LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 40.689/AG
40.690/AG
40.691/AG

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Ministre de l'Intégration sociale et de l'Égalité des chances, le 12 juin 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours [*], sur :

- un avant-projet de loi "modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie" (40.689/AG);

- un avant-projet de loi "tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes" (40.690/AG);

- un avant-projet de loi "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" (40.691/AG);

a donné le 11 juillet 2006 l'avis suivant :

---

[*] Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.689/AV
40.690/AV
40.691/AV

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 12 juni 2006 door de Minister van Maatschappelijke Integratie en Gelijke Kansen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen [*], van advies te dienen over :

- een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenophobie ingeven daden" (40.689/AV);

- een voorontwerp van wet "ter bestrijding tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen" (40.690/AV);

- een voorontwerp van wet "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" (40.691/AV);

heeft op 11 juli 2006 het volgende advies gegeven :

---

[*] Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

1. Par une lettre enregistrée au greffe de la section de législation du Conseil d'État le 12 juin 2006, le Ministre de la Fonction publique, de l'Intégration sociale, de la Politique des grandes villes et de l'Égalité des chances a soumis pour avis les trois avant-projets de loi suivants, en application de l'article 3, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État:

1°) l'avant-projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie [1];

2°) l'avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes [2];

3°) l'avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination [3].

2. La même lettre précise:

> "Je me permets d'attirer l'attention de [la section de législation du Conseil d'État] sur le problème de détermination de compétence soulevée par la question de la transposition des dispositifs «anti-discriminatoires» requis par le droit de l'Union Européenne dans le cadre de la «fonction publique» des Communautés et Régions, ainsi que dans le cadre des rapports d'emploi qui se nouent en matière d'enseignement. Etant donné les avis rendus par ce Haut Collège les 16 février 1999, 25 mars et 11 mai 2004 et 31 janvier 2006, je sollicite de ce Haut Collège qu'il puisse rendre, en Chambres réunies, en application de l'article 85*bis* des lois coordonnées, un avis qui porte notamment sur la détermination du législateur compétent aux fins d'adopter les dispositifs discriminatoires dans les domaines précités.
>
> D'autre part, étant donné l'arrêt 157/2004 rendu par la Cour d'Arbitrage, il serait particulièrement précieux que ce Haut Conseil puisse examiner attentivement la question de la liste de critères de discrimination prohibés retenus par le gouvernement dans l'avant-projet de loi visant à lutter contre certaines formes de discrimination".

---

(1) Conformément à la terminologie proposée par l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets (page 14), cet avant-projet de loi sera dénommé comme suit dans la suite de l'avis: "l'avant-projet de loi-racisme".

(2) Conformément à la terminologie proposée par l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets (page 14), cet avant-projet de loi sera dénommé comme suit dans la suite de l'avis: "l'avant-projet de loi-genre".

(3) Conformément à la terminologie proposée par l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets (page 14), cet avant-projet de loi sera dénommé comme suit dans la suite de l'avis: "l'avant-projet de loi générale".

La lettre expose également qu'

> "[i]l [...] serait agréable [au Ministre] que l'avis soit rendu dans le délai prescrit par l'article 84, § 1er, 1° [lire: l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°], des lois coordonnées sur le Conseil d'État" [4].

Il en résulte que le demandeur d'avis a estimé ne pas devoir saisir la section de législation du Conseil d'État sur la base du droit commun fixé par la proposition liminaire de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, mais sur la base de l'une des dispositions dérogatoires contenues dans la même disposition, soit le 1°, qui prévoit que l'autorité qui saisit la section de législation peut réclamer la communication de l'avis dans un délai de trente jours, prorogé à quarante-cinq jours lorsque, comme en l'espèce, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État est saisie sur la base de l'article 85 des mêmes lois coordonnées.

3. Lorsque le Conseil d'État est saisi sur la base des articles 3, § 1er, et 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation du Conseil d'État

> "peut se borner à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites" [5].

Sa saisine n'est en principe pas limitée à des aspects particuliers concernant ces trois points.

Toutefois, compte tenu des difficultés posées par les questions particulières soulevées dans la demande d'avis, ce sont essentiellement ces questions qui ont été examinées, ainsi que celles au sujet desquelles l'exposé des motifs fait état de difficultés quant à la détermination de compétences [6].

---

(4) En ce sens aussi la notification de la séance du 24 mai 2006 du Conseil des ministres (point 23), jointe à la demande d'avis.

(5) Article 84, § 3, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

(6) Voir spécialement la page 10 de l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets.

Il va de soi, dans ces conditions, que le silence gardé dans l'avis sur certains aspects de l'avant-projet ne saurait signifier qu'aucune autre observation que celles formulées dans le présent avis ne se justifierait; de même, ce silence ne saurait servir d'élément d'interprétation des avant-projets.

I. La portée des avant-projets

4. Selon leur exposé des motifs, les trois avant-projets à l'examen participent de l'amélioration et de la correction de l'arsenal législatif fédéral belge relatif à la lutte contre la discrimination, qui réside actuellement et pour l'essentiel [7], dans:

- la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (ci-après "loi du 30 juillet 1981") [8];

- la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale (ci-après "loi du 7 mai 1999") [9];

---

(7) D'autres dispositions sont également citées dans l'exposé des motifs de chacun des avant-projets de loi, à savoir:
- la loi du 13 février 2003 portant des dispositions en faveur de l'emploi dont les articles 2 à 11 sont abrogés par l'avant-projet de loi générale (article 57);
- la loi du 5 mars 2002 relative au principe de non-discrimination en faveur des travailleurs à temps partiel dont l'article 5 est modifié par l'avant-projet de loi générale (article 56);
- la loi du 5 juin 2002 sur le principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée dont l'article 6 est modifié par l'avant-projet de loi générale (article 55).

(8) Modifiée par l'avant-projet de loi-racisme. L'attention est attirée sur le fait que ce dernier avant-projet ne se limite plus, comme la loi du 30 juillet 1981, à énoncer des dispositions à caractère pénal.

(9) Abrogée par l'article 39 de l'avant-projet de loi-genre.

- la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (ci-après "loi du 25 février 2003") [10].

L'exposé des motifs précise également que les avant-projets tendent à transposer adéquatement dans les domaines de compétence de l'Etat fédéral, les directives de l'Union européenne relatives à la lutte contre la discrimination, même si tel n'est pas leur objet exclusif; il s'agit des directives mentionnées à l'article 2 de chacun des avant-projets.

5. Les trois avant-projets à l'examen ont pour objet de lutter contre certaines formes de discrimination, respectivement sur la base de "la nationalité, la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique" [11], sur la base du "sexe" [12], et sur la base de "l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, le handicap et la caractéristique physique ou génétique" [13].

Les trois régimes anti-discriminatoires ainsi mis en place entendent tous s'appliquer, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris les organismes publics, dans les domaines suivants: l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement; la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé; les avantages sociaux; les relations de travail; la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal; l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations; et l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou

---

(10) Abrogée par l'article 58 de l'avant- projet de loi générale.

(11) Article 3 de l'avant-projet de loi-racisme.

(12) Article 3 de l'avant-projet de loi-genre.

(13) Article 3 de l'avant-projet de loi générale.

politique accessible au public [14]. L'avant-projet de loi-genre vise en outre expressément le domaine des "avantages complémentaires de sécurité sociale".

6.1. Les trois avant-projets de loi assortissent par ailleurs l'affirmation du principe de l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte sur la base des critères qu'ils énumèrent respectivement, de deux dispositifs complémentaires qui s'inspirent largement - dans leur contenu et leur articulation - des dispositifs existant aujourd'hui dans les lois du 7 mai 1999 et du 25 février 2003 en les renforçant cependant pour satisfaire aux exigences européennes: l'un est de nature civile, l'autre, pénale.

6.2. Un premier dispositif, de nature civile [15], prévoit:

- la nullité des dispositions contraires à celles des avant-projets de loi et des clauses contractuelles de renonciation aux droits garantis par les trois avant-projets de loi;

- une procédure de plainte motivée introduite par la victime elle-même, par un groupement d'intérêts ou, selon le cas, par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme ou l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, complétée d'une règle de partage de la charge de la preuve.

L'effectivité de cette procédure de plainte motivée est assurée par le biais d'un mécanisme "de protection contre les représailles" appelé à jouer tant dans le cadre des relations de travail qu'en dehors de ces relations [16], de telle sorte que le système corrélatif de protection prévoit, dans les deux hypothèses, un renversement de la charge la preuve de l'acte de "représaille" et comporte par ailleurs, dans le cas d'une discrimination invoquée dans le cadre des relations de travail, une alternative entre une faculté, pour la victime, de réintégration dans le poste de travail et celle d'une

---

(14) Article 5 de l'avant-projet de loi-racisme; article 6 de l'avant-projet de loi-genre; article 5 de l'avant-projet de loi générale.

(15) Articles 13 à 18 ainsi que 27 de l'avant-projet de loi-racisme; articles 20 à 25 ainsi que 31 et 32 de l'avant-projet de loi-genre; articles 15 à 20 ainsi que 26 et 27 de l'avant-projet de loi générale.

(16) Comme le relève l'exposé des motifs des trois avant-projets de loi, ceci est une nouveauté par rapport à ce qu'organisent les deux lois du 7 mai 1999 et du 25 février 2003.

indemnisation. Hors le cadre des relations de travail, c'est une indemnisation éventuellement forfaitaire de la victime qui est prévue.

Par ailleurs, ce système de réparation n'est pas exclusif d'une indemnisation du préjudice subi par la victime d'un acte de discrimination par application, au choix de la victime, ou du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, ou d'un montant forfaitaire que déterminent les trois avant-projets de loi et variant selon que seule la réparation du préjudice moral est demandée ou également celle du préjudice matériel.

Enfin, les trois avant-projets créent une action en cessation - introduite dans les formes du référé - sur le modèle de celle prévue aujourd'hui par la loi du 25 février 2003. Le président du tribunal de première instance [17] est appelé à en connaître, cette attribution de compétence emportant celle d'octroyer une indemnisation forfaitaire à la victime ainsi que celle de coupler sa décision à une mesure de publicité (affichage, publication ou diffusion, notamment par voie de presse).

6.3. Un second dispositif, de nature pénale, prévoit des peines d'amendes et d'emprisonnement ainsi que, dans certains cas, un mécanisme d'interdiction des droits prévus à l'article 31 du Code pénal, sanctionnant, dans les trois avant-projets, l'infraction d'incitation à la discrimination, le comportement discriminatoire des agents publics et les "motifs abjects" et, spécifiquement dans l'avant-projet de loi-racisme, pénalisant la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ainsi que la participation à des organisations qui incitent à la discrimination.

II. La répartition des compétences

7. Pour apprécier si le législateur fédéral dispose de la compétence nécessaire pour élaborer les avant-projets soumis pour avis, il faut tenir compte d'une part, du pouvoir de l'État fédéral, des communautés et des régions d'assurer le respect du principe d'égalité dans les matières relevant de leurs compétences (voir partie A) et d'autre part, des compétences du législateur fédéral en matière de droit civil, de droit pénal et de droit du travail (voir partie B).

---

(17) Ou, selon la nature de l'acte, le président du tribunal du travail ou du tribunal du commerce.

A. Le pouvoir de l'État fédéral, des communautés et des régions d'assurer le respect du principe d'égalité dans les matières relevant de leurs compétences

8.1. Tant la Cour d'arbitrage, que le Conseil d'État, section de législation, ont jugé qu'il appartenait à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures [18], dans les matières qui lui ont été attribuées.

Il s'ensuit que l'autorité fédérale ne peut mener une politique de lutte contre la discrimination que dans les matières relevant de sa compétence [19] et ne peut par conséquent adopter les règles nécessaires à la transposition des directives européennes que

---

(18) Cour d'arbitrage, n° 54/96, 3 octobre 1996, B.9; Cour d'arbitrage, n°. 124/99, 25 novembre 1999, B.4.4; Cour d'arbitrage, n° 124/2000, 29 novembre 2000, B.4.2; pour les avis du Conseil d'État, voir notamment l'avis 25.131/VR des 18 novembre et 13 mai 1997 sur une proposition de décret "garantissant le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs", (*Doc. parl.*, Parl. fl., S.E. 1995, n°. 82/2); avis 28.197/1 donné le 16 février 1999 sur un avant-projet, devenu la loi du 7 mai 1999, "sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale" (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n^{os} 2057/1 et 2058/1); avis 30.462/2, donné le 16 novembre 2000 sur l'avant-projet devenu la loi du 25 février 2003 "tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme" (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1341/1); avis 40.469/VR donné le 22 juin 2006 sur un avant-projet de loi "visant à autoriser l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public" et sur un accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française "concernant l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public"; avis 40.620/VR et 40.621/VR donné à la même date sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public" et un avant-projet de décret "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution".

(19) En ce sens, les avis suivants: 28.197/1, 16 février 1999, précité; 30.462/2, 16 novembre 2000, précité; 36.415/2, donné le 11 février 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone "relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail" (*Doc.*, Parl. Comm. germ., 2003-2004, n° 166/1); 36.788/2, donné le 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement" (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 543/1); 36.797/2, donné le 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle" (*Doc.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 708/1); 39.682/1, donné le 31 janvier 2006 sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale "portant la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi" (*Doc.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2004-2005, n° A-138/2); 40.469/VR, 22 juin 2006, précité; 40.620/VR et 40.621/VR, 22 juin 2006, précité.

dans ces matières. Sous réserve des observations sous les numéros 12 à 18 du présent avis, il appartient en revanche en principe exclusivement aux communautés et aux régions [20] de mettre en oeuvre le principe de non-discrimination respectivement dans les matières culturelles, les matières personnalisables et l'enseignement, et dans les matières régionales. Cela vaut également pour le statut du personnel des organismes publics qui relèvent de la compétence des communautés et des régions (article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles), au statut du personnel des gouvernements communautaires et régionaux (article 87 de cette loi) [21] ou aux règles en matière de statut du personnel enseignant que l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution permet aux communautés d'adopter. Dans tous ces domaines, il revient à l'autorité communautaire ou régionale compétente de mener une politique de lutte contre la discrimination et d'adopter les dispositions nécessaires pour transposer les directives européennes. En effet, la concrétisation même du principe de l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte relève de chacune des autorités compétentes en ce qu'il s'agit de l'assurer dans les différentes phases de la relation de travail, c'est-à-dire au moment de la sélection et du recrutement, du déroulement de la carrière professionnelle et de la fin de celle-ci.

---

(20) Lorsque, dans le présent avis, il est question des communautés et des régions, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune peuvent également être considérées comme concernées en fonction des attributions de compétence résultant des article 135 et 138 de la Constitution et des textes législatifs et décrétaux adoptés sur la base de ces dispositions, soit principalement les articles 60, alinéa 4, et 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, ainsi que l'article 3 commun au décret de la Communauté française n° II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française et au décret de la Commission communautaire française n° III du 22 juillet 1993 portant le même intitulé. De même, lorsque seront mentionnées les dispositions attributives de compétence aux communautés et aux régions, ceci visera, dans les limites des articles 127, § 2, et 128, § 2, de la Constitution, les dispositions exonérées ci-avant de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989 et des décrets précités des 19 et 22 juillet 1993, ainsi que, en ce qui concerne la région de langue française, l'article 3 du décret de la Région wallonne n° II du 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, et, en ce qui concerne la région de langue allemande, les décrets de transfert de compétence de la Région wallonne à la Communauté germanophone pris sur la base de l'article 139 de la Constitution.

(21) En matière de fonction publique, l'autorité fédérale pourrait imposer aux communautés et régions le respect de certaines règles dans le cadre des principes généraux fixés par le Roi en vertu de l'article 87, § 4, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

8.2. Il en résulte également, par exemple, que ce sont les autorités compétentes en matière de politique des handicapés, soit, compte tenu de l'article 5, § 1er, II, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 des réformes institutionnelles et de l'article 4, § 2, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, celles qui sont compétentes dans cette matière communautaire, qui sont habilitées à garantir le principe de non-discrimination à l'égard des handicapés.

Il est renvoyé sur ce point aux avis 40.469/VR, 40.620/VR et 40.621/VR donnés par les chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État, qui précisent toutefois:

> "Outre les exceptions figurant à l'article 5, § 1er, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, la compétence de principe des communautés en matière de politique des handicapés ne peut être limitée qu'en vertu d'autres attributions de compétences, compte tenu du système global de répartition des compétences en vigueur en Belgique [22]. Les autorités compétentes sont, sur la base de ces autres attributions, habilitées à prévoir de manière adventice des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières [23]."

9. Appliquées aux avant-projets à l'examen, les règles mentionnées plus haut soulèvent des difficultés. Celles-ci tiennent au caractère fort large du libellé du champ d'application des dispositifs.

---

(22) C.A., n° 110/1999, 14 octobre 1999, B.7.5.1; n° 33/2001, 13 mars 2001, B.3; 101/2001, 13 juillet 2001, B.5.1. Il a été fait application de cette restriction en ce qui concerne une disposition d'un avant-projet de décret de la Région wallonne, exerçant des compétences communautaires, qui tendait à obliger des employeurs à engager des handicapés: la section de législation a considéré que, vu que l'engagement en question devait prendre la forme d'un contrat de travail, la Région n'était pas compétente (avis 23.478/2/V précité, 10 août 1994).

