KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.541/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 24 oktober 2006 door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Tewerkstelling, Economie, Wetenschappelijk Onderzoek, Brandbestrijding en Dringende Medische Hulp verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende de gelijke kansen en de strijd tegen de discriminatie bij aanwerving en bij tewerkstelling", heeft op 16 november 2006 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond [1], alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN ORDONNANTIE

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe een algemeen kader te creëren om elke vorm van discriminatie bij aanwerving en tewerkstelling van werknemers tegen te gaan (artikel 2, § 2). In dat opzicht bepaalt artikel 5, § 1, van het ontwerp als algemeen uitgangspunt van de ontworpen regeling dat het tewerkstellingsbeleid in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest moet georganiseerd worden overeenkomstig de beginselen van niet-discriminatie, zowel wat betreft de aanwerving als de tewerkstelling [2].

Het ontwerp bepaalt welke handelingen in dat opzicht verboden zijn (artikel 5, § 2), in welke gevallen een verschillende behandeling op basis van een discriminatiegrond kan worden gerechtvaardigd (artikel 5, § 3) en op welke wijze, met het oog op een gelijke behandeling, in redelijke aanpassingen moet worden voorzien (artikel 5, § 4).

---

(1) Aangezien het om een ontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met hogere rechtsnormen.

(2) Het is evenwel niet duidelijk, gelet op het toepassingsgebied van de ontworpen regeling (zie verder), of deze verplichting zich wel degelijk richt tot de voor het tewerkstellingsbeleid bevoegde overheidsorganen.

.../...

Het ontwerp bevat daarnaast ook een regeling met betrekking tot het opstellen van diversiteitsplannen en het toekennen van een diversiteitslabel aan werkgevers (artikelen 6, 7 en 8).

De ontworpen regeling voorziet in een procedure van verzoening en in de oprichting van een verzoeningsdienst (artikelen 9 en 10 van het ontwerp). Daarnaast zijn ook strafrechtelijke (artikel 12 van het ontwerp) en burgerrechtelijke sancties (artikel 13 van het ontwerp) mogelijk.

De ontworpen regeling is van toepassing op de tewerkstellingsoperatoren (de privé-tewerkstellingsagentschappen en de bureaus voor arbeidsbemiddeling, met uitzondering van de BGDA [3]) en op de privé-werkgevers (artikel 4 van het ontwerp).

2. Met de ontworpen regeling wordt de omzetting beoogd, wat het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest betreft, van drie Europese richtlijnen, namelijk richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

BEVOEGDHEID VAN HET BRUSSELSE HOOFDSTEDELIJK GEWEST

1. De ontworpen regeling strekt er in essentie toe op het vlak van het gewestelijk tewerkstellingsbeleid, een wettelijk kader te creëren waardoor het grondrecht van gelijkheid en niet-discriminatie wordt gewaarborgd. Wat betreft de institutionele bevoegdheid inzake het waarborgen van voornoemd grondrecht kan worden gewezen op

(3) Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling.

hetgeen de Raad van State, afdeling wetgeving, heeft gesteld in het advies 40.689/AV-40.690/AV-40.691/AV [4] van 11 juli 2006:

> "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 [5].

---

(4) Over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden (40.689/AV), een voorontwerp van wet "ter bestrijding tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen" (40.690/AV) en een voorontwerp van wet "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" (40.691/AV); *Parl. St.*, Kamer, DOC 51, nr. 2720/001, 79/84-85.

(5) 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, nrs. 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 [6], 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 (...) 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 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) [7] 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".

---

(6) 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.

(7) 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.

Specifiek wat betreft de federale bevoegdheid op het vlak van arbeidsrecht werd door de afdeling wetgeving in dat advies nog op het volgende gewezen:

> "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 (...), dienen de bevoegdheden van de gemeenschappen of de gewesten dan ook te worden afgelijnd ten aanzien van deze bevoegdheid [8]. In dit verband moet worden opgemerkt dat 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".

2. Uit het voornoemde advies volgt dat het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest uitsluitend bevoegd is om een regeling inzake bestrijding van discriminatie aan te nemen, en derhalve om de voornoemde Europese richtlijnen om te zetten, in de aangelegenheden die behoren tot het gewestelijk tewerkstellingsbeleid [9], alsook wat betreft het vaststellen van het statuut van het personeel van de openbare instellingen die van het gewest afhangen [10] en van het personeel van de gewestregering [11].

