



Résumé du rapport 2011

concernant les mesures de lutte contre la discrimination aux Pays-Bas

par Rikki Holtmaat

1. Introduction

Le Royaume des Pays-Bas a la densité démographique la plus élevée de l'Union européenne. Les immigrants viennent principalement de Turquie, du Maroc, des Antilles néerlandaises (même si les personnes originaires des Antilles néerlandaises ne peuvent pas vraiment être qualifiées d'«immigrants»), du Surinam et d'Indonésie. Les principales religions pratiquées aux Pays-Bas sont le catholicisme romain (30%), le protestantisme (20%), l'islam (5,8%) et des religions diverses (2,2%). On estime à 42% la part de population qui n'adhère à aucune religion.¹

La forme de gouvernement est une démocratie représentative fondée sur un système bicaméral. La reine (Beatrix) occupe le poste de chef officiel de l'État. Le premier ministre dirige le gouvernement, lequel est toujours constitué d'une coalition – étant donné qu'une multitude de partis politiques décrochent des sièges au Parlement mais qu'aucun d'entre eux n'obtient jamais la majorité absolue (plus de la moitié des 150 sièges).

Les Pays-Bas ont signé toutes les grandes conventions internationales visant à lutter contre la discrimination telles que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) (y compris notamment le protocole n° 12), la Convention internationale sur les droits civils et politiques (CIDCP) et son protocole optionnel, 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) (y compris son protocole optionnel) et la Convention relative aux droits de l'enfant. Les Pays-Bas ont signé, mais n'ont pas encore ratifié, la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Les instruments précités font partie intégrante de l'ordre juridique national après avoir été publiés au Journal officiel du Royaume des Pays-Bas; ils peuvent faire l'objet d'une application directe par les juridictions nationales pour autant que la clarté et la précision de la disposition en cause le permette.

2. Législation principale

Droit international: la Constitution interdit à la Cour suprême néerlandaise de procéder à l'examen constitutionnel des actes législatifs formels. Étant donné toutefois que les Pays-Bas adhèrent à une «théorie moniste» du droit international, les juridictions néerlandaises peuvent appliquer directement les normes

¹ The World Factbook (chiffres relatifs à 2006).



internationales en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination, y compris lorsqu'il s'agit d'actes législatifs.

La Constitution: l'article 1^{er} de la Constitution comporte une clause de non-discrimination. Cet article, qui couvre les motifs de la religion, de la philosophie de vie, des convictions politiques, de la race et du sexe et «tout autre motif», peut être invoqué par un requérant individuel contre des actes commis par le gouvernement et par des institutions privées ainsi qu'entre personnes physiques.

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

Droit civil général: les dispositions du Code civil peuvent offrir une protection contre la discrimination illégale par l'invocation de ses dispositions en matière de responsabilité civile et de ses dispositions en matière de droit du travail, par exemple.

Conditions d'emploi: la loi sur les conditions de travail (*Arbeidsomstandighedenwet*) contient des dispositions relatives au harcèlement (sexuel), à l'agression, à la violence et à la discrimination sur le lieu de travail, lesquelles créent pour l'employeur l'obligation positive de prévenir et de combattre toute forme de discrimination et de harcèlement (sexuel).

Actes législatifs relatifs à l'égalité de traitement: les lois pertinentes en matière d'égalité de traitement (droit civil) sont la loi générale de 1994 sur l'égalité de traitement, telle que modifiée en 2004 (*Algemene Wet Gelijke Behandeling* ou AWGB); la loi de 1980 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi, modifiée en 1989 et plus récemment en 2006 suite à la mise en œuvre de la directive 2002/78; la loi de 2003 relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées et la loi de 2004 relative à la discrimination fondée sur l'âge. La religion, les convictions, l'opinion politique, la race, le sexe, la nationalité, l'orientation homosexuelle ou hétérosexuelle ainsi que l'état matrimonial sont couverts par l'AWGB; et le handicap (et les maladies chroniques) et l'âge par les deux lois qui leur sont respectivement consacrées. Ces lois précisent l'article premier de la Constitution pour ce qui concerne les relations horizontales. Il convient, en outre, de les envisager en tant que mesures de transposition des garanties d'égalité contenues dans les directives européennes.

