

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.960/4
DU 22 MAI 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Finances, du Budget, de la Fonction publique et des Relations extérieures de la Région de Bruxelles-Capitale, le 27 avril 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance "relative à la diversité dans la Fonction Publique Régionale Bruxelloise", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

Portée de l'avant-projet d'ordonnance

L'avant-projet d'ordonnance présentement examiné vise à transposer, pour ce qui concerne la fonction publique régionale bruxelloise, la directive 76/207/CEE du Conseil, 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 professionnelle, et les conditions de travail, la directive 2000/43/CE du Conseil 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 Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Cet avant-projet constitue donc en quelque sorte le pendant, pour ce qui concerne la fonction publique régionale bruxelloise, de l'avant-projet d'ordonnance relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, au sujet duquel la section de législation a donné le 16 novembre 2006, l'avis 41.541/1 sur un avant-projet d'ordonnance "relative à l'égalité des chances et la lutte contre les

discriminations à l'embauche et à l'emploi", lequel avant-projet concerne la promotion, dans le respect des compétences qui relèvent de la Région de Bruxelles-capitale, de légalité de chances dans le cadre de la politique régionale de l'emploi ⁽¹⁾.

Observations générales

I. Répartition des compétences entre l'État fédéral et les régions

1.1. Dans l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG, donné le 11 juillet 2006 ⁽²⁾, la section de législation du Conseil d'État a résumé comme suit les règles de répartition de compétence en matière de non-discrimination :

"8.1. Tant la Cour d'arbitrage, que le Conseil d'État, section de législation, ont jugé qu'il appartenait à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de

⁽¹⁾ Voir également l'avis 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).

⁽²⁾ sur :

- un avant-projet devenu le 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) (*Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2720/1);
- un avant-projet devenu le projet de loi "tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes" (40.690/AG) (*Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2721/1);
- un avant-projet devenu le projet de loi "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" (40.691/AG) (*Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2722/1).

Voir également l'avis 41.417/AG à 41.420/AG, donné le 6 octobre 2006 sur les mêmes avant-projets de loi (*Doc. parl.* Chambre, 2006/2007, n^{os} 2720/1, 2721/1, 2722/1 et 2723/1) et l'avis 42.399/AG à 42.401/AG, donné le 6 mars 2007 sur des amendements à ces projets (*Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n^{os} 2720/1, 2721/1, 2722/1). Ces trois projets de loi ont été adoptés par la Chambre des représentants et non amendés par le Sénat.

concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures⁽³⁾, dans les matières qui lui ont été attribuées.

Il s'ensuit que l'autorité fédérale ne peut mener une politique de lutte contre la discrimination que dans les matières relevant de sa compétence⁽⁴⁾ et ne peut par

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

⁽⁴⁾ En ce sens, les avis suivants : 28.197/1, 16 février 1999, précité; 30.462/2, 16 novembre 2000, précité; 36.415/2, donné le 11 février 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone "relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail" (*Doc.*, Parl. Comm. germ., 2003-2004, n/ 166/1); 36.788/2, donné le 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement" (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n/ 543/1); 36.797/2, donné le 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle" (*Doc.*, Parl. wall., 2003-2004, n/ 708/1); 39.682/1, donné le 31 janvier 2006 sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale "portant la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi" (*Doc.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2004-2005, n/ A-138/2); 40.469/VR, 22 juin 2006, précité; 40.620/VR et 40.621/VR, 22 juin 2006, précité.

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 ⁽⁵⁾ 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) ⁽⁶⁾ ou aux règles en matière de statut du personnel enseignant que l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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.

[...]

⁽⁵⁾ Lorsque, dans le présent avis, il est question des communautés et des régions, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune peuvent également être considérées comme concernées en fonction des attributions de compétence résultant des articles 135 et 138 de la Constitution et des textes législatifs et décrets adoptés sur la base de ces dispositions, soit principalement les articles 60, alinéa 4, et 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, ainsi que l'article 3 commun au décret de la Communauté française n° II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française et au décret de la Commission communautaire française n° III du 22 juillet 1993 portant le même intitulé. De même, lorsque seront mentionnées les dispositions attributives de compétence aux communautés et aux régions, ceci visera, dans les limites des articles 127, § 2, et 128, § 2, de la Constitution, les dispositions énoncées ci-avant de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989 et des décrets précités des 19 et 22 juillet 1993, ainsi que, en ce qui concerne la région de langue française, l'article 3 du décret de la Région wallonne n° II du 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, et, en ce qui concerne la région de langue allemande, les décrets de transfert de compétence de la Région wallonne à la Communauté germanophone pris sur la base de l'article 139 de la Constitution.

⁽⁶⁾ 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.

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

a. En général

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

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

«Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions, une telle interdiction peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail ⁽⁷⁾. Ainsi, l'interdiction des clauses contractuelles contenant une discrimination, prévue à l'article 9 de la proposition, s'applique également aux contrats conclus dans des matières relevant de la compétence des Communautés et des Régions, à tout le moins jusqu'à ce que ces dernières prennent des dispositions spécifiques sur le fondement de leurs compétences implicites, lorsque les conditions pour ce faire sont réunies.

Un raisonnement similaire peut être tenu en matière pénale. L'article 4 de la proposition érige en infraction le fait d'inciter à la discrimination ou de donner une publicité à son intention de recourir à la discrimination ainsi que le fait, pour un fonctionnaire, de commettre une discrimination dans l'exercice de ses fonctions. La circonstance que ces infractions puissent être commises dans une matière relevant de la compétence des Communautés ou des Régions ou par un fonctionnaire d'un gouvernement communautaire ou régional n'enlève rien à la compétence du législateur fédéral d'édicter des interdictions de portée générale.»

⁽⁷⁾ Dans un avis 23.478/2/V, donné le 10 août 1994 sur un avant-projet devenu le décret du 6 avril 1995 "relatif à l'intégration des personnes handicapées", la section de législation du Conseil d'État a estimé, à propos de l'obligation d'engager des personnes handicapées dans les entreprises privées que : "Cet engagement ne pourrait que prendre la forme d'un contrat de travail. Or, la Région n'est certainement pas compétente dans cette matière, ni au titre de la politique de l'emploi ni à celui de la politique des handicapés. Elle pourrait difficilement revendiquer cette compétence sur la base de ses pouvoirs implicites car la charge constituée par les engagements pour les employeurs ne saurait être considérée comme marginale par rapport à sa compétence principale."

b. La compétence fédérale en matière de droit du travail

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

c. La compétence résiduelle fédérale en matière de droit civil

14. Le législateur fédéral est en principe compétent en matière de droit civil en vertu de sa compétence résiduelle. Les communautés et les régions ne peuvent élaborer de règles en la matière que dans la mesure où celles-ci peuvent être considérées comme s'inscrivant dans les compétences qui leur sont attribuées ⁽⁹⁾ ou encore sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

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

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

d. La compétence fédérale en matière de droit pénal

16. La compétence du législateur fédéral en matière de droit pénal est tout d'abord déterminée par l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui indique que les dispositions du livre premier du Code pénal relèvent en principe de sa compétence. Le législateur fédéral dispose en outre de la compétence résiduelle en matière pénale, ce qui implique qu'il peut élaborer des dispositions pénales ayant une portée générale⁽¹⁰⁾ ou des dispositions pénales concernant les matières restées fédérales.

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

e. Conclusion

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

Dans l'avis 41.541/1 précité, la section de législation du Conseil d'État a estimé 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⁽¹¹⁾ ainsi que pour fixer le statut du personnel des

⁽¹⁰⁾ Il dispose ainsi de la compétence générale d'incriminer des infractions, comme par exemple, le faux en écritures.