(23) Ainsi par exemple, les législateurs compétents en matière d'urbanisme ou de télécommunications peuvent adopter en principe des dispositions s'adressant, dans ces matières, aux handicapés.

En effet, aux termes de l'article 5 de l'avant-projet de loi-racisme, de l'article 6 de l'avant-projet de loi-genre et de l'article 5 de l'avant-projet de loi générale,

> "[l]a présente loi s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris aux organismes publics, en ce qui concerne:
>
> 1° l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement;
>
> 2° la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé;
>
> 3° les avantages sociaux;
>
> 4° les régimes complémentaires de sécurité sociale [24];
>
> 5° les relations de travail;
>
> 6° la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal;
>
> 7° l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations;
>
> 8° l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public" [25].

---

(24) Le 4° ("Les régimes complémentaires de sécurité sociale") ne figure pas expressément dans le dispositif des avant-projets de loi-racisme et générale mais il résulte de l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets que ces régimes sont également visés par ces deux avant-projets. On peut en effet lire ce qui suit dans l'exposé des motifs:
"Les trois législations ont un domaine d'application matériel parfaitement identique. Les seules différences observables sont de pure forme. Ainsi le domaine des «régimes complémentaires de sécurité sociale» est-il intégré dans le domaine plus large des relations de travail au sein de la «loi-racisme» et de la «loi générale», tandis qu'il figure comme domaine d'application distinct dans la «loi genre». Cette différence de présentation n'est opérée qu'à des fins strictement fonctionnelles, en vue de simplifier la mise en place du régime de justification des distinctions directes dans le cadre de cette dernière loi" (exposé des motifs, p. 23).

(25) Pour les motifs exposés à la note infrapaginale précédente, les 5°, 6°, 7° et 8°, de l'avant-projet de loi-genre sont numérotés 4°, 5°, 6° et 7°, dans les avant-projets de loi-racisme et générale.

Ces notions sont plus amplement définies respectivement aux articles 4, 5 et 4 des avant-projets et dans le commentaire relatif à ces articles. Il faut observer en outre que le 1° de ces dispositions définit la notion de "relations de travail" ainsi qu'il suit:

> "les relations qui incluent, entre autres, l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi en ce compris les critères de sélection, les critères de recrutement et les possibilités de promotion, ainsi que les conditions de travail en ce compris la rémunération et les régimes complémentaires de sécurité sociale, et le licenciement, en ce compris la décision de licenciement et les conditions et modalités du licenciement [...]",

et ce tant dans le secteur public que dans le secteur privé et quelle que soit la situation, statutaire ou contractuelle, de la personne qui effectue le travail.

Il en résulte, à titre indicatif, qu'en tout cas:

- les notions d'"accès aux biens et services" et de "fourniture de biens et services" peuvent recouvrir des matières régionales, notamment celles du logement [26] ou des transports [27], ou les matières culturelles et personnalisables attribuées aux communautés [28];

- "la protection sociale" et "les avantages sociaux" peuvent inclure les matières personnalisables confiées aux communautés [29]; il en va de même en ce qui concerne, partiellement en tout cas, "les soins de santé" [30] compris dans la notion de "protection sociale" par, respectivement, les articles 5, 2°, 6, 2°, et 5, 2°, des avant-projets; ces notions peuvent concerner également des matières régionales, comme par exemple le logement [31];

---

(26) Article 6, § 1er, IV, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4, alinéa 1er, de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989. Les articles 5, 1°, 6, 1°, et 5, 1°, respectivement, des avant-projets précisent d'ailleurs que ce champ d'application doit être appréhendé "y compris en matière de logement".

(27) Article 6, § 1er, X, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4, alinéa 1er, de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989.

(28) Articles 4 et 5 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4 de la loi précitée du 31 décembre 1983.

(29) Article 5 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4, § 2, de la loi précitée du 31 décembre 1983.

(30) Article 5, § 1er, I, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4, § 2, de la loi précitée du 31 décembre 1983.

(31) Article 6, § 1er, IV, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

- de nombreux décrets et ordonnances communautaires et régionaux prévoient ou impliquent la rédaction de "pièce[s] officielle[s]" ou de "procès-verb[aux]";

- "l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique" peuvent entrer dans les attributions régionales en matière d'économie [32];

- "l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité [...] sociale [ou] culturelle" peut relever des compétences communautaires, respectivement dans les matières personnalisables et culturelles [33], ou, s'agissant d'une activité sociale, de compétences régionales [34];

- que la notion de "relations de travail" inclut nombre de matières régies par le statut des agents de la fonction publique ou celui du personnel enseignant, de sorte qu'elle peut également se rapporter à des matières régionales ou communautaires [35].

10. L'auteur des avant-projets est conscient des difficultés ainsi posées puisque, dans l'exposé des motifs commun à ces textes, on peut lire ce qui suit:

> "Deux directives implicites doivent gouverner l'interprétation des termes qui configurent ainsi le champ d'application des trois lois.
>
> [...]
>
> La seconde directive [36] est celle de l'interprétation conforme aux règles établies par ou en vertu de la Constitution pour déterminer les compétences respectives de l'État fédéral, des Communautés et des Régions. Il va de soi en effet que les trois législations, et les procédures judiciaires qu'elles mettent en place, ne pourront trouver à s'appliquer que dans le domaine des compétences de l'État fédéral. Aucune de ces trois lois, par exemple, ne pourra trouver application en

---

(32) Article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4, alinéa 1er, de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989.

(33) Articles 4 et 5 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980; article 4 de la loi précitée du 31 décembre 1983.

(34) Voir, ci-avant, le deuxième tiret.

(35) Articles 127, § 1er, de la Constitution et 9 et 87 de la loi spéciale du 8 août 1980.

(36) La "première directive d'interprétation" dont il est question dans ce texte est sans rapport immédiat avec la problématique ici à l'examen de la répartition des compétences et concerne "l'exclusion du champ d'application des trois lois, des «affaires strictement privées»"; vu les limites de la saisine de la section de législation du Conseil d'État (voir le n° 3, plus haut), cet aspect ne sera pas examiné plus avant.

matière d'enseignement, dans les rapports entre les écoles et les élèves. Dans un même ordre d'idées, les seuls «biens et services» visés par ces trois lois seront ceux qui se rattachent aux compétences fédérales (assurance, crédit à la consommation, ...), et non ceux qui se rattachent à la compétence régionale, par exemple (transports - sous réserve d'exceptions -, etc...). De même, lorsque les législations proposées déclarent s'appliquer en matière de «logement», c'est à l'exclusion du «marché locatif public» (logement social), de compétence régionale" [37].

11. Les objections qui résultent de ce que le champ d'application des avant-projets, vu notamment le caractère expansif de leurs énoncés, aboutit à embrasser des matières communautaires ou régionales, ne peuvent être rencontrées par le simple renvoi, dans l'exposé des motifs, à une "directive d'interprétation" tendant au respect des compétences respectives de chacun des législateurs concernés. Une fois adopté, le dispositif des avant-projets pourrait en effet conduire, malgré cette "directive d'interprétation", à son application à des situations soustraites à la compétence fédérale.

Pour faire écho à l'intention de l'auteur des avant-projets, telle qu'exprimée dans l'exposé des motifs, ceux-ci doivent être revus par rapport au champ d'application qu'ils couvrent et aux définitions qu'ils en donnent, de manière à ne pas méconnaître la répartition des compétences entre l'État fédéral, les communautés et les régions.

B. Les compétences du législateur fédéral en matière de droit du travail, de droit civil et de droit pénal

a. En général

12. Pour délimiter les pouvoirs respectifs de l'État fédéral, des communautés et des régions en matière de politique de lutte contre la discrimination, il faut tenir compte de l'ensemble des règles répartitrices de compétences, et notamment des compétences dont dispose le législateur fédéral en matière de droit du travail, de droit civil et de droit pénal.

(37) Exposé des motifs commun aux trois avant-projets, pp. 22 et 23.

À cet égard, dans l'avis 30.462/2 précité, auquel font référence les avis 40.469/VR et 40.620-40.621/VR, donnés en chambres réunies, également précités, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit:

> "Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions, une telle interdiction peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail [38]. Ainsi, l'interdiction des clauses contractuelles contenant une discrimination, prévue à l'article 9 de la proposition, s'applique également aux contrats conclus dans des matières relevant de la compétence des Communautés et des Régions, à tout le moins jusqu'à ce que ces dernières prennent des dispositions spécifiques sur le fondement de leurs compétences implicites, lorsque les conditions pour ce faire sont réunies.
>
> Un raisonnement similaire peut être tenu en matière pénale. L'article 4 de la proposition érige en infraction le fait d'inciter à la discrimination ou de donner une publicité à son intention de recourir à la discrimination ainsi que le fait, pour un fonctionnaire, de commettre une discrimination dans l'exercice de ses fonctions. La circonstance que ces infractions puissent être commises dans une matière relevant de la compétence des Communautés ou des Régions ou par un fonctionnaire d'un gouvernement communautaire ou régional n'enlève rien à la compétence du législateur fédéral d'édicter des interdictions de portée générale."

b. La compétence fédérale en matière de droit du travail

13. L'article 6, § 1er, VI, dernier alinéa, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 confirme que le droit du travail relève de la compétence du législateur fédéral.En ce qui concerne plus particulièrement les matières du statut des agents régionaux et communautaires et de l'enseignement (voir le n° 8.1. ci-dessus), les limites des compétences des communautés ou des régions doivent dès lors être tracées au regard de

---

(38) Dans un avis 23.478/2/V, donné le 10 août 1994 sur un avant-projet devenu le décret du 6 avril 1995 "relatif à l'intégration des personnes handicapées", la section de législation du Conseil d'État a estimé, à propos de l'obligation d'engager des personnes handicapées dans les entreprises privées que: "Cet engagement ne pourrait que prendre la forme d'un contrat de travail. Or, la Région n'est certainement pas compétente dans cette matière, ni au titre de la politique de l'emploi ni à celui de la politique des handicapés.
Elle pourrait difficilement revendiquer cette compétence sur la base de ses pouvoirs implicites car la charge constituée par les engagements pour les employeurs ne saurait être considérée comme marginale par rapport à sa compétence principale."

cette compétence [39]. À ce sujet, il faut observer que certaines règles relevant du droit du travail s'appliquent également aux catégories de personnel précitées, telles notamment celles relatives à la protection de la rémunération, au bien-être au travail ou à la protection de la maternité. Il s'impose aussi de rappeler que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui relève de la compétence fédérale, s'applique à certains membres du personnel du secteur public. Dans ces domaines, il appartient à l'autorité fédérale de mettre en oeuvre le principe de non-discrimination, également à l'égard de ces catégories.

c. La compétence résiduelle fédérale en matière de droit civil

14. Le législateur fédéral est en principe compétent en matière de droit civil en vertu de sa compétence résiduelle. Les communautés et les régions ne peuvent élaborer de règles en la matière que dans la mesure où celles-ci peuvent être considérées comme s'inscrivant dans les compétences qui leur sont attribuées [40] ou encore sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

15. Sa compétence résiduelle permet au législateur fédéral d'élaborer des règles générales en matière de droit des obligations, des contrats et de la responsabilité. L'autorité fédérale peut ainsi notamment porter des règles générales frappant de nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination ou instaurer un régime particulier de responsabilité en la matière. Ces règles s'appliquent alors aussi aux matières relevant de la compétence des communautés et des régions, à tout le moins aussi longtemps que celles-ci n'ont pas elles-mêmes adopté des dispositions spécifiques fondées sur leurs compétences explicites ou implicites dès lors que les conditions pour ce faire sont remplies.

---

(39) Lorsqu'une réglementation a des liens avec plusieurs compétences, il faut rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la situation juridique réglée (voir en ce qui concerne l'enseignement d'une part, et le droit du travail et la sécurité sociale, d'autre part, Cour d'arbitrage, n° 184/2002, 11 décembre 2002).

(40) Voir Cour d'arbitrage, n° 51/93, 1er juillet 1993, B.1.6; avis 33.334/VR du 24 juin 2003 sur une proposition d'ordonnance "relative à l'assainissement des sols", *Doc. parl.*, CRBC, 2000-01, n° A-221/1; voir également Cour d'arbitrage, n° 27, 22 octobre 1987, 3.B.3.1 à 3.B.3.4.

d. La compétence fédérale en matière de droit pénal

16. La compétence du législateur fédéral en matière de droit pénal est tout d'abord déterminée par l'article l1 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui indique que les dispositions du livre premier du Code pénal relèvent en principe de sa compétence. Le législateur fédéral dispose en outre de la compétence résiduelle en matière pénale, ce qui implique qu'il peut élaborer des dispositions pénales ayant une portée générale [41] ou des dispositions pénales concernant les matières restées fédérales.

17. En vertu de sa compétence résiduelle en matière pénale le législateur fédéral peut adopter des dispositions pénales générales réprimant la discrimination ou l'incitation à la discrimination, indépendamment de la matière dans laquelle se présente la discrimination. Ces règles trouvent alors également à s'appliquer dans des matières relevant de la compétence des communautés ou des régions, à tout le moins jusqu'à ce que ces dernières prennent des dispositions spécifiques sur le fondement de leurs compétences (article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980).

e. Conclusion

18. Le régime mis en place par les avant-projets à l'examen, décrit sous le n° 6.1 à 6.3. du présent avis vise essentiellement à instaurer un dispositif qui garantit l'effectivité du principe de non-discrimination consacré par le droit européen et forme un tout comportant un volet civil visant la nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination garantie par le nouveau dispositif légal et un régime de réparation du préjudice subi par la victime, complété d'un volet pénal.

(41) Il dispose ainsi de la compétence générale d'incriminer des infractions, comme par exemple, le faux en écritures.

Il est vrai que si les articles 4 à 6 sont adaptés conformément aux observations sous les n^os^ 8 à 11 du présent avis, ces mesures ne sortent pas de la sphère de compétence fédérale, de sorte que le texte actuel des avant-projets [42] ne pose pas de problème au regard des règles répartitrices de compétences.

Mais même si ces mesures sont conçues comme des règles générales de droit civil ou de droit pénal et que leur champ d'application est dès lors déterminé d'une manière autonome, ces dispositions s'inscrivent dans la compétence résiduelle de l'État fédéral en matière civile [43] ou pénale et ne méconnaissent en conséquence pas la répartition des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées. Dans cette hypothèse, elles ne privent en effet pas les communautés et régions de la compétence de mener une politique de lutte contre la discrimination dans les limites de leurs compétences propres ou implicites. Si l'auteur des avant-projets vise effectivement pareilles règles de portée générale, la rédaction des avant-projets doit être adaptée. Les dispositions concernées auront alors en effet un champ d'application général, tandis que les autres dispositions des lois actuellement en projet devront voir leur champ d'application limité aux matières relevant de la compétence du législateur fédéral.

---

(42) L'extrait des exposés des motifs cité sous le n° 10, plus haut, laisse supposer que tel est le cas puisqu'il indique qu'"[i]l va de soi en effet que les trois législations, et les procédures judiciaires qu'elles mettent en place, ne pourront trouver à s'appliquer que dans le domaine des compétences de l'État fédéral". A suivre cette intention, la loi du 30 juillet 1981 ne trouvera plus à s'appliquer dans l'avenir qu'aux procédures judiciaires afférentes à des matières relevant de la compétence de l'autorité fédérale et ne concernera plus, par exemple, les questions de racisme dans l'accès au logement, ce qui est le cas aujourd'hui. Il en ira de même, par exemple, quant à la compétence du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, qui se limitera dorénavant aux matières ressortissant à la compétence du seul État fédéral.

(43) Voir dans le même sens l'avis 37.316/VR donné le 8 juin 2004 sur une proposition devenue la loi du 3 décembre 2005 instaurant une indemnité compensatoire de pertes de revenus en faveur des travailleurs indépendants victimes d'inconvénients dus à la réalisation de travaux sur le domaine public.

III. La liste des critères de discrimination prohibée

19. L'article 3 de l'avant-projet de loi générale dispose que ce projet a pour objectif

> "de créer, dans les matières visées à l'article 5, un cadre général pour lutter contre la discrimination sur base de l'âge, de l'orientation sexuelle, de l'état civil, de la naissance, de la fortune, de la conviction religieuse ou philosophique, de la conviction politique, de la langue, de l'état de santé actuel ou futur, d'un handicap et d'une caractéristique physique ou génétique".

Il ressort de l'exposé des motifs que l'article 3 comporte une "liste fermée" de critères, ce qui implique qu'on ne pourra pas lutter contre les discriminations reposant sur d'autres critères en vertu de la loi en projet, sous la réserve bien entendu des motifs de discrimination prohibée par les deux autres avant-projets à l'examen.

L'avant-projet implique ainsi une inégalité de traitement tant des auteurs d'actes discriminatoires que de leurs victimes.

