

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 41.417/AG
à
41.420/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 la Fonction publique, de l'Intégration sociale, de la Politique des grandes villes et de l'Égalité des chances, le 2 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables prorogé à huit jours ouvrables ^(*), sur :

- 1° un avant-projet de loi "modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie" (41.417/AG);
- 2° un avant-projet de loi "tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes" (41.418/AG);
- 3° un avant-projet de loi "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" (41.419/AG);
- 4° un avant-projet de loi "modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et de la loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie" (41.420/AG),

a donné le 6 octobre 2006 l'avis suivant :

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de cinq jours ouvrables est prorogé à huit jours ouvrables dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"Ces projets contiennent des adaptations à l'exposé des motifs ainsi qu'au texte des lois afin de rencontrer les commentaires des avis 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 11 juillet 2006 par le Conseil d'État au sujet de l'avant-projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, l'avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes et l'avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Certaines dispositions ont été introduites ou modifiées suite aux consultations menées par le Ministre de l'Égalité des Chances, conformément à la décision du Conseil des Ministres du 24 mai 2006 ⁽¹⁾.

Par conséquent, conformément à la notification du Conseil des Ministres du 21 septembre 2006, je vous sou mets pour avis [c]es projets de loi, en ce qui concerne ces dispositions nouvelles introduites suite aux consultations.

[...]

L'invocation de l'application de cette disposition est motivée par le délai de transposition des directives européennes concernées.

Les directives 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000 ont déjà été partiellement transposées par le législateur fédéral, mais la Commission Européenne a [mis] en évidence des défauts de conformité et a entamé des procédures à cet égard.

La directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002, dont le délai de transposition a expiré le 5 octobre 2005, n'est pas transposé[e].

⁽¹⁾ Loi "anti-discrimination" : art. 5, § 2 et § 3, 6, 12, 16, § 2, dernier alinéa, 17, § 3, dernier alinéa, 24, 32, 33, 46, 47 et 48.
Loi "modifiant le code judiciaire" : articles 15 et 16.
Loi "genre" : articles 6, § 2 et § 3, 7, 21, § 2, dernier alinéa, 22, § 3, dernier alinéa, 29, 37 et 39.
Loi "race" : articles 5, § 2 et § 3, 14, § 2, dernier alinéa, 15, § 3, dernier alinéa, 24 et 32.

La directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004, dont le délai de transposition sera expiré le 21 décembre 2007, n'est pas transposé[e].

Enfin, le délai supplémentaire de transposition des articles 6.1 et 6.2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 expire le 2 décembre 2006 et ces articles n'ont pas encore été intégralement transposés.

C'est également pour ces motifs que le Conseil des Ministres demandera l'application de l'article 80 de la Constitution."

*

* *

Observation préalable

1. Comme l'expose la lettre de demande d'avis, les avant-projets à l'examen ont fait l'objet d'un avis précédent de la section de législation du Conseil d'État, rendu le 11 juillet 2006 et portant les numéros de rôle 40.689/AG à 40.691/AG ⁽²⁾.

Dans les considérations liminaires de cet avis, il a été précisé que, compte tenu des circonstances de la saisine, n'avaient pu y être examinées, pour l'essentiel, que les difficultés posées par les questions particulières soulevées dans la demande d'avis et celles relevées dans l'exposé des motifs quant à la détermination de compétences. Il s'agissait des questions suivantes : la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions dans la mise en oeuvre du principe de non-discrimination ⁽³⁾, notamment en matière de droit du travail ⁽⁴⁾, de droit civil ⁽⁵⁾ et de droit pénal ⁽⁶⁾; la liste des critères de discrimination prohibée ⁽⁷⁾; le fondement constitutionnel

⁽²⁾ Ci-après : l'avis du 11 juillet 2006.

⁽³⁾ Avis du 11 juillet 2006, n^{os} 7 à 18.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, spéc. n^{os} 12, 13 et 18. La question des compétences communautaires et régionales dans les relations du travail dans la fonction publique des entités fédérées et dans l'enseignement a fait l'objet d'une attention particulière.

⁽⁵⁾ *Ibid.*, spéc. n^{os} 12, 14, 15 et 18.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, spéc. n^{os} 12, 16, 17 et 18.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, n^{os} 19 à 27.

des avant-projets quant à la compétence des Chambres législatives ⁽⁸⁾; l'admissibilité du régime portant sur les mesures d'action positive telles qu'envisagées par les avant-projets ⁽⁹⁾; l'incrimination de l'incitation à la discrimination indirecte ⁽¹⁰⁾ et de la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ⁽¹¹⁾; le régime particulier applicable aux organisations fondées sur une conviction religieuse, philosophique ou politique ⁽¹²⁾; le renvoi aux observations de la Commission européenne concernant la conformité de la législation actuelle aux directives communautaires en matière de non-discrimination ⁽¹³⁾; et l'opportunité d'intégrer dans les avant-projets les réserves d'interprétation formulées par l'arrêt n° 157/2004, du 6 octobre 2004, de la Cour d'arbitrage ⁽¹⁴⁾.

Conformément à sa jurisprudence, il y a lieu de constater que, sur les points sur lesquels la section de législation a donné un avis, elle a épuisé la compétence que lui confère la loi, et il ne lui appartient dès lors pas de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées, quelle que soit la suite donnée aux observations faites dans le premier avis.

Afin d'assurer la correcte information des Chambres législatives, il importe de joindre aux projets de loi déposés devant la Chambre des représentants ou le Sénat non seulement le présent avis mais aussi celui du 11 juillet 2006, précédés, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^e phrase, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, des avant-projets sur lesquels ils ont porté.

⁽⁸⁾ *Ibid.*, n° 28.

⁽⁹⁾ *Ibid.*, n^{os} 29 à 31.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, n^{os} 32 à 34.

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, n° 35.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, n° 36.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, n° 37.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, n° 38.