Toegepast op het voorliggende ontwerp dient bijgevolg vooreerst te worden vastgesteld dat de ontworpen regeling, in de mate dat ermee de omzetting wordt beoogd van voornoemde Europese richtlijnen, een rechtsvacuüm vertoont, aangezien de ontworpen regeling niet van toepassing is op het personeel van de openbare instellingen

---

(8) 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).

(9) Zie artikel 6, § 1, IX, 1° en 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (BWHI).

(10) Zie artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen (Brussel-wet) *juncto* artikel 9 BWHI.

(11) Zie artikel 40 Brussel-wet *juncto* artikel 87 BWHI.

die afhangen van het gewest en op het personeel van de gewestregering, terwijl het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest nochtans als enige bevoegd is om met betrekking tot dit personeel een regeling op het vlak van anti-discriminatie aan te nemen. Tegelijk moet worden vastgesteld dat de ontworpen regeling in zekere mate de bevoegdheid van het gewest te buiten gaat, aangezien zij, eensdeels, op het vlak van anti-discriminatie, "het tewerkstellingsbeleid" en "de aanwerving en tewerkstelling" in algemene zin beoogt te regelen en, anderdeels, zonder enige beperking van toepassing is op "privé-werkgevers". De ontworpen regeling gaat op die wijze het strikte kader van de gewestelijke bevoegdheden op het vlak van het tewerkstellingsbeleid te buiten. Ook de in het ontwerp opgenomen regeling betreffende het opstellen van diversiteitsplannen en het toekennen van een diversiteitslabel, in de mate dat zij op algemene wijze van toepassing is op privé-werkgevers, kan evenmin worden ingepast in het gewestelijk tewerkstellingsbeleid.

De ontworpen regeling dient bijgevolg vanuit het oogpunt van de bevoegdheid geheel en fundamenteel te worden herbekeken, rekening houdende met de krijtlijnen welke in voornoemd advies 40.689/AV-40.690/AV-40.691/AV in dat verband werden uitgetekend, en de nodige aanpassingen zullen, met het oog op het inpassen van de ontworpen regeling in voornoemd bevoegdheidskader, op dat vlak aan het ontwerp moeten worden aangebracht.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

1.1. Voor de toepassing van de ontworpen regeling wordt als discriminatie beschouwd "elke discriminatie op grond van geslacht, zogenaamd ras of etnische afstamming, huidskleur, seksuele geaardheid, taal, godsdienst, politieke overtuiging of elke andere mening, nationale of sociale herkomst, het feit deel uit te maken van een nationale minderheid, het vermogen, de geboorte, de huwelijks- of gezinssituatie, lidmaatschap van een werknemersorganisatie, leeftijd, gezondheidstoestand, handicap, of iedere andere vorm van discriminatie" (artikel 3, 4°, van het ontwerp).

Als directe discriminatie wordt beschouwd het geval waarin "iemand op grond van motieven vermeld in [artikel 3,] 4°, in een vergelijkbare situatie minder gunstig dan een ander wordt, is of zou worden behandeld" (artikel 3, 5°, van het ontwerp).

Als indirecte discriminatie wordt beschouwd "een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die personen op basis van de in [artikel 3,] 4° vermelde gronden in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn" (artikel 3, 6°, van het ontwerp).

Uit deze definities moet worden afgeleid dat de ontworpen regeling niet louter de omzetting van voornoemde Europese richtlijnen beoogt, maar tevens een ruimere bescherming tegen discriminatie wil bieden. Het "open discriminatieverbod" dat in de ontworpen regeling zodoende wordt gehanteerd, biedt immers een bescherming die ruimer is dan de bescherming tegen de niet-toelaatbare verschillende behandelingen op grond van de in die richtlijnen bepaalde discriminatiegronden.