Cette inégalité de traitement doit se justifier au regard de l'interdiction de discrimination consacrée par les articles 10 et 11 de la Constitution. À plus forte raison lorsque le législateur entend lutter contre les discriminations, il serait fort paradoxal que la loi soit elle-même source de discrimination. C'est pourquoi il est légitime de poser des exigences sévères concernant la "justification objective et raisonnable" de la sélection des motifs de discrimination, effectuée à l'article 3 de l'avant-projet.

Dans l'exposé des motifs, l'auteur de l'avant-projet soutient que la sélection de critères opérée repose sur le principe qu'il s'agit de "critères importants" expressément mentionnés dans les instruments internationaux garantis de l'égalité et de la non-discrimination. L'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a manifestement servi de fil conducteur sur ce point.

Le Conseil d'État se doit de formuler les observations suivantes concernant cette justification.

20. Pour être conforme à l'interdiction de discrimination consacrée par les articles 10 et 11 de la Constitution, une loi contre la discrimination ne doit pas nécessairement lutter de la même manière contre toutes les discriminations. C'est ce qui ressort de l'arrêt n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 sur la loi du 25 février 2003. Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage annule la liste des motifs de discrimination figurant dans cette loi qui excluait entre autres les critères de la "langue" et de la "conviction politique". Selon la Cour, la loi violait les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour a motivé sa décision non seulement par une référence à l'objectif général de la loi, mais encore par l'absence de justification objective et raisonnable particulière pour exclure la "langue" et la "conviction politique" de la liste des critères.

21. Dans la mesure où l'avant-projet entend transposer en droit interne 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, il apparaît au Conseil d'État que le recours exclusif aux critères mentionnés dans cette directive pourrait certainement être considéré comme une "justification objective et raisonnable" pour exclure d'autres critères, pour autant que le champ d'application de la loi concerne le champ d'application de la directive. Les mêmes considérations valent pour les critères figurant dans les directives dont la transposition est envisagée par les deux autres avant-projets à l'examen.

La question se pose de savoir si peut également être considéré en soi comme une "justification objective et raisonnable" le fait de seulement prendre en compte les "critères importants", qualifiés comme tels parce qu'ils figurent dans les instruments internationaux concernant les droits de l'homme.

22. Tout d'abord, il importe de souligner la différence fondamentale qui existe entre une "liste ouverte" et une "liste fermée" de critères. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [44], l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, contiennent une "liste ouverte" de critères. Comme le précise l'auteur dans l'exposé des motifs, la liste figurant dans ces textes a

(44) Dans la suite de l'avis: la Convention européenne des droits de l'homme.

uniquement pour objectif de mentionner les critères "dont l'importance est a priori la plus grande" et dont l'utilisation est par conséquent "la plus suspecte". Le seul fait qu'un critère ne soit pas mentionné expressément dans cette liste n'a toutefois pas pour conséquence qu'une victime de discrimination sur la base de ce critère ne serait pas protégée par les dispositions conventionnelles. En revanche, la reproduction des critères figurant dans la "liste ouverte" des conventions dans la "liste fermée" dressée à l'article 3 du projet a des effets nettement plus décisifs. La protection de la loi ne pourra pas être invoquée contre une discrimination fondée sur un critère ne figurant pas dans la liste. Même si le législateur peut partir du principe que les critères figurant dans les conventions sont importants et "les plus suspects", encore doit-il, dans sa justification, expressément prendre en compte les conséquences de l'inégalité de traitement qu'il instaure, notamment au regard du principe de proportionnalité. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de compléter la justification sur ce point.

23. En ce qui concerne le choix des critères utilisés dans les conventions internationales des droits de l'homme, le Conseil d'État suggère en outre de prendre en considération les éléments suivants:

a) Il ressort de l'arrêt susmentionné de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 que ce sont tout d'abord les critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui doivent être pris en considération. Toutefois, l'auteur de l'avant-projet paraît manifestement s'inspirer surtout de l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité n'est pas encore entré en vigueur pour l'heure. L'article II-81 correspond certes à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais celle-ci n'a quant à elle pas de force obligatoire en droit. L'auteur de l'avant-projet justifie sa méthode en soutenant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne "constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination". On peut admettre qu'il s'agit d'un motif suffisant pour également prendre en compte les critères mentionnés à l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en plus des critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

b) En tout état de cause, la justification stricte qui doit être donnée à l'inégalité de traitement des auteurs et des victimes de discrimination requiert également que les critères que l'auteur de l'avant-projet avance lui-même soient appliqués de manière cohérente, à moins qu'il y ait une justification particulière pour ne pas le faire. C'est ce qui résulte de l'arrêt précité n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage dans lequel elle énonce expressément que, dans le cadre de l'examen du moyen pris de la violation du principe d'égalité en raison de la limitation des motifs de discrimination, on doit vérifier

> "si le législateur, en établissant une différence de traitement selon le motif sur lequel repose la discrimination, a pris une mesure qui peut résister au contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les dispositions conventionnelles qui garantissent le principe d'égalité et de non-discrimination, et en particulier l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...)" (B.9).

Ensuite, la Cour constate que les critères de la "langue" et de la "conviction politique" figurent à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que

> "rien ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur un motif tel que la conviction politique ou la langue ne puisse faire l'objet des mesures civiles prévues par la loi entreprise" (B.14).

On peut déduire de cet arrêt que l'exclusion de critères qui apparaissent dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est possible que pour autant qu'y soit donnée une justification particulière.

c) Lorsque l'on compare la liste figurant à l'article 3 de l'avant-projet à la liste de critères figurant dans les trois dispositions conventionnelles - l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe - et si on tient également compte des critères mentionnés dans les deux autres

avant-projets soumis au Conseil d'État [45], on constate que les critères suivants ne sont pas repris de:

- l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: "toutes autres opinions", l'"origine sociale", l'"appartenance à une minorité nationale";

- l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: "toute autre opinion", l'"origine sociale", la "fortune", la "naissance ou (...) toute autre situation";

- l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe: "les origines sociales", "toute autre opinion", l'"appartenance à une minorité nationale".

L'exclusion de ces critères requiert une "justification objective et raisonnable" convaincante.

Dans l'exposé des motifs, l'auteur de l'avant-projet justifie uniquement l'exclusion de deux des critères figurant à l'article II-81, à savoir le critère des "origines sociales", qui figure également à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et le critère "appartenance à une minorité nationale", qui se trouve également à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette justification s'énonce comme suit:

> "Certes l'article II-81 précité mentionne expressément, à la différence de la liste proposée dans la «loi générale», le critère de «l'origine sociale». Il y a toutefois lieu de considérer que ce critère se trouve implicitement inclus sous les notions de «fortune» et de «naissance». L'article II-81 précité mentionne expressément, à la différence de la liste autrefois reprise dans la loi du 25 février 2003, le critère tiré des «caractéristiques génétiques». Par cohérence, bien que l'on puisse considérer que ce critère se trouve implicitement inclus sous les notions de «caractéristiques physiques», et de «état de santé actuel ou futur», il y a lieu d'inclure dans la liste de critères prohibés mentionnée dans la loi «générale», le critère de «caractéristiques génétiques». Le seul critère repris dans l'article II-81 précité qui ne dispose d'aucun équivalent explicite ou implicite dans la liste retenue

(45) Il s'agit du critère "sexe" dans le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et des critères "nationalité, prétendue race, couleur de peau, ascendance ou origine nationale ou ethnique" à l'article 3 du projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

> par la «loi générale», est celui de l'appartenance à une minorité nationale. L'omission de ce critère tient au fait que son caractère «composite» le rend juridiquement intraitable dans le cadre de la législation en devenir. En effet, même s'il n'existe aucun consensus définitif sur la notion de «minorité nationale» en droit international, l'on s'accorde néanmoins à considérer que cette notion est une synthèse complexe où des éléments ethniques, religieux et linguistiques sont enchevêtrés de manière inextricable. Or, la loi belge consacrerait un traitement et un régime particuliers pour chacun de ces éléments pris séparément (l'origine ethnique, la langue, et la religion). Dès lors, l'allégation d'une discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale se situerait à cheval sur plusieurs régimes juridiques distincts, ce qui serait à la source d'une insécurité juridique inutile".

25. Il apparaît également au Conseil d'État qu'il y a quelque incohérence dans la justification concernant le critère "origine sociale". Alors que ce critère est omis parce qu'il serait déjà implicitement inclus dans les notions de "fortune" et de "naissance", le critère "caractéristiques génétiques", dont il est également admis qu'il serait déjà implicitement inclus dans les critères "caractéristiques physiques" et "état de santé actuel ou futur", est lui néanmoins explicitement retenu et ce "par cohérence". Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'expliquer pour quel motif le critère "origine sociale" ne doit pas être retenu "par cohérence". Il n'est en tout état de cause pas certain que la notion de l'origine sociale puisse se réduire à la fortune ou à la naissance.

26. En ce qui concerne le critère "minorité nationale", l'exposé des motifs donne à penser que l'absence de ce critère à l'article 3 de l'avant-projet serait compensée par les critères "langue", "religion" et "origine ethnique". Le Conseil relève toutefois à cet égard qu'il existe dans la notion de minorité un élément d'identification collective faisant défaut dans les notions d'origine ethnique, de langue ou de religion, qui lui confère donc une portée autonome, indépendamment du fait que le rattachement à une minorité ne résulte pas nécessairement des seuls trois derniers éléments précités. Il apparaît par ailleurs au Conseil d'État que le texte de l'exposé des motifs concernant "l'appartenance à une minorité nationale" n'est encore qu'une prise de position insuffisamment étayée par l'auteur de l'avant-projet. Il appartient à ce dernier d'indiquer clairement pour quels motifs il estime que le "caractère "composite" de la notion de "minorité nationale" la rend "juridiquement intraitable" dans le cadre de la législation contre la discrimination et que cette notion "serait à la source d'une insécurité juridique inutile" dès lors qu'elle "se situerait à cheval sur plusieurs régimes juridiques distincts".

27. Il appartient également à l'auteur de l'avant-projet de donner une "justification objective et raisonnable" pour l'exclusion des critères suivants:

- "toutes autres opinions" (article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme) et "toute autre opinion" (article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe);

- la "fortune" (article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques);

- "toute autre situation" (article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

IV. Autres observations

A. Le fondement constitutionnel des avant-projets

28. L'article 1er des trois avant-projets dispose:

"La présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution".

Il ressort de l'exposé des motifs que cette qualification est justifiée par la constatation que les avants-projets comportent notamment des dispositions relatives à la compétence des juridictions.

Cette constatation ne peut toutefois conduire à qualifier les avant-projets tout entiers de "matière visée à l'article 77 de la Constitution".

B. Les mesures d'action positive

29. Les trois avant-projets contiennent des dispositions particulières concernant les conditions auxquelles sont soumises les actions positives basées sur les critères mentionnés dans ces avant-projets.

Ainsi, l'article 10 de l'avant-projet de loi-racisme et l'article 10 de l'avant-projet de loi générale sont rédigés comme suit:

"§ 1. Une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction directe ou indirecte constitue une mesure d'action positive.

§ 2. Le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en oeuvre.

§ 3. Dans le domaine des relations de travail, les arrêtés royaux visés au paragraphe précédent sont adoptés:

- pour ce qui concerne le secteur public, après consultation selon le cas, du comité de concertation ou de négociation compétent, prévu par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquelles cette dernière loi ne s'applique pas;

- pour ce qui concerne le secteur privé, après consultation du Conseil national du Travail.

À défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif".

Pour sa part, l'article 16 de l'avant-projet de loi-genre dispose comme suit:

"§ 1. Une distinction directe ou indirecte fondée sur le sexe ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction directe ou indirecte constitue une mesure d'action positive.

§ 2. Le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en oeuvre.

§ 3. Dans le domaine des relations de travail, les arrêtés royaux visés au paragraphe précédent sont adoptés:

- pour ce qui concerne le secteur public, après consultation de la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes, et selon les cas, du comité de concertation ou de négociation compétent, prévu par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels cette dernière loi ne s'applique pas;

- pour ce qui concerne le secteur privé, après consultation de la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes et du Conseil national du Travail.

.../...

À défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif".

Les commentaires des articles expliquent ces dispositions comme suit:

"Cet article détermine l'exception pour les mesures d'action positive. Les mesures d'action positive sont autorisées et, par conséquent, elles n'entraînent pas de discrimination (directe ou indirecte). Les conditions auxquelles les mesures d'action positive doivent répondre, ne sont pas reprises explicitement. Cependant, le projet prévoit une définition des mesures d'action positive (voir 4.11). En élaborant les mesures d'action positive, il convient de tenir compte de la jurisprudence européenne en la matière, ainsi que de la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage.

Les mesures d'action positive doivent aussi bien répondre aux exigences de la Cour d'Arbitrage qu'à celles de la Cour de Justice.

Selon la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage, les mesures d'action positive ("inégalités correctrices") ne peuvent être appliquées que dans les cas où il existe une inégalité manifeste; le législateur considère la disparition de cette inégalité comme un objectif à promouvoir; ces mesures sont de nature temporaire; ces mesures prennent fin quand l'objectif visé par le législateur est atteint; ces mesures ne limitent pas indûment les droits d'autrui (Cour d'Arbitrage, n° 9/94, 27 janvier 1994, considération B.6.2. (MB. 23 mars 1994)).

Dans plusieurs arrêts, la Cour de justice s'est également prononcée sur les exigences auxquelles les mesures d'action positive doivent répondre. Selon cette jurisprudence, les mesures d'action positive sont autorisées à la condition qu'elles poursuivent l'égalité des chances (plutôt que l'égalité du résultat), qu'elles poursuivent un objectif précis (et qu'elles visent notamment à supprimer et/ou réduire les problèmes qui sont à la base de la défavorisation du groupe désavantagé) et qu'elles répondent à un test de proportionnalité (cela veut dire que les mesures doivent être appropriées et nécessaires vis-à-vis de l'objectif poursuivi).

Dans le cadre de la loi anti-discrimination du 25 février 2003, une discussion a eu lieu sur la question de savoir si les personnes privées peuvent également mener une politique d'action positive (et par conséquent recourir à l'exception pour les mesures d'action positive).

Le projet résout cette controverse comme suit:

- les mesures d'action positive émanent en principe des autorités.

- la question de savoir si des personnes privées (p. ex. des employeurs) peuvent également développer une politique d'action positive (et recourir au régime d'exception pour les actions positives), dépend de l'existence d'un cadre réglementaire pour de telles mesures d'action positive par des personnes privées. Par arrêté royal, le Roi peut élaborer un cadre, dans lequel les personnes privées peuvent introduire des mesures d'action positive.

> À défaut qu'un tel cadre ait été mis en place, les personnes privées ne peuvent pas recourir à ce régime d'exception pour les mesures d'action positive, afin de justifier une distinction directe ou indirecte sur la base des critères protégés".

30. Dans la mesure où ils mettent en place un système nouveau relatif aux "mesures d'action positive", qui entend permettre aux personnes privées - par exemple les employeurs - de mettre en oeuvre des mesures d'action positive, les textes en projet doivent être examinés entre autres, au regard des conditions auxquelles sont subordonnées les mesures d'action positive, telles que la Cour d'arbitrage les a rappelées dans l'arrêt précité.

Dans son arrêt n° 157/2004, la Cour d'arbitrage a eu à se prononcer sur l'article 4 de la loi du 25 février 2003, selon lequel

> "[l]es dispositions de la présente loi ne constituent aucunement un empêchement à l'adoption ou au maintien de mesures qui, afin de garantir la pleine égalité dans la pratique, visent à prévenir ou à compenser les désavantages liés à un des motifs visés à l'article 2".

À propos de cette disposition, la Cour s'est exprimée en ces termes:

> "B.79. Par la disposition attaquée, le législateur entend éviter que l'application de la loi n'entre en conflit avec des mesures ayant pour objet de prévenir ou de compenser des inégalités.
>
> Ainsi que la Cour l'a dit déjà dans son arrêt n° 9/94, une norme ou disposition législative ne peut avoir une portée telle qu'"elle empêcherait le juge compétent, lorsqu'il apprécie les applications de mesures d'action positive, de vérifier concrètement (a) que ces mesures sont appliquées dans des cas où une inégalité manifeste existe, (b) que la disparition de cette inégalité est désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, (c) que les mesures sont de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint, et (d) qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui. Dans ses mémoires, le Conseil des ministres a d'ailleurs confirmé que la disposition entreprise devait être interprétée à la lumière des conditions que la Cour a attachées, par le passé, aux mesures d'action positive.
>
> Dans cette interprétation de la disposition attaquée, le moyen ne peut être admis".

31. Ceci étant rappelé, les dispositions à l'examen appellent les observations suivantes:

a) d'une part, ces dispositions sont en défaut de fixer les conditions auxquelles les personnes privées pourraient être autorisées à prendre des mesures d'action positive et d'organiser les éléments essentiels de ce nouveau régime.

Les habilitations conférées au Roi à cet égard sont beaucoup trop larges.

