la LGET, la LDH et la LDA. Tant l'auteur du *comportement enjoignant à agir de manière discriminatoire* (par exemple, l'employeur) que la personne *qui exécute l'acte discriminatoire* (par exemple, une agence de recrutement) agissent en violation de la loi. Si la consigne a été donnée dans le cadre d'une relation professionnelle hiérarchique (un employeur enjoignant un travailleur à agir de façon discriminatoire), seule la personne qui commande (le patron et non le travailleur) peut être tenue pour responsable (par procuration) par une victime. L'approche néerlandaise reflète sans doute à cet égard une interprétation trop étroite du concept tel qu'il est contenu dans les directives.

L'aménagement raisonnable – Ce concept n'a été explicitement enchâssé que dans la LDH. La législation néerlandaise parle d'aménagement "effectif" plutôt que "raisonnable": l'aménagement recherché doit avoir l'effet ou les effets escomptés, ce qui signifie que l'aménagement doit être à la fois "approprié" et "nécessaire" et ne peut imposer une charge de la preuve (financière) disproportionnée à l'employeur. L'obligation de procéder à un "aménagement effectif" ne constitue pas une obligation générique: l'employeur doit savoir clairement, par exemple, qu'un aménagement est nécessaire et connaître le type d'aménagement qui devrait être réalisé. Enfin, l'obligation ne peut jamais avoir pour effet de contraindre les employeurs à engager des personnes qui ne peuvent répondre pleinement aux exigences essentielles de la fonction.

Les exceptions – La LGET, la LDH et la LDA contiennent toutes des exceptions à la norme centrale. Dans les deux premières lois, ces exceptions sont énumérées de façon explicite et exhaustive par le législateur dans les lois elles-mêmes en ce qui concerne les distinctions directes. Les tribunaux et la CET adoptent une interprétation restrictive de ces exceptions. La LDA quant à elle accorde plus de souplesse au niveau de l'interprétation (semi-)judiciaire: la distinction fondée sur l'âge, qu'elle soit directe ou indirecte, peut être "objectivement justifiée" et seules certaines exceptions ont été mentionnées a priori et explicitement dans la loi elle-même.

Dans le contexte de la LGET, les principales *exceptions* sont les suivantes: *l'exigence professionnelle essentielle*; *l'action positive* (pour la race et le genre seulement); et les

exceptions pour les *employeurs, les institutions d'enseignement et les organisations/associations ayant une éthique fondée sur la religion ou une conviction*. Une exception concernant *la nature privée de la relation professionnelle* et une exception concernant *la nature privée des circonstances du contrat particulier* ont également été incluses dans la LGET.

Dans le contexte de la LDH, les exceptions suivantes sont d'application: l'exception relative à *la santé et la sécurité publique; la poursuite de politiques (sociales) de soutien* pour les personnes handicapées et la *prise de mesures d'action positive*. L'exception de l'exigence professionnelle essentielle n'a pas été inscrite dans la LDH.

Selon la LDA, la distinction fondée sur l'âge, qu'elle soit directe ou indirecte, est susceptible de justification objective. Toutefois, le législateur a enchâssé diverses exceptions dans la LDA elle-même. Elles sont donc justifiées *a priori*. Ceci s'applique: 1. aux distinctions fondées sur l'âge qui se basent sur les politiques de marché de l'emploi qui visent à promouvoir la participation au marché de l'emploi de personnes appartenant à certaines catégories d'âge; 2. au licenciement du fait qu'une personne a atteint l'âge de la retraite défini par la loi (65) ou un âge plus élevé (pas moins élevé) *pourvu que* cet âge plus élevé ait été défini par une loi écrite ou un décret gouvernemental ou ait été convenu de commun accord par les parties impliquées. La règle "transitoire" suivante est d'application jusqu'au 2 décembre 2006: s'il n'a pas été convenu dans le contrat de travail que le contrat d'un travailleur prendra fin dès que celui-ci aura atteint un âge inférieur à l'âge de départ à la retraite et pourvu que cela ait été convenu avant l'entrée en vigueur de la LDA (avant le 1^{er} mai 2004), la Loi ne s'appliquera pas. Après cette "période de transition", la justification sera demandée.

4. Champ d'application matériel

La LGET s'applique aux domaines de l'emploi et du travail, à l'offre des biens et services (y compris l'enseignement) et, uniquement dans le contexte de la *discrimination raciale*, au domaine de la protection et de la sécurité sociale et à celui des soins de santé. Toutes les garanties résultant des directives s'appliquent également au domaine de l'offre des biens et services. La LDH ne s'applique actuellement qu'à l'emploi. Toutefois, la loi prévoit qu'à une date qui doit encore être déterminée par le législateur, elle s'appliquera aussi au domaine des transports publics. Il existe également des propositions visant à inclure le logement et l'éducation (générale) dans le champ d'application de la LDH. La LDA est la loi la plus limitée dans son champ d'application matériel: elle ne s'applique qu'à l'emploi et à l'enseignement lié à l'emploi. On notera que, jusqu'au 1^{er} janvier 2008 au plus tard, la LDA ne s'appliquera pas au service militaire.

Dans les trois lois en question, le notion d'"emploi" doit être comprise au sens large du terme: ce terme couvre à la fois l'emploi du secteur public et du secteur privé; il s'étend de la phase du recrutement à la phase de licenciement en comprenant notamment la promotion, les conditions d'emploi, la médiation dans l'emploi et la formation (professionnelle). En outre, le statut d'indépendant est également régi par les trois lois.

Les *frontières* suivantes ont été fixées au champ d'application de la LGET: 1. son inapplicabilité en ce qui concerne les affaires internes des Eglises et des communautés religieuses; 2. elle reste sans préjudice de la loi sur la discrimination sexuelle déjà existante (mentionnée dans l'introduction ci-dessus); et 3. son inapplicabilité aux affaires internes d'associations.

En ce qui concerne la LDA, l'interdiction de la distinction fondée sur l'âge est inapplicable pour ce qui concerne la perception d'une retraite (professionnelle) (supplémentaire à l'offre

d'une retraite sur la base de la législation relative à la sécurité sociale) et pour ce qui concerne les calculs actuariels de la retraite.

5. Mise en application de la loi

Pas plus la LGET que la LDH ou la LDA ne contiennent de procédures judiciaires obligatoires. Les procédures normales du droit civil ou administratif peuvent être utilisées pour faire appliquer les normes relatives à l'égalité de traitement. Toutes ces procédures conduisent à une décision juridiquement exécutoire. Dans la pratique, la norme d'égalité est appliquée dans la majorité des cas par le biais d'une procédure spéciale à seuil peu élevé auprès de la CET. La CET est un organisme indépendant semi-judiciaire (voir aussi dans la section suivante) dont la jurisprudence n'est *pas exécutoire*, tout en étant néanmoins investi d'une certaine autorité. Aucune représentation juridique n'est requise dans les affaires introduites auprès de la CET. Les procédures ordinaires du droit civil ainsi que du droit administratif et la procédure de la CET dotent les groupes d'intérêts (ONG et autres associations) d'une capacité juridique. Outre cela, la CET peut mener une enquête de sa propre initiative. Toutes les parties impliquées dans toute enquête menée par la CET sont tenues de fournir à la CET toutes les informations demandées. Tout manquement à cette obligation peut donner lieu à des poursuites pénales. La CET comme les tribunaux ordinaires acceptent le test de situation.

Le transfert partiel de la charge de la preuve s'applique dans les procédures engagées devant les tribunaux et est appliquée par la CET aussi. En ce qui concerne les sanctions, la LGET, la LDH et la LDA stipulent seulement que les licenciements discriminatoires (et les licenciements de rétorsions) seront déclarés nuls et nonavenus et que les dispositions contractuelles qui contreviennent aux lois sur l'égalité seront nulles et nonavenues. En vertu des procédures judiciaires ordinaires, en cas de licenciement d'un travailleur contraire à la loi sur l'égalité de traitement, la résiliation du contrat peut être invalidée et le travailleur peut réclamer un salaire. Il peut également demander d'être rétabli dans ses fonctions. Il peut aussi réclamer plutôt une indemnisation pour dommages pécuniaires en vertu des sanctions prévues par la loi générale administrative, sur les contrats ou sur les actes délictuels.