⁽¹¹⁾ Voir l'article 6, § 1^{er}, IX, 1/ et 2/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (LSRI).

organismes publics dépendant de la région ⁽¹²⁾ et du personnel du gouvernement régional ⁽¹³⁾.

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. [...]".

Enfin, en vertu de ses articles 4, 1/, cinquième tiret, et 5, § 1^{er}, le projet de loi précité "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination", ne s'applique pas aux relations de travail nouées avec les institutions visées aux articles 9 et 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ⁽¹⁴⁾.

1.2. Régulant certains aspects du statut des agents statutaires et contractuels de l'administration, des organismes d'intérêt public et des organismes pararégionaux, par exemple l'interdiction de la discrimination directe et indirecte dans la sélection, la promotion et l'orientation professionnelle, l'ordonnance ne sort pas, en principe, des limites de la compétence des régions ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ 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.

⁽¹³⁾ Voir l'article 40 de la LS Bruxelles combiné avec l'article 87 de la LSRI.

⁽¹⁴⁾ Voir le projet ayant fait l'objet de l'avis 40.691/AG, cité en note infrapaginale 2.

⁽¹⁵⁾ S'agissant des agents contractuels, les régions peuvent en fixer le statut, pour autant que les dispositions statutaires ne dérogent pas aux règles impératives de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et qu'elles soient intégrées dans les contrats de travail (voir l'avis 40.256/4, donné par la section de législation du Conseil d'État le 8 mai 2006 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 juillet 2006 portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale).

Cependant, l'interdiction du harcèlement et celle du harcèlement sexuel, relèvent du bien-être au travail, matière restée de la compétence de l'autorité fédérale, comme il a été rappelé ci-dessus ⁽¹⁶⁾.

Doivent dès lors être omises de l'avant-projet les dispositions qui mentionnent le harcèlement et le harcèlement sexuel.

2. L'article 5, § 4, de l'avant-projet mentionne "des adaptations raisonnables" et des "mesures appropriées pour l'accès au travail, la participation au travail et la promotion dans la vie professionnelle, voire pour bénéficier d'une formation".

Selon la représentante de la ministre, sont visées les adaptations permettant aux handicapés de ne pas être désavantagés (bureaux adaptés, etc.).

Comme rappelé ci-dessus sous l'observation générale 1, il appartient à chaque législateur, dans les matières qui relèvent de sa compétence, de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures.

Par ailleurs, comme l'a également souligné la section de législation du Conseil d'État dans son avis 40.620/VR-40.621/VR précité :

"6. En vertu des articles 128 et 130, § 1^{er}, 2/, de la Constitution, de l'article 5, § 1^{er}, II, 4/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de

⁽¹⁶⁾ En ce qui concerne l'interdiction du harcèlement, voir l'avis 36.067/2, donné par la section de législation du Conseil d'État le 26 novembre 2003 sur un projet d'arrêté 2002/838 du Collège de la Commission communautaire française du 12 février 2004 "relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail pour le personnel des services du Collège de la Commission communautaire française" et l'avis 36.262/2, donné le 7 janvier 2004 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 avril 2004 modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 juillet 2000 organisant la protection des membres du personnel des Services du Gouvernement de la Communauté française et de certains organismes d'intérêt public contre le harcèlement sexuel ou moral sur les lieux de travail.
L'on notera que les définitions du harcèlement retenues par l'avant-projet s'écartent de celles de l'article 32^{ter} de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

l'article 4, § 2, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, les communautés sont compétentes pour :

"[l]a politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnel des handicapés, à l'exception :

- a) des règles et du financement des allocations aux handicapés en ce compris les dossiers individuels;
- b) des règles relatives à l'intervention financière pour la mise au travail de travailleurs handicapés, octroyée aux employeurs occupant des handicapés".

Pour la région de langue française, l'aide aux personnes visée à l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, en ce compris la politique des handicapés, telle qu'elle a été circonscrite ci-avant mais "à l'exception des normes déterminant les catégories de handicapés pris en charge", a été transférée par la Communauté française à la Région wallonne, sur la base de l'article 138 de la Constitution, par l'article 3, 7/, commun au décret précité de la Communauté française n/ II du 19 juillet 1993 et au décret précité de la Région wallonne n/ II du 22 juillet 1993.

7. Selon une jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, il faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils ne disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées ⁽¹⁷⁾.

Sous la réserve des exceptions mentionnées ci-avant, l'ensemble de la politique des handicapés doit être considérée comme relevant en principe de la compétence des communautés ⁽¹⁸⁾.

Outre les exceptions figurant à l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, la compétence de principe des communautés en matière de politique des handicapés ne peut être limitée qu'en vertu d'autres attributions de compétences, compte tenu du système global de répartition des compétences en

⁽¹⁷⁾ Par exemple, C.A., n/ 114/2005, 30 juin 2005, B.7. Voir notamment, en ce qui concerne les matières personnalisables, l'arrêt 33/2001, 13 mars 2001, B.3.

⁽¹⁸⁾ Avis 15.704/VR du 28 septembre 1983 sur un projet de loi "portant suppression ou restructuration de certains organismes d'intérêt public", publié sous un amendement du Gouvernement à un projet de loi portant le même intitulé et devenu la loi du 28 décembre 1984 portant suppression ou restructuration de certains organismes d'intérêt public et d'autres services de l'État, *Doc. parl.*, Chambre, 1983-1984, n/ 623/14, p. 5; avis 19.193/8, donné le 14 novembre 1989, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 27 juin 1990 "houdende oprichting van een Vlaams Fonds voor de sociale integratie van personen met een handicap" (*Doc.*, Vl. Raad, 1989-1990, n/ 318/1). Voir J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen - Apeldoorn, 1999, p. 712.

vigueur en Belgique ⁽¹⁹⁾. Les autorités compétentes sont, sur la base de ces autres attributions, habilitées à prévoir de manière adéquate des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières ⁽²⁰⁾."

L'article 5, § 4, de l'avant-projet d'ordonnance n'excède dès lors pas la compétence de la Région de Bruxelles-capitale.

II. Répartition des compétences entre le législateur et le Gouvernement

En principe, l'immixtion du législateur dans l'organisation des services de l'administration générale n'est compatible avec la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif si elle concerne des dispositions qui, en vertu de la Constitution, ne peuvent être édictées que par le législateur ou que si elle est justifiée par des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

Dans l'avis 39.682/1 précité, la section de législation du Conseil d'État a précisé que :

"Selon son article 3, alinéa 1^{er}, 2/, le texte en projet s'applique aux «services bruxellois et aux agents des services publics bruxellois, leurs dispositions et conditions de travail». Sur la base des articles 9 et 87 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, combinés avec l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989, la Région de Bruxelles-Capitale est compétente pour fixer les conditions de travail du personnel des services régionaux et des organismes publics dépendant de la région. Même s'il se déduit de l'article 87 précité de la loi spéciale du 8 août 1980 que seul le Gouvernement est compétent pour fixer les modalités de son fonctionnement et régler l'organisation et le fonctionnement de ses services, donc à l'exclusion,

⁽¹⁹⁾ C.A., n/ 110/1999, 14 octobre 1999, B.7.5.1; n/ 33/2001, 13 mars 2001, B.3; 101/2001, 13 juillet 2001, B.5.1. Il a été fait application de cette restriction en ce qui concerne une disposition d'un avant-projet de décret de la Région wallonne, exerçant des compétences communautaires, qui tendait à obliger des employeurs à engager des handicapés : la section de législation a considéré que, vu que l'engagement en question devait prendre la forme d'un contrat de travail, la Région n'était pas compétente (avis 23.478/2/V précité, 10 août 1994).