En effet, s'agissant de régimes dérogatoires aux dispositifs législatifs anti-discriminatoires mis en place par les trois avant-projets à l'examen, c'est au législateur lui-même qu'il appartient de déterminer les conditions et éléments essentiels de ces régimes dérogatoires et de s'assurer que ceux-ci seront, dans leur principe et dans leur mise en oeuvre par les intéressés, conformes aux conditions auxquelles la Cour d'arbitrage estime que de telles mesures peuvent être admises.

Il en va d'autant plus ainsi que, tant les dispositifs anti-discriminatoires que les éventuels régimes dérogatoires à ceux-ci, sont comme le mentionnent les commentaires des articles, de nature à porter atteinte, d'une manière ou d'une autre, à des libertés fondamentales garanties par des instruments juridiques de droit international et que la Constitution charge le pouvoir législatif lui-même de protéger. Il en va notamment ainsi des droits économiques, sociaux et culturels, visés à l'article 23 de la Constitution, tels le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, ainsi que le droit à l'épanouissement culturel et social.

b) d'autre part, et en tout état de cause, compte tenu des conditions strictes posées par la jurisprudence de la Cour d'arbitrage à la mise en place d'un régime de mesures d'action positive, l'on aperçoit difficilement comment, le législateur ayant organisé un système d'autorisation remplissant lesdites conditions, il pourrait encore demeurer au libre choix des personnes privées, notamment des employeurs, d'appliquer ou non des mesures d'action positive, comme semble pourtant le souhaiter l'auteur de l'avant-projet.

On pense ici spécialement aux conditions a) et b) rappelées par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 157/2004.

c) Les dispositions à l'examen doivent être fondamentalement revues afin de répondre à ces objections.

C. Les dispositions pénales

a) L'incrimination de l'incitation à la discrimination indirecte

32. Dans l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets, le point IV.4.3. donne des précisions concernant les dispositions pénales. Le point IV.4.3.1. commente l'incrimination des "discriminations indirectes".

Dans les trois avant-projets, le titre concernant les dispositions pénales est introduit par la définition de la discrimination: il s'agit de discrimination directe, de discrimination indirecte, d'injonction de discriminer ou de harcèlement, fondée sur un critère protégé. Ensuite, l'incitation à la discrimination, entre autres, est érigée en infraction.

Dans son arrêt 157/2004, la Cour d'arbitrage a annulé la disposition qui incriminait "l'incitation à la discrimination indirecte" (article 6, § 1er, premier tiret, de la loi du 13 février 2003).

La Cour jugea:

> "B.54. Aux termes de l'article 2, § 2, de la loi, «il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1er, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable».
>
> B.55. Si la référence à la «justification objective et raisonnable» de la disposition, du critère ou de la pratique n'ajoute rien à la définition de la notion de «discrimination» rappelée en B.35, en revanche on imagine mal comment il pourrait être incité intentionnellement à une «pratique apparemment neutre» ou à un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par son «résultat dommageable». Une telle définition contient un élément d'incertitude qui n'empêche pas qu'une discrimination indirecte puisse faire l'objet d'une mesure civile mais qui n'est pas compatible avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale".

33. Selon l'exposé des motifs, la Cour d'arbitrage a seulement indiqué dans son arrêt 157/2004 qu'on peut uniquement sanctionner la discrimination intentionnelle. L'exposé des motifs précise ensuite que, compte tenu d'une définition adaptée de la discrimination indirecte, celle-ci peut également être intentionnelle.

Les avant-projets définissent la discrimination indirecte comme étant une distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés, à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Dans ce contexte, une distinction indirecte est définie comme étant la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés.

Selon l'auteur des avant-projets, il est répondu ainsi aux objections formulées par la Cour d'arbitrage. En effet, il n'est plus question de disposition, de critère ou de pratique apparemment neutre ayant en tant que tel un résultat dommageable, comme c'est le cas à l'article 2, § 2, de la loi du 25 février 2003, mais bien d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique susceptible d'entraîner un désavantage particulier.

34. L'objection formulée par la Cour d'arbitrage au point B.55 de son arrêt repose sur l'incompatibilité avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale.

On n'aperçoit pas comment le nouveau texte résout les objections formulées par la Cour d'arbitrage. En effet, la question reste posée de savoir comment on peut intentionnellement inciter à une "pratique apparemment neutre" ou à commettre un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par le désavantage particulier qui peut en résulter. Au contraire, la prévisibilité paraît encore moindre que dans la disposition annulée par la Cour d'arbitrage.

Dans l'avis 39.682/1 précité du 31 janvier 2006, postérieur à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, la section de législation estime en outre que "compte tenu, en particulier, du fait qu'une évaluation de la proportionnalité est requise pour apprécier la

discrimination indirecte [46], force est de conclure que la définition de l'infraction formulée à l'article 11 de la proposition n'est pas conforme au principe de légalité dès lors qu'elle se borne à faire référence à la perpétration d'une "discrimination"."

b) L'incrimination de la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale

35. L'article 21 de l'avant-projet de loi-racisme incrimine

"Quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, diffuse des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, (...) " [47].

L'exposé des motifs justifie cette disposition comme suit:

"Compte tenu toutefois des obligations internationales qui lient la Belgique en matière de discrimination raciale, et en particulier, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 décembre 1965 qui lui impose de pénaliser certains comportements, la «loi-racisme» devra, outre ce dispositif, déclarer pénalement sanctionnable: «toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale» ainsi que «la participation aux organisations, aux activités de propagande organisée et à tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent»".

Le commentaire de l'article précise:

"Cette disposition est nécessaire, vu l'article 4 (a) de la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale du 21 décembre 1965".

---

(46) *Note 21 dans cet avis:* "discrimination indirecte: lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre défavorise particulièrement certaines personnes (...), à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne se justifie objectivement par un but légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif soient appropriés et nécessaires" (article 2, 9°).

(47) Dans la version néerlandaise du texte transmis au Conseil d'État, l'article 22 de l'avant-projet concerne également cette incrimination. Il s'agit manifestement d'une erreur.

Lors du dépôt de l'instrument de ratification, la Belgique a fait la "déclaration" suivante concernant cet article 4:

> "Le Royaume de Belgique tient en outre à souligner l'importance qu'il attache également au respect des droits énoncés dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment en ses articles 10 et 11 concernant respectivement la liberté d'opinion et d'expression ainsi que la liberté de réunion et d'association pacifiques".

D'une manière plus générale, force est d'observer que l'article 21 de l'avant-projet peut se justifier dans la mesure où il est appliqué conformément aux articles de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme concernant la liberté d'expression et la liberté de la presse.

D. Les organisations fondées sur une conviction religieuse, philosophique ou politique

36. L'article 13 de l'avant-projet de loi générale comporte des dispositions particulières justifiant les différences de traitement opérées par les organisations publiques ou privées et dont le fondement repose sur les convictions religieuses, philosophiques ou politiques. Selon l'alinéa 1er de cet article, une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ou sur la conviction politique ne constitue pas une discrimination pour ces organisations dans l'exercice de leurs activités professionnelles

> "lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique ou la conviction politique constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation".

Selon l'exposé des motifs, cette disposition transpose explicitement l'article 4.2 de la directive cadre (78/2000) dans le droit belge.

L'alinéa 2 de l'article 13, en projet, de l'avant-projet dispose:

> "Sur base de cette disposition, aucune autre distinction directe fondée sur un autre critère protégé ne peut être justifiée."

Il y a lieu de préciser la portée de cet alinéa 2. La question se pose notamment de savoir si les organisations visées à l'article 13 ne pourraient pas non plus justifier une distinction fondée sur ces "autres critères protégés" sur la base des articles 7 à 12. Si tel est le sens qu'il conviendrait de prêter à l'alinéa 2, cela impliquerait que, par exemple un parti politique francophone ou néerlandophone ne pourrait pas justifier une distinction fondée sur la langue pour le recrutement d'un membre du personnel, même

dans l'hypothèse où cette distinction pourrait être justifiée "par un but légitime" pour autant que "les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires" (article 7 de l'avant-projet). Il serait également exclu qu'une organisation fondée sur des convictions religieuses ou philosophiques puisse, pour recruter du personnel, faire un distinction sur la base de l'âge, même s'il devait s'agir d'une "exigence professionnelle essentielle et déterminante" (article 8 de l'avant-projet).

Ainsi interprété, l'article 13, alinéa 2, impliquerait, pour les organisations visées, une inégalité de traitement par rapport aux autres organisations qui peut difficilement se justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

E. Questions relatives à la conformité au droit européen

37. Vu l'objectif tendant à la transposition de directives européennes, les avant-projets doivent y procéder de manière adéquate et complète.

Compte tenu des limites de sa saisine [48], la section de législation du Conseil d'Etat se bornera à renvoyer sur ce point aux observations formulées par la Commission européenne, dans sa lettre du 1er février 2006 envoyée au Ministre des Affaires étrangères sur la base de l'article 226 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, à l'égard des dispositions de la législation actuellement en vigueur qui trouvent leur correspondant dans les avant-projets. Il s'agit spécialement des observations relatives à la protection à accorder non seulement aux témoins d'une discrimination prohibée mais aussi aux collègues des personnes visées qui leur apportent une aide, et à la limitation à trente jours du délai de prescription de l'action judiciaire faisant suite à la notification du préavis, à la rupture sans préavis ou à la modification unilatérale des conditions de travail.

(48) Voir le n° 3, plus haut.

F. Les réserves d'interprération de certaines dispositions des avant-projets

38. L'arrêt n° 157/2004 précité de la Cour d'arbitrage contient de nombreuses réserves d'interprétation de la loi du 25 février 2003. Il y a lieu en principe de considérer que les avant-projets à l'examen doivent être lus à la lumière, *mutatis mutandis*, de ces réserves d'interprétation, même si, comme leur auteur en a manifesté l'intention, il serait préférable que ces réserves soient traduites dans le dispositif même des dispositions correspondantes [49].

---

(49) Sur ce point, l'exposé des motifs s'exprime en effet comme suit:

"[L]es «réserves d'interprétation conforme» imposées par la Cour d'arbitrage en contrepartie de l'absence d'annulation de certains dispositifs de la loi, peuvent, le cas échéant, être à la source d'incertitudes juridiques susceptibles d'occasionner une mauvaise application judiciaire de la loi. Ces réserves gagneraient à être explicitement traduites dans le texte de la loi lui-même, lorsque cela est possible."

1. Bij een brief die op 12 juni 2006 op de griffie van de afdeling wetgeving van de Raad van State ingeschreven is, heeft de Minister van Ambtenarenzaken, Maatschappelijke Integratie, Grootstedenbeleid en Gelijke Kansen de drie volgende voorontwerpen van wet ter fine van advies voorgelegd met toepassing van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State :

1°) het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenophobie ingeven daden [1];

2°) het voorontwerp van wet ter bestrijding tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen [2];

3°) het voorontwerp van wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie [3].

2. In de brief wordt het volgende aangegeven :

> "Je me permets d'attirer l'attention de [la section de législation du Conseil d'État] sur le problème de détermination de compétence soulevée par la question de la transposition des dispositifs «anti-discriminatoires» requis par le droit de l'Union Européenne dans le cadre de la «fonction publique» des Communautés et Régions, ainsi que dans le cadre des rapports d'emploi qui se nouent en matière d'enseignement. Etant donné les avis rendus par ce Haut Collège les 16 février 1999, 25 mars et 11 mai 2004 et 31 janvier 2006, je sollicite de ce Haut Collège qu'il puisse rendre, en Chambres réunies, en application de l'article 85*bis* des lois coordonnées, un avis qui porte notamment sur la détermination du législateur compétent aux fins d'adopter les dispositifs discriminatoires dans les domaines précités.
>
> D'autre part, étant donné l'arrêt 157/2004 rendu par la Cour d'Arbitrage, il serait particulièrement précieux que ce Haut Conseil puisse examiner attentivement la question de la liste de critères de discrimination prohibés retenus par le gouvernement dans l'avant-projet de loi visant à lutter contre certaines formes de discrimination".

---

(1) Overeenkomstig de terminologie die voorgesteld wordt in de memorie van toelichting voor de drie voorontwerpen samen (bladzijde 14), zal dit voorontwerp van wet verder in dit advies "voorontwerp van racismewet" worden genoemd.

(2) Overeenkomstig de terminologie die voorgesteld wordt in de memorie van toelichting voor de drie voorontwerpen samen (bladzijde 14), zal dit voorontwerp van wet verder in dit advies "voorontwerp van genderwet" worden genoemd.

(3) Overeenkomstig de terminologie die voorgesteld wordt in de memorie van toelichting voor de drie voorontwerpen samen (bladzijde 14), zal dit voorontwerp van wet verder in dit advies "voorontwerp van algemene wet" worden genoemd.

In de brief staats voorts het volgende :

"[i]l [...] serait agréable [au Ministre] que l'avis soit rendu dans le délai prescrit par l'article 84, § 1er, 1° [lire: l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°], des lois coordonnées sur le Conseil d'État" [4].

Daaruit volgt dat de aanvrager van het advies geoordeeld heeft dat hij deze aanvraag bij de afdeling wetgeving van de Raad van State niet aanhangig diende te maken op basis van het gemeen recht, vastgesteld in de inleidende zin van artikel 84, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, maar op basis van een van de afwijkende bepalingen die vervat zijn in hetzelfde artikel, namelijk in onderdeel 1°, waarin wordt bepaald dat de overheid die de afdeling wetgeving adieert, kan vragen dat het advies wordt medegedeeld binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen wanneer, zoals in dit geval, de aanvraag bij de algemene vergadering van de afdeling wetgeving van de Raad van State aanhangig wordt gemaakt met toepassing van artikel 85 van dezelfde gecoördineerde wetten.

3. Wanneer de Raad van State op grond van de artikelen 3, § 1, en 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State om advies wordt verzocht, mag de afdeling wetgeving van de Raad van State

"zich beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, de rechtsgrond en de te vervullen voorgeschreven vormvereisten" [5].

Haar adviesverlening is in principe niet beperkt tot bijzondere aspecten van die drie punten.

Gelet op de moeilijkheden die rijzen door de bijzondere kwesties die in de adviesaanvraag opgeworpen worden, zijn het evenwel voornamelijk die kwesties die onderzocht zijn, alsook die in verband waarmee in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat er zich moeilijkheden voordoen bij het bepalen van bevoegdheden [6].

---

(4) Zie in deze zin eveneens de notificatie van de vergadering d.d. 24 mei 2006 van de Ministerraad (punt 23), die bij de adviesaanvraag is gevoegd.

(5) Artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

(6) Zie inzonderheid bladzijde 10 van de memorie van toelichting voor de drie voorontwerpen samen.

In deze omstandigheden spreekt het vanzelf dat wanneer in het advies niets wordt gezegd over bepaalde aspecten van het voorontwerp, zulks niet betekent dat daarover geen enkele andere opmerking kan worden gemaakt dan die welke in dit advies geformuleerd worden; dat stilzwijgen kan evenmin worden aangegrepen om de voorontwerpen op de ene of de andere manier uit te leggen.

I. De strekking van de voorontwerpen

4. Volgens hun memorie van toelichting zijn de drie voorliggende voorontwerpen middelen om het Belgisch wetgevend arsenaal betreffende de bestrijding van discriminatie te verbeteren en bij te sturen, welk arsenaal thans voornamelijk [7] bestaat uit :

- de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenophobie ingegeven daden (hierna te noemen "de wet van 30 juli 1981") [8];

- de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid (hierna te noemen "de wet van 7 mei 1999") [9];

---

(7) In de memorie van toelichting van elk voorontwerp van wet worden nog andere bepalingen vermeld, namelijk:
- de wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, waarvan de artikelen 2 tot 11 opgeheven worden bij het voorontwerp van algemene wet (artikel 57);
- de wet van 5 maart 2002 betreffende het beginsel van non-discriminatie ten gunste van deeltijdwerkers, waarvan artikel 5 gewijzigd wordt bij het voorontwerp van algemene wet (artikel 56);
- de wet van 5 juni 2002 betreffende het non- discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waarvan artikel 6 gewijzigd wordt bij het voorontwerp van algemene wet (artikel 55).

(8) Welke wet gewijzigd wordt bij het voorontwerp van racismewet. De aandacht wordt erop gevestigd dat laatstgenoemd voorontwerp, in tegenstelling tot de wet van 30 juli 1981, niet louter bepalingen van strafrechtelijke aard bevat.

(9) Welke wet opgeheven wordt bij artikel 39 van het voorontwerp genderwet.

- de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (hierna te noemen "de wet van 25 februari 2003") [10].

In de memorie van toelichting wordt eveneens aangegeven dat de voorontwerpen ertoe strekken de richtlijnen van de Europese Unie betreffende de strijd tegen discriminatie adequaat om te zetten in de bevoegdheidsdomeinen van de federale Staat, ook al is dat niet het enige doel ervan; de richtlijnen in kwestie zijn die welke vermeld worden in artikel 2 van elk voorontwerp.

5. De drie voorliggende voorontwerpen strekken tot de bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, respectievelijk op grond van "nationaliteit, zogenaamde ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming" [11], op grond van "geslacht" [12] en op grond van "leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, vermogen, geloof, levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap en fysieke of genetische eigenschap" [13].