La panoplie limitée des sanctions dont disposent les lois conduit à se demander si l'exigence des directives qui veut que les sanctions soient "effectives", "proportionnées" et "dissuasives" est bien satisfaite. En outre, les lois de non-discrimination matérielles contiennent des "sanctions" (plus douces) qui ne peuvent être imposées que par la CET et non par les tribunaux. Ainsi donc, la CET peut adresser des *recommandations* à la partie dont il a été constaté qu'elle a pratiqué une distinction illégale. Elle peut également transmettre ses constatations dans un Avis adressé au ministre concerné et aux organisations d'employeurs, de travailleurs, de professionnels et autres similaires. En outre, bien que cette procédure n'ait jamais encore été utilisée, la CET peut intenter une action en justice en vue d'obtenir une décision établissant que la conduite contraire à la législation sur l'égalité de traitement concernée est illégale, demandant que cette conduite soit interdite ou obtenant une ordonnance exigeant que les conséquences de cette conduite soit rectifiées.

6. Organismes de promotion de l'égalité de traitement

La CET est l'organisme de promotion de l'égalité de traitement officiellement désigné (en vertu de l'article 13 de la directive relative à l'égalité raciale). Son mandat couvre la conduite d'études et l'émission de rapports et de recommandations mais ne couvre pas la tâche d'assistance aux victimes de discrimination. (Les Pays-Bas comptent toutefois d'autres institutions qui sont partiellement subventionnées par le gouvernement et qui sont chargées d'assister les victimes, comme le Bureau national de lutte contre le racisme et les

Bureaux locaux d'antidiscrimination, par exemple. Officiellement, il ne s'agit pas d'organismes désignés au sens de l'article 13 de la directive relative à l'égalité raciale mais ils assurent effectivement cette fonction). Cette dernière fonction est jugée contraire à la tâche principale de la CET, qui consiste à entendre les cas de pratiques et conduites (prétendues) discriminatoires et à enquêter sur celles-ci. C'est à cette tâche que la CET consacre la majeure partie de son temps et de ses ressources. (Voir ci-dessus pour une description de ce rôle).

La CET agit également de manière consultative (par exemple, auprès du gouvernement lors de l'ébauche des lois sur l'égalité) et mène des activités d'information et de recherche (par exemple, par le biais de ses bulletins annuels, voir www.cgb.nl). Bref, la CET (contrairement aux tribunaux) agit à la fois réactivement et proactivement afin de donner plein effet aux principes d'égalité et de non-discrimination.

Les membres de la CET sont tous des experts juridiques dotés d'un statut indépendant. Les membres (experts) sont mis en place par le gouvernement pour une durée fixe (de cinq ans). Les membres du personnel ont la même position que les fonctionnaires publics qui travaillent pour un ministère mais ne dépendent que du Directeur de la CET (et non d'un ministre).

La CET a été fondée par le gouvernement (à partir du budget de cinq ministères). Elle doit rendre compte de ses activités au gouvernement sous la forme d'un rapport annuel et d'un audit financier indépendant. Un rapport d'évaluation interne et externe est publié tous les cinq ans (et envoyé au gouvernement et au parlement). Le budget annuel de la CET s'élève à 5 millions d'euros. Elle se compose de 9 membres et d'un président ainsi que d'un personnel d'environ 45 personnes (essentiellement des juristes universitaires). La CET traite tous les motifs de non-discrimination présents dans la LGET, la LDH et la LDA ainsi que les motifs d'égalité de traitement plus spécifiques (comme le type de durée du contrat de travail).

Tous les rapports, avis et *opinions* (arrêts dans les affaires individuelles) sont publiés sur le site web de la Commission: www.cgb.nl