

Avis du



sur le Projet de loi n° 8032

complétant le Code pénal par l'introduction d'une circonstance aggravante générale pour les crimes et délits commis en raison d'un mobile fondé sur une ou plusieurs des caractéristiques visées à 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, l'orientation sexuelle, 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, alors qu'il vise à compléter de Code pénal par l'introduction d'une circonstance aggravante générale pour les crimes et délits commis avec une motivation discriminatoire, le CET a élaboré le présent avis de sa propre initiative.

Observations préliminaires

Le CET prend connaissance des raisons qui ont amené le Gouvernement à adopter ce projet de loi qui a pour finalité d'introduire pour la première fois dans le Code pénal luxembourgeois une circonstance aggravante générale pour les crimes et délits commis avec une motivation discriminatoire. Cette initiative vise donc spécialement les « *crimes de haine* ».

Les crimes et délits ayant été perpétrés « *en raison* » des caractéristiques visées à l'article 454 du Code pénal, à savoir, l'origine, la couleur de peau, le sexe, l'orientation sexuelle, le changement de sexe, l'identité de genre, la situation de famille, l'âge, l'état de santé, le handicap, les mœurs, les opinions politiques ou philosophiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, feront notamment l'objet d'un dédoublement de la peine privative de liberté ainsi que de la peine d'amende encourue.

Le CET se félicite du fait que le Gouvernement ait finalement décidé de se conformer aux exigences de la décision-cadre européenne 2008/913/JAI¹ qui prévoyait entre autres que les Etats membres prennent les mesures nécessaires en droit interne afin que la motivation raciste et xénophobe soit, pour toute infraction, considérée comme

¹ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=FR>.

une circonstance aggravante ou, à défaut, que la justice puisse prendre en considération cette motivation lors de la détermination des peines.

En effet, le Gouvernement avait décidé, à l'époque de la transposition, de ne pas modifier le Code pénal en y introduisant l'infraction de crime de haine au motif qu'il n'aurait pas été opportun d'introduire dans ledit code une circonstance aggravante généralisée, fondée sur une motivation raciste et xénophobe, étant donné que la législation n'aurait pas connu de telles circonstances aggravantes ou atténuantes généralisées. Il faisait encore valoir que l'article 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI² serait toutefois respecté en ce que le-la juge restait libre dans la détermination de la peine et qu'il-elle pouvait prendre en compte la motivation de l'auteur-riche dans son jugement.

Ce revirement de position s'explique notamment par le fait que les incitations à la haine et à la violence seraient en progression. De plus, la situation sociétale actuelle nécessiterait des réponses efficaces et pertinentes en matière de justice pénale face à ce phénomène. Dans ce contexte, le Gouvernement cite le rapport d'activités du Ministère de la Justice datant de 2020 duquel il ressort qu'en 2020, 183 affaires d'incitation à la haine ont été enregistrées, dont 77 ont donné lieu à une enquête préliminaire et 15 affaires ont donné lieu à un jugement.

Il est toutefois regrettable qu'aucune indication n'est donnée sur les peines appliquées, respectivement sur les condamnations prononcées. Il aurait en outre été opportun de fournir les données statistiques des précédentes années afin de pouvoir réellement saisir l'ampleur du phénomène et son évolution dans le temps.

Le manque de données statistiques par rapport aux crimes de haine a notamment été souligné par l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (ci-après « OSCE ») et plus particulièrement par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (ci-après « BIDDH » ou « ODIHR ») qui assiste les Etats participants à l'OSCE dans la mise en œuvre de leurs engagements de la dimension humaine, et notamment ceux liés aux droits de l'Homme, à la non-discrimination, à la démocratisation et à l'état de droit : « *Although Luxembourg regularly completes ODIHR's questionnaire, data on hate crimes have never been submitted. Luxembourg's Criminal Code includes penalty enhancements for specific offences and a substantive offence. Data are collected by the police, the Prosecutor's Office and the Ministry of Justice. Data are not made publicly available.*

ODIHR observes that Luxembourg has never reported statistics on hate crimes to ODIHR. In addition, ODIHR observes that Luxembourg would benefit from reviewing the existing legal framework in order to ensure that bias motivation can be effectively acknowledged and appropriate penalties can be imposed on perpetrators.

ODIHR recalls that in the Ministerial Council Decision 9/09, participating States have committed to periodically reporting reliable information and statistics on hate crimes to ODIHR. In the Ministerial Council Decision 9/09, participating States have also committed to enacting specific, tailored legislation to combat hate crimes, providing for effective penalties that take into account the gravity of such crimes.

² Voir en ce sens article 4 Décision-cadre 2008/913/JAI : « Pour les infractions autres que celles visées aux articles 1er et 2, les États membres prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que la motivation raciste et xénophobe soit considérée comme une circonstance aggravante ou, à défaut, que cette motivation puisse être prise en considération par la justice pour la détermination des peines ».

ODIHR stands ready to support Luxembourg in meeting its relevant commitments through the provision of comprehensive resources and tailored assistance in the area of hate crime recording and data collection, as well as further resources aimed at addressing hate crime legislation and providing tailored legislative advice »³.

Avec satisfaction, le CET accueille l'objectif escompté de ce projet de loi qui est de « *sensibiliser le grand public et de le conduire à la conscience nécessaire que les crimes de haines sont des crimes identitaires ou des crimes de message* »⁴. La reconnaissance des caractéristiques protégées par l'article 454 du Code pénal au titre d'une circonstance aggravante générale permettrait en outre au Luxembourg de suivre diverses recommandations, notamment celles de la Commission européenne dans la Stratégie européenne de lutte contre l'antisémitisme et de soutien à la vie juive (2021-2030)⁵, celles du Conseil de l'UE lors de son adoption des « *Conclusions on Combating Racism and Antisemitism* » du 2 mars 2022 ou encore celles de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ci-après « *ECRI* »⁶). Cette reconnaissance s'inscrirait par ailleurs dans le cadre du projet de décision du Conseil de l'Union européenne visant à inclure les discours de haine et les crimes de haine sur la liste des infractions européennes de l'article 83§1 du TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) en vue de promouvoir les valeurs fondamentales de l'Union européenne (ci-après « *UE* ») et de faire respecter la charte des droits fondamentaux de l'UE.

Le CET rejoint ainsi le Gouvernement sur cet objectif qu'il s'est fixé. Ce projet rappelle intrinsèquement l'importance de la législation anti-discrimination au sein de la société et souligne le caractère particulièrement attentatoire des crimes de haine par rapport aux droits fondamentaux. Il vient en outre renforcer l'arsenal déjà en vigueur en doublant les peines d'amende et d'emprisonnement encourues pour toute infraction commise « *en raison* » d'une considération discriminatoire. Toutefois, l'introduction d'une telle circonstance aggravante générale pour les crimes et délits commis avec une motivation discriminatoire pose de nombreuses questions quant à son application pratique.

Commentaire de l'article

Le présent projet de loi vise à insérer l'article 80 dans un nouveau chapitre IX bis intitulé « *Des circonstances aggravantes* » qui s'annonce comme suit : « *Quiconque aura commis, en raison d'une ou plusieurs des caractéristiques visées à l'article 454, un fait qualifié de crime ou délit pourra être condamné au double du maximum de la peine privative de liberté et de l'amende portées par la loi contre ce crime ou ce délit, dans les limites des articles 7 et 14* ».

³ Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme, <https://hatecrime.osce.org/luxembourg?year=2020>.

⁴ Projet de loi n°8032, *Exposé des motifs*, p.2.

⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 5 octobre 2021.

⁶ Recommandation de l'ECRI n°1 (§6) : « L'ECRI recommande vivement aux autorités luxembourgeoises de mettre leur droit pénal en conformité avec sa Recommandation de politique générale n° 7, et en particulier (i) de prévoir expressément que la motivation raciste et homo/transphobe constitue une circonstance aggravante pour toute infraction de droit commun, (ii) d'explicitement ériger en infraction les injures publiques, la diffamation publique et les menaces racistes et homo/transphobes et (iii) d'inclure les motifs de la langue et de l'identité de genre dans les dispositions du Code pénal visant à lutter contre le racisme et l'homo/transphobie », <https://rm.coe.int/cinquieme-rapport-sur-le-luxembourg/16808b589c>.

L'article 80 mentionné ci-dessus fait référence aux caractéristiques de discrimination prévues à l'article 454 du Code pénal, seules ces caractéristiques pourront donner lieu à une augmentation de peine.

Les critères visés sont : l'origine, la couleur de peau, le sexe, l'orientation sexuelle, le changement de sexe, l'identité de genre, la situation de famille, l'âge, l'état de santé, le handicap, les mœurs, les opinions politiques ou philosophiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

- Disposition applicable à l'ensemble des crimes et délits

Tout d'abord, il convient de relever qu'il existe dans le système pénal luxembourgeois trois catégories d'infractions classées en fonction de la gravité du comportement qu'elles révèlent. On distingue : les contraventions, les délits et les crimes.

Force est de constater que le futur article 80 ne vise que les crimes et les délits, ce qui exclut l'aggravation des contraventions. Cette circonstance aggravante générale ne concernera par exemple pas les dégradations légères, les injures, les violences légères ou encore le tapage nocturne. Ceci est tout de même regrettable alors que les auteur·rices de ce type d'infractions échapperont à cette circonstance aggravante générale.

Par contre, le projet de loi indique que l'ensemble des crimes et des délits sont visés, c'est-à-dire ceux que l'on retrouve dans le Code pénal ainsi que dans les lois spéciales.

Par ailleurs, il échet de se demander si les auteur·rices du projet de loi avaient envisagé l'hypothèse d'une infraction de négligence. En effet, ce type d'infraction ne semble pas avoir été envisagé par le futur article 80 alors que ce dernier prévoit que l'auteur·rice doit agir « *en raison* » d'un certain mobile, ce qui implique qu'il·elle ait agi intentionnellement. Par contre, il semble qu'une infraction d'omission puisse tomber sous le coup du futur article 80.

- Le libellé de l'article 80

A l'occasion de son avis sur le projet de loi n° 6792, projet de loi qui est devenu la loi du 3 juin 2016, le CET avait plaidé pour un motif de discrimination intitulé « *identité de genre, expression de genre ou caractéristiques sexuées* » au lieu du « changement de sexe ».

L'argumentaire détaillé de ce choix peut être consulté dans son avis du 21 avril 2015.

En adoptant les critères de discrimination énumérés à l'article 454 du Code pénal, les auteur·rices du présent projet de loi sont bien évidemment allé·es au-delà ce que qui est recommandé et exigé au niveau européen et international. Ceci dit, force est de constater que les critères énumérés à l'article 454 du Code pénal ne sont pas tout à fait identiques à ceux qui se trouvent dans la législation civile, comme par exemple dans la loi du 28 novembre 2006 ou encore en matière de droit du travail.

- La discrimination multiple

Il ressort du libellé du futur article 80 qu'une infraction peut reposer sur « *plusieurs* » caractéristiques de discrimination, « *quiconque aura commis, en raison d'une ou plusieurs des caractéristiques visées à l'article 454, un fait qualifié de crime ou délit...* ». Cette formulation vise dès lors ce qu'on appelle une discrimination dite « *multiple* ».

Relevons qu'une discrimination multiple peut prendre deux formes distinctes. Une personne peut, d'une part, dans un même contexte et de la part du·de la même auteur·rice, être victime de deux discriminations différentes liées à une caractéristique qu'il·elle présente. D'autre part, une personne peut être discriminé·e en raison de deux caractéristiques qui se cumulent, c'est-à-dire qu'une personne est discriminé·e uniquement parce qu'il·elle dispose de ces deux caractéristiques à la fois.

Force est de constater les directives européennes, de même que la législation luxembourgeoise reconnaissent que des motifs de discrimination peuvent se chevaucher, mais une interdiction explicite de discrimination multiple n'existe pas.

Le CET se félicite que le Gouvernement ait pensé au phénomène des discriminations multiples.

En outre, dans le travail préparatoire de la Commission européenne en vue d'une nouvelle directive interdisant la discrimination fondée sur différents motifs – dite « *directive horizontale* » – il est fait référence à « *la nécessité de lutter contre la discrimination multiple, par exemple en la définissant en tant que discrimination et en garantissant des voies de recours efficaces. Ceci dit, il en ressort que ces questions dépassent le cadre de la présente directive, mais rien n'empêche les Etats membres de prendre des mesures dans ces domaines* »⁷.

Pour le moment, le·la défenseur d'une victime choisit surtout un motif, donc forcément le plus frappant et celui qui a le plus de chance d'aboutir à une suite. Force est de constater que le silence du pouvoir législatif quant à ce type de discrimination laisse planer un doute quant à la réelle prise de conscience par rapport à ce type de discriminations.

⁷ Proposition de Directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle COM(2008) 426 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0426&from=FR>, page 4.

Le CET est d'avis qu'une interdiction implicite de la « *discrimination multiple* » sur le plan pénal n'est pas suffisante, mais qu'il faudrait introduire une interdiction explicite tant sur le plan civil que pénal. Une telle interdiction concrète permettrait déjà d'éveiller une certaine conscience pour ce phénomène et protégerait davantage les victimes de discriminations. Ne pas reconnaître la « *discrimination multiple* » risque de restreindre de façon drastique le nombre d'infractions qui pourraient être poursuivies, respectivement être punies d'une peine renforcée. De plus, le fait de ne pas avoir une base légale qui reconnaisse explicitement ce type de discriminations risque de modifier le nombre de crimes catégorisés et poursuivis comme crimes de haine étant donné que le Parquet et la Police disposent dans ces cas d'une large marge d'interprétation des faits.

- Personnes visées par l'article 80

Le futur article 80 n'indique pas concrètement quelle personne doit revêtir la ou les caractéristique/s visée/s à l'article 454 du Code pénal, mais en faisant référence à des « *caractéristiques* » qui auraient motivé l'auteur-riche de l'infraction à passer à l'acte, il peut en être déduit que ce-cette dernier-ère entendait viser la victime. Quid des discriminations par association ?

Dans des cas classiques, il existe une victime directe que l'on peut facilement identifier. Ceci dit, le futur article 80 ayant une portée assez large a le mérite de pouvoir englober de nombreuses situations, par exemple celle d'un groupement qui fait l'objet de menaces en raison des opinions qu'il défend.

Il est également légitime de se demander si les auteur-rices du présent projet de loi entendaient aussi protéger les biens associés aux personnes partageant une caractéristique particulière – par exemple, un lieu de culte, un domicile ou encore une entreprise.

Par ailleurs, certaines caractéristiques énumérées à l'article 454 précisent qu'elles peuvent être « *vraies* » ou « *supposées* », il s'agit par exemple de la « *race* », de la « *nation* », de « *l'ethnie* » ou encore de la « *religion* ».

Ainsi, en ce qui concerne les autres caractéristiques, il semblerait que la victime doit effectivement présenter cette ou ces caractéristique/s pour que la circonstance aggravante généralisée puisse s'appliquer. Partant, la simple croyance que la victime présente une voire plusieurs de ces caractéristiques ne suffira pas.

L'agresseur-euse peut en effet également sélectionner sa victime en pensant à tort qu'elle appartient à un groupe particulier. Il faudrait dès lors aussi prendre en compte le mobile de l'agresseur-euse et non uniquement le statut réel de la victime. Omettre d'inclure ces catégories de crimes pourrait diminuer la portée et la mise en œuvre du futur article 80.

Ainsi, est-ce qu'une personne qui agresse à tort une personne en pensant qu'il-elle est homosexuel-le se verra appliquer cette circonstance aggravante généralisée ?

Notons que les articles 132-76 et 132-77 du Code pénal français prévoient par exemple que les circonstances aggravantes sont établies lorsque l'infraction est « *précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion, ou à raison de leur identité sexuelle, vraie ou supposée* ».

La preuve de discrimination peut être difficile à établir pour les caractéristiques non visibles, comme le critère du « *handicap* ». Il est en effet plus ardu de démontrer qu'une victime a été sélectionnée en raison d'une caractéristique protégée quand celle-ci n'est pas apparente, d'où l'importance de réfléchir aux moyens dont disposera l'accusation pour prouver que l'auteur-riche de l'infraction avait connaissance d'une caractéristique non apparente.

- Mobile qui a animé l'auteur-riche à agir

Selon le futur article 80, l'auteur-riche de l'infraction doit avoir agi « *en raison* » d'une ou de plusieurs caractéristique/s visée/s à l'article 454 du Code pénal. La notion de « *mobile* » apparaît uniquement dans l'intitulé du présent projet de loi.

La détermination de l'intensité du lien entre le passage à l'acte de l'auteur-riche et le mobile n'est pas facile à identifier. On peut en effet distinguer deux approches : la première consiste à dire que l'auteur-riche ne serait pas passé-e à l'acte si la caractéristique n'avait pas été présente, la seconde consiste quant à elle à affirmer que mobile a été décisif non pas dans le passage à l'acte, mais dans le choix de la victime.

Il résulte du présent projet de loi que « *la circonstance aggravante n'est pas un élément constitutif de l'infraction (qui nécessite de rassembler les éléments moral, matériel et légal). Elle joue non sur la caractérisation de l'infraction mais sur le niveau de la peine* ». Cette explication prête toutefois à confusion alors que l'élément moral, le mobile ayant animé l'auteur-riche de l'infraction, intrinsèque à cette circonstance aggravante générale, doit être démontré.

Étant donné que les peines sont personnelles par nature, il est possible que les auteur-rices du texte aient essayé d'introduire une circonstance aggravante personnelle, ainsi elle ne peut se transmettre aux complices ou coauteur-rices d'une infraction.

Si l'on admet qu'il s'agit d'une circonstance aggravante personnelle, est-ce que cela advient à exclure les personnes morales du futur article 80 ?

Contrairement en matière civile, le principe de la présomption d'innocence en matière pénale n'admet pas que le pouvoir législatif puisse prévoir un allègement de la charge de la preuve pour la victime. En matière civile, il est notamment admis qu'il suffit qu'une personne établisse des faits qui permettent de présumer l'existence

d'une discrimination pour que la partie défenderesse soit par la suite obligée de prouver que tel n'est pas le cas⁸.

Dans le cas d'un crime de haine, les poursuites sont généralement subordonnées à la réunion de preuves suffisantes de l'existence du mobile discriminatoire, ce qui n'est pas toujours évident. L'investigation du mobile entraîne une grande charge de travail pour la Police ainsi que pour les juges d'instruction.

Il convient en outre de relever que pour certaines infractions, les auteurs-rices de ces infractions sont par définition animé-es par un mobile discriminatoire. Quid de l'application de la circonstance aggravante généralisée pour ce type d'infractions ? Citons par exemple, le génocide, des infractions commises en matière de pédopornographie ou encore le délit de discrimination. Le dédoublement de la peine devient-il systématique pour ces infractions ?

- Condamnation au double du maximum

Le futur article 80 prévoit que l'auteur-riche d'une infraction ayant été animé-e par un mobile de discrimination prévu par l'article 454 pourra être condamné-e au double du maximum de la peine encourue. Qu'en est-il du minimum de la peine encourue ?

L'article prévoit en outre que cette augmentation de la peine ne pourra se faire que « *dans les limites des articles 7 et 14* », or ces articles ne prévoient pas de limites.

Notons que l'augmentation de la peine encourue ne s'applique pas aux peines alternatives, ce qui est regrettable.

En outre, il ressort du présent projet de loi que : « *si l'existence de la circonstance aggravante est démontrée, elle doit obligatoirement s'appliquer à la peine* »⁹. Or, plus loin, les auteurs-rices du texte disent que : « *comme pour n'importe quelle circonstance aggravante, le mobile des caractéristiques visées à l'article 454 du Code pénal ne conduit qu'à élever le maximum de la peine d'emprisonnement encourue et de l'amende, laissant le juge libre d'apprécier, en vertu du principe d'individualisation des peines, la sanction qui sera effectivement prononcée* »¹⁰.

Ainsi, la circonstance aggravante augmente la peine encourue, mais pas nécessairement la peine prononcée par le juge. Ce dernier reste libre de choisir le *quantum* de la peine, dans la limite de la peine encourue augmentée par la circonstance aggravante.

⁸ Art. 5. (1) de la loi du 28 novembre 2006 : « *Lorsqu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit directement ou par l'intermédiaire d'une association sans but lucratif ayant compétence pour ce faire conformément à l'article 7 qui suit ou par l'intermédiaire d'un syndicat ayant compétence pour ce faire conformément et dans les limites de l'article L.253-5 paragraphe (2) du Code du travail, ou dans le cadre d'une action née de la convention collective de travail ou de l'accord conclu en application de l'article L.165-1 du Code du travail conformément et dans les limites de l'article L.253-5, paragraphe (1) du Code du travail, devant la juridiction civile ou administrative, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* ».

⁹ Projet de loi n°8032, p.4.

¹⁰ *Idem*.

Conclusion

Le CET se félicite de l'initiative du Gouvernement, ceci dit, il constate que plusieurs points méritent d'être éclairés alors qu'ils pourront poser problème dans la mise en œuvre et dans l'application de la présente loi.

Il convient par ailleurs de souligner le manque de jurisprudences en matière de discrimination. Malgré cette nouvelle loi, le CET reste sceptique quant à la réelle application de cette circonstance aggravante généralisée par les juges. Force est en effet de constater que le nombre limité de poursuites et de sanctions pour ce type d'infractions renvoie au fait que les lois en matière de discrimination possèdent principalement une dimension symbolique et éducative. Elles servent plutôt à envoyer un message à l'ensemble de la société par rapport au fait que ces crimes sont intolérables. Ceci dit, la dimension pratique d'une loi ne doit pas passer au second plan.

Le CET remarque en outre que la répression pénale à elle seule ne résoudra pas les problèmes de discrimination. En effet, il insiste sur le fait qu'une politique structurelle globale et homogène de lutte contre les discriminations est nécessaire dans de nombreux domaines, tels que les domaines sociaux, éducationnels ou encore culturels.

Luxembourg, le 5 septembre 2022