De anti-discriminatieregelingen die aldus worden ingesteld, zijn alle drie bedoeld om te gelden in zowel de overheidssector als de particuliere sector, met inbegrip van de overheidsinstanties, in de volgende domeinen : de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting; sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg; sociale voordelen; de arbeidsbetrekkingen; de vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal; het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden; en de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek [14]. In het voorontwerp van genderwet wordt bovendien uitdrukkelijk verwezen naar het domein van de "aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid".

---

(10) Welke wet opgeheven wordt bij artikel 58 van het voorontwerp van algemene wet.

(11) Artikel 3 van het voorontwerp van racismewet.

(12) Artikel 3 van het voorontwerp van genderwet.

(13) Artikel 3 van het voorontwerp van algemene wet.

(14) Artikel 5 van het voorontwerp van racismewet; artikel 6 van het voorontwerp van genderwet; artikel 5 van het voorontwerp van algemene wet.

6.1. In de drie voorontwerpen van wet gaat de bevestiging van het principiële verbod op elke rechtstreekse of indirecte discriminatie op grond van de criteria die daarin respectievelijk worden opgesomd, voorts vergezeld van twee aanvullende regelingen die, zowel qua inhoud als qua onderlinge afstemming, grotendeels steunen op regelingen die vandaag reeds voorkomen in de wetten van 7 mei 1999 en 25 februari 2003, welke regelingen evenwel uitgebreid worden om aan de Europese vereisten te voldoen : de ene is van burgerrechtelijke aard, de andere van strafrechtelijke aard.

6.2. Een eerste regeling, die burgerrechtelijk van aard is [15], voorziet in :

- de nietigheid van de bepalingen die strijdig zijn met de bepalingen van de voorontwerpen van wet en van de bedingen waarin wordt gesteld dat wordt afgezien van de rechten die door de drie voorontwerpen van wet gewaarborgd worden;

- een procedure waarbij een met redenen omklede klacht wordt ingediend door het slachtoffer zelf, door een belangenvereniging, of, naargelang het geval, door het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding of het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, aangevuld met een regel voor de verdeling van de bewijslast.

De doeltreffendheid van deze procedure van indiening van een met redenen omklede klacht wordt gewaarborgd door een mechanisme "van bescherming tegen vergeldingsmaatregelen" dat zowel in het kader van de arbeidsbetrekkingen als erbuiten moet gelden [16], zodat de ermee samenhangende beschermingsregeling in de twee gevallen voorziet in een omkering van de bewijslast van de daad van represaille en bovendien, in het geval van een discriminatie die in het kader van de arbeidsbetrekkingen wordt aangevoerd, voor het slachtoffer het alternatief "herinschakeling in de

---

(15) Artikelen 13 tot 18 en artikel 27 van het voorontwerp van racismewet; artikelen 20 tot 25 alsook de artikelen 31 en 32 van het voorontwerp van genderwet; artikelen 15 tot 20 alsook de artikelen 26 en 27 van het voorontwerp van algemene wet.

(16) Zoals er in de memorie van toelichting bij de drie voorontwerpen van wet op wordt gewezen, is dit een nieuwigheid ten opzichte van wat in de twee wetten van 7 mei 1999 en 25 februari 2003 wordt geregeld.

dienst"/"vergoeding" inhoudt. Buiten het kader van de arbeidsbetrekkingen wordt voorzien in een eventueel forfaitaire schadeloosstelling voor het slachtoffer.

Bovendien sluit deze regeling van vergoeding niet de schadeloosstelling uit voor het nadeel dat het slachtoffer van een discriminerende handeling ondervindt, door de toepassing, naar keuze van het slachtoffer, ofwel van het recht van de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid, ofwel van een forfaitair bedrag, dat wordt bepaald in de drie voorontwerpen van wet en varieert naargelang alleen het herstel van de morele schade dan wel ook het herstel van de materiële schade wordt gevorderd.

Ten slotte voeren de drie voorontwerpen een stakingsvordering in - die wordt ingediend zoals bij het kortgeding - naar het model van wat thans is bepaald door de wet van 25 februari 2003. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg [17] neemt er kennis van en deze opdracht van bevoegdheid gaat gepaard met de opdracht om aan het slachtoffer een forfaitaire schadeloosstelling toe te kennen, en met de opdracht om zijn beslissing te koppelen aan een maatregel van openbaarmaking (aanplakking, bekendmaking of verspreiding, inzonderheid via de pers).

6.3. Een tweede regeling, van strafrechtelijke aard, voorziet als straffen in boetes en gevangenisstraf, alsmede, in sommige gevallen, in een mechanisme van verbod op de uitoefening van de rechten bepaald in artikel 31 van het Strafwetboek, waarbij in de drie voorontwerpen worden bestraft daden die aanzetten tot discriminatie, daden van discriminatie die begaan worden door een ambtenaar en "verwerpelijke motieven" en waarbij, specifiek in de voorontwerp van racismewet, het verspreiden van denkbeelden die gegrond zijn op rassuperioriteit of rassenhaat, alsmede deelneming aan organisaties die aanzetten tot rassendiscriminatie strafbaar worden gesteld.

---

(17) Of, naargelang de aard van de handeling, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel.

II. De bevoegdheidsverdeling

7. Bij de beoordeling van de bevoegdheid van de federale wetgever om de voorliggende voorontwerpen uit te vaardigen dient rekening te worden gehouden met, enerzijds, de bevoegdheid van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten om het gelijkheidsbeginsel in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn te waarborgen (zie onderdeel A), en, anderzijds, de bevoegdheden van de federale wetgever inzake burgerlijk recht, strafrecht en arbeidsrecht (zie onderdeel B).

A. De bevoegdheid van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten om het gelijkheidsbeginsel te waarborgen in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn

8.1. Zowel het Arbitragehof, als de Raad van State, afdeling wetgeving, hebben geoordeeld dat het elke wetgever, binnen de eigen bevoegdheidssfeer, toekomt om door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten met betrekking tot de hem toevertrouwde aangelegenheden te concretiseren [18].

---

(18) Arbitragehof, nr. 54/96, 3 oktober 1996, B.9; Arbitragehof, nr. 124/99, 25 november 1999, B.4.4; Arbitragehof, nr. 124/2000, 29 november 2000, B.4.2; voor adviezen van de Raad van State, zie onder meer advies 25.131/VR van 18 november en 13 mei 1997 over een voorstel van decreet "houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichten door de omroepen" (*Parl. St.*, Vl. P., B.Z. 1995, nr. 82/2); advies 28.197/1 over een voorontwerp van wet, dat heeft geleid tot de wet van 7 mei 1999, "op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" (*Gedr. St.*, Kamer, 1998-1999, n$^{rs.}$ 2057/1 et 2058/1); advies 30.462/2, gegeven op 16 november 2000 over een voorontwerp, dat heeft geleid tot de wet van 25 februari 2003, "ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding" (*Gedr. St.*, Senaat, 1998-1999, nr. 1341/1); advies 40.469/VR gegeven op 22 juni 2006 over een voorontwerp van wet "houdende toelating van de assistentiehonden tot de voor het publiek toegankelijke plaatsen" en samenwerkingsakkoord tussen de federale Staat, de Vlaamse gemeenschap, het Waals Gewest, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie "betreffende de toegang van assistentiehonden tot de voor het publiek toegankelijke plaatsen"; adviezen 40.620/VR en 40.621/VR gegeven op dezelfde datum over een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public" en een voorontwerp van decreet "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution".

De federale overheid kan derhalve enkel een anti-discriminatiebeleid voeren in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd is [19], en bijgevolg ook enkel met betrekking tot die aangelegenheden de nodige regels aannemen ter implementatie van Europese richtlijnen. Onder voorbehoud van hetgeen wordt opgemerkt in de nummers 12 tot en met 18 van dit advies, komt het daarentegen in beginsel uitsluitend aan de gemeenschappen en de gewesten [20] toe om het discriminatieverbod te concretiseren, respectievelijk met betrekking tot de culturele, de persoonsgebonden en de onderwijsaangelegenheden, en met betrekking tot de gewestelijke aangelegenheden. Dit geldt ook voor het statuut van het personeel van de openbare instellingen die van de

---

(19) In deze zin, de volgende adviezen : 28.197/1, 16 februari 1999, voormeld; 30.462/2, 16 november 2000, voormeld; 36.415/2, gegeven op 11 februari 2004 over een voorontwerp van decreet van de Duitstalige Gemeenschap "relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail" (*Doc.*, Duitstalige Gemeenschapsraad, 2003-2004, nr. 166/1); 36.788/2, gegeven op 25 maart 2004 over een voorontwerp van decreet van de Franse Gemeenschap "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement" (*Gedr. St.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, nr 543/1); 36.797/2, gegeven op 25 maart 2004 over een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle" (*Gedr. St.*, Parl. wallon., 2003-2004, nr. 708/1); 39.682/1, gegeven op 31 januari 2006 over een voorstel van ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest "houdende de evenredige participatie op de arbeidsmarkt" (*Gedr. St.*, Brussels Hoofdstedelijk Parlement, 2004-2005, nr. A-138/2); 40.469/VR, 22 juni 2006, voormeld; 40.620/VR en 40.621/VR, 22 juni 2006, voormeld.

(20) Wanneer in dit advies sprake is van de gemeenschappen en de gewesten, kunnen de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie eveneens als betrokken worden beschouwd op grond van de opdrachten van bevoegdheid die voortvloeien uit de artikelen 135 en 138 van de Grondwet en uit de teksten van wetten en decreten die uitgevaardigd zijn op basis van deze bepalingen, namelijk in hoofdzaak de artikelen 60, vierde lid, en 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, alsmede het gemeenschappelijke artikel 3 van decreet nr. II van de Franse Gemeenschap van 19 juli 1993 tot toekenning van de uitoefening van sommige bevoegdheden van de Franse Gemeenschap aan het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie en van decreet nr. III van de Franse Gemeenschapscommissie van 22 juli 1993 met hetzelfde opschrift. Evenzo zal, wanneer melding wordt gemaakt van de bepalingen waarbij aan de gemeenschappen en de gewesten bevoegdheden worden toegekend, worden verwezen, binnen de grenzen van de artikelen 127, § 2, en 128, § 2, van de Grondwet, naar de hierboven vermelde bepalingen van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989 et de genoemde decreten van 19 en 22 juli 1993, en, wat betreft het Franse taalgebied, naar artikel 3 van decreet nr. II van het Waals Gewest van 22 juli 1993 betreffende de overheveling van sommige bevoegdheden van de Franse Gemeenschap naar het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie, en, wat het Duitse taalgebied betreft, naar de decreten houdende overheveling van bevoegdheden van het Waals Gewest naar de Duitstalige Gemeenschap, vastgesteld op basis van artikel 139 van de Grondwet.

gemeenschappen en de gewesten afhangen (artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen), voor het statuut van het personeel van de gemeenschaps- en gewestregeringen (artikel 87 van die wet) [21] of voor de regelingen die de gemeenschappen inzake het statuut van het onderwijzend personeel op grond van artikel 127, § 1, eerste lid, 2°, van de Grondwet kunnen aannemen. In al deze domeinen komt het de bevoegde gemeenschaps- of gewestoverheid toe een beleid inzake niet-discriminatie te voeren en de voor de implementatie van Europese richtlijnen noodzakelijke bepalingen aan te nemen. De concretisering zelf van het beginsel van het verbod op enige directe of indirecte discriminatie valt immers onder elk van de bevoegde overheden doordat ze moet plaatshebben in de verschillende fasen van de arbeidsverhouding, dit wil zeggen bij de selectie en de aanwerving, tijdens het verloop van de beroepsloopbaan en op het einde ervan.

8.2. Hieruit volgt eveneens, bijvoorbeeld, dat de overheden bevoegd inzake het gehandicaptenbeleid, namelijk, rekening houdend met artikel 5, § 1, II, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en met artikel 4, § 2, van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap, de overheden die in deze gemeenschapsaangelegenheid bevoegd zijn, gemachtigd zijn om het beginsel van non-discriminatie ten opzichte van minder-validen te waarborgen [22].

Dienaangaande wordt verwezen naar de adviezen 40.469/VR, 40.620/VR en 40.621/VR, op 22 juni 2006 gegeven door de verenigde kamers van de afdeling wetgeving van de Raad van State, waarin evenwel het volgende wordt gepreciseerd :

> "Benevens de uitzonderingen in artikel 5, § 1, II, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980, kan de principiële bevoegdheid van de gemeenschappen voor het beleid inzake minder-validen alleen worden beperkt op grond van andere bevoegdheidstoewijzingen, gelet op het algemene systeem van

(21) Wat ambtenarenzaken betreft, zou de federale overheid aan de gemeenschappen en de gewesten de naleving van sommige regels kunnen opleggen in het kader van de algemene principes vastgesteld door de Koning krachtens artikel 87, § 4, van de eerder genoemde wet van 8 augustus 1980.

(22) Zie de voormelde adviezen 40.469/VR, 40.620/VR en 40.621/VR van 22 juni 2006.

verdeling van de bevoegdheden dat in België van kracht is [23]. Op basis van deze toewijzingen zijn de bevoegde overheden gemachtigd om bijkomend, in het kader van hun bevoegdheden, te voorzien in bijzondere regelgevingen, die specifiek gericht zijn op minder-validen, zonder dat ze de uitoefening van de bevoegdheden die in principe gemeenschapsbevoegdheden zijn, onmogelijk of overdreven moeilijk mogen maken [24]"

9. De hierboven vermelde regels, toegepast op de onderzochte voorontwerpen, doen moeilijkheden rijzen. Deze houden verband met de zeer uitgebreide formulering van het toepassingsgebied van de regelingen.

Volgens de bewoordingen van artikel 5 van het voorontwerp van racismewet, van artikel 6 van het voorontwerp van "genderwet" en van artikel 5 van het voorontwerp van "algemene wet" is het immers zo dat

"Deze wet (...) zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing (is) met betrekking tot :

1° de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting ;

2° De sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg ;

3° De sociale voordelen ;

---

(23) Arbitragehof, nr. 110/1999, 14 oktober 1999, B.7.5.1.; nr. 33/2001, 13 maart 2001, B.3; 101/2001, 13 juli 2001, B.5.1. Van deze beperking is gebruik gemaakt in verband met een bepaling van een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest, in de uitoefening van gemeenschapsbevoegdheden, dat ertoe strekte werkgevers te verplichten minder-validen in dienst te nemen : de afdeling wetgeving is ervan uitgegaan dat, aangezien de bewuste verbintenis de vorm moest aannemen van een arbeidsovereenkomst, het Gewest niet bevoegd was (voormeld advies 23.478/2/V, 10 augustus 1994).

(24) Zo bijvoorbeeld kunnen de wetgevers die voor stedenbouw of voor telecommunicatie bevoegd zijn, in principe bepalingen uitvaardigen die, in deze aangelegenheden, bedoeld zijn voor de minder-validen.

4° De aanvullende regelingen voor sociale zekerheid [25];

5° De arbeidsbetrekkingen;

6° De vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal;

7° het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden;

8° de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek" [26].

Die begrippen worden uitgebreider omschreven in respectievelijk de artikelen 4, 5 en 4 van de voorontwerpen en in de artikelsgewijze bespreking. Er dient daarbij te worden opgemerkt dat, in onderdeel 1° van die bepalingen, het begrip "arbeidsbetrekkingen" wordt gedefinieerd als volgt:

> "de betrekkingen die onder meer bevatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot de arbeid, met inbegrip van de selectiecriteria, de aanstellingscriteria en de bevorderingskansen, de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van beloning en aanvullende sociale zekerheid, en het ontslag, met inbegrip van de ontslagbeslissingen de voorwaarden en modaliteiten van het ontslag [...]",

---

(25) Onderdeel 4° ("De aanvullende regelingen voor sociale zekerheid") wordt niet uitdrukkelijk vermeld in het dispositief van de voorontwerpen van racismewet en algemene wet, maar uit de gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de drie voorontwerpen blijkt dat die regelingen eveneens ter sprake komen in beide voorontwerpen. In de memorie van toelichting wordt immers het volgende gesteld : "De drie wetten hebben een perfect identiek materieel toepassingsgebied . De enige waarneembare verschillen zijn van louter formele aard. Zo wordt het domein van de "aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" geïntegreerd in het bredere domein van de arbeidsverhoudingen in de "racismewet" en de "algemene wet", terwijl het als apart toepassingsdomein wordt vermeld in de "genderwet" . Dit verschil in voorstelling gebeurt enkel met strikt functionele doeleinden, met name om de invoering van het stelsel van rechtvaardiging van directe onderscheiden te vereenvoudigen in het kader van deze laatste wet" (memorie van toelichting, blz 23).

(26) Om de redenen die zijn opgegeven in de vorige voetnoot zijn de onderdelen 5°, 6°, 7° en 8° van het voorontwerp van "genderwet" in de voorontwerpen van racismewet en algemene wet genummerd als 4°, 5°, 6° en 7°.

en dit zowel in de publieke als privé-sector en het statutaire of het contractuele statuut van de persoon die arbeid verricht.

Uit het voorgaande vloeit hoe dan ook, bij wijze van voorbeeld, voort dat

- de begrippen "de toegang tot goederen en diensten" en "het aanbod van goederen en diensten" betrekking kunnen hebben op gewestelijke aangelegenheden, inzonderheid de huisvesting [27] of het vervoer [28], of op de culturele en persoonsgebonden aangelegenheden, die aan de gemeenschappen [29] worden opgedragen;

- "de sociale bescherming" en "de sociale voordelen" ook de persoonsgebonden aangelegenheden kunnen omvatten die opgedragen worden aan de gemeenschappen [30]; hetzelfde geldt, gedeeltelijk althans, voor "de gezondheidszorg [31] die vervat is in het begrip "sociale bescherming" waarvan sprake is in respectievelijk de artikelen 5, 2°, 6, 2°, en 5, 2°, van de voorontwerpen; die begrippen kunnen eveneens betrekking hebben op gewestelijke aangelegenheden, zoals bijvoorbeeld de huisvesting [32];

---

(27) Artikel 6, § 1, IV, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4, eerste lid, van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989. In de artikelen 5, 1°, 6, 1°, en 5, 1° van de voorontwerpen wordt trouwens bepaald dat dat toepassingsgebied voor verschillende aangelegenheden geldt "met inbegrip van huisvesting".

(28) Artikel 6, § 1, X, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4, eerste lid, van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989.

(29) Artikelen 4 en 5 van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4 van de voornoemde wet van 31 december 1983.

(30) Artikel 5 van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4, § 2, van de voornoemde wet van 31 december 1983.

(31) Artikel 5, § 1, I, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4, § 2, van de voornoemde wet van 31 december 1983.

(32) Artikel 6, § 1, IV, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

- heel wat decreten en ordonnanties van de gemeenschappen en de gewesten voorzien in de redactie van (een) "officië(e)l(e) stuk(ken)" of (een) "proces(sen) verbaal" of de redactie ervan impliceren;

- "de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische activiteit" deel kunnen uitmaken van de gewestelijke bevoegdheden inzake economie [33];

- "de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een (...) sociale (of) culturele (...) activiteit" kan vallen onder de gemeenschapsbevoegdheden, respectievelijk inzake de persoonsgebonden en culturele [34] aangelegenheden, of, in geval van een sociale activiteit, onder de gewestelijke bevoegdheden [35];

- dat onder het begrip "arbeidsbetrekkingen" tal van aangelegenheden ressorteren die in de statuten van het overheidspersoneel of van het onderwijspersoneel worden geregeld, zodat het begrip ook betrekking kan hebben op gemeenschaps- en gewestaangelegenheden [36].

---

(33) Artikel 6, § 1, VI, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4, eerste lid, van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989.

(34) Artikelen 4 en 5 van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980; artikel 4 van de voornoemde wet van 31 december 1983.

(35) Zie, hiervoor, na het tweede streepje.

(36) Artikelen 127, § 1, van de Grondwet en 9 en 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

10. De steller van de voorontwerpen is zich bewust van de moeilijkheden die aldus rijzen, aangezien in de gemeenschappelijke memorie van toelichting voor alle teksten, het volgende gelezen kan worden :

> "Twee impliciete richtlijnen moeten de interpretatie sturen van de termen die aldus het toepassingsgebied van de drie wetten bepalen.
>
> (...)
>
> De tweede richtlijn [37] is die van de interpretatie conform de regels opgesteld door of krachtens de Grondwet om de respectievelijke bevoegdheden van de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten te bepalen. Het spreekt immers voor zich dat de drie wetten, en de gerechtelijke procedures die ze instellen, enkel van toepassing zullen kunnen zijn binnen het bevoegdheidsdomein van de federale Staat. Geen enkele van deze drie wetten zal bijvoorbeeld van toepassing kunnen zijn inzake onderwijs, in de relaties tussen scholen en leerlingen. Vanuit dezelfde gedachtegang zullen de enige "goederen en diensten" die worden bedoeld in deze drie wetten, diegene zijn die verband houden met de federale bevoegdheden (verzekering, consumentenkrediet,...), en niet diegene die verband houden met de regionale bevoegdheid (transport - onder voorbehoud van uitzonderingen -, enz.). Zo ook, wanneer de voorgestelde wetten verklaren van toepassing te zijn inzake "huisvesting", is dat met uitsluiting van de "openbare huurmarkt" (sociale huisvesting), een regionale bevoegdheid [38].

11. De bezwaren die voortvloeien uit het feit dat het toepassingsgebied van de voorontwerpen, gelet inzonderheid op de expansieve aard van de bewoordingen ervan, zich ook uitstrekt tot gemeenschaps- en gewestaangelegenheden, kunnen niet opgevangen worden door in de memorie van toelichting louter te verwijzen naar een "interpretatieve richtlijn" die bedoeld is om de respectieve bevoegdheden te doen naleven van elkeen van de betrokken wetgevers. Van zodra het dispositief van die voorontwerpen goedgekeurd wordt, kan het immers, ondanks die "interpretatieve richtlijn", worden toegepast op situaties die niet vallen onder de federale bevoegdheid.

---

(37) De "eerste interpretatieve richtlijn" waarvan sprake is in deze tekst heeft geen rechtstreeks verband met de thans onderzochte problematiek inzake de bevoegdheidsverdeling en heeft betrekking op "de uitsluiting van de "strikt persoonlijke aangelegenheden" uit het toepassingsgebied van de drie wetten"; gelet op de beperkte bevoegdheid van de afdeling wetgeving van de Raad van State (zie nr. 3 hoger), zal dit aspect niet nader worden onderzocht.

(38) Gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de drie voorontwerpen, blz. 22 en 23.

Teneinde aan te sluiten bij de bedoeling van de steller van de voorontwerpen, zoals deze tot uiting wordt gebracht in de memorie van toelichting, dienen die voorontwerpen te worden herzien in het licht van het toepassingsgebied waarop ze betrekking hebben en van de definities die ze ervan geven, zodat niet voorbijgegaan wordt aan de bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten.

B. De bevoegdheden van de federale wetgever inzake arbeidsrecht, burgerlijk recht en strafrecht

a. Algemeen

12. Bij de afbakening van de bevoegdheden van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten tot het voeren van een niet-discriminatiebeleid, dient rekening te worden gehouden met het geheel van de bevoegdheidverdelende regels, met name met bevoegdheden die de federale wetgever op het vlak van het arbeidsrecht, het burgerlijk recht en het strafrecht bezit.

Wat dit betreft heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, in voormelde advies 30.462/2, waaraan wordt gerefereerd in de voormelde adviezen 40.469/VR en 40.620-40.621/VR, gegeven in verenigde kamers, het volgende opgemerkt:

> "Hoewel de federale overheid discriminaties in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteren niet rechtstreeks kan verbieden, kan zulk een verbod evenwel voortvloeien uit de uitoefening door de federale overheid van haar bevoegdheden inzake onder meer

burgerlijk recht, handelsrecht of arbeidsrecht [39]. Zo zou het in artikel 9 van het voorstel vervatte verbod om in een overeenkomst bedingen die een discriminatie bevatten op te nemen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die worden gesloten in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteren, althans totdat deze zelf specifieke bepalingen aannemen op grond van hun impliciete bevoegdheden wanneer de voorwaarden om zulks te kunnen doen vervuld zijn.

Voor strafzaken kan een soortgelijke redenering worden gevolgd. In artikel 4 van het voorstel worden als strafbare feiten beschouwd het aanzetten tot discriminatie, het openlijk te kennen geven van het voornemen tot discriminatie en de omstandigheid dat een ambtenaar zich in de uitoefening van zijn ambt aan discriminatie schuldig maakt. De omstandigheid dat die strafbare feiten kunnen worden begaan in een aangelegenheid die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteert of dat een ambtenaar van een gemeenschaps- of gewestregering zich daaraan schuldig maakt, doet niets af aan de bevoegdheid van de federale wetgever om verbodsbepalingen van algemene strekking uit te vaardigen."

b. <u>De federale bevoegdheid inzake het arbeidsrecht</u>

13. Zoals wordt bevestigd in artikel 6, § 1, VI, laatste lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, is de federale wetgever bevoegd inzake het arbeidsrecht. Wat meer in het bijzonder de aangelegenheden inzake de rechtspositie van de personeelsleden van de gewesten en gemeenschappen en van het onderwijs betreft (zie hiervoor nr. 8.1), dienen de bevoegdheden van de gemeenschappen of de gewesten dan ook te worden afgelijnd ten aanzien van deze bevoegdheid [40]. In dit verband moet worden opgemerkt dat

---

(39) In advies 23.478/2/V, gegeven op 10 augustus 1994 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van het Waals Gewest van 6 april 1995 betreffende de integratie van gehandicapte personen, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in verband met de verplichting voor privé-ondernemingen om personen met een handicap in dienst te nemen, op het volgende gewezen :
"Cet engagement ne pourrait que prendre la forme d'un contrat de travail. Or, la Région n'est certainement pas compétente dans cette matière, ni au titre de la politique de l'emploi ni à celui de la politique des handicapés.
Elle pourrait difficilement revendiquer cette compétence sur la base de ses pouvoirs implicites car la charge constituée par les engagements pour les employeurs ne saurait être considérée comme marginale par rapport à sa compétence principale."

(40) Wanneer een regeling aanleunt bij meerdere bevoegdheidstoewijzingen, dient te worden uitgemaakt waar het zwaartepunt van de geregelde rechtsverhouding ligt (zie m.b.t. onderwijs, enerzijds, en arbeidsrecht en sociale zekerheid, anderzijds, Arbitragehof, nr. 184/2002, 11 december 2002).

er regelingen bestaan die ook op de genoemde personeelscategorieën van toepassing zijn, en die deel uitmaken van het arbeidsrecht, zoals onder meer de regelingen inzake de loonbescherming, het welzijn op het werk of de moederschapsbescherming. Ook dient eraan te worden herinnerd dat op bepaalde personeelsleden van de overheidssector de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten van toepassing is, die tot de federale bevoegdheid behoort. Op deze gebieden behoort de implementatie van het niet-discriminatiebeginsel ook ten aanzien van die categorieën tot de bevoegdheid van de federale overheid.

c. De residuaire federale bevoegdheid inzake burgerlijk recht

14. Op grond van zijn residuaire bevoegdheid, is de federale wetgever in beginsel bevoegd inzake het burgerlijk recht. De gemeenschappen en de gewesten kunnen terzake slechts regelingen uitvaardigen voor zover deze geacht kunnen worden inherent te zijn aan de hun toegewezen bevoegdheden [41], of op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

15. Op grond van zijn residuaire bevoegdheid kan de federale wetgever algemene regels inzake verbintenissen-, contracten- en aansprakelijkheidsrecht uitvaardigen. Zo kan de federale overheid met name algemene regels uitvaardigen over de nietigheid van contractuele clausules die indruisen tegen het discriminatieverbod of terzake een bijzonder aansprakelijkheidsregime instellen. Die regels zijn dan ook van toepassing op aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten vallen, althans totdat ze zelf specifieke bepalingen aannemen op grond van hun inherente of impliciete bevoegdheden wanneer de voorwaarden om zulks te doen vervuld zijn.

(41) Zie Arbitragehof, nr. 51/93, 1 juli 1993, B.1.6; advies 33.334/VR van 24 juni 2003, over een voorstel van ordonnantie "betreffende de bodemsanering", *Parl. St.*, B.H.R., 2000-01, nr. A-221/2; zie ook Arbitragehof, nr. 27, 22 oktober 1987, 3.B.3.1 tot 3.B.3.4.

d. De federale bevoegdheid inzake strafrecht

16. De bevoegdheid van de federale wetgever inzake strafrecht wordt vooreerst bepaald door artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, waaruit blijkt dat deze in beginsel bevoegd is inzake de regelingen opgenomen in boek I van het Strafwetboek. De federale wetgever is daarenboven residuair bevoegd in strafzaken, hetgeen impliceert dat hij strafbepalingen met een algemene draagwijdte [42] kan uitvaardigen, alsmede strafbepalingen met betrekking tot de federaal gebleven aangelegenheden.

17. Op grond van zijn residuaire bevoegdheid inzake het strafrecht kan de federale wetgever algemene strafbepalingen inzake niet-discriminatie of aanzetten tot discriminatie aannemen, ongeacht de aangelegenheid waarin de discriminatie zich voordoet. Deze regels vinden dan eveneens toepassing in aangelegenheden behorende tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten, op zijn minst totdat deze specifieke voorzieningen treffen op grond van hun bevoegdheden (artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

e. Conclusie

18. De onder nr. 16 van dit advies beschreven regeling die bij voorliggende voorontwerpen wordt ingevoerd, beoogt hoofdzakelijk een mechanisme in te stellen dat de werkzaamheid waarborgt van het beginsel van niet-discriminatie dat door het Europees recht wordt bekrachtigd en een geheel vormt, bestaande uit een burgerlijk gedeelte dat voorziet in de nietigheid, gewaarborgd door de nieuwe wetsbepalingen, van de contractuele bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van niet-discriminatie, en een regeling inzake het herstel van het door het slachtoffer ondervonden nadeel, aangevuld met een strafrechtelijk gedeelte.

---

(42) Zo is hij bevoegd om in het algemeen misdrijven als bijv. valsheid in geschriften strafbaar te stellen.

Wanneer die maatregelen beperkt blijven tot de federale bevoegdheidssfeer, wat gelet op de huidige tekst van de voorontwerpen het geval zou zijn [43] indien de artikelen 4 tot 6 zouden worden aangepast conform hetgeen is opgemerkt onder nrs. 8 tot 11 van dit advies, rijst er uiteraard geen bevoegdheidsrechtelijk probleem.

Maar ook wanneer die maatregelen worden opgevat als algemene maatregelen van burgerrechtelijke en strafrechtelijke aard, en hun toepassingsgebied bijgevolg autonoom zou worden bepaald, passen deze bepalingen in het kader van de restbevoegdheid van de federale Staat in burgerlijke [44] of in strafzaken en doen zij bijgevolg geen afbreuk aan de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat en de deelentiteiten. Zij ontnemen in dat geval de gemeenschappen en de gewesten immers niet de bevoegdheid om binnen de grenzen van hun eigen of impliciete bevoegdheden een anti-discriminatiebeleid te voeren. Indien de steller van de voorontwerpen effectief zulke regels van algemene strekking zou beogen, dient de redactie van de voorontwerpen te worden aangepast. De desbetreffende bepalingen zullen dan immers een algemene toepassing vinden, terwijl de overige onderdelen van de wetten die thans in ontwerpvorm voorligt, beperkt dienen te blijven tot de aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoren.

---

(43) Het onder nr. 10 hierboven aangehaalde uittreksel uit de memorie van toelichting wekt de indruk dat zulks het geval is , aangezien erin wordt vermeld dat "het (...) immers voor zich (spreekt) dat de drie wetten,en de gerechtelijke procedures die ze instellen, enkel van toepassing zullen kunnen zijn binnen het bevoegdheidsdomein van de federale Staat".
Blijkens die bedoeling zal de wet van 30 juli 1981 in de toekomst alleen nog toepassing vinden op de gerechtelijke procedures die betrekking hebben op aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid en bijvoorbeeld niet meer op kwesties in verband met racisme bij de toegang tot huisvesting, wat vandaag de dag wel het geval is. Zulks zal bij voorbeeld eveneens het geval zijn voor de bevoegdheid van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, die voortaan beperkt zal worden tot de aangelegenheden die uitsluitend behoren tot de bevoegdheid van de federale Staat.

(44) Zie in dezelfde zin advies 37.316/VR, gegeven op 8 juni 2004 over een voorstel dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 3 december 2005 "betreffende de uitkering van een inkomenscompensatievergoeding aan zelfstandigen die het slachtoffer zijn van hinder ten gevolge van werken op het openbaar domein".

III. Lijst van de criteria op grond waarvan discriminatie wordt verboden

19. Artikel 3 van het voorontwerp van algemene wet bepaalt dat dit ontwerp tot doel heeft

> "met betrekking tot de materies bedoeld in artikel 5 van deze wet een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, vermogen, geloof, levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap en fysieke of genetische eigenschap".

Uit de memorie van toelichting blijkt dat artikel 3 een "gesloten lijst" van criteria inhoudt, wat tot gevolg heeft dat discriminaties op grond van andere criteria niet op grond van de ontworpen wet zullen kunnen worden bestreden, onder voorbehoud wel te verstaan van de motieven voor de bij de twee andere voorliggende voorontwerpen verboden discriminatie.

Het voorontwerp houdt aldus een ongelijke behandeling in zowel van de daders van discriminatoire behandelingen, als van de slachtoffers ervan.

Een dergelijke ongelijke behandeling dient gelet op het door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet gewaarborgde discriminatieverbod te worden verantwoord. Zeker nu de wetgever beoogt discriminaties te bestrijden, zou het wel paradoxaal zijn dat de wet daarbij zelf zou discrimineren. Om die reden mogen hoge eisen worden gesteld aan de "objectieve en redelijke verantwoording" van de in artikel 3 van het voorontwerp doorgevoerde selectie van discriminatiegronden.

In de memorie van toelichting voert de steller van het voorontwerp aan dat het beginsel van de doorgevoerde selectie van criteria is dat het gaat om de "belangrijke criteria" die uitdrukkelijk worden vermeld in de internationale instrumenten die de gelijkheid en de non-discriminatie waarborgen. Artikel II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, werd daarbij klaarblijkelijk als richtsnoer gehanteerd.

Deze verantwoording roept bij de Raad van State volgende bemerkingen op.

20. Om in overeenstemming te zijn met het discriminatieverbod van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dient een antidiscriminatiewet niet noodzakelijkerwijze alle discriminaties, op dezelfde wijze, tegen te gaan. Dat blijkt uit het arrest nr. 157/2004 van het Arbitragehof van 6 oktober 2004 over de wet van 25 februari 2003. In dat arrest vernietigt het Arbitragehof de in die wet voorkomende lijst van discriminatiegronden waarin o.m. de criteria "taal" en "politieke overtuiging" niet voorkwamen. Volgens het Hof schond de wet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het Hof motiveerde dit niet alleen door te verwijzen naar de algemene doelstelling van de wet, doch ook door te stellen dat er voor de uitsluiting van "taal" en "politieke overtuiging" geen bijzondere objectieve en redelijke verantwoording kon worden geboden.

21. In de mate dat het voorontwerp beoogt de richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep om te zetten in het interne recht, komt het de Raad van State voor dat het uitsluitend hanteren van de criteria die in deze richtlijn zijn vermeld, zeker zou kunnen beschouwd worden als een "objectieve en redelijke verantwoording" voor het uitsluiten van andere criteria, voorzover het toepassingsgebied van de wet betrekking heeft op het toepassingsgebied van de richtlijn. Dezelfde beschouwingen gelden voor de criteria die voorkomen in de richtlijnen waarvan de omzetting in uitzicht wordt gesteld in de beide andere voorliggende voorontwerpen.

De vraag rijst of ook het alleen in aanmerking nemen van de "belangrijke criteria", waarbij als criterium van "belangrijkheid" wordt gehanteerd dat het gaat om criteria die voorkomen in de internationale instrumenten inzake mensenrechten, *an sich* als een "objectieve en redelijke verantwoording" kan worden beschouwd.

22. In de eerste plaats is het van belang daarbij te wijzen op het fundamenteel verschil dat bestaat tussen een "open lijst" en een "gesloten lijst" met criteria. In artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [45], artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke

(45) Verder in het advies : Europees Verdrag over de Rechten van de Mens.

rechten en ook in artikel II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, gaat het om een "open lijst" van criteria. Zoals de steller in de memorie van toelichting aangeeft, strekt de lijst in die verdragen er slechts toe de criteria aan te geven "waarvan het belang a priori het grootst is", en waarvan het gebruik bijgevolg "het meest verdacht" is. Het enkele gegeven dat een criterium niet uitdrukkelijk in die lijst is vermeld, heeft echter niet tot gevolg dat een slachtoffer van een discriminatie op grond van dat criterium niet door de verdragsbepalingen zou zijn beschermd. Het overnemen van de criteria uit de "open lijst" van de verdragen in de "gesloten lijst" van artikel 3 van het ontwerp heeft daarentegen veel verstrekkender gevolgen. Tegen een ongelijke behandeling op grond van een criterium dat niet in de lijst vermeld is, zal de bescherming van de wet niet kunnen worden ingeroepen. Ook al kan de wetgever ervan uitgaan dat de in de verdragen voorkomende criteria belangrijk zijn en "het meest verdacht", dan nog dient hij, in de verantwoording die hij biedt, uitdrukkelijk oog te hebben voor de gevolgen van de ongelijke behandeling die hij instelt, met name in het licht van het evenredigheidsbeginsel. Het komt aan de steller van het voorontwerp toe de verantwoording ter zake aan te vullen.

23. T.a.v. de keuze voor criteria die in internationale mensenrechtenverdragen worden gehanteerd, geeft de Raad van State daarenboven nog volgende elementen ter overweging.

a) Uit het hiervoor reeds vermelde arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004 blijkt dat in de eerste plaats de criteria vermeld in de artikelen 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten in aanmerking dienen te worden genomen. De steller van het voorontwerp neemt blijkbaar echter vooral artikel II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa als richtsnoer. Dit verdrag is momenteel nog niet van kracht. Het artikel II-81 stemt weliswaar overeen met artikel 21 van het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie, maar dat heeft dan weer geen juridisch bindende kracht. De steller van het voorontwerp verantwoordt zijn werkwijze door te stellen dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie "de meest recente uiting is van een Europese ethische consensus in de strijd tegen discriminatie". Men kan aanvaarden dat dit een voldoende reden is om, naast de criteria vermeld in de artikelen 14 van het

Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, ook de criteria vermeld in artikel II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa in aanmerking te nemen.

b) De strikte verantwoording die dient te worden geboden voor een ongelijke behandeling van daders en slachtoffers van een discriminatie vergt in ieder geval ook dat de criteria die de steller van het voorontwerp zelf naar voor schuift op een coherente wijze worden toegepast, tenzij wanneer er een bijzondere verantwoording wordt geboden om dat niet te doen. Dat blijkt uit het voormelde arrest nr. 157/2004 van het Arbitragehof. Daarin stelde het Hof uitdrukkelijk dat bij de beoordeling van het middel dat een schending aanvoert van het gelijkheidsbeginsel wegens de beperking van de discriminatiegronden, dient te worden onderzocht

> "of de wetgever, door een verschil in behandeling in te stellen naar gelang van de grond waarop de discriminatie berust, een maatregel heeft genomen die de toets kan doorstaan aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de verdragsbepalingen die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie waarborgen, in het bijzonder artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten [...]" (B.9).

Vervolgens stelt het Hof vast dat de criteria "taal" en "politieke overtuiging" voorkomen in artikel 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en dat er

> "geen enkele verantwoording bestaat voor het gegeven dat een verschil in behandeling op een grond zoals politieke overtuiging of taal, niet het voorwerp kan zijn van de burgerrechtelijke maatregelen waarin de bestreden wet voorziet" (B.14).

Uit dit arrest kan men afleiden dat het uitsluiten van criteria die voorkomen in het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, slechts mogelijk is mits er daarvoor een bijzondere verantwoording wordt gegeven.

c) Wanneer men de in artikel 3 van het voorontwerp opgenomen lijst van criteria, vergelijkt met de lijst van criteria opgenomen in de drie

verdragsbepalingen - artikel 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens, artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa -, en wanneer men tevens rekening houdt met de criteria die in de twee andere aan de Raad van State voorgelegde voorontwerpen zijn vermeld[46], dan stelt men vast dat volgende criteria niet worden opgenomen:

- uit artikel 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens: de "andere overtuiging", de "maatschappelijke afkomst", het "behoren tot een nationale minderheid";

- uit artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten : de "andere overtuiging", de "maatschappelijke afkomst", de "geboorte" of "andere status";

- uit artikel II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa: "sociale afkomst", "andere denkbeelden", het "behoren tot een nationale minderheid".

Voor het uitsluiten van deze criteria dient een overtuigende "objectieve en redelijke verantwoording" te worden geboden.

In de memorie van toelichting biedt de steller van het voorontwerp uitsluitend een verantwoording voor de uitsluiting van twee van de in artikel II-81 voorkomende criteria, met name voor het criterium "de sociale (maatschappelijke) afkomst", dat ook in artikel 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten voorkomt, en het criterium "behoren tot een nationale minderheid", dat ook in artikel 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens voorkomt.

---

(46) Het gaat om het criterium "geslacht" in het wetsontwerp ter bestrijding tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen en om de criteria "nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of ethnische afstamming" in artikel 3 van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden.

Die verantwoording luidt als volgt :

"In tegenstelling tot de lijst die wordt voorgesteld in de «algemene wet», vermeldt voornoemd artikel II-81 weliswaar uitdrukkelijk het criterium van «sociale afkomst». Er dient echter vanuit te worden gegaan dat dit criterium impliciet vervat ligt in de begrippen «vermogen» en «geboorte». Voornoemd artikel II-81 vermeldt daarnaast, en in tegenstelling tot de lijst die voorheen was voorzien in de wet van 25 februari 2003 uitdrukkelijk het criterium van de «genetische eigenschappen». Hoewel er vanuit mag worden gegaan dat dit criterium impliciet vervat ligt in de begrippen «fysieke eigenschappen» en «huidige of toekomstige gezondheidstoestand», werd dit criterium met het oog op coherentie toegevoegd. Het enige criterium dat is opgenomen in voornoemd artikel II-81 en dat geen expliciet of impliciet equivalent heeft in de lijst in de «algemene wet», is het behoren tot een nationale minderheid. Dit criterium is weggelaten omdat het «heterogene» karakter ervan het juridisch onbruikbaar maakt in het kader van de toekomstige wetgeving. Immers, ook al bestaat er geen definitieve consensus over het begrip «nationale minderheid» in het internationale recht, toch wordt er algemeen van uit gegaan dat dit begrip een complexe synthese is waarbij etnische, religieuze en taalkundige elementen onontwarbaar met elkaar verweven zijn. De Belgische wet bekrachtigde (in het Frans : «consacrerait») echter een specifieke behandeling en een specifieke regeling voor elk van deze elementen afzonderlijk (etnische afkomst, taal en religie). Het aanvoeren van een discriminatie op grond van het behoren tot een nationale minderheid, zou stevig vasthouden aan verscheiden aparte juridische stelsels (in het Frans : «se situerait à cheval sur plusieurs régimes juridiques distincts») wat aan de basis zou liggen van een onnodige rechtsonzekerheid".

25. Het komt de Raad van State eveneens voor dat er enige incoherentie is in de verantwoording m.b.t. het criterium "sociale afkomst". Terwijl dit criterium wordt geweerd omdat het reeds impliciet vervat zou zijn in de begrippen "vermogen" en "geboorte", wordt het criterium "genetische eigenschappen" waarvan ook wordt aangenomen dat het impliciet vervat is in de criteria "fysieke eigenschappen" en "huidige of toekomstige gezondheidstoestand", toch uitdrukkelijk opgenomen en dit "met het oog op de coherentie". Het komt de steller van het voorontwerp toe uit te leggen om welke reden het criterium "sociale afkomst" niet "met het oog op de coherentie" behoort te worden opgenomen. Het staat hoe dan ook niet vast dat het begrip sociale afkomst kan beperkt worden tot het vermogen of de geboorte.

26. Wat het criterium "nationale minderheid" betreft, wekt de memorie van toelichting de indruk dat het ontbreken van dit criterium in artikel 3 van het voorontwerp

wordt gecompenseerd door de criteria "taal", "religie" en "etnische afstemming". De Raad geeft daarbij echter ter overweging dat in het begrip minderheid een collectief identificatiegegeven zit dat ontbreekt in de begrippen etnische afstamming, taal of religie, en dat er dus een autonome strekking aan verleent, los van het feit dat de binding met een minderheid niet noodzakelijk voortvloeit uit alleen de laatste drie voormelde gegevens. Het komt de Raad van State voor het overige voor dat de tekst in de memorie van toelichting m.b.t. "het behoren tot een nationale minderheid" vooralsnog slechts een stellingname is die door de steller van het voorontwerp onvoldoende wordt onderbouwd. Het komt de steller van het voorontwerp toe duidelijk aan te geven om welke redenen hij van oordeel is dat het begrip "nationale minderheid" door zijn "heterogene" karakter "juridisch onbruikbaar" is in het kader van de antidiscriminatiewet en dat dit begrip, omdat het "te paard zit op verscheiden aparte juridische stelsels" "aan de basis zou liggen van een onnodige rechtsonzekerheid".

27. Het komt de steller van het voorontwerp tevens toe een "objectieve en redelijke verantwoording" te bieden voor de uitsluiting van de volgende criteria :

- de "andere overtuiging" (art. 14 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens, art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten) "andere denkbeelden" (art. II-81 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa);

- de eigendom (art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten);

- de "andere status" (art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten).

IV. Andere opmerkingen

A. Grondwettelijke basis van de voorontwerpen

28. Artikel 1 van de drie voorontwerpen bepaalt :

> "Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet".

Uit de memorie van toelichting blijkt dat deze kwalificatie wordt verantwoord door de vaststelling dat er bepalingen over de bevoegdheid van de rechtcolleges in de voorontwerpen voorkomen.

Die vaststelling kan er echter niet toe leiden de hele voorontwerpen als "een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet" te kwalificeren.

B. Maatregelen van positieve actie

29. De drie voorontwerpen houden bijzondere bepalingen over de voorwaarden waaraan positieve acties op grond van de in deze voorontwerpen vermelde criteria zijn onderworpen.

Zo luiden de artikelen 10 van het voorontwerp van racismewet en van het voorontwerp van algemene wet als volgt :

> "§ 1. Direct of indirect onderscheid op grond van de beschermde criteria geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie wanneer het direct of indirect onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt.
>
> § 2. De Koning bepaalt bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij maatregelen van positieve actie getroffen kunnen worden.
>
> § 3. Op het vlak van de arbeidsbetrekkingen wordt het in de vorige paragraaf bedoelde koninklijk kesluit getroffen:
>
> - wat de publieke sector betreft, na raadpleging, naargelang het geval, van het bevoegde overleg- of onderhandelingscomité zoals voorzien in de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel of het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop deze laatste wet niet van toepassing is;
>
> - wat privé-sector betreft, na raadpleging van de Nationale Arbeidsraad.
>
> Wanneer één van de geraadpleegde organen zich niet heeft uitgesproken binnen de twee maanden na de aanvraag, wordt zijn advies geacht positief te zijn."

Artikel 16 van het voorontwerp van genderwet van zijn kant luidt als volgt :

"§ 1. Direct of indirect onderscheid op grond van geslacht geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie wanneer het direct of indirect onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt.

§ 2. De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij maatregelen van positieve actie getroffen kunnen worden.

§ 3. Op het vlak van de arbeidsbetrekkingen wordt het in de vorige paragraaf bedoelde koninklijk besluit getroffen:

- wat de publieke sector betreft, na raadpleging van de vaste Commissie van arbeid van de Raad van gelijke kansen voor mannen en vrouwen en, naargelang het geval, van het bevoegde overleg- of onderhandelingscomité zoals voorzien in de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel of het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop deze laatste wet niet van toepassing is;

- wat privé-sector betreft, na raadpleging van de vaste Commissie van arbeid van de Raad van gelijke kansen voor mannen en vrouwen en van de Nationale Arbeidsraad.

Wanneer één van de geraadpleegde organen zich niet heeft uitgesproken binnen de twee maanden na de aanvraag, wordt zijn advies geacht positief te zijn."

In de artikelsgewijze bespreking worden deze bepalingen als volgt uitgelegd :

"Dit artikel bepaalt de uitzondering voor maatregelen van positieve actie. Maatregelen van positieve actie zijn geoorloofd, en leveren bijgevolg geen (directe of indirecte) discriminatie op. De voorwaarden waaraan maatregelen van positieve actie dienen te voldoen, werden niet expliciet opgenomen.

Wel voorziet het ontwerp in een definitie van maatregelen van positieve actie (zie 4.11). Bij het uitwerken van maatregelen van positieve actie dient rekening gehouden te worden zowel met de Europese rechtspraak terzake als met de rechtspraak van het Arbitragehof.

Maatregelen inzake positieve actie dienen zowel aan de vereisten, gesteld door het Arbitragehof, als deze gesteld door het Europese Hof van Justitie te voldoen.

Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof kunnen maatregelen van positieve actie ("corrigerende ongelijkheden") enkel toegepast worden in de gevallen waarin:

- een kennelijke ongelijkheid bestaat;

- het verdwijnen van deze ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling wordt aangewezen;

- deze maatregelen van tijdelijke aard zijn;

- deze maatregelen verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel is bereikt;

- deze maatregelen andermans rechten niet onnodig beperken (Arbitragehof, nr. 9/94, 27 januari 1994, overweging B.6.2. (B.S. 23 maart 1994)).

Ook het Europese Hof van Justitie heeft zich in verscheidene arresten uitgesproken over de vereisten waaraan maatregelen van positieve actie dienen te voldoen. Volgens deze rechtspraak zijn maatregelen van positieve actie geoorloofd in de mate dat zij gelijkheid van kansen (eerder dan gelijkheid van resultaat) nastreven, maatregelen van positieve actie een welomschreven doel nastreven (en dat zij er met name op gericht zijn om de problemen die aan de basis van de achterstelling van de gefavoriseerde groep liggen op te heffen en/of te verminderen) en dat zij beantwoorden aan een evenredigheidstoets (dit betekent dat de maatregelen passend en noodzakelijk dienen te zijn ten aanzien van de nagestreefde doelstelling).