On peut présumer, dans la perspective de la mise en œuvre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, que le législateur néerlandais n'a pas satisfait, à certains égards, aux exigences de l'UE. La Commission européenne a engagé une procédure d'infraction portant notamment sur les définitions de la discrimination directe et indirecte et sur la marge excessive laissée par la législation nationale aux organisations religieuses pour justifier une discrimination directe. Certains de ces points ont été résolus par un amendement aux lois relatives à l'égalité de traitement,

voté en 2011. À d'autres égards toutefois, le législateur néerlandais a été au-delà de ce qu'exigent strictement les directives. C'est ainsi que la protection contre la discrimination fondée sur la religion et les convictions et contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle s'applique également dans le domaine des biens et des services.

Compte tenu de l'objet du présent rapport, la discussion ci-après se limite à la loi générale sur l'égalité, à la loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées et à la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge considérées sous l'angle de la mise en œuvre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

3. Principes généraux et définitions

Les lois néerlandaises relatives à l'égalité de traitement (générale, handicap et âge) couvrent les motifs mentionnés à l'article 19 TFUE, ainsi que certains autres motifs tels que la nationalité et l'état matrimonial.

Contrairement à tout autre domaine de la législation anti-discrimination néerlandaise et au droit européen, ces lois sont centrées sur le concept de «distinction» (*onderscheid*) et non sur celui de «discrimination» (*discriminatie*). Le terme «distinction» n'a pas la même connotation négative et pourrait laisser supposer une possibilité de justification.² En pratique, toutefois, les lois sont interprétées conformément aux directives et à la jurisprudence de la CJUE. En 2008, le gouvernement néerlandais a néanmoins annoncé qu'il harmoniserait la terminologie de l'ensemble de la législation sur l'égalité de traitement avec celle des directives par l'adoption d'une nouvelle loi générale (AWGB) intégrant notamment les lois respectivement axées sur la discrimination fondée sur le sexe, le handicap et l'âge. Un projet de loi dans ce sens devrait être soumis au Parlement en 2012.

La discrimination directe – Depuis 2011, la définition de la discrimination directe figurant dans les lois sur l'égalité de traitement reproduit le libellé des directives, si ce n'est qu'elle utilise le terme «distinction» au lieu de «discrimination». Sans être expressément incluse dans la définition de la discrimination directe – que ce soit dans les directives ou dans les lois néerlandaises (modifiées) sur l'égalité de traitement – la possibilité d'une discrimination par association a été admise par la Commission pour l'égalité de traitement (CGB).

La discrimination indirecte – Depuis 2011, la définition de la discrimination directe figurant dans les lois sur l'égalité de traitement est similaire à celle des directives, si ce n'est qu'elle utilise le terme «distinction» au lieu de «discrimination».

Harcèlement – Avant la mise en œuvre des directives, la CGB traitait le «harcèlement» comme un cas de discrimination directe en rapport avec les «conditions d'emploi». Depuis la mise en œuvre des directives, le «harcèlement» est

² Par conséquent, nous utilisons ici le terme «discrimination».



explicitement défini comme une forme de discrimination ne pouvant faire l'objet d'aucune justification. La définition actuelle du «harcèlement» dans les trois lois relatives à l'égalité de traitement (générale, handicap et âge) reflète celle des directives, mais cette définition est plus stricte que celle appliquée par la CGB dans sa jurisprudence antérieure à la mise en œuvre des directives. L'approche néerlandaise ne satisfait pas, dès lors, à la *clause de non-régression* prévues par les directives.

L'injonction de discriminer – Avant la mise en œuvre des directives, l'interdiction de «tout comportement consistant à enjoindre quiconque de pratiquer une distinction» était déjà implicitement contenue dans la législation néerlandaise relative à l'égalité de traitement. Lors du processus de mise en œuvre, cette présence implicite est devenue explicite dans les trois lois sur l'égalité de traitement (générale, handicap et âge). Tant l'auteur de l'injonction (l'employeur, par exemple) que la personne qui l'exécute (une agence de recrutement, par exemple) contreviennent à la loi. Si l'injonction a été formulée dans le cadre d'une relation professionnelle hiérarchique (un employeur enjoignant un travailleur à pratiquer une discrimination), seul le décideur (le patron et non le travailleur) peut être tenu pour responsable par une victime (responsabilité du fait d'autrui). 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 consacré que dans la loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées, qui 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». Il doit également être raisonnable au sens qu'il ne peut imposer une charge (financière) disproportionnée à l'employeur. L'obligation de procéder à un «aménagement effectif» ne revêt pas un caractère général: la nécessité d'un aménagement et le type de cet aménagement doivent apparaître clairement à l'employeur. Enfin, l'obligation ne peut jamais avoir pour effet de contraindre les employeurs à engager des personnes qui ne peuvent satisfaire pleinement aux exigences essentielles de la fonction.

Les exceptions – La loi générale sur l'égalité de traitement, la loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées et la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge contiennent toutes trois des exceptions à la norme de référence. En ce qui concerne les deux premières, ces exceptions sont énumérées de façon explicite et exhaustive par le législateur dans les lois elles-mêmes pour ce qui concerne la discrimination directe. Ces exceptions font l'objet d'une interprétation restrictive de la part des tribunaux et de la CGB. La troisième loi (âge) offre quant à elle davantage de flexibilité au niveau de l'interprétation (quasi-)judiciaire: tant la discrimination directe qu'indirecte fondée sur l'âge peut être «objectivement justifiée» et seules certaines exceptions ont été mentionnées a priori et explicitement dans la loi proprement dite. De manière générale, les exceptions prévues par les lois sur l'égalité de traitement sont conformes à celles qui peuvent être appliquées en vertu



des directives, surtout depuis les corrections apportées par le gouvernement en réponse à la procédure d'infraction engagée par la Commission européenne. L'exception autorisant les organisations religieuses à exiger que les personnes travaillant pour elles souscrivent à leur éthique fait l'objet de vifs débats, en particulier pour ce qui concerne l'orientation sexuelle. En réponse à la procédure d'infraction annoncée, le gouvernement a déclaré son intention d'harmoniser également le libellé de cette dernière exception avec celui des directives. Début 2012 toutefois, aucun projet de loi dans ce sens n'avait encore été soumis au Parlement.

4. Champ d'application matériel

La loi générale sur l'égalité de traitement (AWGB) s'applique aux domaines de l'emploi et du travail, à la fourniture de biens et de services (y compris l'enseignement) et, uniquement dans le contexte de la discrimination raciale, aux domaines de la sécurité sociale, de la protection sociale et des soins de santé. Toutes les garanties découlant des directives s'appliquent également à la fourniture de biens et de services. La loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées s'applique à l'emploi, à l'enseignement professionnel, au logement et à l'enseignement primaire et secondaire; elle prévoit en outre qu'elle s'appliquera aussi – à une date restant à déterminer par le législateur mais annoncée pour l'été 2012 – au domaine des transports publics. La loi relative à la discrimination fondée sur l'âge a pour sa part un champ d'application matériel plus limité puisqu'elle s'applique uniquement à l'emploi et à la formation liée à l'emploi. On notera que, jusqu'au 1er janvier 2008 au plus tard, cette loi ne s'applique pas au service militaire.

Dans les trois lois en question, la notion «d'emploi» doit être comprise au sens large: ce terme couvre à la fois l'emploi dans le secteur public et dans le secteur privé; il s'étend du recrutement au licenciement, en ce compris notamment la promotion, les conditions d'emploi, la médiation et la formation (professionnelle). De surcroît, l'exercice d'un emploi indépendant est couvert par les trois lois.

Les limites du champ d'application de la loi générale sur l'égalité (AWGB) s'établissent comme suit: 1) elle ne s'applique pas aux affaires internes des Églises et des communautés religieuses; 2) elle reste sans préjudice de la loi existante en matière de discrimination sexuelle; et 3) elle ne s'applique pas aux affaires internes d'associations (ceci découlant implicitement de la liberté d'association garantie par la Constitution).

De même, la loi ne s'applique pas aux actes unilatéraux de fonctionnaires publics ou d'organismes gouvernementaux (autrement dit aux actes réglementaires et législatifs) et à leurs actes d'exécution. Cette restriction du champ d'application ne concerne pas les dispositions législatives en matière de sécurité sociale (seuls les motifs de la race et de l'origine ethnique étant visés).

L'interdiction de discrimination fondée sur l'âge consacrée par la loi spécifique en la matière ne s'applique pas aux prestations de la retraite professionnelle (en



complément de la prestation de pension prévue par la loi sur la sécurité sociale) ni aux calculs actuariels des prestations de pension.

5. Mise en application de la loi

Aucune des trois lois relatives à l'égalité de traitement (générale, handicap et âge) ne contient de procédures judiciaires obligatoires. Les procédures ordinaires du droit civil ou administratif peuvent être utilisées pour faire appliquer les normes en la matière et aboutissent toutes à une décision juridiquement contraignante. Dans la pratique, le respect de la norme d'égalité est le plus souvent assuré par le biais d'une procédure spéciale «à bas seuil» auprès de la Commission pour l'égalité de traitement (CGB).

La CGB est un organisme indépendant quasi-judiciaire (voir aussi la section suivante) dont la jurisprudence n'est *pas exécutoire*, mais fait néanmoins autorité. Aucune représentation juridique n'est requise dans les affaires introduites auprès de la CGB. Les procédures ordinaires du droit civil comme du droit administratif et la procédure de la CGB habilite les groupes d'intérêts (ONG et autres associations) à ester en justice. La CGB peut en outre mener une enquête de sa propre initiative. Toutes les parties impliquées dans une enquête quelconque de la CGB sont tenues de lui fournir l'ensemble des informations qu'elle réclame. Tout manquement à cette obligation peut donner lieu à des poursuites pénales. La CGB comme les tribunaux ordinaires admettent le test de situation.

Le «renversement partiel de la charge de la preuve» est d'application dans les procédures engagées devant les tribunaux, ainsi qu'au niveau de la CGB. En ce qui concerne les sanctions, les trois lois relatives à l'égalité (générale, handicap et âge) précisent uniquement que les licenciements à caractère discriminatoire (et les licenciements relevant de rétorsions) sont déclarés nuls et nonavenus, de même que les dispositions contractuelles contrevenant aux lois en question. En vertu des procédures judiciaires ordinaires, lorsque le licenciement d'un travailleur enfreint la loi sur l'égalité de traitement, la résiliation du contrat peut être invalidée et le travailleur peut, sur cette base, réclamer un salaire; il peut aussi demander à être rétabli dans ses fonctions. Il a pour option alternative de réclamer une réparation pécuniaire en vertu des sanctions prévues par le droit général de l'administration, des contrats ou de la responsabilité civile.

La panoplie complexe et, en réalité, limitée des sanctions législatives suscite certains doutes quant au respect de l'exigence des directives réclamant que les sanctions soient «effectives», «proportionnées» et «dissuasives». Les lois anti-discrimination prévoient en outre des «sanctions» (plus douces) qui ne peuvent être imposées que par la CGB et non par les tribunaux. C'est ainsi que la CGB peut adresser des *recommandations* à la partie ayant pratiqué une discrimination. Elle peut également transmettre ses conclusions dans un Avis adressé au ministre concerné et aux organisations patronales, syndicales, professionnelles et autres.



De surcroît, bien qu'elle n'ait encore jamais fait usage de cette procédure, la CGB peut intenter une action en justice pour obtenir une décision judiciaire établissant le caractère illégal d'un comportement contraire à la législation sur l'égalité de traitement pertinente, et pour réclamer l'interdiction de ce comportement ou une sommation d'en réparer les conséquences.

6. Organismes de promotion de l'égalité de traitement

La Commission pour l'égalité de traitement (CGB) est le principal organisme de promotion de l'égalité de traitement officiellement désigné (en vertu de l'article 13 de la directive 2000/43/CE). Son mandat couvre la réalisation d'études, la publication de rapports et la formulation de recommandations, mais n'inclut pas l'assistance aux victimes de discrimination. Cette dernière fonction est jugée incompatible avec la mission principale de la CGB, qui est d'entendre les cas (présumés) de pratiques ou comportements discriminatoires et d'enquêter à leur sujet – une mission qui mobilise la majeure partie de son temps et de ses ressources.

La CGB assume également un rôle consultatif (par exemple auprès du gouvernement lors de l'élaboration ou de la modification des lois sur l'égalité, ou auprès des employeurs lors du développement de nouvelles mesures) et mène des activités d'information et de recherche (au travers notamment de ses bulletins annuels et de l'attribution de projets de recherche à des instituts indépendants, voir <http://www.mensenrechten.nl/>).

En résumé, la CGB (contrairement aux tribunaux) agit à la fois de manière réactive et de manière proactive, afin de donner plein effet aux principes d'égalité et de non-discrimination. Tous les membres de la Commission sont des experts juridiques indépendants désignés par le gouvernement pour une période déterminée (cinq ans). Les membres du personnel ont pour leur part la même position que des fonctionnaires publics travaillant pour un ministère, si ce n'est qu'ils rendent uniquement compte au Directeur de la CGB (et non à un ministre). La CGB est financée par le gouvernement (les fonds provenant du budget de cinq ministères différents). Elle doit rendre compte de ses activités au gouvernement au moyen d'un rapport annuel et d'un audit financier indépendant. Un rapport d'évaluation interne et externe est publié tous les cinq ans (et adressé au gouvernement et au Parlement). Le budget annuel de la CGB s'élève à 5 millions d'euros. La Commission se compose de 9 membres et d'un président ainsi que d'un personnel d'environ 45 personnes (juristes universitaires pour la plupart). La CGB traite tous les motifs de non-discrimination visés par la loi générale sur l'égalité de traitement, la loi relative à la discrimination à l'égard des personnes handicapées et la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge, ainsi que de motifs d'égalité plus spécifiques (type de durée du contrat de travail, par exemple). Tous les rapports, conseils et avis (décisions dans des affaires individuelles) sont publiés sur le site Internet de la Commission: <http://www.mensenrechten.nl/>.



En 2011, la CGB a été officiellement incorporée à l'Institut national des droits de l'homme (qui faisait défaut jusqu'ici aux Pays-Bas). L'Institut reprend le rôle rempli par la CGB: autrement dit, il continuera notamment d'entendre les plaintes individuelles pour discrimination, de formuler des conseils et d'enquêter de sa propre initiative sur des cas éventuels de discrimination structurelle.

Une ONG néerlandaise active dans la lutte contre la discrimination, baptisée «Article 1^{er}» en référence au premier article de la Constitution, a elle aussi été désignée par le gouvernement en qualité d'organisme pour l'égalité aux termes des directives. Cette organisation couvre tous les motifs de discrimination interdits par l'article 19 TFUE. Elle a pour mission principale de prêter assistance aux victimes et de suivre les évolutions en matière de (non-)discrimination dans la société (néerlandaise) au sens large. Elle est également chargée de coordonner et d'étayer les travaux des bureaux locaux de lutte contre la discrimination que toutes les administrations locales sont légalement tenues de mettre en place et de financer. L'une de leurs missions est la réalisation de tests de situation, dans le secteur des bars et des discothèques principalement.