2. La présente demande d'avis, introduite sur la base des articles 3, § 1^{er}, et 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, n'autorise qu'un examen dans un délai de huit jours ouvrables et est limité aux dispositions nouvellement introduites dans les avant-projets, ainsi que le confirme la lettre de saisine ⁽¹⁵⁾.

Compte tenu également de ce qui est rappelé sous le n° 1, ci-avant, il en résulte que, s'agissant des dispositions des avant-projets autres que celles nouvellement introduites, la section de législation du Conseil d'État n'a pas été en mesure de faire valoir ses éventuelles observations sur des questions non mentionnées dans la lettre de saisine précédant l'avis du 11 juillet 2006 ou dans l'exposé des motifs des avant-projets concernés par cet avis, sauf sur des points limités.

Par ailleurs, compte tenu du bref délai qui lui a été accordé, il ne peut être assuré que l'ensemble des questions juridiques, même importantes, soulevées par les dispositions nouvelles des avant-projets aient pu être examinées dans le présent avis.

3. En toute hypothèse, s'agissant des dispositions des avant-projets qui reproduisent des dispositions de législations actuellement en vigueur, il est renvoyé, sous la réserve de la nécessité de tenir compte de directives européennes éventuellement ultérieures, aux avis donnés en leur temps par la section de législation du Conseil d'État au sujet de ces dispositions.

(15) Il s'agit des dispositions suivantes :

- dans l'avant-projet inscrit sous le n° 41.417 du rôle (avant-projet "racisme" dans la suite de l'avis) : articles 5, § 2 et § 3, 14, § 2, dernier alinéa, 15, § 3, dernier alinéa, 24 et 32;
- dans l'avant-projet inscrit sous le n° 41.418 du rôle (avant-projet "genre" dans la suite de l'avis) : articles 6, § 2 et § 3, 7, 21, § 2, dernier alinéa, 22, § 3, dernier alinéa, 29, 37 et 39;
- dans l'avant-projet inscrit sous le n° 41.419 du rôle (avant-projet "anti-discrimination générale" dans la suite de l'avis) : articles 5, § 2 et § 3, 6, 12, 16, § 2, dernier alinéa, 17, § 3, dernier alinéa, 24, 32, 33, 46, 47 et 48;
- dans l'avant-projet inscrit sous le n° 41.420 du rôle (avant-projet "modifiant le Code judiciaire" dans la suite de l'avis) : articles 15 et 16 (voir la note infrapaginale 1 figurant dans la lettre de saisine de la section de législation du Conseil d'État, reproduite en tête du présent avis).

4. Des difficultés supplémentaires ont surgi.

Conformément aux articles 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la demande d'avis mentionne le nom du délégué que le Ministre de la Fonction publique, de l'Intégration sociale et de la Politique des grandes villes et de l'Egalité des chances a désigné.

Selon la disposition précitée des lois coordonnées sur le Conseil d'État, cette désignation a pour but "de donner à la section de législation les explications utiles".

L'article 82, alinéa 2, des mêmes lois coordonnées précise que la section de législation

"peut, pendant toute la procédure, poser des questions ou entendre [...] le représentant du ministre [...] désigné par le ministre [...] dans la demande d'avis".

En l'espèce, ces dispositions ont été privées d'une grande partie de leur effectivité ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ En effet, dès la saisine, les auditeurs-rapporteurs ont tenté de prendre contact avec le délégué du ministre afin d'obtenir diverses informations, ainsi que la communication de documents utiles à leur instruction.

Le délégué du ministre n'a pu être joint ni au téléphone ni par courrier électronique.

Finalement, après plusieurs démarches, à la veille de la date de l'assemblée générale, les auditeurs-rapporteurs ont reçu certains des documents demandés. En revanche, d'autres documents n'ont pas été reçus.

Par ailleurs, il eût été utile de recevoir, outre les documents demandés, un tableau de correspondance, dans les deux sens, entre le texte des avant-projets et celui des directives européennes dont la transposition partielle est envisagée par les avant-projets, utile, non seulement à l'examen du Conseil d'État, mais aussi, lorsqu'il est joint à l'exposé des motifs du projet de loi, aux Chambres législatives pour qu'elles puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en oeuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer cette transposition et éviter que l'exercice de leur droit d'amendement ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen; ces tableaux auraient pu permettre de vérifier quelles sont les dispositions des directives concernées qui ne sont pas encore transposées en raison, par exemple, du fait que les avant-projets contiennent des habilitations au pouvoir exécutif, ou quelles sont celles qui ne relèvent pas de l'autorité fédérale. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition de la directive précitée ait pu être mené par le Conseil d'État; c'est sous cette réserve sur ce point que des observations ont été formulées dans l'avis précité du 11 juillet 2006 et qu'elles le sont dans le présent avis.

Il s'ensuit que c'est sur la base d'un dossier et d'une instruction incomplets que le présent avis a été donné.

5. Les difficultés résultant des conditions dans lesquelles les avis du Conseil d'État ont été demandés (n^{os} 1 à 4, ci-avant) peuvent incontestablement alimenter l'insécurité juridique et illustrent les inconvénients qui résultent de la méthode, suivie dans le présent dossier comme dans d'autres, consistant à mener parallèlement la consultation de la section de législation du Conseil d'État et celle d'autres instances ou organismes ⁽¹⁷⁾, surtout lorsqu'une première saisine incomplète du Conseil d'État est suivie d'une seconde dans l'urgence.

Même si, depuis la modification des lois coordonnées sur le Conseil d'État par la loi du 2 avril 2003, l'inaccomplissement des formalités prescrites à l'égard d'un projet ne peut plus conduire à l'irrecevabilité de la demande d'avis du Conseil d'État portant sur ce même projet, il n'en reste pas moins qu'en principe la section de législation ne devrait être consultée qu'à l'issue des différentes étapes de la préparation administrative et de l'établissement du projet et après que le demandeur d'avis ait eu la possibilité d'adapter éventuellement son projet à la lumière des éléments recueillis lors de l'accomplissement des formalités. Il serait ainsi évité que le Conseil d'État donne son avis sur un projet non définitif et il serait garanti que cet avis soit établi sur la base d'une information complète sur tous les éléments pertinents en cause.