In het kader van de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 bestond in de doctrine discussie over de vraag of ook private personen een beleid van positieve actie kunnen voeren (en bijgevolg gebruik kunnen maken van de uitzonderingsgrond voor maatregelen van positieve actie).

Het ontwerp lost deze controverse als volgt op:

- maatregelen van positieve actie gaan in principe van de overheid uit.

- of ook private personen (bvb. werkgevers) een beleid van positieve actie kunnen en mogen ontwikkelen (en gebruik mogen maken van het uitzonderingsregime voor positieve actie), hangt af van het bestaan van een reglementair kader voor dergelijke maatregelen van positieve actie door private personen. De Koning kan bij koninklijk besluit een kader uittekenen waarbinnen private personen maatregelen van positieve actie kunnen invoeren.

Zonder dergelijk kader kunnen private personen zich bijgevolg niet beroepen op het uitzonderingsregime voor maatregelen van positieve actie om rechtstreeks of onrechtstreeks onderscheid op grond van de beschermde criteria te rechtvaardigen."

30. De ontwerpteksten moeten, in zoverre ze een nieuwe regeling invoeren met betrekking tot de "maatregelen van positieve actie", zodat private personen - bijvoorbeeld de werkgever - maatregelen van positieve actie kunnen nemen, onder meer onderzocht worden in het licht van de voorwaarden waaraan de maatregelen van positieve actie zijn verbonden, zoals het Arbitragehof eraan herinnerd heeft in het voornoemde arrest.

Het Arbitragehof heeft in zijn arrest nr. 157/2004 uitspraak gedaan omtrent artikel 4 van de wet van 25 februari 2003, luidende :

> "De bepalingen van deze wet vormen geen belemmering voor het nemen of handhaven van maatregelen die beogen, om de volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, de nadelen verband houdende met een van de gronden bedoeld in artikel 2, te voorkomen of te compenseren."

Het Arbitragehof heeft omtrent die bepaling het volgende gesteld :

> "B.79. Met de bestreden bepaling wil de wetgever vermijden dat de toepassing van de wet strijdt met maatregelen die ertoe strekken ongelijkheden te voorkomen of te compenseren.
>
> Zoals het Hof in zijn arrest nr. 9/94 al heeft gesteld, kan de draagwijdte van een wetgevende norm of bepaling niet zover reiken dat, bij de beoordeling van toepassingen van maatregelen van positieve actie, de bevoegde rechter zou worden verhinderd *in concreto* na te gaan (a) of die maatregelen worden toegepast in de gevallen waarin een kennelijke ongelijkheid bestaat, (b) of het verdwijnen van die ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling wordt aangewezen, (c) of de maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het beoogde doel is bereikt en (d) of de maatregelen andermans rechten niet onnodig beperken. In zijn memories heeft de Ministerraad overigens bevestigd dat de bestreden bepaling dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de voorwaarden die het Hof in het verleden heeft verbonden aan maatregelen van positieve actie.
>
> In die interpretatie van de bestreden bepaling kan het middel niet worden aangenomen."

31. In het licht van deze bewoordingen dienen in verband met de onderzochte bepalingen de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

a) Enerzijds stellen deze bepalingen niet de voorwaarden vast waaronder private personen maatregelen van positieve actie zouden mogen nemen en voorzien ze niet in de hoofdbestanddelen van deze nieuwe regeling.

De in dat verband aan de Koning verleende machtiging is veel te ruim.

Het betreft immers regelingen die afwijkt van de anti-discriminatoire wetsbepalingen ingevoerd bij de drie onderzochte voorontwerpen, zodat het aan de wetgever staat om de voorwaarden en de hoofdbestanddelen van die afwijkende regelingen te bepalen en te garanderen dat deze regelingen, wat het principe en de uitvoering ervan door de betrokkenen betreft, in overeenstemming zijn met de voorwaarden waaronder zulke maatregelen volgens het Arbitragehof aanvaard kunnen worden.

Dit is des te meer zo daar zowel de anti-discriminatoire voorzieningen als de eventuele regelingen die ervan afwijken, zoals in de commentaar op de artikelen wordt vermeld, op de ene of de andere manier afbreuk kunnen doen aan de fundamentele vrijheden gewaarborgd door internationaalrechtelijke instrumenten, en daar de Grondwet voorschrijft dat het de wetgevende macht zelf is die ze moet beschermen. Dat geldt inzonderheid met betrekking tot de economische, sociale en culturele rechten bedoeld in artikel 23 van de Grondwet, zoals het recht op arbeid en op de vrije keuze van beroepsarbeid in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid, alsook het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing.

b) Anderzijds is het hoe dan ook moeilijk te begrijpen, gelet op de strikte voorwaarden die de jurisprudentie van het Arbitragehof heeft gesteld met betrekking tot de invoering van een regeling van maatregelen van positieve actie, in zoverre de wetgever een systeem van toestemming tot voldoening van die voorwaarden heeft georganiseerd, hoe alsnog aan de vrije keuze van de private personen, inzonderheid de werkgevers, kan worden overgelaten maatregelen van positieve actie al dan niet toe te passen, zoals de steller van het voorontwerp nochtans lijkt voor te stellen.

Dit geldt inzonderheid voor de voorwaarden vernoemd in de punten a en b, waaraan het Arbitragehof heeft herinnerd in zijn arrest nr. 157/2004.

c) De onderzochte bepalingen moeten grondig worden herzien, teneinde tegemoet te komen aan die bezwaren.

C. Strafbepalingen

a) Tenlastelegging van het aanzetten tot indirecte discriminatie

32. In de memorie van toelichting, gemeenschappelijk aan de drie voorontwerpen, wordt onder IV.4.3. toelichting gegeven over de strafrechtelijke bepalingen. Onder punt IV.4.3.1. wordt uitleg gegeven over de strafbaarstelling van "indirecte discriminatie".

In de drie voorontwerpen wordt de titel over de strafrechtelijke bepalingen ingeleid door de omschrijving van discriminatie : het gaat om directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren en intimidatie op grond van de beschermde criteria. Vervolgens wordt onder meer het aanzetten tot discriminatie strafbaar gesteld.

Het Arbitragehof heeft in zijn arrest 157/2004 de bepaling vernietigd waarin "het aanzetten tot indirecte discriminatie" (artikel 6, § 1, eerste streepje van de wet van 13 februari 2003) strafbaar werd gesteld.

Het Hof stelde :

> "B.54. Volgens artikel 2, § 2, van de wet is «er […] sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen op wie een van de in § 1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd».
>
> B.55. Ook al voegt de verwijzing naar het feit dat die bepaling, maatstaf of handelwijze «objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd» niets toe aan de definitie van het begrip «discriminatie» vermeld in B.35, toch is het moeilijk denkbaar op welke manier opzettelijk zou kunnen worden aangezet tot een «ogenschijnlijk neutrale handelwijze», of tot een daad waarvan de discriminerende aard alleen tot uiting komt door de «schadelijke weerslag» ervan. Zulk een definitie bevat een vaag element dat niet verhindert dat een burgerrechtelijke maatregel kan worden genomen tegen indirecte discriminatie, maar dat niet verenigbaar is met de vereiste van voorzienbaarheid die inherent is aan de strafwet".

33. Volgens de memorie van toelichting heeft het Arbitragehof in zijn arrest 157/2004 enkel aangegeven dat de strafrechtelijke bestraffing van opzettelijke discriminatie kon worden toegelaten. De toelichting stelt dan dat, rekening houdende met een aangepaste definitie van indirecte discriminatie, ook indirecte discriminatie opzettelijk kan zijn.

Een indirecte discriminatie wordt in de voorontwerpen gedefinieerd als een indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium, tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze die aan de grondslag ligt van het indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Een indirect onderscheid wordt daarbij gedefinieerd als de situatie waarin een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen met een bepaald beschermd criterium in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen.

Volgens de steller van de voorontwerpen wordt hiermee tegemoet gekomen aan de bezwaren van het Arbitragehof. Er is immers geen sprake meer van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze die als dusdanig een schadelijke weerslag heeft, zoals in artikel 2, § 2, van de wet van 25 februari 2003, maar wel van één die bijzonder kan benadelen.

34. Het bezwaar in de overweging B.55 van het Arbitragehof in het arrest steunt op de niet-verenigbaarheid met de vereiste van voorzienbaarheid die inherent is aan de strafwet.

Het is niet duidelijk hoe de nieuwe tekst tegemoet komt aan de bezwaren van het Arbitragehof. De vraag blijft immers hoe opzettelijk kan worden aangezet tot een "ogenschijnlijk neutrale handelswijze". Daarnaast blijft onduidelijk hoe opzettelijk kan worden aangezet tot een daad waarvan de discriminerende aard alleen tot uiting komt door de bijzondere benadeling die eruit kan voortvloeien. De voorzienbaarheid lijkt integendeel nog geringer te zijn dan in de bepaling zoals die door het Arbitragehof werd vernietigd.

In het voormelde advies 39.682/1, van 31 januari 2006, daterend van na het arrest van het Arbitragehof, oordeelt de afdeling wetgeving bovendien dat "inzonderheid [gelet] op het gegeven dat bij de beoordeling van de indirecte discriminatie een afweging van de proportionaliteit moet worden gemaakt[47], moet worden besloten dat de in artikel 11 van het voorstel gehanteerde omschrijving van het misdrijf, door louter te verwijzen naar het plegen van «discriminatie», niet voldoet aan het legaliteitsbeginsel".

b) Tenlastelegging van het verspreiden van denkbeelden gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat

35. Artikel 21 van het voorontwerp van racismewet stelt strafbaar

"[h]ij die in de omstandigheden genoemd in artikel 444 van het Strafwetboek, op welke wijze ook denkbeelden verspreidt die zijn gegrond op rassuperoriteit of rassenhaat"[48].

In de memorie van toelichting wordt deze bepaling als volgt verantwoord:

"Rekening houdend met de internationale verplichtingen van België inzake rassendiscriminatie en meer bepaald met de Internationale Conventie inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 21 december 1965, die de racismewet verplicht om bepaalde gedragingen te bestraffen, moet ze, naast deze bepaling, minimaal stafrechtelijk strafbaar verklaren «het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat» en «organisaties alsook georganiseerde en alle andere propaganda-activiteiten die rassendiscriminatie in de hand werken en daartoe aanzetten, en deelneming aan zodanige organisaties of activiteiten»".

---

(47) *Voetnoot 21 in het advies*: "Indirecte discriminatie: wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen (...) bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelswijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passen en noodzakelijk zijn" (artikel 2, 9°).

(48) In de Nederlandse versie van de aan de Raad van State meegedeelde tekst heeft ook artikel 22 van het voorontwerp betrekking op deze strafbaarstelling. Klaarblijkelijk berust dit op een vergissing.

In de artikelsgewijde toelichting luidt het:

> "Deze bepaling is noodzakelijk gelet op artikel 4 (a) van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van 21 december 1965".

Bij de neerlegging van de bekrachtigingsoorkonde heeft België bij dit artikel 4 volgende "toelichtende verklaring" afgelegd:

> "Daarenboven wil het Koninkrijk België de nadruk leggen op het belang dat het eveneens hecht aan de eerbiediging van de rechten vermeld in het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele Vrijheden, met name in de artikelen 10 en 11 respectievelijk met betrekking tot de Vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vreedzame vergadering".

Meer in het algemeen dient te worden opgemerkt dat artikel 21 van het voorontwerp kan worden verantwoord in de mate dat de toepassing ervan gebeurt in overeenstemming met de artikelen van de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens over de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid.

D. Organisaties waarvan het geloof, de levensbeschouwing of de politieke overtuiging de grondslag vormt

36. Artikel 13 van het voorontwerp van algemene wet houdt bijzondere bepalingen in ter verantwoording van ongelijke behandelingen door publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging is gebaseerd. Volgens het eerste lid van dit artikel vormt een direct onderscheid op grond van geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging, voor deze organisaties, voor wat hun beroepsactiviteiten betreft, geen discriminatie

> "indien het geloof, de levensbeschouwing, of politieke overtuiging vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend het geloof, de levensbeschouwing of de politieke overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde, beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie".

Volgens de memorie van toelichting wordt via deze bepaling artikel 4.2 van de Kaderrichtlijn (78/2000) expliciet in het Belgische recht geïmplementeerd.

Het tweede lid van het ontworpen artikel 13 van het voorontwerp bepaalt:

"Op grond van deze bepaling kan geen direct onderscheid op grond van andere beschermde criteria gerechtvaardigd worden."

De draagwijdte van dit tweede lid dient te worden verduidelijkt. Met name rijst de vraag of de in artikel 13 bedoelde organisaties evenmin op grond van de artikelen 7 tot en met 12 een onderscheid op basis van die "andere beschermde criteria" zouden kunnen verantwoorden. Indien dit de betekenis is die aan het tweede lid zou dienen te worden gehecht, zou dit tot gevolg hebben dat bv. een Franstalige of Nederlandstalige politieke partij bij de aanwerving van een personeelslid, niet zou kunnen verantwoorden dat een onderscheid wordt gemaakt op grond van taal, ook al zou dit onderscheid kunnen worden verantwoord "door een legitiem doel" voorzover "de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn" (artikel 7 van het voorontwerp). Evenmin zou het mogelijk zijn dat een op geloof of levensbeschouwing gebaseerde organisatie bij de aanwerving van personeel een onderscheid zou kunnen maken op grond van leeftijd, ook al zou het gaan om een "wezenlijke of bepalende beroepsvereiste" (artikel 8 van het voorontwerp).

Aldus geïnterpreteerd zou artikel 13, lid 2, voor de bedoelde organisaties, vergeleken met andere organisaties, een ongelijke behandeling inhouden die bezwaarlijk kan worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

E. Vraagstukken met betrekking tot de overeenstemming met het Europees recht

37. Gelet op het oogmerk van omzetting van Europese richtlijnen, moeten de voorontwerpen daartoe adequaat en volledig te werk gaan.

Gelet op de grenzen waarbinnen de afdeling wetgeving van de Raad van State van advies moet dienen [49], zal ze zich ertoe beperken in dat verband te verwijzen naar de opmerkingen die de Europese Commissie, op basis van artikel 226 van het Verdrag van 25 maart 1957 tot instelling van de Europese Gemeenschap, in haar brief van

(49) Zie punt nr. 3 hierboven.

1 februari 2006 aan de Ministers van Buitenlandse Zaken gemaakt heeft ten aanzien van de bepalingen van de thans geldende wetgeving waarvan de overeenstemmende bepalingen zijn vervat in de voorontwerpen. Het betreft inzonderheid de opmerkingen betreffende de bescherming, niet alleen van de getuigen van een verboden discriminatie, maar ook van de collega's van de betrokken personen die hen hulp verlenen, alsmede betreffende de omstandigheid dat de termijn van verjaring van de rechtsvordering volgend op de kennisgeving van de opzegging, de verbreking zonder opzegging of de eenzijdige wijziging van de arbeidsomstandigheden beperkt is tot dertig dagen.

F. Voorbehouden inzake de interpretatie van sommige bepalingen van de voorontwerpen

38. Het voornoemde arrest nr. 157/2004 van het Arbitragehof bevat tal van voorbehouden inzake de interpretatie van de wet van 25 februari 2003. In principe moet worden beschouwd dat de onderzochte voorontwerpen *mutatis mutandis* moeten worden gelezen in het licht van die voorbehouden inzake de interpretatie, ook al is het verkieslijk, zoals de steller ervan het voornemen daartoe heeft geuit, dat die voorbehouden worden verwoord in het dispositief zelf van de overeenstemmende bepalingen [50].

---

(50) De memorie van toelichting stelt daaromtrent immers het volgende :
"Bovendien leidt het "voorbehoud van conforme interpretatie", opgelegd door het Arbitragehof (in ruil voor de niet-vernietiging van sommige bepalingen van de wet), tot rechtsonzekerheden met mogelijks een slechte toepassing van de wet tot gevolg. Waar mogelijk zou elk voorbehoud best expliciet worden vertaald in de wettekst zelf."

L'assemblée générale de la section de législation était composée de

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit

Messieurs de Heren	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État, eerste voorzitter van de Raad van State,
	M. VAN DAMME, Y. KREINS, D. ALBRECHT	présidents de chambre, kamervoorzitters,
	P. LIÉNARDY, J. BAERT, J. SMETS, P. VANDERNOOT, J. JAUMOTTE,	conseillers d'État, staatsraden,
Madame Mevrouw Messieurs de Heren	M. BAGUET, B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH	
	H. COUSY, M. RIGAUX, J. VELAERS, H. BOSLY, G. VANDERSANDEN, G. KEUTGEN,	assesseurs de la section de législation, assessoren van de afdeling wetgeving,
Madame Mevrouw	D. LANGBEEN,	greffier en chef, hoofdgriffier
Monsieur de Heer	M. FAUCONIER,	greffier assumé, toegevoegd griffier.

Les rapports ont été rédigés par M. W. PAS, Mme A. VAGMAN et M. R. WIMMER, auditeurs

De verslagen werden uitgebracht door de H. W. PAS, Mevr. A. VAGMAN en de H. R. WIMMER, auditeurs

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIÉNARDY.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT - DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN