

Projet de loi n° 6792

Avis du



-

sur le projet de loi portant modification

1. des articles L. 126-1, L. 251-1 et L. 426-14 du Code du travail;
2. de l'article 1er de la loi modifiée du 28 novembre 2006 portant 1. transposition de 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; 2. transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; 3. modification du Code du travail et portant introduction dans le Livre II d'un nouveau titre V relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; 4. modification des articles 454 et 455 du Code pénal; 5. modification de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées;
3. de l'article 1bis de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;
4. de l'article 1bis de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux; 5. de l'article 454 du Code pénal

Suivant l'article 10 de la loi du 28 novembre 2006, le CET peut notamment émettre des avis ainsi que des recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique, le sexe, la religion ou les convictions, le handicap et l'âge.

Considérant que le présent projet de loi s'inscrit dans la thématique de l'égalité de traitement basée sur le sexe, le CET a élaboré le présent avis de sa propre initiative.

Le CET ne se prononce que par rapport aux changements en relation avec la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

Observations préliminaires

- Exposé des motifs

Le CET prend connaissance de la motivation du Gouvernement de bien vouloir introduire un nouveau motif de discrimination, à savoir le « changement de sexe ».

Il s'appuie pour ce faire sur une observation faite par la Commission européenne dans le cadre de la procédure EU-Pilot quant à la directive 2006/54/CE.

Il est vrai que le fait d'avoir un motif de discrimination cité explicitement dans une loi fait augmenter la protection des victimes et la sensibilisation par rapport à cette thématique et peut, en même temps, faire augmenter le taux de signalement de discriminations auprès d'un centre d'égalité de traitement, comme le CET.

Actuellement, seulement 10% des répondants LGBT (lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres) à l'enquête de la FRA (Fundamental rights agency)¹ ont rapporté qu'ils avaient signalé une discrimination à une autorité.

Si le phénomène de sous-déclaration pouvait être diminué de cette façon, cela donnerait une meilleure image de la réalité vécue sur le terrain par des victimes de discrimination et permettrait à la politique et aux autorités de mettre en œuvre des actions concrètes adaptées aux besoins ainsi connus des personnes concernées.

Depuis la jurisprudence P. contre S. et Cornwall County Council², la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) a estimé que toute discrimination fondée sur un changement de sexe est considérée comme une discrimination de sexe.

Il faut toutefois noter que le « changement de sexe » est une notion imprécise, car il peut vouloir dire un changement corporel par des traitements hormonaux et/ou chirurgicaux (même si en réalité, il est impossible de « changer de sexe » au niveau biologique, car on ne change qu'une partie des caractéristiques sexuées) ou sinon un changement à l'état civil.

Il n'est pas clair si une personne qui change de sexe au niveau uniquement social (et non pas médical, ni juridique) peut être incluse dans cette terminologie.

La CJUE ayant pourtant clairement statué sur les modifications corporelles, on peut critiquer le fait que cette notion n'a pas de sens juridique précis et qu'elle est sujette à une incertitude quant à son interprétation.

Dès le début, dans son travail quotidien, le CET a interprété le motif de discrimination « sexe » comme comprenant toute forme du sexe biologique, mais également l'identité de genre d'une personne.

Il s'est volontiers basé sur les principes de Jogjakarta³ qui définissent l'identité de genre comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire.

¹ FRA, « EU LGBT survey : European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey : Results at a glance », 2013, p.20.

² Affaire C-13/94, arrêt de la Cour du 30 avril 1996, Demande de décision préjudicielle: Industrial Tribunal, Truro (Royaume-Uni) - Egalité de traitement entre hommes et femmes - Licenciement d'un transsexuel.

³ Les principes de Jogjakarta : Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2007, p. 6.

Un autre pays dans lequel on procède de la même manière que le CET le fait au Luxembourg est l'Autriche.

Là, la « *Gleichbehandlungsanwaltschaft Österreich* » explique que: « *Der im Gleichbehandlungsgesetz verwendete Begriff « Geschlecht » kann in diesem Zusammenhang auch die Geschlechtsidentität (« gender identity ») meinen. Geschlecht in diesem Sinne ist keine fixe Kategorie, sondern beruht auf gesellschaftlichen Vereinbarungen, Konstruktionen und Zwängen. Es ist dadurch auch wandelbar.* »⁴

Il ressort donc de ces constats que parler d'un « changement de sexe » serait une notion trop restrictive, parce qu'elle ne couvre pas tous les problèmes liés au sexe d'une personne.

Ainsi, la protection d'un groupe de personnes qui est trans⁵ et qui ne voudrait pas forcément procéder à un changement de sexe et les personnes intersexes⁶ ne sont malheureusement pas suffisamment protégées par cette terminologie.

Par contre, l'identité de genre et l'expression de genre sont des notions beaucoup plus englobantes qui ont l'avantage d'être applicables à tout le monde, même aux personnes non-trans'.

Le rapport « L'homophobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les Etats membres de l'UE : Partie II – Situation sociale » de la FRA de 2009 souligne qu' « alors que les personnes victimes de discriminations fondées sur le changement de genre devraient être protégées par la législation antidiscrimination, celle-ci n'est souvent pas appliquée par les Etats membres aux personnes transgenres. »

Car si toutes les interdictions de discriminations fondées sur le sexe mentionnent certes les transsexuels, elles ne couvrent pas nécessairement l'identité ou l'expression de genre au sens large.

⁴ Gleichbehandlungsanwaltschaft Österreich, « Kurzinformation der Anwaltschaft für Gleichbehandlung: Gleichbehandlung für Transgender Personen und Intersexuelle Menschen », 2013, p.2.

⁵ Les personnes trans' (parfois appelées « transgenres ») seront définies ici comme les personnes dont le sexe assigné à la naissance diffère de l'auto-perception, de l'auto-détermination, de l'identité de genre et/ou de l'expression de genre.

⁶ Les personnes intersexes (encore appelées « intersexuelles) peuvent être définies comme les personnes dont les caractères sexués sont atypiques ou non conformes aux normes généralement admises. Les personnes intersexes peuvent présenter un éventail de conformations anatomiques qui ne relèvent pas des catégories standard « mâle » et « femelle » et qui peuvent résulter de variations chromosomiques, hormonales, gonadiques ou génitales.

Comme l'article « Gender identity discrimination in European judicial discourse »⁷ le souligne très justement : « *Indeed, the jurisprudence and some appended opinions suggest that the official recognition of gender reassignment constitutes an integral part of a long process, perhaps providing the ultimate closure to the “transition”. Yet, while we must highlight the fact that not all trans persons actually intend to undergo gender reassignment at all, even among transsexuals who wish to do so, the continuity or coherence of any binary gender identity may not be as evident as we may think initially, simply because of the temporal dimension involved.*

This raises two inter-related issues. One is the availability of protection against discrimination for those trans persons who do not intend to undergo gender reassignment and those transsexuals who are in the process of undergoing gender reassignment treatment – not simply “intending or having undergone” it. »

Voilà où réside le problème majeur du fait de ne se limiter qu'au « changement de sexe », à savoir qu'il existe des personnes trans' qui ne peuvent pas (pour des raisons médicales ou financières p.ex.) ou ne veulent pas se faire opérer.

Pour le moment, « *Transsexuality and gender reassignment, the latter with reference to the ground of sex, rather than gender identity in a broader sense, are the prohibited discrimination grounds applied by the ECtHR and the Court of Justice. This naturally has implications in terms of the scope of protection afforded and it is unclear whether other trans persons than transsexuals would be able to profit from the European non-discrimination guarantees to a similar extent as transsexuals.* »⁸

Afin d'atteindre une protection uniforme en Europe à travers la transposition de la législation européenne en droit national, EQUINET, le réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, constate depuis un certain temps qu' « Il a été clairement établi qu'une référence explicite aux personnes trans et intersexuelles dans la législation en matière d'égalité de traitement était particulièrement utile au travail des organismes de lutte contre les discriminations. Cette mention permettrait en effet de reconnaître la spécificité des discriminations dont elles font l'objet en raison de leur identité. Les initiatives qui concernent directement les personnes trans et intersexuelles pourraient être transposées au niveau européen. Le débat sur la question des personnes trans et intersexuelles prendrait ainsi de la hauteur puisque leur identité serait pleinement prise en considération. Quant aux organismes de lutte contre les discriminations, ils pourraient de cette façon poursuivre leurs activités dans un contexte où ces thématiques bénéficieraient d'une plus grande visibilité. »⁹

De même, a-t-il préconisé que : « La Commission européenne pourrait proposer de mentionner explicitement les personnes transgenres dans les dispositions des directives sur l'égalité de genre et de traitement. Cette mention explicite permettrait d'adopter une approche inclusive de l'identité de genre, de l'expression de genre et de la personification sexuelle. »¹⁰

⁷ Lauri SIVONEN, « Gender identity discrimination in European judicial discourse », The Equal Rights Review, Vol. 7, 2011, p. 20.

⁸ idem

⁹ EQUINET, « Organisme de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations et personnes LGBTI », 2013, p. 41.

¹⁰ EQUINET, « Assurer l'égalité des droits pour les personnes transgenres », 2011, p. 12.

Pour toutes ces raisons, le CET accueille favorablement l'annonce du Gouvernement d'ajouter un motif de discrimination supplémentaire qui couvrirait explicitement un groupe de personnes très vulnérable, pourtant il n'est pas d'accord avec l'intitulé trop restrictif de celui-ci.

Il faut savoir que plusieurs États membres de l'Union européenne font déjà expressément référence aux personnes transgenres dans leur législation nationale. Ainsi, le 1^{er} avril 2015, le parlement maltais a voté à la quasi majorité la loi la plus progressiste au monde, le « GIGESC : *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* », visant à protéger les droits des personnes trans', intersexes et fluides et qui permet le droit à l'autodétermination de son identité.

Dès lors, toute personne citoyenne de Malte a droit à :

- la reconnaissance de son identité de genre ;
- le développement libre de sa personne selon son identité de genre ;
- être traitée en accord avec son identité de genre et, en particulier, être identifiée de cette façon dans les documents établissant son identité et
- l'intégrité corporelle et l'autonomie physique.

Cette loi a l'avantage clair de satisfaire aux recommandations du Conseil de l'Europe¹¹, car il s'agit d'une procédure rapide, transparente et accessible. Fondée sur l'intime conviction de la personne, cette loi reconnaît donc le droit de chaque personne à déterminer seule son identité de genre.

De plus, la loi maltaise a prévu explicitement la protection des personnes intersexes sur la base de leurs caractéristiques sexuées en incluant ce nouveau motif de discrimination.

Car il faut tenir compte du fait que la protection des personnes intersexes reste tout aussi incertaine que pour d'autres personnes trans' : « *It remains unclear whether intersex people are implicitly covered by the existing EU anti-discrimination legal framework. This is mainly because EU gender equality legislation is silent on the issue and the definition of the ground of sex is still based on the male/female binary sex model. Additionally, no case of discrimination against intersex people has yet reached the CJEU to challenge the current understanding of the ground of sex.* »¹²

Si le Gouvernement tient donc à profiter de l'occasion de ce projet de loi pour introduire un nouveau motif de discrimination dans la législation luxembourgeoise, le CET plaide clairement pour une ouverture semblable à Malte et propose conséquemment de remplacer les termes « changement de sexe » par « identité de genre, expression de genre ou caractéristiques sexuées ».

¹¹ Résolution 1728 : Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, 2010.

¹² European Commission, « Trans and intersex people: Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression », 2012, p.82.

Commentaires des articles

- Article L.251-1 (1) du Code du travail

Le CET se pose la question pourquoi le Gouvernement a pris la décision d'ajouter le nouveau motif de discrimination « changement de sexe » à cet endroit.

La portée étant clairement celle du sexe, on aurait aussi pu s'imaginer le joindre à l'article L. 241-1. (1), à savoir à : « Toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial est interdite. »

Dès ses débuts, le CET a rendu attentif au fait qu'il existe une hiérarchie des motifs de discrimination dans la législation luxembourgeoise et notamment dans le Code du travail.

Voilà pourquoi à travers une recommandation dans son rapport annuel, il avait appelé « le Gouvernement à remédier à cette situation en regroupant tous les motifs de discrimination en un seul chapitre. Bien évidemment, les spécificités du chapitre concernant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes doivent impérativement subsister, mais il est tout aussi primordial de prévoir également des sanctions pour d'autres inégalités de traitement, au même titre que le sexe. »¹³

Le CET plaide donc pour que cette modification prévue soit utilisée pour une refonte du Titre IV – Egalité de traitement entre les hommes et les femmes et du Titre V – Egalité de traitement en matière d'emploi et de travail, tout en utilisant l'intitulé pour le motif de discrimination proposé par le CET.

- Article 1 (1) de la loi du 28 novembre 2006

Le CET constate que le Gouvernement a introduit le « changement de sexe » à l'article 1^{er} (1) de la loi du 28 novembre 2006, sans prévoir que le CET s'occupe également de ce motif de discrimination, en l'ajoutant pareillement à l'article 9.

Il s'agit là probablement d'un oubli, puisque dans la version originale de la loi du 28 novembre 2006, le motif de discrimination « sexe » avait été oublié de la même façon. En effet, ce n'est qu'à travers la loi du 13 mai 2008 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes que cet oubli avait été rectifié.

Dans la même logique de regroupement de tous les motifs de discrimination, le CET plaide pour que les lois du 21 décembre 2007 sur l'égalité de traitement entre femmes et hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services et du 13 mai 2008 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes soient fusionnées avec la loi du 28 novembre 2006.

Depuis que la loi du 19 juin 2012 portant modification de la loi du 21 décembre 2007 a prévu d'inclure les médias, la publicité et l'enseignement dans son champ

¹³ Rapport d'activités 2011, p.50.

d'application, le CET ne voit pas quelle raison existerait à ne pas mettre le « sexe » sur le même niveau que les autres motifs de discrimination.

En effet, les domaines d'application de la loi du 28 novembre 2006 sont plus nombreux que dans les deux lois portant sur l'égalité de traitement entre femmes et hommes.

Bien évidemment, des spécificités doivent pouvoir subsister pour l'un ou l'autre motif, mais pour la lecture et la compréhension du désir du Gouvernement à faire face aux discriminations, un seul texte regroupant toute la matière serait beaucoup plus pertinent.

- Article 454 du Code pénal

Le CET n'a évidemment pas d'objection à ce qu'un nouveau motif de discrimination soit ajouté à cet endroit, mais souhaiterait davantage y retrouver « identité de genre, expression de genre ou caractéristiques sexuées » comme termes.

Conclusions

Jusqu'à présent, le fait de ne pas avoir eu de motif de discrimination couvrant des personnes qui sont dans une procédure de changement de sexe, qui ont cette étape encore devant soi ou qui l'ont déjà passée, n'a pas eu d'influence majeure sur le travail quotidien du CET, car le CET les a déjà considérées comme appartenant au motif de discrimination « sexe ».

Néanmoins, l'introduction d'un nouveau motif augmenterait la visibilité des personnes concernées et la sensibilisation à ce phénomène et dès lors, leur protection s'en verrait probablement augmentée.

De plus, le phénomène de sous-déclaration pourrait éventuellement être combattu de cette façon, même si l'on sait qu'en général, les victimes hésitent encore à contacter des centres comme le CET. Voilà pourquoi, le CET plaide pour renforcer le débat et la sensibilisation avec et du grand public autour de toutes les questions liées aux discriminations.

En général, le CET regrette la terminologie choisie par la Commission européenne, ainsi que par le Gouvernement, puisque le « changement de sexe » ne couvre pas toutes les personnes qui connaissent des ambiguïtés avec leur sexe et/ou genre.

En effet, en employant des termes comme « identité de genre, expression de genre ou caractéristiques sexuées » et en utilisant la même protection comme d'autres pays l'ont fait, dont notamment Malte comme l'exemple par excellence, toutes les personnes pourraient être protégées.

En ne parlant que des personnes ayant procédé au changement de sexe, on oublie maintes autres personnes, trans', intersexes ou autres qui voudraient définir leur propre identité de genre comme elles la ressentent et non pas comme la société a tendance à la leur imposer ou qui subissent des discriminations parce que leurs caractéristiques sexuées ne correspondent pas à la norme de la dichotomie des sexes.

Luxembourg, le 21 avril 2015