6. Il résulte de tout ce qui précède que la considération figurant dans l'avis précité, selon laquelle

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

ne peut qu'être réitérée au sujet des avis rendus sur les avant-projets.

⁽¹⁷⁾ C'est la même décision du Conseil des ministres, en date du 24 mai 2006, qui chargea le Ministre à procéder à ces consultations simultanées.

C'est sous ces réserves que les observations qui suivent sont formulées, limitées à l'examen du fondement juridique de l'avant-projet, de la compétence de son auteur ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, *in fine*, des lois coordonnées précitées; les importants avant-projets auraient toutefois mérité un examen par la section de législation du Conseil d'État dans de meilleures conditions.

Examen des avant-projets

7.1. L'article 32 de l'avant-projet "racisme", l'article 37 de l'avant-projet "genre" et l'article 32 de l'avant-projet de loi "anti-discrimination générale" disposent tous comme suit :

"Le Ministère public ou, selon la nature de l'acte, l'Auditorat du travail, peut ester en justice dans les litiges civils auxquels l'application de la présente loi donnerait lieu".

7.2. La question se pose de savoir si ces dispositions ont trait à l'organisation des cours et tribunaux visée à l'article 77, alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution, auquel cas elles devront faire l'objet d'un examen conformément à la procédure bicamérale parfaite, contrairement aux autres dispositions des avant-projets qui, comme l'expose l'article 1^{er} des avant-projets, ont pour objet de régler des matières visées à l'article 78 de la Constitution.

À ce propos, dans l'avis 36.741/2 donné le 28 juin 2004 sur une proposition de loi "concernant le Code de procédure pénale", le Conseil d'État a rappelé ce qui suit :

"Comme l'a relevé l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État dans son avis 24.111-24.594/AG, précité :

«[...] la notion d'organisation', à l'article 77, alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution doit plutôt s'entendre dans le contexte global de la législation relative au contentieux juridictionnel [...] les procédures du bicaméralisme égalitaire valent tant pour l'organisation des cours et tribunaux que pour la détermination de leurs attributions [...] c'est non seulement l'organisation', mais aussi la 'compétence' des cours et tribunaux qui sont des matières intégralement bicamérales».

.../...

Par la suite, la section de législation a encore considéré, à diverses reprises, que les dispositions relatives aux «compétences» (ou «prérogatives», ou «attributions») du ministère public, des juges d'instruction, des juridictions d'instruction, ainsi que des juges du fond, touchent à l'organisation judiciaire et relèvent en conséquence de la procédure bicamérale parfaite visée à l'article 77 de la Constitution.

Même s'il n'est en effet pas toujours aisé de dissocier clairement les dispositions législatives qui concernent une matière visée à l'article 77, alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution, de celles qui ont trait à une matière visée à l'article 78 de la Constitution, il est suggéré, dans la même optique que celle adoptée par le service d'Evaluation de la législation du Sénat, de procéder à une répartition des articles de la proposition de loi en fonction du critère suivant : toutes les dispositions qui attribuent une compétence, une prérogative ou une attribution au ministère public, à un juge d'instruction, à une juridiction d'instruction ou à une juridiction de jugement, sont de nature à influencer l'«organisation judiciaire» au sens de l'article 77 alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution; elles relèvent dès lors de la procédure bicamérale parfaite [...]"⁽¹⁸⁾.

Les dispositions à l'examen confèrent une nouvelle "compétence" ou une nouvelle "prérogative" ou encore une nouvelle "attribution" au ministère public et à l'auditorat du travail. Pour les motifs rappelés dans l'avis 36.741 précité, il y a lieu de les soumettre à la procédure bicamérale parfaite et de les insérer dans l'avant-projet "modifiant le Code judiciaire".

7.3. Sur le fond, l'on n'aperçoit toutefois pas clairement ce qu'il faut entendre par les mots "ester en justice".

On peut supposer qu'il est envisagé de confier au ministère public et à l'auditorat un pouvoir d'action plutôt que d'avis ou de réquisition⁽¹⁹⁾. Si tel est le cas, la disposition sera rédigée en ce sens.

⁽¹⁸⁾ Doc. parl., Sénat, 2003-2004, n° 450/4. Il est renvoyé en outre aux références mentionnées dans les notes infrapaginales figurant dans l'extrait ci-dessus reproduit de cet avis.

⁽¹⁹⁾ Voir l'article 138, alinéa 6, du Code judiciaire.

8. L'article 39, § 2, de l'avant-projet "genre" et l'article 33, § 2, de l'avant-projet "non-discrimination générale" est rédigé comme suit :

"§ 2. En ce qui concerne les pensions complémentaires, y compris les éventuelles prestations de solidarité, telles que visées dans la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, sans préjudice des dispositions du paragraphe précédent, le Ministre qui a les Pensions dans ses attributions est compétent pour l'exécution de l'article 12 de la loi, et la Commission bancaire, financière et des assurances, visée à l'article 44 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, est compétente pour la surveillance du respect de l'article 12 de la loi. Dans le cadre de cette surveillance, les dispositions pénales mentionnées à l'article 54 de cette même loi, sont d'application, sans préjudice du Titre IV de la loi."

Le pouvoir attribué au "Ministre qui a les Pensions dans ses attributions" n'y apparaît pas clairement.

Situé dans une disposition qui concerne l'attribution de pouvoirs de surveillance ⁽²⁰⁾, le membre de phrase qui porte sur les compétences attribuées au ministre pourrait être interprété comme se limitant à lui conférer de pareils pouvoirs de surveillance ou plutôt comme l'habilitant à désigner les fonctionnaires à cet effet. Outre la nécessité d'une meilleure rédaction pour traduire cette éventuelle intention, on se demande toutefois si cette attribution de pouvoir au ministre ne ferait pas alors double emploi, quant à son objet, avec la disposition figurant au paragraphe 1^{er} donnant déjà un pouvoir analogue au Roi.