Ook al moet worden aangenomen dat het hanteren van een open discriminatieverbod vanuit juridisch oogpunt mogelijk is, er dient in dat verband wel op te worden gewezen dat op die wijze de ontworpen regeling als grondslag zal kunnen dienen voor het instellen van rechtsvorderingen op eender welke grond die met een ongelijke behandeling in verband kan worden gebracht. Het is niet duidelijk of de stellers van het ontwerp ook dit gevolg voor ogen hebben gehad bij het uitwerken van de ontworpen regeling.

1.2. Ermee rekening houdende dat aan het voorliggende ontwerp van ordonnantie geen algemene doelstelling met betrekking tot de bestrijding van discriminatie voorligt, doch wel een bijzondere doelstelling, welke verband houdt met het bestrijden van discriminatie op het vlak van het werkgelegenheidsbeleid waarvoor het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest bevoegd is, zou in de ontworpen regeling in elk geval ook kunnen worden geopteerd voor een gesloten discriminatieverbod.

Uit arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004 van het Arbitragehof kan immers worden afgeleid dat het hanteren van een limitatieve lijst van discriminatiegronden geoorloofd kan worden geacht in het geval dat aan de regeling ter bestrijding van discriminatie een bijzondere doelstelling voorligt, op voorwaarde echter dat deze beperkte lijst op pertinente wijze kan worden verantwoord in het licht van die bijzondere doelstelling (zie overweging B.6).

Hieruit volgt dan wel dat, indien zou worden geopteerd voor een gesloten discriminatieverbod, in de toelichting bij het ontwerp op pertinente wijze zou moeten worden verantwoord, in het licht van de grondwettelijke beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie, waarom ten opzichte van de geïmplementeerde richtlijnen ook nog andere discriminatiegronden in aanmerking worden genomen.

2. Uit de artikelen 12 en 13 van het ontwerp volgt dat de strafbepalingen vermeld in de artikelen 6 tot 17 van de wet van 25 februari 2003 [12], alsook de burgerrechtelijke bepalingen vermeld in de artikelen 18 tot 22 van dezelfde wet, van toepassing zijn in het kader van de ontworpen regeling.

Vooreerst moet worden opgemerkt dat het in beginsel geen aanbeveling verdient om door middel van loutere verwijzing bepalingen van een federale wet van toepassing te verklaren op het vlak van de beteugeling van bepalingen van een

(12) 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.

gewestelijke regeling [13] [14]. De ordonnantie dient bij voorkeur in een eigen regeling ter zake te voorzien.

In de tweede plaats is de juridische draagwijdte van de verwijzing naar de wet van 25 februari 2003 niet duidelijk. Zo stelt artikel 6 van de wet van 25 februari 2003 strafbaar, het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of leden ervan, op grond van een in die wet vermelde discriminatiegrond, op voorwaarde dat dit gebeurt in een van de omstandigheden bedoeld in artikel 444 van het Strafwetboek. Het is daarbij geenszins duidelijk welke van de in de ontworpen regeling bedoelde verboden gedragingen precies strafbaar worden gesteld middels de strafbepaling van artikel 6. Het is onder meer niet duidelijk of door die verwijzing, wat de beteugeling in de ontworpen regeling betreft, ook de in die strafbepaling opgenomen beperkte lijst van discriminatiegronden wordt overgenomen. In tegenstelling tot voornoemd artikel 6, gaat de ontworpen regeling immers uit van een open discriminatieverbod. Dit aspect van de strafbaarstelling moet in elk geval in de ontworpen regeling worden verduidelijkt, te meer daar een strafbepaling op grond van een open discriminatieverbod niet verenigbaar kan worden geacht met het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

---

(13) Ter illustratie: artikel 16 van de wet van 25 februari 2003 maakt boek I van het Strafwetboek, hoofdstuk VII en artikel 85 niet uitgezonderd, van toepassing. Een ordonnantie dient daarentegen, om die bepalingen van het Strafwetboek volledig van toepassing te maken, niets uitdrukkelijk te bepalen. Op grond van artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is immers boek I van het Strafwetboek van toepassing op de strafbaarstelling en de straffen die door de gemeenschappen en de gewesten bij decreet of ordonnantie worden bepaald, en dit met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85. Indien de decreetgever of ordonnantiegever voor bijzondere inbreuken van de bepalingen van boek I van het Strafwetboek wenst af te wijken, dient hij dat uitdrukkelijk te bepalen. Zie bijvoorbeeld advies 40.119/VR/3 van 3 mei 2006 over een voorstel van decreet "houdende wijziging van het decreet van 22 december 1995 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1996, van het decreet van 4 februari 1997 houdende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor kamers- en studentenkamers en van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode, wat betreft de versterking van het instrumentarium woonkwaliteitsbewaking" (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2005-06, nr. 672/2).

(14) De verwijzing naar de strafbepalingen uit de wet van 25 februari 2003 is bovendien legistiek niet correct, aangezien de artikelen 7 tot 14 van die wet geen autonome bepalingen zijn maar integendeel wijzigingen aanbrengen in het Strafwetboek.

Het Arbitragehof stelde in dat verband immers dat de vereisten van het wettigheidsbeginsel in strafzaken, verankerd in artikel 12 van de Grondwet, niet vervuld zijn indien de discriminatie, zonder nadere precisering, een constitutief bestanddeel van een misdrijf zou worden [15].

Indien echter uit de verwijzing in artikel 12 van het ontwerp moet worden afgeleid dat in het kader van de ontworpen regeling alleen het aanzetten tot discriminatie op grond van één van de discriminatiegronden vermeld in artikel 6 van de wet van 25 februari 2003 strafbaar wordt gesteld, rijst de vraag hoe deze beperkte lijst van discriminatiegronden in dit geval wordt verantwoord. In het advies 39.682/1 van de Raad van State werd dienaangaande het volgende gesteld [16]:

> "Wanneer de wetgever er voor kiest [17] om bepaalde vormen van discriminatie strafrechtelijk te beteugelen, behoort het tot zijn beoordelingsbevoegdheid om vast te stellen aan welke gedraging een strafrechtelijke sanctie moet worden toegemeten. Die keuze moet echter redelijk kunnen worden verantwoord [18].
>
> Met betrekking tot de ontworpen strafbepaling rijst de vraag in welke mate de lijst van gehanteerde discriminatiegronden redelijk verantwoord is. Het verdient aanbeveling in de toelichting een verantwoording in die zin op te nemen, mede gelet op het gegeven dat de richtlijnen welke met het voorstel van ordonnantie worden omgezet, een meer beperkte lijst van discriminatiegronden hanteren".

Die verantwoording lijkt met betrekking tot de ontworpen regeling des te meer nodig, aangezien in artikel 6 van de wet van 25 februari 2003 ook nog andere discriminatiegronden worden vermeld. Zo worden in dat artikel ook "een fysieke eigenschap" en "de toekomstige gezondheidstoestand" als discriminatiegrond vermeld, hetgeen als zodanig niet het geval is in de ontworpen regeling.

---

(15) Arbitragehof, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.21.

(16) Advies 39.682/1 van 31 januari 2006 over een voorstel van ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest "houdende de evenredige participatie op de arbeidsmarkt" (*Parl. St.*, B.H.P., 2005-2006, nr. A-138/2).

(17) Uit de betrokken internationaalrechtelijke en grondwettelijke bepalingen kan geen verplichting worden afgeleid om discriminatie strafbaar te stellen (Arbitragehof, arrest nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.17 en B.25).

(18) Arbitragehof, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.19.

3. Het ontwerp bevat geen bepalingen ter omzetting van artikel 7 van richtlijn 76/207/EEG, van artikel 9 van richtlijn 2000/43/EG en van artikel 11 van richtlijn 2000/78/EG. Uit deze richtlijnbepalingen volgt dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om de bescherming van werknemers en hun vertegenwoordigers te waarborgen tegen ontslag of enige andere nadelige behandeling waarmee de werkgever reageert op een klacht binnen de onderneming of op een procedure om het beginsel van gelijke behandeling te doen naleven. Het ontwerp zal, binnen het hiervoor uitgetekende bevoegdheidskader, op dat punt moeten worden aangevuld.

4. De ontworpen regeling omvat de verplichting, in hoofde van de tewerkstellingsoperatoren en de werkgevers, om te voorzien in "redelijke aanpassingen", met het oog op het waarborgen van de naleving van het beginsel van de gelijke behandeling.

Het is niet duidelijk welke de precieze draagwijdte is van deze verplichting. In dat verband dient in elk geval te worden verduidelijkt of het niet voorzien in redelijke aanpassingen beschouwd kan worden als een vorm van discriminatie [19].