⁽²⁰⁾ Ainsi par exemple, les législateurs compétents en matière d'urbanisme ou de télécommunications peuvent adopter en principe des dispositions s'adressant, dans ces matières, aux handicapés.

comme en l'espèce, du législateur régional bruxellois ⁽²¹⁾, il est admis que dans cette matière, l'organe législatif peut édicter certaines règles, notamment lorsque la matière réglée relève de «la sphère de compétence naturelle du législateur». Tel est le cas notamment lorsque les règles concernent la mise en oeuvre d'un droit fondamental ⁽²²⁾. Le législateur ordonnancier est compétent, par conséquent, pour rendre les dispositions en projet aussi applicables aux agents des services publics qui dépendent de la Région de Bruxelles-Capitale" ⁽²³⁾.

En conclusion, l'intervention du législateur régional peut être admise.

Observations particulières

Intitulé

L'intitulé de l'avant-projet n'est pas adéquat.

L'intitulé suivant est suggéré :

"Ordonnance relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement dans la fonction publique régionale bruxelloise" ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ B. WEEKERS, "Personeel en organisatie", in *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (éd.), Bruges, Die Keure, 2003, 32.

⁽²²⁾ Citons à titre d'exemple : C.E., sect. lég., avis 26.661/3 du 7 août 1997 sur une proposition de décret "houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst", *Doc. parl.*, Parl. fl., 1996-97, n/ 720/1.

⁽²³⁾ Voir dans le même sens les avis 36.415/2 précité, 36.788/2 précité et 41.541/1 précité.

⁽²⁴⁾ Il n'y a pas lieu de mettre une majuscule aux mots "Fonction Publique Régionale Bruxelloise".

Dispositif

Article 2

Le paragraphe 2, qui n'a pas de caractère réglementaire, est inutile et sera omis.

Article 3

1. La section de législation se demande si, afin d'assurer une meilleure lisibilité du texte, l'article 3, point 3, de l'avant-projet, qui définit la notion de "toute forme de discrimination" et qui tend donc à établir la liste des critères de discrimination, ne devrait pas être directement intégré dans les définitions de "discrimination directe" et "discrimination indirecte", figurant à l'article 3, points 4 et 5 de l'avant-projet.

La notion de "discrimination directe" pourrait dès lors être définie comme suit :

"3. Discrimination directe : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable que ne l'est, ne l'a été ou ne le serait une autre personne dans une situation comparable, en raison, notamment de (reprendre les critères de discrimination)."

La notion de "discrimination indirecte" serait, elle, définie comme suit :

"4. Discrimination indirecte : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantage particulièrement une personne par rapport à une autre en raison, notamment, de l'un des critères visés au point 3, à moins [...]."

2. L'article 3, point 3, après avoir énuméré un certain nombre de critères de discrimination, mentionne, in fine, "ou tout autre forme de discrimination".

Il en résulte que la liste des critères de discrimination est ouverte et ne s'expose donc pas à la critique formulée par la Cour d'arbitrage dans l'arrêt 157/2004 du 6 octobre 2004, rendu à propos de 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.

Cependant, en l'absence de toute explication dans l'exposé des motifs, la section de législation n'aperçoit pas pour quelle raison le critère des convictions politiques n'a pas été repris dans la liste des critères de discrimination mentionnés expressément et ce, alors même que cette liste est destinée à s'appliquer aux emplois dans les administrations publiques. Ce critère est d'ailleurs expressément repris à l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que dans le projet d'ordonnance précité "relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi". C'est notamment l'absence de ce critère dans une liste fermée qui a justifié l'annulation, par l'arrêt 157/204 de la Cour d'arbitrage précité, d'une partie de l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 25 février 2003 précitée.

En conclusion, il y a lieu de mentionner expressément le critère des convictions politiques dans la liste des critères de discrimination mis en évidence dans l'avant-projet ⁽²⁵⁾.

Article 5

1. La section de législation s'interroge sur la portée précise de certaines expressions utilisées à l'article 5, § 2, de l'avant-projet. À titre d'exemples :

- a) le fait de mentionner, d'une manière qui varie d'ailleurs sans raison d'un point à l'autre, "des éléments qui, même sans référence explicite aux motifs précités à l'article 3, point 3, donnent lieu à des discriminations" et "des raisons explicites ou implicites qui sont directement ou indirectement en rapport avec les motifs visés à l'article 3, point 3" suscite des interrogations : si ces termes recouvrent les notions de discrimination directe et indirecte, ils sont inutiles et doivent être omis. S'ils ont une autre portée, comment les concilier avec les notions de discrimination ?

⁽²⁵⁾ Comparez aussi avec l'article 4, alinéa 1^{er}, 4/, du projet de loi précité (note infrapaginale 2) "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination".

- b) interdire l'utilisation de techniques ou de tests "susceptibles" de donner lieu à une discrimination directe ou indirecte ne peut être admis. Il convient de remplacer les mots "susceptible de donner lieu" par les mots "donnant lieu".

2. Le paragraphe 4 mentionne "des adaptations raisonnables" et des "mesures appropriées pour l'accès au travail, la participation au travail et la promotion dans la vie professionnelle, voire pour bénéficier d'une formation".

Dès lors qu'il n'est pas précisé de quel type d'adaptation ou de mesures il s'agit, le paragraphe 4, qui pourrait justifier les décisions les plus diverses ⁽²⁶⁾, ne satisfait pas au degré de précision requis pour une disposition légale.

Comme l'a précisé la représentante du ministre ⁽²⁷⁾, sont visées les adaptations permettant aux handicapés de ne pas être désavantagés (bureaux adaptés, etc) au sein de la fonction publique régionale ⁽²⁸⁾.

Il convient de le préciser expressément.

Article 7

L'article 7 de l'avant-projet prévoit l'intervention d'organismes qui, semble-t-il, sont tout à la fois chargés "d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination" et d'agir comme "service de conciliation indépendant".

⁽²⁶⁾ Dont certaines ne seraient pas admissibles comme le fait d'abaisser les exigences de sélection pour éviter tout risque de prétendue discrimination indirecte.

⁽²⁷⁾ Voir l'observation générale 2 sous le titre I.

⁽²⁸⁾ Voir, à cet égard, l'obligation imposée par l'article 5 de la directive 2000/78/CE précitée.

Comment un même organisme peut-il agir, à titre principal, en tant que service de conciliation indépendant ⁽²⁹⁾, tout en étant par ailleurs chargé d'apporter une aide indépendante à l'une des parties en vue d'engager une procédure pour discrimination ⁽³⁰⁾ ?

Il y a là une contradiction fondamentale qui doit être levée.

Article 10

1. Cet article rend applicable "dans le cadre de la présente ordonnance" les dispositions pénales prévues aux articles 6 à 17 de la loi du 25 février 2003 précitée.

S'agissant de la répartition des compétences entre l'état fédéral et les entités fédérées, en matière de droit pénal, l'assemblée générale de la section de législation a, dans son avis 40.689/AG-40.690/AG-40691/AG précité, observé ce qui suit :

"16. La compétence du législateur fédéral en matière de droit pénal est tout d'abord déterminée par l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui indique que les dispositions du livre premier du Code pénal relèvent en principe de sa compétence. Le législateur fédéral dispose en outre de la compétence résiduelle en matière pénale, ce qui implique qu'il peut élaborer des dispositions pénales ayant une portée générale ⁽³¹⁾ ou des dispositions pénales concernant les matières restées fédérales.