S'il s'agit au contraire d'un véritable pouvoir d'exécution, le texte est incompatible avec les articles 105 et 108 de la Constitution, qui n'autorisent en principe le législateur à conférer des pouvoirs d'exécution qu'au Roi, pareille attribution expresse étant au demeurant inutile lorsqu'elle concerne le pouvoir général d'exécution des lois déjà prévu précisément par l'article 108 précité.

La disposition sera réexaminée à la lumière de cette observation.

⁽²⁰⁾ Voir le paragraphe 1^{er} et la partie du paragraphe 2 concernant la Commission bancaire, financière et des assurances.

9. L'article 12 de l'avant-projet "anti-discrimination générale" fixe les cas où une distinction directe fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination.

Dans la mesure où l'article peut être considéré comme un article nouveau, comme l'a indiqué le ministre dans sa demande d'avis, les observations suivantes peuvent être formulées.

L'article 12, § 1^{er}, dispose qu'en matière de relations de travail et de régimes complémentaires de sécurité sociale, une distinction directe fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Un système de justification ouvert est ainsi instauré pour le critère de l'âge qui serait utilisé en vue d'opérer une distinction directe, et ce pour les matières touchant aux relations de travail et aux régimes complémentaires de sécurité sociale. Ce système déroge à l'article 8 de l'avant-projet. Aux termes de cette dernière disposition en effet, la distinction directe sur la base de l'âge ne peut en principe être justifiée que selon un système fermé : pareille distinction n'est admissible qu'en raison de motifs exceptionnels, comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, outre les autres motifs généraux énoncés aux articles 10 et 11.

Le système de justification fermé est imposé en principe par la directive 2000/78 du Conseil de l'Union européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ("directive-cadre"), plus particulièrement par son article 2. L'article 6, paragraphe 1, de la directive envisage toutefois un système de justification ouvert pour les distinctions basées sur l'âge. Cette disposition autorise les États membres à prévoir que ces distinctions ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

La directive permet donc un système de justification ouvert où le motif de justification classique qui s'applique en cas de discrimination indirecte vaut en cas de distinction directe basée sur l'âge.

L'article 12 de l'avant-projet considère que le législateur national peut adopter un dispositif offrant un système de justification ouvert à l'employeur pris à titre individuel : l'employeur peut opérer une distinction directe fondée sur l'âge pour autant qu'il puisse en donner la justification mentionnée plus haut.

La question se pose à cet égard de savoir si l'article 6, paragraphe 1, de la directive-cadre permet à la législation nationale qui le transpose d'adopter un système ouvert, non seulement dans les politiques nationales visées par la directive, mais aussi dans les relations horizontales qui sont principalement réglées par l'avant-projet.

Cette question est controversée ⁽²¹⁾, l'article 6, paragraphe 1, de la directive pouvant être lu comme ne s'adressant qu'aux États membres et n'autorisant qu'une exception à interpréter de manière restrictive.

Au terme d'un exposé et d'un examen de cette controverse, Ch. Bayart conclut :

"De precieze draagwijdte en het karakter van de rechtvaardigingsgrond inzake leeftijdsdiscriminatie zullen ongetwijfeld verder verduidelijkt dienen te worden in toekomstige rechtspraak van het Hof van Justitie [...]" ⁽²²⁾.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'exposer dans le commentaire des dispositions à l'examen les raisons qui l'ont conduit à opter pour l'interprétation large de l'article 6, paragraphe 1, de la directive-cadre.

⁽²¹⁾ Voir notamment Ch. Bayart, *Discriminatie tegenover differentiatie - Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet - Arbeidsrecht na de Europese Rassen Kaderrichtlijn*, Bruxelles, 2004, n^{os} 838 à 849, pp. 298 à 302, et les références mentionnées.

⁽²²⁾ *Ibid.*, n^o 849, p. 302.

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

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	M. VAN DAMME,	présidents de chambre,
	Y. KREINS,	
	J. SMETS	conseillers d'État
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	J. VELAERS,	assesseurs de la section de législation,
	J.-Cl. SCHOLSEM,	
Madame	D. LANGBEEN,	greffier en chef,
Monsieur	M. FAUCONIER,	greffier assumé.

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

LE GREFFIER EN CHEF,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.417/AV
tot
41.420/AV

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 2 oktober 2006 door de Minister van Ambtenarenzaken, Maatschappelijke Integratie, Grootstedenbeleid en Gelijke Kansen verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen verlengd tot acht werkdagen ^(*), van advies te dienen over

- 1° een voorontwerp "tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden" (41.417/AG);
- 2° een voorontwerp "ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen" (41.418/AG);
- 3° een voorontwerp "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" (41.419/AG);
- 4° een voorontwerp "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, van de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen en van de wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden" (41.420/AG),

heeft op 6 oktober 2006 het volgende advies gegeven :

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van vijf werkdagen verlengd wordt tot acht werkdagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996 en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief met de adviesaanvraag als volgt :

"Ces projets contiennent des adaptations à l'exposé des motifs ainsi qu'au texte des lois afin de rencontrer les commentaires des avis 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 11 juillet 2006 par le Conseil d'État au sujet de l'avant-projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, l'avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes et l'avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Certaines dispositions ont été introduites ou modifiées suite aux consultations menées par le Ministre de l'Égalité des Chances, conformément à la décision du Conseil des Ministres du 24 mai 2006 ⁽¹⁾.

Par conséquent, conformément à la notification du Conseil des Ministres du 21 septembre 2006, je vous sou mets pour avis [c]es projets de loi, en ce qui concerne ces dispositions nouvelles introduites suite aux consultations.

[...]

L'invocation de l'application de cette disposition est motivée par le délai de transposition des directives européennes concernées.

Les directives 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000 ont déjà été partiellement transposées par le législateur fédéral, mais la Commission Européenne a [mis] en évidence des défauts de conformité et a entamé des procédures à cet égard.

La directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002, dont le délai de transposition a expiré le 5 octobre 2005, n'est pas transposé[e].

La directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004, dont le délai de transposition sera expiré le 21 décembre 2007, n'est pas transposé[e].

⁽¹⁾ Loi "anti-discrimination" : art. 5, § 2 et § 3, 6, 12, 16, § 2, dernier alinéa, 17, § 3, dernier alinéa, 24, 32, 33, 46, 47 et 48.
Loi "modifiant le code judiciaire" : articles 15 et 16.
Loi "genre" : articles 6, § 2 et § 3, 7, 21, § 2, dernier alinéa, 22, § 3, dernier alinéa, 29, 37 et 39.
Loi "race" : articles 5, § 2 et § 3, 14, § 2, dernier alinéa, 15, § 3, dernier alinéa, 24 et 32.

Enfin, le délai supplémentaire de transposition des articles 6.1 et 6.2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 expire le 2 décembre 2006 et ces articles n'ont pas encore été intégralement transposés.

C'est également pour ces motifs que le Conseil des Ministres demandera l'application de l'article 80 de la Constitution."

*
* *

Voorafgaande opmerking

1. Zoals in de brief met de adviesaanvraag wordt uiteengezet, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State omtrent de onderzochte voorontwerpen op 11 juli 2006 reeds een advies uitgebracht dat de rolnummers 40.689/AV tot 40.691/AV draagt ⁽²⁾.

In de inleidende beschouwingen van dat advies is gesteld dat, gelet op de omstandigheden waarin de adviesaanvraag is behandeld, daarin voornamelijk alleen de moeilijkheden onderzocht zijn kunnen worden die rijzen door de bijzondere kwesties die in de adviesaanvraag opgeworpen worden, alsook die in verband waarmee in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat er zich moeilijkheden voordoen bij het bepalen van bevoegdheden. Het betrof de volgende kwesties : de verdeling van de bevoegdheden over de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten bij de toepassing van het beginsel van non-discriminatie ⁽³⁾, inzonderheid inzake arbeidsrecht ⁽⁴⁾, burgerlijk recht ⁽⁵⁾

⁽²⁾ Hierna het advies van 11 juli 2006 genoemd.

⁽³⁾ Advies van 11 juli 2006, nrs. 7 tot 18.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, inz. de nrs. 12, 13 en 18. De kwestie van de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten op het stuk van de arbeidsbetrekkingen bij de openbare diensten van de deelentiteiten en in het onderwijs hebben bijzondere aandacht gekregen.

⁽⁵⁾ *Ibid.*, inz. de nrs. 12, 14, 15 en 18.

en strafrecht ⁽⁶⁾; de lijst van de criteria op grond waarvan discriminatie wordt verboden ⁽⁷⁾; de grondwettelijke basis van de voorontwerpen wat de bevoegdheid van de wetgevende kamers betreft ⁽⁸⁾; de toelaatbaarheid van de regeling van maatregelen van positieve actie zoals ze door de voorontwerpen worden voorgesteld ⁽⁹⁾; de tenlastelegging van het aanzetten tot indirecte discriminatie ⁽¹⁰⁾ en de tenlastelegging van het verspreiden van denkbeelden gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat ⁽¹¹⁾; de bijzondere regeling toepasselijk op de organisaties waarvan de grondslag op geloof, levensbeschouwing of politieke overtuiging is gebaseerd ⁽¹²⁾; de verwijzing naar de opmerkingen van de Europese Commissie betreffende de overeenstemming van de huidige wetgeving met de communautaire richtlijnen inzake non-discriminatie ⁽¹³⁾ en de wenselijkheid om in de voorontwerpen de voorbehouden inzake de interpretatie geformuleerd in arrest nr. 157/2004 d.d. 6 oktober 2004 van het Arbitragehof op te nemen ⁽¹⁴⁾.

Overeenkomstig de jurisprudentie van de afdeling Wetgeving moet worden vastgesteld dat ze, wat de punten betreft waarover ze een advies heeft verstrekt, de bevoegdheid die de wet haar toekent volledig heeft uitgeoefend en dat het haar dus niet toekomt om zich opnieuw uit te spreken over de reeds onderzochte bepalingen, ongeacht het gevolg dat is gegeven aan de opmerkingen gemaakt in het eerste advies.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, inz. de nrs. 12, 16, 17 en 18.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, nrs. 19 tot 27.

⁽⁸⁾ *Ibid.*, nr. 28.

⁽⁹⁾ *Ibid.*, nrs. 29 tot 31.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, nrs. 32 tot 34.

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, nr. 35.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, nr. 36.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, nr. 37.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, nr. 38.

Teneinde de wetgevende kamers correct in te lichten, dient bij de wetsontwerpen ingediend bij de Kamer van volksvertegenwoordigers of de Senaat niet alleen dit advies te worden gevoegd, maar ook dat van 11 juli 2006, beide voorafgegaan, overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, derde zin, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, door de voorontwerpen waaromtrent die adviezen zijn verstrekt.

2. De onderhavige adviesaanvraag, ingediend op basis van de artikelen 3, § 1, en 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, brengt mee dat het onderzoek binnen acht werkdagen moet zijn afgerond en zich moet beperken tot de nieuwe bepalingen opgenomen in de voorontwerpen, zoals bevestigd wordt in de brief met de adviesaanvraag ⁽¹⁵⁾.

Tevens gelet op wat in punt 1 hierboven is gesteld, volgt daaruit dat, in zoverre het de bepalingen betreft van andere voorontwerpen dan de nieuw ingediende bepalingen, de afdeling wetgeving van de Raad van State niet de gelegenheid heeft gehad eventueel opmerkingen te maken omtrent kwesties die niet worden vermeld in de adviesaanvraag voorafgaand aan het advies van 11 juli 2006 of in de memorie van toelichting bij de voorontwerpen waarop dat advies slaat, behalve omtrent een beperkt aantal punten.

