

Objet: Projet de loi portant

- 1. transposition de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services**
- 2. modification du Code pénal ;**
- 3. modification de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance. (3231AFR)**

Saisine : Ministre de l'Egalité des Chances (28 juin 2007)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis a pour objet la transposition de la directive 2004/113/CE du 13 novembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et des services et la fourniture de biens et de services.

La directive 2004/113/CE précitée reste dans le schéma des directives précédemment transposées en droit luxembourgeois en matière d'égalité de traitement en suivant les définitions et principes établis par ces directives.

Les directives déjà transposées en droit luxembourgeois en matière d'égalité de traitement sont la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, les directives qui ont été mises en œuvre dans le cadre de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail à savoir la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ainsi que la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à l'égalité de traitement entre homme et femme en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail.

La Chambre de Commerce relève d'emblée que le projet de loi sous avis emboîte le pas aux lois luxembourgeoises qui transposent les directives européennes précitées. Elle réitère en conséquence les critiques qu'elle avait déjà émises dans ses avis du 20 septembre 2006 et 22 mai 2004 relatifs aux projets de loi dont l'objet était la transposition des directives précitées 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE, publiés aux documents parlementaires n° 5518-5 et 5249-3 et 5687-7.

Résumé

La Chambre de Commerce reformule son inquiétude à l'égard des définitions sur le harcèlement et des concepts de discrimination directe et de discrimination indirecte dont le caractère vague et imprécis constitue une source d'incertitude juridique. Elle maintient par ailleurs son refus catégorique à l'institution de « class actions » à l'anglo-saxonne en droit

luxembourgeois. Ce type d'actions collectives, outre de favoriser un consumérisme judiciaire qui représente sur le plan économique un risque insupportable pour les entreprises tend par ailleurs à perpétuer « *la vision archaïque des relations humaines selon laquelle le monde est divisé en classes dominantes et en classes dominées les forts - les entreprises - abusant des faibles - les consommateursentretenant ainsi un climat de défiance généralisée qui paraît bien éloignée des ambitions affichées de cohésion sociale* ». ¹ Les actions collectives s'opposent par ailleurs au principe fondamental de procédure judiciaire luxembourgeois en vertu duquel il faut « un intérêt direct et personnel pour agir en justice », principe qui se traduit par l'adage juridique « *nul ne plaide par procureur* ». La Chambre de Commerce constate à ce titre que les auteurs du projet de loi n'ont pas mis en oeuvre toutes les latitudes de transposition conférées par la directive. La directive permet en effet une transposition qui est compatible avec le droit de procédure judiciaire luxembourgeois. En effet, la directive outre de prévoir l'institution d'actions intentées pour le compte des victimes par les associations ou autres entités juridiques, qui ont conformément aux critères fixés par la législation nationale un intérêt légitime à veiller à ce que les dispositions de la directive soient respectées, envisage par ailleurs la possibilité de conférer auxdites associations ou entités juridiques le droit d'engager une procédure judiciaire « **à l'appui de la victime** », disposition qui pourrait se traduire par l'attribution auxdites associations ou entités juridiques **d'un droit d'intervention** aux procès opposant la victime et l'auteur des discriminations. La Chambre de Commerce se prononce en faveur de cette dernière option qui s'avérera plus favorable pour ses ressortissants.

Elle estime du reste que les mesures de protection contre les rétorsions ne devront, à l'image de ce que dispose la directive, que viser les seuls consommateurs victimes qui déposent une plainte ou intentent une action en justice afin de faire respecter le principe de l'égalité de traitement tel que défini par le texte sous avis. La Chambre de Commerce s'oppose, pour des raisons de sécurité juridique évidentes, à ce que les mesures de protection couvrent tous les actes de refus ou de protestations généralement quelconques que les consommateurs opposeraient à des actes ou à des comportements apparemment contraires au principe de l'égalité de traitement. Cette disposition qui dépasse très nettement le cadre de la directive risque en effet de favoriser les abus et d'entraver la bonne marche des affaires.

La Chambre de Commerce ne saurait en outre adhérer à l'institution d'une réparation forfaitaire du préjudice moral subi par la victime d'une inégalité de traitement au sens du texte sous avis. Cette mesure de réparation du préjudice qui n'est d'ailleurs pas prévue par la directive 2004/113/CE précitée, s'oppose en effet au principe de l'évaluation « *in concreto* » du préjudice valant en droit luxembourgeois, principe suivant lequel les dommages et intérêts alloués doivent réparer le préjudice effectivement subi sans que la victime en tire des bénéfices ou des pertes.

La Chambre de Commerce salue finalement la proposition de transposition des dispositions de la directive qui ont trait aux services d'assurances dans lesquels le sexe de l'assuré est un élément déterminant pour l'évaluation du risque et en conséquence pour la détermination des primes et des prestations. La proposition de transposition sous avis est en effet très en faveur des ressortissants de la Chambre de Commerce issus du secteur des assurances. La directive prévoit en effet que « *les Etats membres peuvent décider **avant le 21 décembre 2007** d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur base des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises* ». La Chambre de Commerce se réjouit de constater que les auteurs font usage de cette de cette

¹ Extrait de l'article intitulé *Contre la class action à la française* de Mathieu Laine, avocat, chargé d'enseignement à l'université Panthéon - Assas, publié dans les Echos du 6 avril 2006.

latitude de transposition conférée *par la directive*. Elle relève néanmoins que **la condition du bénéfice de cette option de transposition est le vote de la loi avant le 21 décembre 2007.**

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le présent projet de loi que sous réserve de la prise en considération des remarques formulées dans le présent avis.

Appréciation du projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	-
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	--
Simplification administrative	n. a.
Impact sur les finances publiques	n. a.

Légende :

++	très favorable
+	favorable
0	neutre
-	défavorable
--	très défavorable
n.a.	non applicable

Commentaire des articles

Concernant l'article 1^{er}

L'article 1^{er} détermine l'objet du projet de loi sous avis qui est la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès à des biens et des services et la fourniture de biens et de services en dehors du domaine du travail et de l'emploi. Cette disposition n'appelle pas d'observation.

Concernant l'article 2

Cette disposition a pour objet de déterminer le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à des biens et des services et la fourniture de biens et de services. Il propose des définitions relatives au harcèlement et au harcèlement sexuel. Les concepts de discrimination directe et de discrimination indirecte sont également définis

- Les définitions de la discrimination directe et de la discrimination indirecte :

La discrimination directe est définie comme « *une situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre, ne l'est,*

ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable », tandis que la discrimination indirecte est déterminée comme « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait des personnes d'un sexe par rapport au personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ». La Chambre de Commerce relève que la délimitation entre ces deux notions devra apparaître de manière plus claire. Elle estime par ailleurs que l'acceptation des termes « apparemment neutre » est ambiguë et elle craint notamment que cette notion qui est entachée d'un caractère subjectif ne crée une situation d'insécurité juridique pour le professionnel, situation d'insécurité juridique que la Chambre de Commerce juge inacceptable pour ses ressortissants.

- Les définitions du harcèlement et du harcèlement sexuel :

Le harcèlement est défini comme « la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement hostile, intimidant, dégradant, humiliant ou offensant ». Le harcèlement sexuel est déterminé comme « la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement, ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et en particulier de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

La Chambre de Commerce estime que le libellé vague des définitions relatives au harcèlement constitue une source d'insécurité juridique qui risque d'ouvrir la porte à toutes sortes d'abus. L'imprécision du libellé risque d'ailleurs d'empêcher la mise en œuvre pratique des dispositions relatives au harcèlement. Elle est à ce titre d'avis que les définitions proposées devraient prévoir deux précisions supplémentaires qu'elle considère par ailleurs comme étant sous-jacentes à la définition du harcèlement et conformes à l'esprit de la directive dont elles favoriseront l'application. Elle se réfère à ce titre aux commentaires qu'elle avait émis à l'occasion de son avis commun avec la Chambre des Métiers du 22 mai 2006 sur le projet de loi transposant les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE (n° 5518-5, p. 3 et 5249-3, p. 3 et 4) et réaffirme que les actes de harcèlement ou de harcèlement sexuel devront nécessairement être analysés en prenant comme référence une personne mentalement saine et équilibrée (appréciation « in abstracto ») et que par ailleurs seuls les agissements insidieux, répétitifs et systématiques sauront objectivement être qualifiés de harcèlement.

Concernant l'article 3

Cet article a pour objet de préciser le champ d'application des dispositions sous avis.