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

⁽²⁹⁾ Voir les articles 7, § 3, deuxième phrase, et 8, § 1^{er}, de l'avant-projet.

⁽³⁰⁾ Voir l'article 7, § 2, 1/, de l'avant-projet.

⁽³¹⁾ Il dispose ainsi de la compétence générale d'incriminer des infractions, comme par exemple, le faux en écritures.

Il appartient dès lors au législateur régional, lorsqu'il fait usage, comme c'est le cas en l'espèce, de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, de déterminer lui-même les infractions et les peines qui leur sont applicables.

Compte tenu de ce qui précède, la disposition en projet ne peut être admise pour les raisons suivantes.

a) En visant "le cadre de la présente ordonnance" et en ne précisant pas quels sont les articles de l'avant-projet dont le non-respect est punissable, elle viole le principe de la légalité des incriminations consacré par la Constitution et par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Elle ne permet pas non plus à la section de législation de vérifier si les articles dont la violation serait sanctionnée pénalement, sont suffisamment clairs et précis au regard du principe de la légalité des incriminations et de l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale. Comme l'a souligné la Cour d'arbitrage dans l'arrêt 157/2004 précité, l'on ne peut sanctionner pénalement ni la discrimination directe, dans l'hypothèse -qui est celle de l'avant-projet- où les critères de discriminations sont ouverts ⁽³²⁾, ni la discrimination indirecte.

⁽³²⁾ Voir, également, l'avis 41.541/1 précité (Examen du texte - Observation générale 2).

b) Comme l'a par ailleurs relevé la section de législation dans son avis 41.541/1 précité, "[...] 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 ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾".

c) Le renvoi aux articles 6 à 17 de la loi du 25 février 2003 précitée pose également problème dès lors que cette loi est appelée à disparaître. En effet, l'article 51 du projet de loi précité (note infrapaginale 2) "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" abroge la loi du 25 février 2003 précitée.

En tout état de cause, les articles 7 à 14 de la loi du 25 février 2003 précitée - qui sont d'ailleurs des dispositions modificatives et ne peuvent, dès lors, être visés en tant que tels - n'ont aucun rapport avec l'avant-projet examiné. L'on s'interroge également sur le rapport existant entre l'avant-projet et l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 25 février 2003 précitée. Il n'y a guère que l'article 6, § 2, de la loi du 25 février 2003 précitée qui présente un lien avec l'avant-projet, mais il a été annulé par la Cour d'arbitrage ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ 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 1^{er}, 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 décréte 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).

⁽³⁴⁾ 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.

⁽³⁵⁾ Voir l'arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004 précité.

En conséquence, si l'auteur de l'avant-projet maintient des sanctions pénales ⁽³⁶⁾, il devra prévoir quels faits sont sanctionnés pénalement et quelles sont les peines applicables.

2. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est également attirée sur la question de savoir qui sera pénalement responsable.

En vertu de son article 4, l'avant-projet s'applique aux "institutions publiques visées à l'article 3, 2", c'est-à-dire à l'administration du Gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale, aux organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-capitale appartenant à la catégorie A et à la catégorie B de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public et aux organismes pararégionaux de droit ou d'intérêt public dans lesquels l'organe de gestion inclut des administrateurs désignés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

Cependant, en vertu de l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, les régions ne peuvent être considérées comme des personnes morales responsables pénalement.

Article 11

Cet article rend applicable "dans le cadre de la présente ordonnance" les dispositions civiles prévues aux articles 18 à 22 de la loi du 25 février 2003 précitée.

Le renvoi aux articles 18 à 22 de la loi du 25 février 2003 précitée pose problème dès lors que cette loi est appelée à disparaître. En effet, l'article 51 du projet de loi précité (note infrapaginale 2) "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" abroge la loi du 25 février 2003 précitée.

⁽³⁶⁾ En effet, les directives dont l'avant-projet d'ordonnance assure la transposition, n'imposent pas de prévoir des sanctions pénales.

Par ailleurs, le renvoi à l'article 18 de la loi du 25 février 2003 précitée pose également problème, dès lors que prévoir un cas de nullité d'un contrat, notamment d'un contrat de travail, relève de la compétence de l'autorité fédérale, sauf recours à la notion de pouvoirs implicites, étant entendu que l'auteur du texte doit être à même d'établir que les conditions de leur usage sont dûment remplies.

Article 12

Il n'y a pas lieu de déroger à la règle habituelle d'entrée en vigueur des ordonnances.

Observations finales

1. Il convient que l'auteur de l'avant-projet transpose, dans le cadre de ses compétences, l'article 7 de la directive 76/207/CEE précitée, l'article 9 de la directive 2000/43/CE précitée et l'article 11 de la directive 2000/78/CE précitée. 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.

2. Sur le plan de la légistique, force est de constater que l'exposé des motifs joint à l'avant-projet. est insuffisant au regard de son objectif, dès lors que la plupart des articles de l'avant-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.

3. L'avant-projet d'ordonnance compte douze articles répartis sur huit chapitres dont certains ne comprennent qu'un article. Une telle division d'un texte aussi bref ne se justifie pas car elle n'apporte rien à la compréhension du texte.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.960/4
VAN 22 MEI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 27 april 2007 door de Minister van Financiën, Begroting, Openbaar Ambt en Externe Betrekkingen van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende de diversiteit in het Brussels Gewestelijk Openbaar Ambt", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Draagwijdte van het voorontwerp van ordonnantie

Het thans onderzochte voorontwerp van ordonnantie beoogt de omzetting, wat de overheidsdiensten van het Brussels Gewest betreft, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad 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, van richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of ethische afstamming en van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Dit voorontwerp is dus in zekere zin de tegenhanger, wat de overheidsdiensten van het Brussels Gewest betreft, van het voorontwerp van ordonnantie betreffende de strijd tegen discriminatie en betreffende de gelijke behandeling in arbeid, in het kader waarvan de afdeling wetgeving op 16 november 2006 advies 41.541/1 heeft verstrekt omtrent een voorontwerp van ordonnantie "betreffende de gelijke kansen en de strijd tegen de discriminatie bij aanwerving en bij tewerkstelling", een voorontwerp dat,

met inachtneming van de bevoegdheden die onder het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ressorteren, de bevordering betreft van de gelijke kansen in het kader van het gewestelijk werkgelegenheidsbeleid ⁽¹⁾.

Algemene opmerkingen

I. Verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat en de gewesten

1.1. De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in advies 40.689/AV-40.690/AV-40.691/AV, verstrekt op 11 juli 2006 ⁽²⁾, de regels inzake de verdeling van de bevoegdheid op het stuk van de non-discriminatie als volgt samengevat :

"8.1. Zowel het Arbitragehof, als de Raad van State, afdeling Wetgeving, hebben geoordeeld dat het elke wetgever, binnen de eigen bevoegdheidssfeer, toekomt om

⁽¹⁾ Zie eveneens advies 39.682/1, op 31 januari 2006 verstrekt omtrent een voorstel van ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest "houdende de evenredige participatie op de arbeidsmarkt" (*Gedr. Stuk BHP*, 2004-2005, nr. A-138/2).

⁽²⁾ Verstrekt omtrent :

- een voorontwerp dat geworden is het ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingeven daden" (40.689/AV) (*Gedr. Stuk Kamer*, 2006-2007, nr. 2720/1);
- een voorontwerp dat geworden is het ontwerp van wet "ter bestrijding tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen" (40.690/AV) (*Gedr. Stuk Kamer*, 2006-2007, nr. 2721/1);
- een voorontwerp dat geworden is het ontwerp van wet "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" (40.691/AV) (*Gedr. Stuk Kamer*, 2006-2007, nr. 2722/1).

Zie eveneens advies 41.417/AV tot 41.420/AV, op 6 oktober 2006 verstrekt omtrent dezelfde voorontwerpen van wet (*Gedr. Stuk Kamer*, 2006-2007, nrs. 2720/1, 2721/1, 2722/1 en 2723/1) en advies 42.399/AV tot 42.401/AV, op 6 maart 2007 verstrekt omtrent amendementen op die ontwerpen (*Gedr. Stuk Kamer*, 2006-2007, nrs. 2720/1, 2721/1, 2722/1). Deze drie wetsontwerpen zijn door de Kamer van volksvertegenwoordigers aangenomen en zijn niet geamendeerd door de Senaat.

door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten met betrekking tot de hem toevertrouwde aangelegenheden te concretiseren ⁽³⁾.

De federale overheid kan derhalve enkel een anti-discriminatiebeleid voeren in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd is ⁽⁴⁾, en bijgevolg ook enkel met betrekking tot die aangelegenheden de nodige regels aannemen ter

⁽³⁾ 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".

⁽⁴⁾ 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 "bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt" (*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.

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 ⁽⁵⁾ 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) ⁽⁶⁾ 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.

[...]

⁽⁵⁾ Wanneer in dit advies sprake is van de gemeenschappen en de gewesten, kunnen de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie eveneens als betrokken worden beschouwd op grond van de opdrachten van bevoegdheid die voortvloeien uit de artikelen 135 en 138 van de Grondwet en uit de teksten van wetten en decreten die uitgevaardigd zijn op basis van deze bepalingen, namelijk in hoofdzaak de artikelen 60, vierde lid, en 63 van de bijzondere wet van 12 instellingen, alsmede het gemeenschappelijke artikel 3 van decreet nr. II van de Franse Gemeenschap van 19 juli 1993 tot toekenning van de uitoefening van sommige bevoegdheden van de Franse Gemeenschap aan het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie en van decreet nr. III van de Franse Gemeenschapscommissie van 22 juli 1993 met hetzelfde opschrift. Evenzo zal, wanneer melding wordt gemaakt van de bepalingen waarbij aan de gemeenschappen en de gewesten bevoegdheden worden toegekend, worden verwezen, binnen de grenzen van de artikelen 127, § 2, en 128, § 2, van de Grondwet, naar de hierboven vermelde bepalingen van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989 en de genoemde decreten van 19 en 22 juli 1993, en, wat betreft het Franse taalgebied, naar artikel 3 van decreet nr. II van het Waals Gewest van 22 juli 1993 betreffende de overheveling van sommige bevoegdheden van de Franse Gemeenschap naar het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie, en, wat het Duitse taalgebied betreft, naar de decreten houdende overheveling van bevoegdheden van het Waals Gewest naar de Duitstalige Gemeenschap, vastgesteld op basis van artikel 139 van de Grondwet.

⁽⁶⁾ 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 eerdergenoemde wet van 8 augustus 1980.

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

a. Algemeen

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

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

«Hoewel de federale overheid discriminaties in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten ressorteren niet rechtstreeks kan verbieden, kan zulk een verbod evenwel voortvloeien uit de uitoefening door de federale overheid van haar bevoegdheden inzake onder meer burgerlijk recht, handelsrecht of arbeidsrecht ⁽⁷⁾. Zo zou het in artikel 9 van het voorstel vervatte verbod om in een overeenkomst bedingen die een discriminatie bevatten op te nemen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die worden gesloten in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten ressorteren, althans totdat deze zelf specifieke bepalingen aannemen op grond van hun impliciete bevoegdheden wanneer de voorwaarden om zulks te kunnen doen vervuld zijn.

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

b. De federale bevoegdheid inzake het arbeidsrecht

⁽⁷⁾ In advies 23.478/2/V, gegeven op 10 augustus 1994 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van het Waals Gewest van 6 april 1995 betreffende de integratie van gehandicapte personen, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in verband met de verplichting voor privé-ondernemingen om personen met een handicap in dienst te nemen, op het volgende gewezen : "Cet engagement ne pourrait que prendre la forme d'un contrat de travail. Or, la Région n'est certainement pas compétente dans cette matière, ni au titre de la politique de l'emploi ni à celui de la politique des handicapés.

Elle pourrait difficilement revendiquer cette compétence sur la base de ses pouvoirs implicites car la charge constituée par les engagements pour les employeurs ne saurait être considérée comme marginale par rapport à sa compétence principale."

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

c. De residuaire federale bevoegdheid inzake burgerlijk recht

14. Op grond van zijn residuaire bevoegdheid, is de federale wetgever in beginsel bevoegd inzake het burgerlijk recht. De gemeenschappen en de gewesten kunnen terzake slechts regelingen uitvaardigen voor zover deze geacht kunnen worden inherent te zijn aan de hun toegewezen bevoegdheden⁽⁹⁾, of op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

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

d. De federale bevoegdheid inzake strafrecht

16. De bevoegdheid van de federale wetgever inzake strafrecht wordt vooreerst bepaald door artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, waaruit blijkt dat deze in beginsel bevoegd is inzake de regelingen opgenomen in boek I van het Strafwetboek. De federale wetgever is daarenboven residuaire bevoegd in strafzaken, hetgeen impliceert dat hij strafbepalingen met een algemene

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

draagwijdte ⁽¹⁰⁾ kan uitvaardigen, alsmede strafbepalingen met betrekking tot de federaal gebleven aangelegenheden.

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

e. Conclusie

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

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in het voornoemde advies 41.541/1 geoordeeld :

"[...] 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 ⁽¹¹⁾, alsook wat betreft het vaststellen van het statuut van het personeel van de openbare instellingen die van het gewest afhangen ⁽¹²⁾ en van het personeel van de gewestregering ⁽¹³⁾.

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 die afhangen van het gewest en op het personeel van de gewestregering, terwijl het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest nochtans als enige

⁽¹⁰⁾ Zo is hij bevoegd om in het algemeen misdrijven als bijv. valsheid in geschriften strafbaar te stellen.

⁽¹¹⁾ Zie artikel 6, § 1, IX, 1/ en 2/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (BWHI).

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

⁽¹³⁾ Zie artikel 40 Brussel-wet *juncto* artikel 87 BWHI.

bevoegd is om met betrekking tot dit personeel een regeling op het vlak van anti-discriminatie aan te nemen. [...]".

Tot slot is het voornoemde ontwerp van wet "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" krachtens de artikelen 4, 1/, vijfde streepje, en 5, § 1, ervan niet van toepassing op de arbeidsbetrekkingen aangeknoopt met de instellingen bedoeld in de artikelen 9 en 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen ⁽¹⁴⁾.

1.2. Door bepaalde aspecten te regelen van het statuut van de vastbenoemde ambtenaren en van de arbeidscontractanten van het bestuur, van de instellingen van openbaar nut en van de pararegionale instellingen, bijvoorbeeld het verbod op directe en indirecte discriminatie bij de selectie, de bevordering en de beroepskeuzevoorlichting, gaat de ordonnantie in principe de grenzen van de bevoegdheid van de gewesten niet te buiten ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Zie het ontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot advies 40.691/AV, aangehaald in voetnoot 2.

⁽¹⁵⁾ De gewesten kunnen het statuut van de arbeidscontractanten vaststellen in zoverre de rechtspositionele bepalingen niet afwijken van de dwingende regels van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en ze in de arbeidsovereenkomsten worden opgenomen (zie advies 40.256/4, door de afdeling wetgeving van de Raad van State op 8 mei 2006 verstrekt omtrent een ontwerp dat is geworden het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 20 juli 2006 tot regeling van de administratieve en geldelijke toestand van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest).

Het verbod op pesterijen en op ongewenst seksueel gedrag ressorteren echter onder het welzijn op het werk, een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van de federale overheid is blijven behoren, zoals hierboven reeds is gesteld ⁽¹⁶⁾.

Derhalve moeten in het voorontwerp de bepalingen vervallen waarin sprake is van pesterijen en ongewenst seksueel gedrag.

2. In artikel 5, § 4, van het voorontwerp is sprake van "redelijke aanpassingen" en van "gepaste maatregelen voor de toegang tot arbeid, de arbeidsdeelname en de bevordering in het beroepsleven of zelfs voor het krijgen van een opleiding".

Volgens de vertegenwoordigster van de minister worden de aanpassingen bedoeld die ervoor zorgen dat gehandicapten niet worden benadeeld (aangepaste kantoren, enz.).

Zoals hierboven in algemene opmerking 1 is gesteld, staat het aan iedere wetgever om, in de materies waarvoor hij bevoegd is, de grondrechten vastgelegd in hogere rechtsregels te concretiseren.

⁽¹⁶⁾ Wat betreft het verbod op pesterijen en ongewenst seksueel gedrag, zie advies 36.067/2, op 26 november 2003 door de afdeling wetgeving van de Raad van State verstrekt omtrent een ontwerp van besluit 2002/838 van het College van de Franse Gemeenschapscommissie van 12 februari 2004 "relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail pour le personnel des services du Collège de la Commission communautaire française", alsook advies 36.262/2, op 7 januari 2004 verstrekt omtrent een ontwerp dat is geworden het besluit van de Regering van de Franse Gemeenschap van 21 april 2004 tot wijziging van het besluit van de Regering van de Franse Gemeenschap van 26 juli 2000 ter bescherming van de personeelsleden van de Diensten van de Regering van de Franse Gemeenschap en van sommige instellingen van openbaar nut tegen ongewenst seksueel of psychologisch gedrag op het werk.

Op te merken valt dat de definities van pesterijen en ongewenst seksueel gedrag vervat in het voorontwerp afwijken van die van artikel 32^{ter} van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

Bovendien heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar voornoemde advies 40.620/VR-40.621/VR beklemd toond :

"6. En vertu des articles 128 et 130, § 1^{er}, 2/, de la Constitution, de l'article 5, § 1^{er}, II, 4/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 4, § 2, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, les communautés sont compétentes pour :

"[l]a politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnel des handicapés, à l'exception :

- a) des règles et du financement des allocations aux handicapés en ce compris les dossiers individuels;
- b) des règles relatives à l'intervention financière pour la mise au travail de travailleurs handicapés, octroyée aux employeurs occupant des handicapés".

Pour la région de langue française, l'aide aux personnes visée à l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, en ce compris la politique des handicapés, telle qu'elle a été circonscrite ci-avant mais "à l'exception des normes déterminant les catégories de handicapés pris en charge", a été transférée par la Communauté française à la Région wallonne, sur la base de l'article 138 de la Constitution, par l'article 3, 7/, commun au décret précité de la Communauté française n/ II du 19 juillet 1993 et au décret précité de la Région wallonne n/ II du 22 juillet 1993.

7. Selon une jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, il faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils ne disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées ⁽¹⁷⁾.

Sous la réserve des exceptions mentionnées ci-avant, l'ensemble de la politique des handicapés doit être considérée comme relevant en principe de la compétence des communautés ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Par exemple, C.A., n/ 114/2005, 30 juin 2005, B.7. Voir notamment, en ce qui concerne les matières personnalisables, l'arrêt 33/2001, 13 mars 2001, B.3.

⁽¹⁸⁾ Avis 15.704/VR du 28 septembre 1983 sur un projet de loi "portant suppression ou restructuration de certains organismes d'intérêt public", publié sous un amendement du Gouvernement à un projet de loi portant le même intitulé et devenu la loi du 28 décembre 1984 portant suppression ou restructuration de certains organismes d'intérêt public et d'autres services de l'État, *Doc. parl.*, Chambre, 1983-1984, n/ 623/14, p. 5; avis 19.193/8, donné le 14 novembre 1989, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 27 juin 1990 "houdende oprichting van een Vlaams Fonds voor de sociale integratie van personen met een handicap" (*Doc.*, Vl. Raad, 1989-1990, n/ 318/1). Voir J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State*, Antwerpen - Apeldoorn, 1999, p. 712.

Outre les exceptions figurant à l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, la compétence de principe des communautés en matière de politique des handicapés ne peut être limitée qu'en vertu d'autres attributions de compétences, compte tenu du système global de répartition des compétences en vigueur en Belgique⁽¹⁹⁾. Les autorités compétentes sont, sur la base de ces autres attributions, habilitées à prévoir de manière ad hoc des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières⁽²⁰⁾."

Bijgevolg gaat artikel 5, § 4, van het voorontwerp van ordonnantie de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet te buiten.

II. Verdeling van de bevoegdheden tussen de wetgever en de Regering

De inmenging van de wetgever in de organisatie van de diensten van het algemeen bestuur is in beginsel niet bestaanbaar met de verdeling van de bevoegdheden tussen de wetgevende en de uitvoerende macht indien ze bepalingen betreft die krachtens de Grondwet alleen door de wetgever kunnen worden uitgevaardigd of indien ze gerechtvaardigd wordt door omstandigheden eigen aan ieder geval afzonderlijk.

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in het voornoemde advies 39.682/1 het volgende gepreciseerd :

"Het ontworpen artikel 3, eerste lid, 2/, bepaalt dat de ontworpen regeling van toepassing is op «de Brusselse diensten en het Brussels overheidspersoneel, hun bepalingen en arbeidsvoorwaarden». Op grond van de artikelen 9 en 87 van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989, is het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bevoegd om de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de gewestelijke diensten en van de openbare instellingen die afhangen van het gewest, te bepalen. Niettegenstaande uit voornoemd artikel 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moet worden afgeleid dat enkel de regering bevoegd is om haar werkwijze

⁽¹⁹⁾ C.A., n/ 110/1999, 14 octobre 1999, B.7.5.1; n/ 33/2001, 13 mars 2001, B.3; 101/2001, 13 juillet 2001, B.5.1. Il a été fait application de cette restriction en ce qui concerne une disposition d'un avant-projet de décret de la Région wallonne, exerçant des compétences communautaires, qui tendait à obliger des employeurs à engager des handicapés : la section de législation a considéré que, vu que l'engagement en question devait prendre la forme d'un contrat de travail, la Région n'était pas compétente (avis 23.478/2/V précité, 10 août 1994).

⁽²⁰⁾ Ainsi par exemple, les législateurs compétents en matière d'urbanisme ou de télécommunications peuvent adopter en principe des dispositions s'adressant, dans ces matières, aux handicapés.

te bepalen en om de organisatie en de werking van haar diensten te regelen, met uitsluiting derhalve, in dit geval, van de ordonnantiegever⁽²¹⁾, wordt aanvaard dat het wetgevend orgaan in deze aangelegenheid in bepaalde gevallen regelend kan optreden, onder meer wanneer de geregelde aangelegenheid behoort tot «de natuurlijke bevoegdheidssfeer van de wetgever». Dit is onder meer het geval wanneer de regeling het effectueren van een grondrecht betreft⁽²²⁾. De ordonnantiegever is bijgevolg bevoegd om de ontworpen regeling ook van toepassing te maken op het overheidspersoneel dat afhangt van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest."⁽²³⁾

De conclusie is dan ook dat de gewestelijke wetgever in dezen kan optreden.

Bijzondere opmerkingen

Opschrift

Het opschrift van het voorontwerp is ongeschikt.

Het volgende opschrift wordt voorgesteld :

"Ordonnantie betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in de Brusselse gewestelijke overheidsdiensten"⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ B. WEEKERS, "Personeel en organisatie", in *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (eds), Brugge, Die Keure, 2003, 32.

⁽²²⁾ Voor een voorbeeld: R.v.St., afd. wetg., advies 26.661/3 van 7 augustus 1997 over een voorstel van decreet "houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst", *Parl. St.*, Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/1.

⁽²³⁾ Zie, in dezelfde zin, de voornoemde adviezen 36.415/2, 36.788/2 en 41.541/1.

⁽²⁴⁾ In de Franse lezing behoeven de woorden "Fonction Publique Régionale Bruxelloise" geen hoofdletter.

Dispositief

Artikel 2

Paragraaf 2, die niet van verordenende aard is, dient als overbodig te vervallen.

Artikel 3

1. De afdeling wetgeving vraagt zich af of, met het oog op een grotere leesbaarheid van de tekst, artikel 3, punt 3, van het voorontwerp, waarin de definitie wordt gegeven van het begrip "alle vormen van discriminatie" en welke bepaling er dus toe strekt de lijst van de discriminatiecriteria vast te stellen, niet rechtstreeks zou moeten worden opgenomen in de definities van "directe discriminatie" en "indirecte discriminatie", vervat in artikel 3, punten 4 en 5, van het voorontwerp.

Het begrip "directe discriminatie" zou dan ook als volgt gedefinieerd kunnen worden :

"3. directe discriminatie : de situatie waarbij iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand anders wordt, is of zou worden behandeld in een vergelijkbare situatie op grond van inzonderheid (vermelding van de discriminatiecriteria)."

Het begrip "indirecte discriminatie", zijnerzijds, zou als volgt gedefinieerd worden :

"4. indirecte discriminatie: de situatie waarbij een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze iemand bijzonder benadeelt ten opzichte van iemand anders op grond van inzonderheid een van de criteria vermeld in punt 3, tenzij [...]."

2. In artikel 3, punt 3, *in fine*, staat, na een opsomming van een aantal discriminatiecriteria, "of iedere andere vorm van discriminatie".

Daaruit volgt dat de lijst van discriminatiecriteria niet exhaustief is en dus niet blootstaat aan de kritiek die het Arbitragehof heeft geuit in arrest 157/2004 van 6 oktober 2004, gewezen met betrekking 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.

Bij ontstentenis van enige uitleg in de memorie van toelichting ziet de afdeling wetgeving evenwel niet in waarom het criterium van de politieke overtuiging niet opgenomen is in de lijst van de uitdrukkelijk vermelde discriminatiecriteria en zulks terwijl die lijst bedoeld is om te gelden voor de betrekkingen bij de overheidsbesturen. Dat criterium wordt trouwens uitdrukkelijk vermeld in artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, alsook in het voormelde ontwerp van ordonnantie ter bestrijding van discriminatie en tot bevordering van gelijke behandeling op het stuk van werkgelegenheid. Het is inzonderheid de ontstentenis van dat criterium in een exhaustieve lijst die de reden is geweest voor de vernietiging, bij het voormelde arrest 157/2004 van het Arbitragehof, van een deel van artikel 2, § 1, van de voornoemde wet van 25 februari 2003.

Kortom, het criterium politieke overtuiging dient uitdrukkelijk te worden vermeld in de lijst van discriminatiecriteria opgegeven in het voorontwerp ⁽²⁵⁾.

Artikel 5

1. De afdeling wetgeving vraagt zich af wat de precieze reikwijdte is van bepaalde uitdrukkingen die gebezigd worden in artikel 5, § 2, van het voorontwerp. Zo bijvoorbeeld :

- a) rijzen er vragen doordat melding gemaakt wordt, in bewoordingen die bovendien zonder reden verschillen van punt tot punt, van "elementen ... die, zelfs zonder expliciete verwijzing naar de voormelde gronden in artikel 3, punt 3 aanleiding geven tot discriminatie" en van "expliciete of impliciete redenen die rechtstreeks of onrechtstreeks samenhangen met de in artikel 3, punt 3 vermelde gronden" : als die

⁽²⁵⁾ Vergelijk ook met artikel 4, eerste lid, 4/, van het voormelde wetsontwerp (voetnoot 2) "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie".

woorden samenvallen met de begrippen directe en indirecte discriminatie, dienen ze als overbodig te vervallen. Als ze een andere draagwijdte hebben, rijst de vraag hoe ze met de begrippen betreffende discriminatie te verzoenen zijn.

- b) het verbieden van technieken of tests die aanleiding "kunnen" geven tot directe of indirecte discriminatie kan niet worden aanvaard. De woorden "aanleiding kunnen geven" dienen te worden vervangen door de woorden "aanleiding geven".

2. In paragraaf 4 is sprake van "redelijke aanpassingen" en van "gepaste maatregelen ... voor de toegang tot arbeid, de arbeidsdeelname en de bevordering in het beroepsleven of zelfs het krijgen van een opleiding".

Doordat niet aangegeven wordt om welke soort van aanpassingen of maatregelen het gaat, vertoont paragraaf 4, die aan de meest diverse beslissingen ten grondslag zou kunnen liggen ⁽²⁶⁾, niet de mate van nauwkeurigheid die voor een wetsbepaling vereist is.

Zoals de gemachtigde van de Minister gepreciseerd heeft ⁽²⁷⁾, worden hier de aanpassingen bedoeld om te voorkomen dat gehandicapten in de gewestelijk overheidsdiensten benadeeld zouden zijn (aangepaste kantoren, enz.) ⁽²⁸⁾.

Dat dient uitdrukkelijk te worden vermeld.

⁽²⁶⁾ Waarvan sommige niet aanvaardbaar zouden zijn, zoals het versoepelen van de wervingsvoorwaarden om elk risico voor een beweerde indirecte discriminatie te vermijden.

⁽²⁷⁾ Zie algemene opmerking 2 bij titel I.

⁽²⁸⁾ Zie in dit verband de verplichting die opgelegd wordt bij artikel 5 van de voormelde richtlijn 2000/78/EG.

Artikel 7

Artikel 7 van het voorontwerp voorziet in de medewerking van instellingen die blijkbaar tegelijk belast zijn met "(het bieden van onafhankelijke hulp aan) de slachtoffers van een discriminatie bij het opstarten van een procedure wegens discriminatie" en het optreden als "een onafhankelijke verzoeningsdienst".

Hoe kan eenzelfde organisatie in de eerste plaats als een onafhankelijke verzoeningsdienst ⁽²⁹⁾ werken als die tegelijk belast is met het bieden van onafhankelijke hulp aan een van de partijen met het oog op een procedure wegens discriminatie ⁽³⁰⁾ ?

Dat is een fundamentele contradictie die moet worden weggewerkt.

Artikel 10

1. Bij dit artikel worden "in het kader van deze ordonnantie" de strafbepalingen vervat in de artikelen 6 tot 17 van de voornoemde wet van 25 februari 2003 toepasselijk verklaard.

In verband met de verdeling van de strafrechtelijke bevoegdheden tussen de federale Staat en de deelentiteiten, heeft de algemene vergadering van de afdeling wetgeving in haar voornoemde advies 40.689/AV-40.690/AV-40.691/AV, de volgende opmerking gemaakt :

"16. De bevoegdheid van de federale wetgever inzake strafrecht wordt vooreerst bepaald door artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, waaruit blijkt dat deze in beginsel bevoegd is inzake de regelingen opgenomen in boek I van het Strafwetboek. De federale wetgever is daarenboven residuair bevoegd in strafzaken, hetgeen impliceert dat hij strafbepalingen met een algemene draagwijdte ⁽³¹⁾ kan uitvaardigen, alsmede strafbepalingen met betrekking tot de federaal gebleven aangelegenheden.

⁽²⁹⁾ Zie de artikelen 7, § 3, tweede zin, en 8, § 1, van het voorontwerp.

⁽³⁰⁾ Zie artikel 7, § 2, 1/, van het voorontwerp.

⁽³¹⁾ Zo is hij bevoegd om in het algemeen misdrijven als bijv. valsheid in geschriften strafbaar te stellen.

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

Wanneer de wetgever, zoals *in casu* het geval is, gebruik maakt van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dient hij bijgevolg zelf te bepalen wat de strafbare feiten zijn en welke straffen daarop staan.

Gelet op hetgeen voorafgaat, kan de ontworpen bepaling om de volgende redenen niet aanvaard worden.

a) Doordat verwezen wordt naar "het kader van deze ordonnantie" en doordat niet aangegeven wordt op de niet-naleving van welke artikelen van het voorontwerp straffen staan, houdt ze een schending in van het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen dat verankerd is in de Grondwet en in het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

De bepaling in kwestie maakt het voor de afdeling wetgeving evenmin mogelijk om na te gaan of de artikelen op de niet-naleving waarvan strafrechtelijke straffen zouden staan, duidelijk en nauwkeurig genoeg zijn in het licht van het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen en van het vereiste van de voorspelbaarheid dat eigen is aan de strafwet. Zoals het Arbitragehof benadrukt heeft in het voornoemde arrest 157/2004, kan in het geval dat de discriminatiecriteria - zoals in het voorontwerp - open maatstaven zijn ⁽³²⁾, op directe discriminatie geen strafrechtelijke straf worden gesteld, evenmin op indirecte discriminatie.

⁽³²⁾ Zie eveneens het voormelde advies 41.541/1 (Onderzoek van de tekst - Algemene opmerking 2).

b) Zoals de afdeling wetgeving overigens heeft opgemerkt in haar voornoemde advies 41.541/1 "(verdient) het in beginsel geen aanbeveling ... 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 gewestelijke regeling ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾".

c) De verwijzing naar de artikelen 6 tot 17 van de voornoemde wet van 25 februari 2003 geeft eveneens aanleiding tot problemen, aangezien die wet gedoemd is te verdwijnen. Bij artikel 51 van het voormelde wetsontwerp (voetnoot 2) "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" wordt de voormelde wet van 25 februari 2003 immers opgeheven.

De artikelen 7 tot 14 van de voornoemde wet van 25 februari 2003 - die trouwens wijzigingbepalingen zijn, waarnaar bijgevolg niet als zodanig mag worden verwezen, houden in elk geval geen verband met het voorliggende voorontwerp. De vraag rijst eveneens welk verband er bestaat tussen het voorontwerp en artikel 6, § 1, van de voormelde wet van 25 februari 2003. Alleen artikel 6, § 2, van de voornoemde wet van

⁽³³⁾ 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.*, VI. Parl., 2005-06, nr. 672/2).

⁽³⁴⁾ 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.

25 februari 2003 vertoont een verband met het voorontwerp, maar die bepaling is vernietigd door het Arbitragehof ⁽³⁵⁾.

Als de steller van het voorontwerp strafrechtelijke straffen behoudt ⁽³⁶⁾, dient hij bijgevolg te bepalen op welke feiten strafrechtelijke straffen staan en welke straffen voor welke feiten gelden.

2. De steller van het voorontwerp wordt eveneens opmerkzaam gemaakt op de vraag wie strafrechtelijk verantwoordelijk zal zijn.

Krachtens artikel 4 is het voorontwerp van toepassing op "de openbare instellingen bedoeld in artikel 3, 2", dat wil zeggen op de administratie van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, op de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behorende tot de categorie A en tot de categorie B overeenkomstig de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut en op de pararegionale instellingen van publiek recht of van openbaar belang waarvan het bestuurslichaam is samengesteld uit door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aangewezen bestuurders.

Krachtens artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek kunnen de gewesten evenwel niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersonen worden beschouwd.

Artikel 11

Bij dit artikel worden de civielrechtelijke bepalingen van de artikelen 18 tot 22 van de voornoemde wet van 25 februari 2003 "in het kader van deze ordonnantie" toepasselijk verklaard.

⁽³⁵⁾ Zie het voornoemde arrest 157/2004 van 6 oktober 2004.

⁽³⁶⁾ De richtlijnen die bij het voorontwerp van ordonnantie worden omgezet, vereisen immers niet dat in strafrechtelijke straffen wordt voorzien.

De verwijzing naar de artikelen 18 tot 22 van de voornoemde wet van 25 februari 2003 geeft aanleiding tot problemen, aangezien die wet zal verdwijnen. Bij artikel 51 van het voormelde wetsontwerp (voetnoot 2) "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" wordt de voormelde wet van 25 februari 2003 immers opgeheven.

Overigens schept ook de verwijzing naar artikel 18 van de voormelde wet van 25 februari 2003 problemen, doordat het bepalen dat een overeenkomst, inzonderheid een arbeidsovereenkomst, in een bepaald geval nietig is, een bevoegdheid van de federale overheid is, tenzij gebruik wordt gemaakt van het begrip impliciete bevoegdheden, met dien verstande dat de steller van de tekst in dat geval in staat moet zijn aan te tonen dat terdege voldaan is aan de voorwaarden voor het gebruik ervan.

Artikel 12

Er bestaat geen grond om af te wijken van de gebruikelijke regel voor het inwerkingtreden van ordonnanties.

Slotopmerkingen

1. De steller van het voorontwerp dient in het kader van zijn bevoegdheden artikel 7 van de voormelde richtlijn 76/207/EEG, artikel 9 van de voornoemde richtlijn 2000/43/EG en artikel 11 van de voormelde richtlijn 2000/78/EG om te zetten. Uit deze richtlijnbepalingen volgt in wezen 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.

2. Uit het oogpunt van de wetgevingstechniek dient te worden opgemerkt dat de memorie van toelichting die bij het voorontwerp gevoegd is, ontoereikend is in het licht van de bedoeling ervan, aangezien de meeste artikelen van het voorontwerp niet voorzien zijn van commentaar of vrij lapidair besproken worden. Een meer gedetailleerde bespreking zou bevorderlijk zijn voor de bevattelijkheid van de ontworpen regeling.

3. Het voorontwerp van ordonnantie bestaat uit twaalf artikelen, verdeeld over acht hoofdstukken waarvan sommige uit slechts één artikel bestaan. Er bestaat geen grond voor zo een indeling van een dermate korte tekst, aangezien ze niets bijdraagt tot een goed begrip van de tekst.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

C. GIGOT

Ph. HANSE