Ook dient te worden vastgesteld dat richtlijn 2000/78/EG enkel een verplichting oplegt tot het voorzien in redelijke aanpassingen met betrekking tot personen met een handicap (artikel 5). Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting te verantwoorden waarom deze verplichting met de ontworpen regeling wordt uitgebreid tot nagenoeg alle gevallen waarin redelijke aanpassingen mogelijk zijn en, derhalve, waarom dergelijke vergaande maatregel in het licht van de ontworpen regeling noodzakelijk wordt geacht.

---

(19) Vergelijk met artikel 2, § 3, van de wet van 25 februari 2003.

5. Wat de redactie van het ontwerp betreft, inzonderheid de Nederlandse tekst ervan, dient er voor gewaakt te worden dat de in het ontwerp gehanteerde terminologie zo nauw mogelijk aansluit met de in de richtlijnen gehanteerde terminologie, om elke verwarring omtrent het correct omzetten van de richtlijnen uit te sluiten [20].

6. Op legistiek vlak moet worden vastgesteld dat de bij het ontwerp gevoegde memorie van toelichting ontoereikend is in het licht van het doel ervan, aangezien bij de meeste artikelen van het ontwerp hetzij geen, hetzij een veeleer lapidaire toelichting wordt verstrekt. Een meer uitgebreide toelichting zou een beter begrip van de ontworpen regeling ten goede kunnen komen.

---

(20) Zie bijvoorbeeld artikel 5, § 3, van het ontwerp, waarin sprake is van "een essentiële en doorslaggevende beroepsvereiste", terwijl in de richtlijnen telkens sprake is van "wezenlijke en bepalende beroepsvereisten".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A. BECKERS M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.541/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi, de l'Économie, de la Recherche scientifique et de la Lutte contre l'Incendie et l'Aide médicale urgente, le 24 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance "relative à l'égalité de chances et la lutte contre la discrimination à l'embauche et à l'emploi", a donné le 16 novembre 2006 l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique [1] et de l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET D'ORDONNANCE

1. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis entend créer un cadre général de lutte contre toute forme de discrimination à l'embauche et à l'emploi de travailleurs (article 2, § 2). À cet égard, l'article 5, § 1er, du projet, énonce, comme principe général du régime en projet, que la politique de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale doit être organisée conformément aux principes de non-discrimination, tant en ce qui concerne l'embauche que l'emploi [2].

Le projet détermine les actions interdites à cet égard (article 5, § 2), les cas pouvant justifier une différence de traitement fondée sur un motif de discrimination (article 5, § 3) et la manière de prévoir des adaptations raisonnables en vue de garantir l'égalité de traitement (article 5, § 4).

En outre, le projet règle l'élaboration de plans de diversité et l'octroi du label diversité aux employeurs (articles 6, 7 et 8).

---

(1) S'agissant d'un projet d'ordonnance, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

(2) Toutefois, compte tenu du champ d'application du régime en projet (voir plus loin), on n'aperçoit pas si cette obligation vise effectivement les organismes publics compétents pour la politique de l'emploi.

Le régime en projet prévoit une procédure de conciliation et la création d'un service de conciliation (articles 9 et 10 du projet). Des sanctions pénales (article 12 du projet) et civiles (article 13 du projet) sont également possibles par ailleurs.

Le régime en projet s'applique aux opérateurs d'emploi (les agences d'emploi privées et les bureaux de placement, à l'exception de l'ORBEm [3]) et aux employeurs privés (article 4 du projet).

2. Le régime en projet vise à transposer, en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, trois directives européennes, à savoir la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

COMPÉTENCE DE LA RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE

1. Le régime en projet vise essentiellement à créer en matière de politique d'emploi régionale un cadre légal garantissant le droit fondamental d'égalité et de non-discrimination. En ce qui concerne la compétence institutionnelle relative à la garantie du droit fondamental précité, on peut rappeler les observations que le Conseil d'État, section de législation, a formulées dans l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG du 11 juillet 2006 [4]:

---

(3) Office régional bruxellois de l'emploi.

(4) 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) et un avant-projet de loi "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" (40.691/AG); *Doc. Parl.*, Chambre, DOC 51 n° 2720/001, 79/84-85.

"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, dans les matières qui lui ont été attribuées [5].

(5) 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 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 donnés 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".

.../...

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 [6] et ne peut par conséquent adopter les règles nécessaires à la transposition des directives européennes que 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 (...) 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) [7] 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".

En ce qui concerne plus particulièrement la compétence fédérale en matière de droit du travail, la section de législation a encore précisé dans cet avis:

---

(6) 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.*, 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, précités.

(7) 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.

.../...

"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 (...), les limites des compétences des communautés ou des régions doivent dès lors être tracées au regard de cette compétence [8]. 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."

2. Il résulte de l'avis précité que la Région de Bruxelles-Capitale est exclusivement compétente pour adopter des règles en matière de lutte contre la discrimination et, par conséquent, pour transposer les directives européennes précitées dans des matières relevant de la politique régionale de l'emploi [9] ainsi que pour fixer le statut du personnel des organismes publics dépendant de la région [10] et du personnel du gouvernement régional [11].

En conséquence, si l'on applique ce principe au projet à l'examen, il faut constater tout d'abord que dans la mesure où le régime en projet vise à transposer les directives européennes précitées, il présente un vide juridique en ce qu'il ne s'applique pas au personnel des organismes publics dépendant de la région ni au personnel du gouvernement régional, alors que la Région de Bruxelles-Capitale est seule compétente pour adopter à l'égard de ce personnel des règles de non-discrimination. En outre, force est de constater que le régime en projet excède dans une certaine mesure la compétence de la région puisque, d'une part, il tend à régler sur le plan de la non-discrimination "la

---

(8) 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).

(9) Voir l'article 6, § 1er, IX, 1° et 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (LSRI).

(10) Voir l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises (LS Bruxelles) combiné avec l'article 9 de la LSRI.

(11) Voir l'article 40 de la LS Bruxelles combiné avec l'article 87 de la LSRI.

politique de l'emploi" ainsi que l'"embauche et l'emploi" au sens général et, d'autre part, qu'il s'applique sans aucune restriction aux "employeurs privés". Le régime en projet excède ainsi le cadre strict des compétences régionales en matière de politique de l'emploi. Par ailleurs, dans la mesure où les règles prévues dans le projet en matière d'élaboration de plans de diversité et d'octroi d'un label diversité s'appliquent d'une manière générale aux employeurs privés, elles ne relèvent pas non plus de la politique de l'emploi régionale.

En conséquence, on reverra fondamentalement l'ensemble du régime en projet sur le plan des compétences, en tenant compte des lignes directrices tracées à ce sujet dans l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG, précité, et on apportera au projet les adaptations nécessaires à cet égard pour que le régime en projet s'inscrive dans le cadre de compétence précité.

EXAMEN DU TEXTE

Observations générales

1.1. Pour l'application du régime en projet est considérée comme discrimination "toute discrimination ayant trait au sexe, une prétendue race ou l'origine ethnique, la couleur, l'orientation sexuelle, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, le statut matrimonial ou familial, l'appartenance à une organisation de travailleurs, l'âge, l'état de santé, le handicap ou toute autre forme de discrimination" (article 3, 4°, du projet).

Est considéré comme discrimination directe le cas où "une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable sur base des motifs visés [à l'article 3,] 4°" (article 3, 5°, du projet);

Est considéré comme discrimination indirecte "une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre [qui] désavantagerait particulièrement des personnes sur base des motifs visés [à l'article 3,] 4°, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires" (article 3, 6°, du projet).

Il se déduit de ces définitions que le régime en projet ne vise pas simplement à transposer les directives européennes précitées, mais entend également étendre la protection contre la discrimination. En effet, l'"interdiction ouverte de discrimination" qui se dégage ainsi du régime en projet offre une protection plus étendue que la protection contre les différentes actions inadmissibles qui est fondée sur les motifs de discrimination prévus dans ces directives.

Même s'il faut admettre que recourir à une interdiction ouverte de discrimination est juridiquement possible, il faut cependant souligner à cet égard que le texte en projet pourra alors servir de fondement à des actions en justice invoquant n'importe quel motif susceptible d'avoir un lien avec un traitement discriminatoire. Il n'est pas certain que les auteurs du projet aient également été conscients de cette conséquence lors de l'élaboration de la réglementation en projet.

1.2. Dès lors que le projet d'ordonnance soumis pour avis n'a pas pour objectif général de combattre la discrimination, mais bien un objectif particulier, relatif à la lutte contre la discrimination sur le plan de la politique de l'emploi, qui relève de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale, on pourrait certainement choisir de faire figurer une interdiction fermée de discrimination dans le texte en projet.

On peut en effet déduire de l'arrêt 157/2004 du 6 octobre 2004 de la Cour d'arbitrage qu'il peut être considéré comme licite de retenir une liste limitative de motifs de discrimination lorsque les dispositions visant à combattre la lutte contre la discrimination poursuivent un objectif spécifique qui serait toutefois susceptible de justifier cette liste limitative d'une manière pertinente (voir considérant B.6).

Si on optait pour une interdiction fermée de discrimination, l'exposé des motifs du projet devrait par conséquent justifier d'une manière pertinente au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination pourquoi on a également pris en considération des motifs de discrimination autres que ceux prévus par les directives transposées.

2. Les articles 12 et 13 du projet indiquent que les dispositions pénales figurant aux articles 6 à 17 de la loi du 25 février 2003 [12] ainsi que les dispositions civiles des articles 18 à 22 de la même loi sont d'application dans le cadre de la réglementation en projet.

Il faut tout d'abord observer qu'il n'est en principe pas conseillé d'assurer le respect des dispositions d'une législation régionale par une simple référence à une loi fédérale [13] [14]. Il vaudrait mieux que l'ordonnance prévoie un régime propre en la matière.

---

(12) 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.

(13) À titre d'illustration: l'article 16 de la loi du 25 février 2003 rend applicable le livre I^{er} du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85. Par contre, il n'est pas nécessaire qu'une ordonnance comporte une disposition expresse pour rendre la totalité du Code pénal applicable. L'article 11, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 rend en effet le livre I^{er}, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, du Code pénal applicable aux incriminations et aux peines prévues par les décrets ou ordonnances des communautés et des régions. Si le législateur décrétal ou celui de la Région de Bruxelles Capitale entend déroger aux dispositions du livre I^{er} du Code pénal pour certaines infractions, il doit l'énoncer expressément. Voir par exemple l'avis 40.119/VR/3 du 3 mai 2006 sur une proposition de décret "modifiant le décret du 22 décembre 1995 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 1996, le décret du 4 février 1997 portant les normes de qualité et de sécurité pour chambres et chambres d'étudiants et le décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du Logement, pour ce qui concerne le renforcement de l'instrumentaire en matière de contrôle de la qualité du logement" (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2005-06, n° 672/2).

(14) Dès lors que les articles 7 à 14 de la loi du 25 février 2003 ne sont pas des dispositions autonomes mais apportent des modifications au Code pénal, la référence aux dispositions pénales de cette loi n'est en outre pas conforme aux règles de la légistique.

Ensuite, on n'aperçoit pas la portée juridique de la référence à la loi du 25 février 2003. Ainsi, l'article 6 de la loi du 25 février 2003 incrimine l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou des membres de celle-ci en raison d'un des motifs de discrimination mentionnés dans la loi, pour autant qu'elle ait lieu dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal. À cet égard, il est malaisé de déterminer quels comportements prohibés visés par le texte en projet sont visés par la disposition pénale de l'article 6. On n'aperçoit notamment pas si cette référence a également pour effet que la liste exhaustive des motifs de discrimination figurant dans cette disposition pénale vaut également pour le régime de sanction prévu par le texte en projet. Contrairement à l'article 6 précité, la réglementation en projet est en effet basée sur une interdiction ouverte de discrimination. Le texte en projet doit en tout cas préciser cet aspect de l'incrimination, d'autant plus qu'une disposition pénale fondée sur une interdiction ouverte peut être regardée comme inconciliable avec le principe de la légalité des peines.

À cet égard, la Cour d'arbitrage a jugé qu'il ne serait pas satisfait aux exigences du principe de légalité en matière pénale consacré par l'article 12 de la Constitution si la discrimination devenait, sans autre précision, un élément constitutif d'une infraction [15].

Si l'article 12 du projet doit cependant être compris en ce sens que, dans le cadre de la réglementation en projet, seule l'incitation à la discrimination fondée sur un des motifs de discrimination mentionnés à l'article 6 de la loi du 25 mars 2003 est incriminée, se pose alors la question de la justification du caractère limitatif de cette liste. À cet égard, l'avis 39.682/1 du Conseil d'État, expose ce qui suit [16]:

---

(15) Cour d'arbitrage, n° 157/2004, 6 octobre 2004, B. 21.

(16) Avis 39.682/1 du 31 janvier 2006 sur une proposition d'ordonnance "portant la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi" (*Doc., Parl.* R.B.C., 2005-2006, n° A-138/2).

"Lorsque le législateur choisit [17] d'ériger certaines formes de discrimination en infractions pénales, il lui appartient d'apprécier quel comportement doit être assorti d'une sanction pénale. Ce choix doit cependant être raisonnablement justifiable [18].

La disposition pénale en projet soulève la question de savoir dans quelle mesure la liste des motifs de discrimination utilisés est raisonnablement justifiée. Une justification en ce sens devrait figurer dans les développements, compte tenu notamment du fait que les directives transposées par le projet d'ordonnance retiennent une liste plus réduite de motifs de discrimination".

En ce qui concerne le texte en projet, cette justification semble d'autant plus nécessaire que l'article 6 de la loi du 25 février 2003 mentionne encore d'autres motifs de discrimination. Cet article mentionne ainsi également comme motif de discrimination "une caractéristique physique" et "l'état de santé futur", ce que ne fait pas comme tel le texte en projet.

3. Aucune disposition du projet ne transpose l'article 7 de la directive 76/207/CEE, l'article 9 de la directive 2000/43/CE et l'article 11 de la directive 2000/78/CE. Ces dispositions des directives imposent en substance aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs et leurs représentants contre le licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une procédure visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement. Le projet devra être complété sur ce point en tenant compte de la limite de la compétence tracée ci-dessus.

4. La réglementation en projet impose aux opérateurs d'emploi et aux employeurs de prévoir des "adaptations raisonnables" afin de garantir que le principe l'égalité de traitement soit respecté.

---

(17) Aucune disposition de droit international ou de droit constitutionnel n'impose d'assortir de sanctions pénales les comportements discriminatoires (Cour d'arbitrage, arrêt n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.17 et B.25).

(18) Cour d'arbitrage, n°157/2004, 6 octobre 2004, B.19.

On n'aperçoit pas la portée précise de cette obligation. À cet égard, il y a en tout cas lieu de préciser si le fait de négliger de prévoir des adaptations nécessaires peut être considéré comme une forme de discrimination [19].

Force est également de constater que la directive 2000/78/CE n'impose de prévoir des adaptations raisonnables qu'à l'égard des personnes handicapées (article 5). L'exposé des motifs devrait justifier pourquoi la réglementation en projet étend cette obligation à quasi tous les cas dans lesquels des adaptations raisonnables sont possibles et, dès lors, en quoi la réglementation en projet requiert une telle mesure extensive.

5. Il convient de veiller à ce que la terminologie utilisée dans le texte en projet, particulièrement dans son texte néerlandais, soit alignée aussi étroitement que possible sur celle utilisée dans les directives afin d'écarter toute confusion concernant leur transposition correcte [20].

6. Sur le plan de la légistique, force est de constater que l'exposé des motifs joint au projet est insuffisant au regard de son objectif, dès lors que la plupart des articles du projet sont, soit dépourvus de commentaire, soit commentés d'une manière plutôt lapidaire. Un commentaire plus détaillé serait de nature à favoriser une meilleure compréhension de la réglementation en projet.

---

(19) Comparer avec l'article 2, § 3, de la loi du 25 février 2003.

(20) Voir par exemple le texte néerlandais de l'article 5, § 3, du projet où il est question de "een essentiële en doorslaggevende beroepsvereiste" alors que les directives font chaque fois état de "wezenlijke en bepalende beroepsvereisten"

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. W. PAS, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. W. VAN VAERENBERGH.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A. BECKERS M. VAN DAMME