Le premier alinéa tend à définir les personnes et les rapports juridiques auxquels s'applique le texte sous avis. Il n'appelle pas d'observations substantielles. La Chambre de Commerce estime toutefois que la formulation du texte est un peu lourde. Elle propose à ce titre la formulation suivante. « La présente loi s'applique à toutes personnes physiques ou morales, qu'elles appartiennent au secteur public ou privé en ce compris les organismes publics, chaque fois que ces personnes donnent accès à des biens ou des services ou fournissent des biens et services qu'elles mettent à la disposition du public et cela quelle que soit la situation du consommateur potentiel. »

Le deuxième alinéa n'appelle pas d'observations.

Le troisième alinéa ne donne en substance pas lieu à d'observations. La Chambre de Commerce propose toutefois pour des raisons rédactionnelles de transposer littéralement le texte de la directive.

Concernant l'article 4

Cet article a trait aux exceptions au principe de l'égalité de traitement.

Il n'appelle pas de commentaires substantiels. La Chambre de Commerce propose toutefois, pour des raisons de sécurité juridique, de supprimer le mot « *notamment* » au point a) de l'article sous avis.

Concernant l'article 5

Cet article ne donne pas lieu à commentaires.

Concernant l'article 6

Cet article a pour objet de transposer les dispositions de la directive qui ont trait aux services d'assurances, dans lesquels le sexe de l'assuré est un élément déterminant pour l'évaluation des risques et en conséquence pour la détermination des primes et des prestations. La différence de la durée de vie des hommes et des femmes a en effet pour conséquence que suivant l'objet du contrat d'assurance, les conditions sont soit plus onéreuses pour les femmes soit plus onéreuses pour les hommes.

Le paragraphe 2 de l'article 5 de la directive autorise « *les Etats membres de décider avant le 21 décembre 2007 d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur base des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises.* »

La Chambre de Commerce se réjouit de constater que les auteurs font pleinement usage de cette option de transposition. Le paragraphe 2 de l'article sous avis dispose en effet que « *des différences proportionnelles en matière de primes et des prestations sont toutefois autorisées lorsque le sexe est un facteur déterminant pour l'évaluation des risques, sur bases de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises.* » La Chambre de Commerce salue par ailleurs que les auteurs de la directive font application de la faculté conférée par la directive de reporter de deux ans la mise en oeuvre des mesures nécessaires pour se conformer au principe d'interdiction de toute différence de traitement en raison des frais et risques liés à la grossesse et à la maternité.

Concernant l'article 7

Cette section concerne les voies de recours contre les discriminations subies ainsi que les mesures de protection contre d'éventuelles représailles de l'employeur.

- Les voies de recours :

La Chambre de Commerce maintient son opposition catégorique à la possibilité pour des associations sans but lucratif définies par le projet de loi sous avis, d'exercer les droits reconnus aux victimes de discriminations d'agir en justice devant les juridictions civiles ou administratives sur base des faits de discrimination subis par des victimes de discriminations. Elle souligne que ce type de recours exercés par procuration s'oppose à un principe

fondamental de procédure judiciaire luxembourgeois, en vertu duquel il faut un intérêt direct et personnel pour agir en justice. Or, en l'espèce les associations sans but lucratif n'ont pas un intérêt personnel et direct à agir à la place des victimes d'actes de discrimination et cela peu importe que les actes de discrimination auront été commis envers les victimes visées individuellement ou que lesdits actes portent un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs des membres desdites associations.

La Chambre de Commerce souligne du reste que le texte manque de répondre à des questions pratiques relatives à la recevabilité des demandes en justice ainsi qu'à l'exécution des jugements rendus. Qui est en effet partie à l'instance et à qui profite le jugement ? Elle se demande par ailleurs si les victimes perdent leur propre droit d'agir dans l'hypothèse où une action est intentée par une association sans but lucratif. A titre subsidiaire, c'est-à-dire au cas où son opposition formelle aux dispositions sous avis ne serait pas retenue, la Chambre de Commerce estime que l'accord exprès des victimes devra nécessairement être sollicité par écrit par l'association sans but lucratif qui souhaite agir à la place de la victime et que la demande en justice devra par ailleurs être considérée d'office comme irrecevable dans l'hypothèse où l'accord exprès de la victime exprimé par écrit ne serait pas joint à la demande en justice introduite par l'association sans but lucratif.

La Chambre de Commerce constate par ailleurs que les auteurs du projet de loi n'ont pas mis en oeuvre toutes les latitudes de transposition conférées par la directive. La directive permet en effet une transposition qui est compatible avec le droit de procédure judiciaire luxembourgeois. En effet, la directive outre de prévoir l'institution d'actions collectives en faveur des associations ou autres entités juridique, qui ont conformément aux critères fixés par la législation nationale un intérêt légitime à veiller à ce que les dispositions de la directive soient respectées, envisage par ailleurs la possibilité de conférer auxdites associations ou entités juridiques le droit d'engager une procédure judiciaire « à l'appui de la victime », disposition qui pourrait se traduire par l'attribution auxdites associations ou entités juridiques d'un droit d'intervention aux procès opposant la victime et l'auteur des discriminations. La Chambre de Commerce se prononce en faveur de cette transposition qui s'avérera plus favorable pour ses ressortissants.

Concernant l'article 8

Cet article instaure un partage de la charge de la preuve entre la partie qui s'estime lésée du fait du non respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et la partie défenderesse. En effet, il incombe à la partie qui s'estime lésée par le non respect à son égard du principe de l'égalité de traitement d'établir les faits qui permettent de faire présumer l'existence d'une discrimination indirecte ou directe. La partie défenderesse devra quant à elle prouver que son comportement n'était pas discriminatoire mais qu'il était motivé par d'autres éléments de considération. La Chambre de Commerce est en mesure d'accepter cette disposition qui est conforme à la directive. La Chambre de Commerce voudrait par ailleurs remarquer qu'elle partage l'avis de la Chambre des Métiers qui souligne dans son avis que « *l'établissement des faits permettant de présumer l'existence d'une violation du principe de l'égalité de traitement ne devra pas se limiter à la constatation que le professionnel n'a pas donné de suite favorable à la demande d'un client.* »

Concernant l'article 9

L'article 9 établit des sanctions en cas de non-respect du principe de l'égalité de traitement.

La disposition sous avis considère ainsi comme nulle et non avenue toute disposition figurant notamment dans un contrat, dans un règlement intérieur d'entreprise ainsi que dans les règles régissant les associations à but lucratif ou non lucratif et les professions indépendantes qui est contraire au principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. La Chambre de Commerce ne s'oppose pas à cette disposition tout en estimant toutefois qu'elle est tout à fait superfétatoire.

L'article sous avis tente par ailleurs d'instituer en son paragraphe 3 une réparation forfaitaire du préjudice moral subi par la victime d'une discrimination au sens du texte sous avis. La réparation forfaitaire serait de l'ordre de 1000 euros. La victime n'aurait pas à prouver l'étendue du préjudice moral subi. La Chambre de Commerce s'oppose à l'institution d'une telle réparation forfaitaire. Cette mesure de réparation du préjudice qui n'est d'ailleurs pas prévue par la directive 2004/113/CE précitée, porte en effet atteinte au principe de l'évaluation « in concreto » du préjudice valant en droit luxembourgeois, principe suivant lequel les dommages et intérêts alloués doivent réparer le préjudice effectivement subi sans que la victime en tire des bénéfices ou des pertes.

La Chambre de Commerce propose par ailleurs pour des raisons rédactionnelles de remplacer, dans la première phase du paragraphe 3 de l'article sous avis, les termes de responsabilité extra contractuelle, par les termes de responsabilité délictuelle.

Concernant l'article 10

L'article 10 du projet de loi a trait à la protection contre les rétorsions. Aux termes de cet article « *personne ne peut faire l'objet de mesures de représailles ou en subir les conséquences, ni en raison des protestations ou du refus opposés à un acte ou un comportement contraire à l'égalité de traitement défini par la présente loi, ni en réaction à une plainte ou une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement. De même personne ne peut faire l'objet de représailles ou en subir les conséquences pour avoir témoigné des agissements définis à l'article 2 sous avis* ».

Cette disposition dépasse très nettement le cadre tracé par la directive qui ne vise en effet que *la protection contre la réaction à une plainte ou à une action en justice*.

La Chambre de Commerce craint notamment que la disposition sous avis ne permette à des consommateurs mal intentionnés de se départir de leurs obligations contractuelles. La Chambre de Commerce s'oppose en conséquence avec détermination contre la disposition sous avis qui est source d'insécurité juridique.

Les articles 11 à 15 du projet de loi n'appellent pas d'observations particulières.

* * * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le présent projet de loi que sous réserve de la prise en considération des remarques formulées dans le présent avis.

AFR/TSA