⁽¹⁵⁾ Het betreft de volgende bepalingen :

- in het voorontwerp ingeschreven onder rolnummer 41.417 ("voorontwerp-racisme" verder in het advies) : de artikelen 5, §§ 2 en 3, 14, § 2, laatste lid, 15, § 3, laatste lid, 24 en 32;
- in het voorontwerp ingeschreven onder rolnummer 41.418 ("voorontwerp-gender" verder in het advies) : de artikelen 6, §§ 2 en 3, 7, 21, § 2, laatste lid, 22, § 3, laatste lid, 29, 37 en 39;
- in het voorontwerp ingeschreven onder rolnummer 41.419 ("voorontwerp-algemene-antidiscriminatie" verder in het advies) : de artikelen 5, §§ 2 en 3, 6, 12, 16, § 2, laatste lid, 17, § 3, laatste lid, 24, 32, 33, 46, 47 en 48;
- in het voorontwerp ingeschreven onder rolnummer 41.420 ("voorontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek" verder in het advies) : de artikelen 15 en 16 (zie voetnoot 1 in de brief met de adviesaanvraag gericht aan de afdeling wetgeving van de Raad van State, overgenomen aan het begin van dit advies).

Voorts kan, gelet op de korte termijn die haar is toegemeten, niet worden gegarandeerd dat het geheel van de - zelfs belangrijke - juridische kwesties die rijzen in de nieuwe bepalingen van de voorontwerpen, in dit advies onderzocht zijn kunnen worden.

3. Hoe dan ook wordt, in zoverre het de bepalingen betreft van de voorontwerpen die bepalingen overnemen van thans vigerende wetgeving, verwezen naar de adviezen die de afdeling wetgeving van de Raad van State destijds omtrent die bepalingen heeft verstrekt, onder het voorbehoud dat rekening moet worden gehouden met eventuele latere Europese richtlijnen.

4. Bovendien hebben zich nog andere moeilijkheden voorgedaan.

Overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, tweede zin, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vermeldt de adviesaanvraag de naam van de gemachtigde die de Minister van Ambtenarenzaken, Maatschappelijke Integratie, Grootstedenbeleid en Gelijke Kansen heeft aangewezen.

Volgens de voornoemde bepaling van de gecoördineerde wetten op de Raad van State strekt die aanwijzing ertoe "de afdeling wetgeving de dienstige toelichtingen te verstrekken".

Artikel 82, tweede lid, van dezelfde gecoördineerde wetten bepaalt :

"Ze kan, gedurende gans de procedure, vragen stellen of horen hetzij de gemachtigde ambtenaar (...) die, in de vraag om advies, aangeduid werd door de minister (...)."

In het onderhavige geval waren die bepalingen grotendeels onwerkzaam ⁽¹⁶⁾.

Daaruit volgt dat dit advies gegeven is op basis van een onvolledig dossier en een onvolledig onderzoek.

5. De moeilijkheden, te wijten aan de omstandigheden waarin de Raad van State om advies is verzocht (nrs. 1 tot 4 supra), kunnen de rechtsonzekerheid ontegenzeggelijk doen toenemen en illustreren de nadelen verbonden aan de in het onderhavige dossier, zoals in andere dossiers, gevolgde methode die erin bestaat tegelijk het advies in te winnen van de afdeling wetgeving van de Raad van State en dat van

⁽¹⁶⁾ Zodra de brief met de adviesaanvraag is ontvangen, hebben de auditeurs-rapporteurs immers gepoogd in contact te treden met de gemachtigde van de minister, teneinde allerlei inlichtingen te verkrijgen, alsmede de mededeling van stukken dienstig voor het onderzoek ervan.

Er kon geen contact worden opgenomen met de gemachtigde van de minister, noch via de telefoon, noch via e-mail.

Uiteindelijk hebben de auditeurs-rapporteurs na verscheidene demarches de dag vóór de algemene vergadering sommige van de gevraagde documenten ontvangen. Een aantal andere stukken daarentegen hebben ze niet gekregen.

Bovendien zou het nuttig geweest zijn om naast de gevraagde stukken een tabel te ontvangen houdende concordantie, in de beide richtingen, tussen de bepalingen van de voorontwerpen en die van de Europese richtlijnen waarvan de voorontwerpen de gedeeltelijke omzetting verzorgen; die concordantietabel zou niet alleen dienstig zijn voor het onderzoek door de Raad van State, maar ook, indien ze gevoegd werd bij de memorie van toelichting bij het wetsontwerp, voor het onderzoek door de wetgevende kamers, zodat ze zich met kennis van zaken kunnen uitspreken omtrent de keuze van de middelen die de steller van het voorontwerp aanwendt om die omzetting te verwezenlijken en om te voorkomen dat de uitoefening van hun amenderingsrecht de grenzen te buiten gaat van de beoordelingsbevoegdheid die het Europese recht aan de lidstaten verleent; dank zij die tabellen had kunnen worden nagegaan welke bepalingen van de betrokken richtlijnen nog niet zijn omgezet, bijvoorbeeld omdat de voorontwerpen machtigingen ten gunste van de uitvoerende macht bevatten, of welke bepalingen niet onder de federale overheid ressorteren. Gelet op het vorenstaande staat het niet vast dat de Raad van State de kwesties betreffende de nauwkeurige omzetting van de voornoemde richtlijn exhaustief heeft kunnen onderzoeken; het is onder dat voorbehoud dat opmerkingen zijn gemaakt in het voornoemde advies van 11 juli 2006, en eveneens in dit advies.

.../...

andere instanties of instellingen ⁽¹⁷⁾, zeker als de Raad van State in eerste instantie om advies wordt verzocht op basis van een onvolledig dossier en daarna nogmaals met het verzoek om spoedbehandeling.

Zelfs al kan het nog niet vervuld zijn van vormvereisten, sinds de wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, bij de wet van 2 april 2003, niet meer leiden tot de niet-ontvankelijkheid van de adviesaanvraag, dient erop te worden gewezen dat het beginsel blijft dat de afdeling wetgeving pas om advies kan worden gevraagd dan nadat het betrokken voorontwerp alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding heeft doorlopen en het tot het vaststellen van het ontwerp bevoegde orgaan de mogelijkheid heeft gehad het ontwerp eventueel aan te passen in het licht van de vervulde vormvereisten. Aldus wordt vermeden dat de Raad van State advies zou uitbrengen over een niet-definitieve ontwerptekst en wordt gewaarborgd dat het advies kan worden uitgebracht met volledige kennis van alle terzake relevante elementen.

6. Uit al wat voorafgaat blijkt dat de overweging in het voormelde advies :

"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"

alleen maar kan worden herhaald in verband met de over de voorontwerpen gegeven adviezen.

Onder dit voorbehoud worden de hiernavolgende opmerkingen gemaakt; overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, *in fine*, van de voormelde gecoördineerde wetten, beperkt de afdeling haar onderzoek tot de rechtsgrond van de voorontwerpen, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten; gelet op de belangrijkheid van de voorontwerpen, zouden ze er evenwel mee gewonnen hebben indien ze door de afdeling wetgeving in betere omstandigheden hadden kunnen worden onderzocht.

⁽¹⁷⁾ Bij dezelfde beslissing van de Ministerraad, d.d. 24 mei 2006 is de minister ermee belast die adviezen tegelijkertijd in te winnen.

Onderzoek van de voorontwerpen.

7.1. Artikel 32 van het voorontwerp - "racisme", artikel 37 van het voorontwerp - "gender" en artikel 32 van het voorontwerp - "algemene antidiscriminatie" bepalen het volgende :

"Het openbaar Ministerie of, naargelang de aard van de daad, het arbeidsauditoraat, kan in rechte optreden in alle burgerrechtelijke geschillen waartoe de toepassing van deze wet aanleiding kan geven."

7.2. De vraag rijst of deze bepalingen betrekking hebben op de organisatie van de hoven en rechtbanken bedoeld in artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet; in dat geval zullen ze moeten worden onderzocht overeenkomstig de procedure van het volledige bicamerisme, in tegenstelling tot de overige bepalingen van de voorontwerpen die, zoals in artikel 1 van de voorontwerpen wordt uiteengezet, tot doel hebben aangelegenheden als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet te regelen.

In dat verband heeft de Raad van State in advies 36.741/2, gegeven op 28 juni 2004 over een voorstel van wet "houdende het Wetboek van strafprocesrecht", het volgende gememoreerd :

"Zoals de algemene vergadering van de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft opgemerkt in haar voornoemd advies 24.111-24.594/AG :

«(...) moet het begrip 'organisatie' in artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet eerder in de totale samenhang van de regeling met betrekking tot het contentieux van de jurisdictie worden betrokken (...) moeten de procedures van het volledige bicamerisme zowel toepasselijk zijn op de organisatie van de hoven en rechtbanken als op de vaststelling van hun bevoegdheden (...) zijn niet alleen de 'organisatie' maar ook de 'bevoegdheid' van de hoven en rechtbanken integraal bicamerale aangelegenheden».

Achteraf heeft de afdeling wetgeving nog meermaals beschouwd dat de bepalingen betreffende de «bevoegdheden» (of «prerogatieven») van het openbaar ministerie, van de onderzoeksrechters, de onderzoeksgerechten en de feitenrechters, de rechterlijke organisatie betreffen en bijgevolg vallen onder de procedure van het volledige bicamerisme bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Ook al is het immers niet altijd eenvoudig de wetsbepalingen betreffende een aangelegenheid bedoeld in artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet duidelijk te onderscheiden van die welke een aangelegenheid bedoeld in artikel 78 van de Grondwet betreffen, wordt in dezelfde optiek als die welke de dienst Wetsevaluatie van de Senaat heeft aangenomen, voorgesteld de artikelen van het wetsvoorstel in te delen op basis van het volgende criterium : alle bepalingen die een bevoegdheid

.../...

of een prerogatief verlenen aan het openbaar ministerie, aan een onderzoeksrechter, aan een onderzoeksgerecht of aan een vonnisgerecht, kunnen een weerslag hebben op de «rechterlijke organisatie» in de zin van artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet; bijgevolg ressorteren ze onder de procedure van het volledige bicameralisme (...)" ⁽¹⁸⁾.

De voorliggende bepalingen verlenen een nieuwe "bevoegdheid" of een nieuw "prerogatief" aan het openbaar ministerie en aan het arbeidsauditoraat. Om de in het voormelde advies 36.741 gememoreerde redenen dient voor die bepalingen de procedure van het volledige bicameralisme te worden gevolgd en dienen ze te worden ingevoegd in het voorontwerp "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek".

7.3. Inhoudelijk is het evenwel niet duidelijk wat verstaan dient te worden onder de woorden "in rechte optreden".

Men kan ervan uitgaan dat eraan gedacht wordt het openbaar ministerie en het auditoraat een bevoegdheid om op te treden bij wege van rechtsvordering te verlenen in plaats van een adviserende bevoegdheid of een vorderingsbevoegdheid ⁽¹⁹⁾. Indien zulks het geval is, moet de bepaling in die zin worden geredigeerd.

8. Artikel 39, § 2, van het voorontwerp-"gender" en artikel 33, § 2, van het voorontwerp - "algemene anti-discriminatie" luiden als volgt :

"§ 2. Voor wat de aanvullende pensioenen betreft, met inbegrip van de eventuele solidariteitsuitkeringen, zoals bedoeld in de wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, onverminderd de bepalingen van de vorige paragraaf, is de Minister die bevoegd is voor Pensioenen, bevoegd voor de uitvoering van artikel 12 van de wet en de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen bedoeld in artikel 44 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, voor het toezicht op de naleving van artikel 12 van de wet. In het kader van dit toezicht zijn de strafbepalingen vermeld in artikel 54 van dezelfde wet van toepassing onverminderd Titel IV van de wet."

⁽¹⁸⁾ Gedr. St., Senaat, 2003-2004, nr. 450/4. Bovendien wordt gerefereerd aan de verwijzingen in de voetnoten die zijn opgenomen in het hierboven weergegeven uittreksel uit dat advies.

⁽¹⁹⁾ Zie artikel 138, zesde lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

De bevoegdheid die wordt opgedragen aan de "Minister die bevoegd is voor Pensioenen" komt daarin niet duidelijk tot uiting.

De zinsnede, die opgenomen is in een bepaling betreffende het opdragen van toezichthoudende bevoegdheden ⁽²⁰⁾ en die betrekking heeft op de aan de minister opgedragen bevoegdheden, zou zo kunnen worden uitgelegd dat ze hem alleen maar zulke toezichthoudende bevoegdheden opdraagt of veeleer dat ze hem machtigt om daartoe de ambtenaren aan te wijzen. Niet alleen is het nodig om die eventuele bedoeling weer te geven in een nauwkeuriger redactie, daarnaast rijst evenwel de vraag of deze opdracht van bevoegdheid aan de minister, wat het onderwerp ervan betreft, geen doublure zou vormen met de bepaling in paragraaf 1, waarin reeds een soortgelijke bevoegdheid wordt opgedragen aan de Koning.

Indien het daarentegen gaat om een echte uitvoeringsbevoegdheid, is de tekst onverenigbaar met de artikelen 105 en 108 van de Grondwet, die op grond waarvan de wetgever in beginsel alleen aan de Koning uitvoeringsbevoegdheden kan opdragen; een zodanige uitdrukkelijke opdracht is overigens zinloos wanneer zij betrekking heeft op de algemene bevoegdheid om wetten ten uitvoer te leggen waarin het voormelde artikel 108 immers reeds voorziet.

De bepaling moet worden herzien in het licht van deze opmerking.

9. Artikel 12 van het voorontwerp-algemene-antidiscriminatie bepaalt de gevallen waarin een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie vormt.

In de mate dat het artikel, zoals de minister in zijn adviesaanvraag heeft aangegeven, als een nieuw artikel kan worden beschouwd, kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt.

Artikel 12, § 1, bepaalt dat op het stuk van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen betreffende de sociale zekerheid een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie vormt wanneer het objectief en redelijk wordt

⁽²⁰⁾ Zie paragraaf 1 en het gedeelte van paragraaf 2 met betrekking tot de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen.

gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of elk ander vergelijkbaar legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Aldus wordt voor het criterium van de leeftijd, dat zou worden aangewend met het oog op het maken van een direct onderscheid, een open systeem van rechtvaardiging ingevoerd, ook voor de aangelegenheid van de arbeidsbetrekkingen en voor die van de aanvullende regelingen betreffende de sociale zekerheid. Dit systeem wijkt af van het bepaalde in artikel 8 van het voorontwerp. Naar luid van deze laatste bepaling kan het directe onderscheid op grond van leeftijd immers in beginsel alleen worden gerechtvaardigd op basis van een gesloten systeem van rechtvaardiging : een zodanig onderscheid is alleen aanvaardbaar om uitzonderlijke redenen, zoals een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, benevens de overige algemene redenen vermeld in de artikelen 10 en 11.

Het gesloten rechtvaardigingssysteem wordt in principe opgelegd door richtlijn 2000/78 van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep ("kaderrichtlijn"), meer in het bijzonder bij artikel 2 ervan. Artikel 6, lid 1, van de richtlijn bevat voor de rechtvaardiging van een verschil in behandeling op grond van leeftijd echter een open rechtvaardigingssysteem. Dit artikel staat de lidstaten toe te bepalen dat die verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

De richtlijn voorziet aldus in een open systeem van rechtvaardiging waarbij de klassieke rechtvaardigingsgrond die geldt bij indirecte discriminatie, van toepassing wordt verklaard voor direct onderscheid op grond van leeftijd.

Artikel 12 van het voorontwerp gaat ervan uit dat de nationale wetgever een regeling kan aannemen die de individuele werkgever een open rechtvaardigingssysteem aanbiedt : de werkgever kan een direct onderscheid op basis van leeftijd maken, voor zover hij aan de hierboven omschreven rechtvaardigingstoets kan voldoen.

Hierbij rijst echter de vraag of artikel 6, lid 1, van de kaderrichtlijn de nationale wetgever, wanneer deze artikel 6 omzet, ook toestaat een open systeem aan te nemen, niet alleen in de nationale beleidsterreinen bedoeld in de richtlijn, maar ook in de horizontale betrekkingen, die hoofdzakelijk in het voorontwerp worden geregeld.

Deze kwestie is omstreden ⁽²¹⁾, daar artikel 6, lid 1, van de richtlijn aldus kan worden gelezen dat het zich alleen richt tot de lidstaten en slechts een uitzondering toestaat die restrictief moet worden geïnterpreteerd.

Tot slot van een uiteenzetting en een onderzoek omtrent die controverse concludeert Ch. Bayart als volgt :

"De precieze draagwijdte en het karakter van de rechtvaardigingsgrond inzake leeftijdsdiscriminatie zullen ongetwijfeld verder verduidelijkt dienen te worden in toekomstige rechtspraak van het Hof van Justitie [...]" ⁽²²⁾.

De steller van het voorontwerp dient in de commentaar op de onderzochte bepalingen aan te geven waarom hij verkozen heeft artikel 6, lid 1, van de kaderrichtlijn ruim te interpreteren.

⁽²¹⁾ Zie inzonderheid Ch. Bayart, *Discriminatie tegenover differentiatie - Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet - Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Brussel, 2004, nrs. 838 tot 849, blz. 298 tot 302, en de genoemde verwijzingen.

⁽²²⁾ *Ibid.*, nr. 849, blz. 302.

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit :

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	M. VAN DAMME,	kamervoorzitters,
	Y. KREINS,	
	J. SMETS,	staatsraden,
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	J. VELAERS,	assessoren van de afdeling wetgeving,
	J.-Cl. SCHOLSEM,	
Mevrouw	D. LANGBEEN,	hoofdgriffier,
de Heer	M. FAUCONIER,	toegevoegdgriffier.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN.

DE HOOFDGRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN