

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.742/4
DU 9 JUILLET 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française, le 16 juin 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 2 et 9 juillet 2008 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 ci-après.

Portée de l'avant-projet de décret

1. L'avant-projet de décret élaboré par le Gouvernement et présentement examiné a pour objet de transposer de manière complète et adéquate, pour ce qui concerne divers domaines qui relèvent des compétences de la Communauté française, cinq directives européennes en matière de lutte contre les discriminations ⁽¹⁾. Il est, à cet

⁽¹⁾ Il s'agit :

- de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique, ci-après la "directive 2000/43/CE";
- de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ci-après la "directive 2000/78/CE";
- de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services, ci-après la "directive 2004/113/CE";
- de la directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes 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, modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 modifiant la directive du Conseil 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, ci-après la "directive 76/207/CE";
- ainsi que de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), ci-après la "directive 2006/54/CE".

Comme l'indique son intitulé, la directive 2006/54/CE consiste, pour partie, en une refonte des dispositions de plusieurs directives antérieures, dont la directive 76/207/CE, laquelle est, en conséquence, abrogée, avec effet au 15 août 2009, en application de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE. En vertu du paragraphe 2 du même article, les références faites aux dispositions de la directive 76/207/CEE doivent s'entendre comme faites à la directive 2006/54/CE et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe II de la directive.

égard, fait état dans l'exposé des motifs qui accompagne l'avant-projet de décret ⁽²⁾ de ce que la Commission européenne a relevé que le décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement, que l'article 62, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret abroge, pose problème au regard de diverses dispositions des directives précitées ⁽³⁾.

Il est également observé dans l'exposé des motifs ⁽⁴⁾ qu'il a été veillé à assurer une harmonie entre les dispositions de l'avant-projet de décret et, d'une part, le cadre légal récemment adopté par le législateur fédéral en ce qui concerne les domaines qui relèvent de ses compétences ⁽⁵⁾ et, d'autre part, les projets en cours au niveau de la Région wallonne ⁽⁶⁾ et de la Commission communautaire française. L'objectif est ainsi de maintenir la cohérence entre les différents textes adoptés en la matière par chacun des législateurs compétents et ce, afin de fournir aux justiciables une garantie effective de lutte contre les discriminations.

⁽²⁾ Point 1 de la partie générale.

⁽³⁾ Sont ainsi visés, notamment, divers manquements par rapport aux articles 5, 9.2 et 11 de la directive 2000/78/CE et aux articles 7, 8, 9 et 15 de la directive 2000/43/CE.

⁽⁴⁾ Point 2 de la partie générale.

⁽⁵⁾ Sont ainsi visées :

- la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, ci-après la "loi antidiscrimination - «racisme»";
- la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, ci-après la "loi antidiscrimination «genre»";
- la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, ci-après la "loi antidiscrimination «cadre général»";
- la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

Il est ainsi fait état, dans les points 4 et 5 de la partie générale de l'exposé des motifs, de ce que les dispositions de l'avant-projet sont inspirées de diverses notions définies par le législateur fédéral, ainsi que des dispositifs pénaux et civils mis en place par ce dernier dans les lois du 10 mai 2007 précitées.

⁽⁶⁾ À cet égard, la section de législation a donné le 7 juillet 2008, l'avis 44.710/2 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes, en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle".

2.1. Toutefois, plutôt que d'adopter, comme au niveau fédéral, des législations distinctes, en fonction du ou des critères de discrimination contre lequel ou lesquels il convient de lutter, il a été opté pour la création d'un cadre légal unique et transversal de lutte contre les discriminations et, donc, pour l'adoption d'un seul décret visant, pour ce qui concerne les "domaines de compétences" de la Communauté française énumérés à l'article 4 de l'avant-projet de décret, les divers critères de discrimination.

2.2. Ainsi conçu, l'avant-projet de décret contient :

- un titre premier, consacré aux dispositions générales à vocation transversale, à savoir : des dispositions introductives (chapitre premier), des définitions générales (chapitre II), une description du champ d'application général du décret (chapitre III), une affirmation de principe de l'interdiction de discriminer dans les différents domaines qui relèvent du champ d'application du décret (chapitre IV) et la possibilité pour la Communauté française de maintenir ou d'adopter des actions positives (chapitre V);
- un titre II, reprenant les dispositions spécifiques propres à chacun des domaines de compétence matérielle de la Communauté française expressément visés par l'avant-projet de décret, à savoir : l'emploi (chapitre premier), l'enseignement (chapitre II), la politique de santé (chapitre III), les avantages sociaux (chapitre IV), l'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française (chapitre V) et l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture (chapitre VI). Certaines de ces dispositions établissent une distinction entre, d'une part, les critères de discrimination expressément prévus par les différentes directives que l'avant-projet de décret transpose et, d'autre part, les critères de discrimination complémentaires également prévus par l'avant-projet de décret, à l'instar de ce qui a été réalisé au niveau fédéral par les lois du 10 mai 2007 précitées;

- un titre III, consacré aux dispositions horizontales ayant vocation à s'appliquer quels que soient le ou les critères de discrimination en cause et le domaine de compétence de la Communauté française concerné, à savoir : les organismes autonomes de lutte contre la discrimination (chapitre premier), la détermination des personnes, physiques ou morales, habilitées à exercer les voies de recours, l'instauration d'un mécanisme de renversement de la charge de la preuve dans les procédures juridictionnelles civiles (chapitre II), et les dispositions protectionnelles et sanctionnelles de nature civile (chapitre III). Ces dispositions portent sur la nullité des dispositions ou clauses contractuelles contraires au décret, sur la mise en place d'un mécanisme de protection contre les rétorsions à la suite du dépôt d'une plainte ou de l'introduction d'une action en justice, sur l'instauration d'un système d'indemnisation spécifique dans lequel la victime peut choisir entre une réparation forfaitaire du dommage ou la réparation du dommage réellement subi, sur la possibilité de solliciter une astreinte lorsque l'auteur de la discrimination ne met pas fin à celle-ci, sur la faculté d'intenter des poursuites disciplinaires à l'égard d'un membre du personnel statutaire ou de suspendre ou retirer la subvention, l'agrément ou la reconnaissance à l'égard d'une association qui a commis une discrimination, ainsi que sur la possibilité d'introduire auprès du juge compétent une action en cessation formée et instruite selon les formes du référé;
- un titre IV, relatif aux sanctions pénales;
- ainsi qu'un titre V, intitulé "Dispositions finales", et comprenant, outre une disposition abrogatoire (chapitre III), d'une part, des dispositions relatives à la conciliation par le biais d'un recours à un service de conciliation (chapitre premier), et, d'autre part, des dispositions concernant la surveillance et l'évaluation des dispositions du décret (chapitre II).

2.3. Compte tenu de ce que nombre de ses dispositions reproduisent dans une large mesure la structure des quatre lois fédérales du 10 mai 2007, l'avant-projet de décret appelle les observations qui suivent, lesquelles sont en grande partie inspirées des observations précédemment formulées par l'assemblée générale de la section de

législation du Conseil d'État dans l'avis 40.689/AG ⁽⁷⁾ - 40.690/AG ⁽⁸⁾ - 40.691/AG ⁽⁹⁾, ci-après l'"avis 40.689-40.690-40.691/AG", donné le 11 juillet 2006, sur les avant-projets de loi devenus les lois du 10 mai 2007 précitées ⁽¹⁰⁾. Dès lors que ces dispositifs n'ont pas fait l'objet d'observations dans ledit avis, il n'en sera pas fait davantage dans le présent avis. Il est cependant rappelé que, dans cet avis, le Conseil d'État avait fait observer que :

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

Outre ce qui sera observé ci-après au sujet des directives européennes, il serait utile que le Gouvernement joigne au projet lors de son dépôt au Parlement un tableau de correspondance entre les dispositions de l'avant-projet et celles des quatre lois fédérales du 10 mai 2007.

Observation préalable

Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé ⁽¹¹⁾, la nécessité d'assurer correctement la transposition de directives européennes et celle d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en oeuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives

⁽⁷⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2720/1.

⁽⁸⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2721/1.

⁽⁹⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n/ 2722/1.

⁽¹⁰⁾ 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).

⁽¹¹⁾ Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n^{os} 15 à 17 (www.conseildetat.be).

en cause et des dispositions de l'avant-projet ⁽¹²⁾, dans les deux sens, figurent à la suite de l'exposé des motifs ⁽¹³⁾. Ceci permet aussi d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres.

Il en va d'autant plus ainsi dans le cas d'espèce que l'avant-projet de décret transpose en même temps cinq directives européennes et ce, dans un cadre juridique qui se caractérise par la technicité juridique de la matière, par le fait que les compétences de la Communauté française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et par la circonstance que la Commission européenne a déjà adressé en la matière divers courriers, dont une mise en demeure et un avis motivé, qui mettent en cause un défaut de transposition adéquate, au niveau de la Communauté française notamment, de diverses dispositions des directives susmentionnées.

Il eût également été souhaitable de communiquer ces tableaux à la section de législation du Conseil d'État dans le dossier joint à la demande d'avis.

À défaut, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition des cinq directives ait pu être mené.

C'est sous cette réserve que les observations suivantes sont formulées.

⁽¹²⁾ Il conviendra, à cet égard, de prendre en considération le tableau de correspondance qui figure à l'annexe II de la directive 2006/54/CE, auquel il a déjà été fait allusion lors de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret.

⁽¹³⁾ Voir, également, le considérant (41) de la directive 2006/54/CE en vertu duquel "(...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics".

Observation générale :
la répartition des compétences entre l'État fédéral, les régions et les communautés

I. Compétence des communautés et des régions pour mener une politique de non-discrimination.

1. Il est fait usage dans l'avant-projet de décret de différentes expressions, telles que :

- à l'article 1^{er} : "au niveau de la Communauté française",
- à l'article 2 : "dans chacun des domaines qu'il vise, et dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution",
- à l'article 3, 9/ : "dans les domaines pour lesquels le présent décret est d'application",
- à l'article 4 : "[d]ans le respect des compétences de la Communauté française" et "dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française",
- à l'article 5, § 1^{er} : "[d]ans les domaines qui relèvent du champ d'application du présent décret",
- à l'article 32 : "dans la mesure où ces biens et services se rattachent aux compétences matérielles et territoriales de la Communauté française",
- à l'article 55 : "dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française",
- à l'article 62, § 2 : "pour ce qui concerne la Communauté française".

2. À ce sujet, dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a résumé comme suit les règles de répartition de compétences 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 concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures⁽¹⁴⁾, dans les matières qui lui ont été attribuées.

⁽¹⁴⁾ *Note infrapaginale 18 de l'avis cité* : 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".

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⁽¹⁵⁾ et ne peut par conséquent adopter les règles nécessaires à la transposition des directives européennes que dans ces matières. Sous réserve des observations sous les numéros 12 à 18 du présent avis, il appartient en revanche en principe exclusivement aux communautés et aux régions⁽¹⁶⁾ 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

⁽¹⁵⁾ *Note infrapaginale 19 de l'avis cité* : 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.

⁽¹⁶⁾ *Note infrapaginale 20 de l'avis cité* : 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.

communautaires et régionaux (article 87 de cette loi) ⁽¹⁷⁾ 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".

3.1. Il résulte de cet avis que la Communauté française est, en principe, exclusivement compétente pour adopter l'avant-projet de décret présentement examiné.

La circonstance que diverses dispositions de cet avant-projet sont rédigées de manière telle qu'elles pourraient donner à penser qu'elles outrepassent les compétences de la Communauté française peut s'expliquer tant par la technicité juridique de la matière que par le contexte institutionnel dans le cadre duquel chacun des législateurs compétents est amené à intervenir.

Il peut dès lors se comprendre, au regard de l'avis précité de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, que le législateur communautaire, plutôt que de tenter de recourir à une énumération précise et fastidieuse de ses divers "domaines de compétence" et ce, de manière telle que soient bien visés tous les domaines sans qu'il y ait par ailleurs empiètement sur les compétences des autres législateurs compétents, préfère au contraire circonscrire, dans l'une ou l'autre disposition, "l'aire de compétence matérielle et territoriale" qui sera couverte par le décret ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ *Note infrapaginale 21 de l'avis cité* : 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.

⁽¹⁸⁾ Le législateur fédéral a, pour sa part, agi de la sorte dans les lois du 10 mai 2007, en prévoyant chaque fois que ces lois s'appliquent "À l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions" (article 5, § 1^{er}, de la loi antidiscrimination - "racisme", article 6, § 1^{er}, de la loi antidiscrimination - "genre" et article 5, § 1^{er}, de la loi antidiscrimination - "cadre général").

Cette façon de procéder peut ainsi être admise pour l'article 4 de l'avant-projet, relatif au champ d'application du décret ⁽¹⁹⁾.

Par contre, dans les autres dispositions de l'avant-projet, de telles précisions sont inutiles et doivent être omises, car il va de soi que les compétences de la Communauté française ne s'exercent par décret que conformément aux articles 127 à 129 de la Constitution et aux dispositions de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ⁽²⁰⁾ et que toute disposition décrétable en la matière ne peut se lire que conformément à ces dispositions ⁽²¹⁾.

II. La compétence en matière de droit civil

1. Il résulte de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret que diverses dispositions de celui-ci contiennent des règles de droit civil, notamment en matière de nullités, de mécanisme d'indemnisation forfaitaire et de règles relatives au renversement de la charge de la preuve.

⁽¹⁹⁾ Il est par ailleurs renvoyé à l'observation particulière formulée sous cet article.

⁽²⁰⁾ Voir, notamment, l'avis 31.505/2/V, donné le 5 avril 2001, sur un avant-projet devenu le décret du 15 novembre 2001 portant assentiment à l'Accord de coopération entre, d'une part, la République libanaise et, d'autre part, la Communauté française de Belgique, la Région wallonne et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, et à l'Annexe, faits à Bruxelles le 26 septembre 2000 (*Doc.*, Parl. Com. fr., 2000-2001, n/ 203/1) et l'avis 31.582/4, donné le 27 juin 2001, sur un avant-projet devenu le décret du 15 novembre 2001 portant assentiment à l'Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes, aux annexes I, II et III audit Accord, au Protocole sur les résidences secondaires au Danemark et au Protocole concernant les Îles Aland et à l'Acte final, faits à Luxembourg le 21 juin 1999 (*Doc.*, Parl. Com. fr., 2000-2001, n/ 198/1).

⁽²¹⁾ Voir, à ce sujet, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n/ 56/2000 du 17 mai 2000, B.5.

Comme l'a observé la section de législation dans son avis 44.710/2, précité :

"Le droit civil est une compétence résiduelle de l'État fédéral. Dans l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG, précité, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a précisé ce qui suit :

«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 ⁽²²⁾ 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».

Il résulte des articles 5 et 14 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie que le législateur fédéral n'a pas fait usage de cette possibilité d'élaborer des règles générales de droit civil mais a prévu la nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination, un mécanisme d'indemnisation forfaitaire et un système de renversement de la charge de la preuve pour les seules matières fédérales, abandonnant aux communautés et aux régions le soin d'adopter de tels mécanismes dans le cadre de leurs compétences respectives ⁽²³⁾.

Dans l'avis 43.835/1 donné le 20 décembre 2007, sur un avant-projet de décret "houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid" ⁽²⁴⁾, la section de législation a examiné des dispositions similaires à celles contenues dans les articles 17 et 19 de l'avant-projet à l'examen.

⁽²²⁾ *Note infrapaginale 9 de l'avis cité* : Voir C.C., 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 C.C., n/ 27, 22 octobre 1987, 3.B.3.1 à 3.B.3.4.

⁽²³⁾ *Note infrapaginale 10 de l'avis cité* : Voir l'avis 43.574/2, précité [donné le 1^{er} octobre 2007, sur un avant-projet de décret wallon "modifiant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle"].

⁽²⁴⁾ *Note infrapaginale 11 de l'avis cité* : Doc. Vl. Parlement, 2007-2008, n/ 1578/1.

Après avoir rappelé le passage susmentionné de l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG précité, elle a considéré ce qui suit ⁽²⁵⁾ :

«S'il peut cependant être inféré de cette jurisprudence que la Région flamande et la Communauté flamande peuvent adopter des dispositions de droit civil spécifiques en vertu de leurs compétences inhérentes ou implicites, l'exposé des motifs n'en fait pas mention de sorte qu'aucun élément n'est apporté qui justifie que les dispositions concernées sont inhérentes aux compétences régionales ou communautaires ou qu'il serait satisfait aux conditions de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. En vertu de cette dernière disposition, les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les parlements concernés ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leurs compétences. À cet effet, il faut en outre que la matière concernée se prête à une réglementation différenciée et que l'incidence des dispositions adoptées par le législateur décréteur sur cette matière ne soit que marginale ⁽²⁶⁾.

En vertu des articles 5 et 14 de la loi antidiscrimination, les dispositions similaires de cette loi ne s'appliquent pas aux matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions. La transposition correcte des directives européennes semble donc requérir de telles dispositions. Les auteurs du projet devront en tout état de cause en apporter la justification et établir qu'il est également satisfait aux deux autres conditions précitées.

Il est recommandé par conséquent d'intégrer cette justification dans l'exposé des motifs.»

Une observation similaire peut être faite pour l'avant-projet examiné".

2. La même observation doit être formulée à l'égard du présent avant-projet de décret.

⁽²⁵⁾ *Note infrapaginale 12 de l'avis cité* : Traduction libre.

⁽²⁶⁾ *Note infrapaginale 13 de l'avis cité* : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, p. ex. arrêt n° 87/2006, 24 mai 2006, B.7, et jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'État, p. ex. av. C.E. n° 42.319/3, 13 mars 2007, sur un avant-projet de décret "houdende de opheffing van artikel 76 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987", *Doc. parl.*, Parl. fl. , 2006-2007, n° 1191/1, 15-16.

III. La compétence en matière de droit judiciaire

1. Il résulte de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret que diverses dispositions de celui-ci contiennent des règles de droit judiciaire, notamment en ce que ces dispositions organisent une action en cessation, prévoient la possibilité d'assortir la condamnation d'une astreinte ou permettent l'action en justice de diverses organes ou groupements.

Comme l'a observé la section de législation dans son avis 44.710/2, précité :

"La fixation des compétences des juridictions judiciaires relève de la compétence fédérale en vertu des articles 145 et 146 de la Constitution. Les autres règles de droit judiciaire relèvent de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale.

La loi du 10 mai 2007, précitée, contient des règles similaires à celles prévues par les articles 20, 21, 30 et 31 de l'avant-projet qui, conformément aux articles 5 et 14 de la loi, ne s'appliquent qu'aux seules matières fédérales, laissant aux communautés et aux régions le soin d'adopter de tels mécanismes dans le cadre de leurs compétences respectives ⁽²⁷⁾.

Dans l'avis 43.835/1 précité, la section de législation a estimé, à propos de dispositions similaires ce qui suit ⁽²⁸⁾ :

«Il résulte de la jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'État que tant la réglementation de la compétence des juridictions que la détermination des procédures à suivre devant ces juridictions sont des matières qui relèvent de la compétence de l'État fédéral.

Ainsi que déjà observé, en vertu de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, les décrets peuvent toutefois sous certaines conditions porter des dispositions relatives à des matières pour lesquelles les parlements concernés ne sont pas compétents.

L'exposé des motifs se réfère certes expressément à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour motiver l'adoption de ces dispositions, mais il n'apporte pas de justification indiquant qu'il est satisfait aux conditions d'application de cet article. Les auteurs du projet devront toutefois également pouvoir justifier à cet égard le recours à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette justification gagnerait dès lors à être inscrite dans l'exposé des motifs».

⁽²⁷⁾ *Note infrapaginale 14 de l'avis cité* : Voir l'avis 43.574/2, précité.

⁽²⁸⁾ *Note infrapaginale 15 de l'avis cité* : Traduction libre.

Une observation similaire peut être faite pour l'avant-projet examiné, dès lors que l'auteur entend recourir à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles".

2. La même observation doit être formulée à l'égard du présent avant-projet de décret.

IV. La compétence en matière de harcèlement et de harcèlement sexuel

1. Comme l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État l'a relevé dans son avis 40.689-40.690-40.691/AG :

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

Dans un avis 43.574/2 précité, la section de législation a, sur la même question, observé que :

"La problématique du harcèlement et du harcèlement sexuel ne peut être abordée par la Région wallonne que pour les matières pour lesquelles elle est compétente [...], à savoir, pour ce qui concerne l'avant-projet, celle de l'emploi et de la formation professionnelle, telles que ces notions ont été circonscrites par la loi spéciale précitée du 8 août 1980 et les décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993[...] et telles qu'elles sont précisées par les articles 8 et 9 du décret précité du 27 mai 2004 [...], ainsi que les personnes concernées dans ce cadre.

Or, il semble que ces personnes qui pourraient être victimes ou auteurs de faits de harcèlement dans des situations liées aux matières ressortissant de la compétence de la Région wallonne, sont déjà concernées, par le biais de la législation relative au bien-être au travail, par la loi précitée du 4 août 1996, soit directement en qualité de travailleurs, soit indirectement en qualité de «personnes autres que celles visées à l'article 2, § 1^{er} [de la loi précitée du 4 août 1996], qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail».

Il paraît dès lors douteux qu'il y ait encore une part de champ *rationae personae* non couverte par les dispositifs existants au niveau fédéral, relevant de l'autorité fédérale, et autorisant la Région wallonne à légiférer en la matière. En tout état de cause, si la Région wallonne estimait devoir encore intervenir, il lui appartiendrait de le faire en précisant clairement dans l'exposé des motifs les situations qu'elle envisage et qui ne seraient et ne pourraient être rencontrées par la législation de compétence fédérale sur le bien-être au travail.

L'article 3 en projet (article 3 de l'avant-projet) sera réexaminé à la lumière de la présente observation. Il en ira de même en ce qui concerne les dispositions relatives au harcèlement et au harcèlement sexuel figurant à l'article 4 en projet (article 5 de l'avant-projet)."

2. La même observation s'applique à la Communauté française.

Comme il n'appartient pas à un décret de la Communauté française de rappeler le champ d'application d'une loi fédérale, il convient, dès lors, aux articles 14 et 22 de l'avant-projet, d'omettre le premier alinéa de ces dispositions et, dans le second alinéa, d'omettre les mots "Par dérogation à l'alinéa 1^{er},".

Observations particulières

Dispositif

Article 2

L'avant-projet de décret énumère de manière limitative les "critères protégés". Parmi ces critères figurent non seulement les critères fixés par les directives visées à l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret mais aussi d'autres critères inspirés de ceux qui figurent dans la législation fédérale applicable aux matières dans lesquelles l'autorité fédérale est seule compétente, à savoir la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (loi antidiscrimination "cadre général").

Sur la détermination, ouverte ou fermée, d'une liste de critères de discriminations prohibées, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, dans son avis sur l'avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 ⁽²⁹⁾, s'est exprimée comme suit :

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽²⁹⁾ Avis 40.689-40.690-40.691/AG.

référence à l'objectif général de la loi, mais encore par l'absence de justification objective et raisonnable particulière pour exclure la «langue» et la «conviction politique» de la liste des critères.

21. Dans la mesure où l'avant-projet entend transposer en droit interne la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, il apparaît au Conseil d'État que le recours exclusif aux critères mentionnés dans cette directive pourrait certainement être considéré comme une «justification objective et raisonnable» pour exclure d'autres critères, pour autant que le champ d'application de la loi concerne le champ d'application de la directive. Les mêmes considérations valent pour les critères figurant dans les directives dont la transposition est envisagée par les deux autres avant-projets à l'examen.

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

22. Tout d'abord, il importe de souligner la différence fondamentale qui existe entre une «liste ouverte» et une «liste fermée» de critères. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽³⁰⁾, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, contiennent une «liste ouverte» de critères. Comme le précise l'auteur dans l'exposé des motifs, la liste figurant dans ces textes a uniquement pour objectif de mentionner les critères «dont l'importance est a priori la plus grande» et dont l'utilisation est par conséquent «la plus suspecte». Le seul fait qu'un critère ne soit pas mentionné expressément dans cette liste n'a toutefois pas pour conséquence qu'une victime de discrimination sur la base de ce critère ne serait pas protégée par les dispositions conventionnelles. En revanche, la reproduction des critères figurant dans la "liste ouverte" des conventions dans la «liste fermée» dressée à l'article 3 du projet a des effets nettement plus décisifs. La protection de la loi ne pourra pas être invoquée contre une discrimination fondée sur un critère ne figurant pas dans la liste. Même si le législateur peut partir du principe que les critères figurant dans les conventions sont importants et «les plus suspects», encore doit-il, dans sa justification, expressément prendre en compte les conséquences de l'inégalité de traitement qu'il instaure, notamment au regard du principe de proportionnalité. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de compléter la justification sur ce point.

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

a) Il ressort de l'arrêt susmentionné de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 que ce sont tout d'abord les critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui doivent être pris en considération. Toutefois, l'auteur de l'avant-projet paraît manifestement s'inspirer surtout de l'article II-81 du Traité

⁽³⁰⁾ *Note infrapaginale 44 dans l'avis cité* : Dans la suite de l'avis : la Convention européenne des droits de l'homme.

établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité n'est pas encore entré en vigueur pour l'heure. L'article II-81 correspond certes à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais celle-ci n'a quant à elle pas de force obligatoire en droit. L'auteur de l'avant-projet justifie sa méthode en soutenant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne «constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination». On peut admettre qu'il s'agit d'un motif suffisant pour également prendre en compte les critères mentionnés à l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en plus des critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

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

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

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

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

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

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

critères mentionnés dans les deux autres avant-projets soumis au Conseil d'État ⁽³¹⁾, on constate que les critères suivants ne sont pas repris de :

- l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : «toutes autres opinions», l'«origine sociale», l'«appartenance à une minorité nationale»;
- l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : «toute autre opinion», l'«origine sociale», la «fortune», la «naissance ou (...) toute autre situation»;
- l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : «les origines sociales», «toute autre opinion», l'«appartenance à une minorité nationale».

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

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

(...)"

Le présent avant-projet de décret vise à lutter contre la discrimination fondée notamment sur "l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale".

Dans la partie générale de l'exposé des motifs, sous le point 3, intitulé "Les motifs de discrimination prohibés", il est précisé :

"L'avant-projet de décret comprend une liste limitative de motifs de discrimination protégés identique à celle qui figure dans les lois fédérales du 10 mai 2007 et reprend la quasi-totalité de la liste des critères visés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, «laquelle constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination».

Néanmoins, à l'instar des lois fédérales, le critère, contenu dans la Charte des droits fondamentaux, relatif aux «autres opinions» peut être estimé comme

⁽³¹⁾ *Note infrapaginale 45 de l'avis cité* : Il s'agit du critère "sexe" dans le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et des critères "nationalité, prétendue race, couleur de peau, ascendance ou origine nationale ou ethnique" à l'article 3 du projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

superflu dans la mesure où les convictions philosophiques et religieuses, d'une part, et les opinions politiques, d'autre part, recouvrent cette notion. Le motif d'«appartenance à une minorité nationale» est écarté car cette notion, bien qu'irréductible aux autres caractéristiques reprises dans l'avant-projet de décret (langue commune, identité ethnique ou conviction religieuse), ne peut s'apprécier sans recourir directement à l'une ou plusieurs de celles-ci et ne peut dès lors constituer un motif de discrimination distinct. Enfin, par souci de transparence et de sécurité juridique une liste limitative de critères de discrimination donnant lieu à une protection décrétable; les autres formes de discrimination sont quant à elles interdites par les articles 10 et 11 de la Constitution."

Or, pour ce qui concerne spécialement le critère "minorité nationale", la section de législation du Conseil d'État ne peut que réitérer l'observation faite dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG :

"26. En ce qui concerne le critère «minorité nationale», l'exposé des motifs donne à penser que l'absence de ce critère à l'article 3 de l'avant-projet serait compensée par les critères «langue», «religion» et «origine ethnique». Le Conseil relève toutefois à cet égard qu'il existe dans la notion de minorité un élément d'identification collective faisant défaut dans les notions d'origine ethnique, de langue ou de religion, qui lui confère donc une portée autonome, indépendamment du fait que le rattachement à une minorité ne résulte pas nécessairement des seuls trois éléments précités. (...)".

Article 3

1. Les définitions des notions d'"actions positives", de "relations d'emploi", d'"enseignement", de "politique de santé" et de "groupements d'intérêts" (article 3, 10/, 11/, 12/, 13/ et 16/ (lire : 17/) de l'avant-projet de décret) sont inutiles dans la mesure où elles font double emploi avec les articles 6, 8, 17, 23 et 40 (lire : 38), de l'avant-projet de décret.

2. L'article 3, 17/ (lire 18/) ⁽³²⁾, définit "le Gouvernement" comme "le Gouvernement de la Communauté française". Une telle définition est inutile et doit être omise. En effet, un décret de la Communauté française ne peut émaner que de son

⁽³²⁾ L'article 3 de l'avant-projet, après le 13/, reprend la numérotation à 12/; une erreur semblable s'est produite dans le commentaire des articles à partir du 5/; il appartient à l'auteur de l'avant-projet de corriger ces erreurs lors du dépôt du projet sur le bureau du Parlement.

Parlement et ne concerner ou habiliter que son Gouvernement sans qu'il faille le définir ou le préciser davantage. Cela va de soi.

Par ailleurs, l'article 34, § 2, appelle la même observation en tant que l'habilitation précise que le Gouvernement est celui "de la Communauté française".

Article 4

Compte tenu de l'observation générale I.3.1. et afin d'éviter toute redondance dans le dispositif du décret, il est suggéré de rédiger cette disposition comme suit :

"Art. 4. Le présent décret s'applique, dans chacun des domaines mentionnés ci-après, dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution, à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en tant qu'il contient des dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement :

- 1/ les relations d'emploi;
- 2/ l'enseignement;
- 3/ la politique de santé;
- 4/ les avantages sociaux;
- 5/ l'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée par la Communauté française;
- 6/ l'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture."

Article 6

Le paragraphe 3 de l'article 6 de l'avant-projet de décret précise que le Gouvernement détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en oeuvre, dans le respect des conditions fixées au paragraphe 2.

Selon le commentaire de l'article,

"Les politiques d'action positive émanent des autorités publiques. En conséquence, les acteurs privés ne peuvent mettre en oeuvre des actions positives que s'il y a organisation expresse de celles-ci via arrêté du Gouvernement qui en fixe le cadre. Le Gouvernement précise ainsi dans quels cas les personnes privées peuvent ou, le cas échéant, doivent introduire de telles mesures.

L'auteur de l'avant-projet a en effet considéré qu'un directeur de centre d'activités sportives, par exemple, ne peut avoir qu'une connaissance microscopique, et non globale, de la répartition ethnique, sexuée, ... des bénéficiaires du secteur d'activité dans lequel il s'inscrit. Seule l'autorité publique peut offrir une vision panoramique, et stimuler le cas échéant les acteurs privés à mettre en oeuvre une politique d'action positive qui satisfasse aux conditions de licéité fixées par la Cour constitutionnelle."

Dans son avis 40.689-40.690-40.691/AG, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a, au sujet de dispositions comparables figurant dans les trois avant-projets de loi devenus les lois du 10 mai 2007 ⁽³³⁾, relevé à ce sujet :

"(...), les dispositions à l'examen appellent les observations suivantes :

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

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

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

⁽³³⁾ La loi antidiscrimination "racisme", la loi antidiscrimination "genre" et la loi antidiscrimination "cadre général".

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

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

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

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

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour le paragraphe 3 de l'article 6 de l'avant-projet de décret.

Article 8

1. Tant l'article 3, 11/, que l'article 8, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret excluent du champ d'application du décret les services du Gouvernement visés à l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le commentaire de l'article 3 consacré aux "relations d'emploi" apporte les précisions suivantes :

"Pour rappel, si l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 attribue au seul décret la vocation de régler le fonctionnement des organismes qu'il vise, et donc aussi celle d'y prohiber les discriminations visées dans les directives européennes, par contre, l'article 87 de la même loi spéciale réserve aux seuls Gouvernements communautaires et régionaux la compétence de fixer les règles relatives au statut de leur personnel.

.../...

En effet, l'article 87, § 3, qui dispose que «les Communautés et les Régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire, à l'exception des règles relatives aux pensions», doit être lu en combinaison avec les paragraphes qui le précèdent, lesquels constituent le miroir de l'article 107 de la Constitution qui, au niveau fédéral, réserve au Roi la compétence de nommer aux emplois d'administration générale et donc - selon l'interprétation constante de cette disposition - de régler le statut du personnel ainsi nommé.

Il en résulte qu'il appartient au seul Gouvernement de la Communauté française de déterminer, par arrêté, le statut de son personnel et, donc, de prévoir que celui-ci ne pourrait commettre les discriminations visées par les directives européennes."

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 que 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.

Comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'État dans un avis récent ⁽³⁴⁾ :

"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, comme en l'espèce, du législateur régional bruxellois [...], 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"[...]. 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."

⁽³⁴⁾ Avis 39.682/1, donné le 31 janvier 2006, sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale "portant participation proportionnelle sur le marché de l'emploi" (Doc., Parl. R.B.C., 2004-2005, n/ A-138/2).

Rien n'empêche dès lors d'étendre le champ d'application du titre II, chapitre I^{er}, de l'avant-projet de décret aux services visés à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il serait d'ailleurs préférable de procéder de la sorte pour assurer une uniformité en la matière ⁽³⁵⁾.

2. Conformément à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le décret peut accorder aux organismes visés à l'article 9, alinéa 1^{er}, de cette loi spéciale la personnalité juridique. Ces personnes morales de droit public qui dépendent de la Communauté française sont soumises à l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et leur personnel est donc, en principe, statutaire.

Il n'en est pas de même pour les "organismes et institutions" dans lesquels la Communauté française prend des participations en capital, sauf lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit public créées par accord de coopération en vertu de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

À l'article 8, § 1^{er}, 1/, de l'avant-projet de décret, il convient dès lors de remplacer les mots "et institutions visés à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, créés par la Communauté française ou dans lesquels elle prend des participations en capital" par les mots "visés à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980".

Article 16

Il convient de remplacer les mots "visé à l'article 14" par les mots "d'un bénéficiaire de l'enseignement visé à l'article 17".

⁽³⁵⁾ Voir en ce sens, l'avis 41.541/1, donné le 16 mars 2006, sur un avant-projet d'ordonnance "betreffende de gelijke kansen en de strijd tegen discriminatie bij aanwerving en bij tewerkstelling" (Voir l'observation 2 sous la "Compétence de la Région de Bruxelles-Capitale") (Doc., Parl. R.B.C., 2006-2007, A-402/1).

Articles 18 à 21

1. Selon les deux sous-intitulés ⁽³⁶⁾ insérés dans le titre II, chapitre II, section 3, de l'avant-projet de décret, les articles 18 et 19 de l'avant-projet de décret s'appliquent à "l'enseignement fondamental et secondaire général" et les articles 20 et 21 de l'avant-projet de décret s'appliquent à "l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice".

Dès lors que les intitulés n'ont pas de valeur normative, il convient de déterminer le champ d'application respectif, d'une part, des articles 18 et 19, et d'autre part, des articles 20 et 21 de l'avant-projet de décret, en les complétant.

2. En vertu de l'article 20, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret, une distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, pourrait être justifiée par des "exigences de la formation essentielles et déterminantes".

Dans le commentaire de l'article 20, il est précisé :

"Cette disposition transpose les articles 2 et 3.1.b combinés des directives 2003/43/CE et 2000/78/CE, ainsi que l'article 14.1.b. de la directive 2006/54/CE, en ce qu'ils formulent une interdiction de toute discrimination directe sur la base du sexe, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, dans l'accès à la formation professionnelle, qui doit être comprise comme l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice, à savoir tous réseaux confondus, et mis à part le fondamental et le secondaire général : enseignement CEFA, université, ...

⁽³⁶⁾ Qu'il conviendrait de qualifier de sous-sections 1^{ère} et 2.

Les directives européennes d'égalité de traitement prévoient néanmoins qu'une distinction directe basée sur un des critères protégés précités peut être justifiée par des exigences de la formation essentielles et déterminantes. Sur la portée de ce concept, il est renvoyé au commentaire de l'article 10." ⁽³⁷⁾

Seule la directive 2006/54/CE dispose que les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée (article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE).

S'agissant d'une règle d'exception (comme le précise le commentaire de l'article 10), il ne peut être admis que l'avant-projet de décret étende le champ d'application *ratione materiae* de l'article 4 de la directive 2000/43/CE et de l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/78/CE - lesquels ne visent que "l'activité professionnelle" ou "les conditions de son exercice", et non "la formation professionnelle" - en s'inspirant de celui de l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE. En conséquence, la seule dérogation qui est admissible à l'article 20 au titre "des exigences de la formation professionnelle essentielles et déterminantes" ne peut viser qu'une caractéristique liée au sexe, conformément à la directive 2006/54/CE.

Article 23

Sous réserve de l'observation faite sous l'article 3 de l'avant-projet de décret, il convient d'omettre les mots "au sens de l'article 5, § 1^{er}, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles".

⁽³⁷⁾ L'enseignement universitaire et l'enseignement technique relèvent en effet de la formation professionnelle au sens du droit européen (voir notamment l'avis 32.759/2, donné le 24 février 2003, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 19 avril 2004 relatif à la transmission des connaissances linguistiques et à l'emploi des langues dans l'enseignement (*Doc.*, Parl. Com. germ., 2003-2004, n/ 146/1, pp. 41 et 42)).

Article 26

Sous réserve de l'observation faite sous l'article 3 de l'avant-projet de décret, il faut remplacer les mots "l'article 3, 12/" par les mots "l'article 3, 14/".

Articles 36 et 37

1. En vertu de l'article 13 de la directive 2000/43/CE, de l'article 12 de la directive 2004/113/CE et de l'article 20 de la directive 2006/54/CE, les États membres doivent désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement.

Selon ces dispositions, en particulier l'article 20 de la directive 2006/54/CE,

"Les États membres veillent à ce que ces organismes aient pour compétence :

- a) (...) d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination;
 - b) de procéder à des études indépendantes concernant les discriminations;
 - c) de publier des rapports indépendants et de formuler des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations
- (...)" ⁽³⁸⁾.

2. Même si la Cour de justice des Communautés européennes considère que la transposition en droit interne n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des règles européennes dans une disposition légale expresse, il est fortement recommandé que la terminologie utilisée dans les dispositions de droit interne transposant les directives européennes soit aussi fidèle que possible à celle utilisée par ces dernières.

⁽³⁸⁾ L'article 20 de la directive 2006/54/CE prévoit en outre :
"d) au niveau approprié, d'échanger les informations disponibles avec des organismes européens homologues, tels qu'un Institut européen de l'égalité des sexes".

En outre, il revient au législateur lui-même de désigner un ou plusieurs organismes pour accomplir ces missions.

3. S'il est envisagé de confier l'exercice de ces missions au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, il y a lieu de conclure préalablement un accord de coopération avec l'autorité fédérale en vertu de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cet accord devrait être conclu avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet de décret qui vise le Centre et l'Institut. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de cet accord et de ces dispositions de l'avant-projet devraient intervenir concomitamment.

Il ne convient pas, en toute hypothèse, qu'une disposition décrétales confirme le dispositif applicable de plein droit en vertu de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, organisant le régime des accords de coopération entre l'autorité fédérale et les régions.

4. Par conséquent, les articles 36 et 37, § 2, de l'avant-projet de décret doivent être fondamentalement revus.

Article 41

Comme le précise le commentaire l'article 41 de l'avant-projet de décret,

"Cette disposition est directement inspirée de l'article 28 de la loi du 10 mai 2007, et des dispositions équivalentes dans la loi «anti-racisme» et la «loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes»".

Il convient toutefois de rappeler que, dans son avis donné sur les amendements⁽³⁹⁾ qui sont, sans qu'il y ait été apporté de modifications à la suite dudit avis,

⁽³⁹⁾ Avis 42.399/AG, 42.200/AG et 42.201/AG, donné le 6 mars 2007, sur des amendements aux projet de loi devenus les lois du 10 mai 2007 précitées (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n/ 51-2720/008, 51-2721/005 et 51-2722/005).

devenus les dispositions précitées des lois du 10 mai 2007, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État avait relevé :

"7. (...)

Les dispositions citées plus haut, sous le n/ 4, des directives pertinentes en matière de partage de la charge de la preuve des discriminations, laissent aux États membres le soin d'organiser le système; il leur appartient bien entendu à cette occasion de respecter les principes fondamentaux de leur ordre juridique sur ces questions, en ce compris le principe de légalité.

8. Les amendements à l'examen ne paraissent pas rédigés, sur ce point, de manière adéquate.

Ainsi, les éléments proposés par les paragraphes 2 et 3 des dispositions proposées pour établir les faits constitutifs de la présomption de l'existence d'une discrimination ne sont énumérés qu'à titre exemplatif.

En outre, les notions comme celles de «certaine récurrence de traitement défavorable», de «différents signalements», de «personne de référence», de «statistiques générales», de «faits de connaissance générale», ou de «matériel statistique élémentaire» doivent être explicitées dans le texte même.

(...)

9. Comme il a été déjà relevé, si, comme les dispositions qui seraient remplacées, les amendements tendent à transposer certaines des directives mentionnées à l'article 2 des projets de loi, ces directives n'instituent pas comme tels les mécanismes généraux prévus par les amendements à l'examen.

Il ne suffit dès lors pas de se référer à ces directives, comme dans la justification des amendements, pour rendre ces derniers admissibles au regard du principe de légalité.

À cet égard, la référence à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mentionnée également dans cette justification, suscite des difficultés.

En premier lieu, les arrêts mentionnés de la Cour de justice concernent tous l'application de l'article 141 (ex-article 119) du traité CE, relatif au principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, et de la directive 75/117/CE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. En d'autres termes, ces arrêts se rapportent à une distinction fondée sur un seul critère et dans une matière déterminée, laquelle n'entre dans le champ d'application que du projet de loi-genre, conformément à son article 6, § 2, 2/. Les amendements ont, par contre, vocation à s'appliquer à tous les critères et dans toutes matières couvertes par les trois projets de loi.

.../...

En outre, les affaires qui ont donné lieu à ces arrêts sont antérieures aux directives européennes 97/80/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE précitées. Dans le bref délai qui lui a été imparti, il a été impossible à la section de législation du Conseil d'État de vérifier si les données juridiques relatives à ces arrêts peuvent être transposées à celles qui concernent, de manière bien plus générale, l'ensemble des directives qu'il est envisagé de transposer par les projets de loi concernés.

Des doutes surgissent toutefois sur ce point.

Ainsi, s'agissant par exemple de la prise en compte, pour présumer la discrimination directe, des «éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence», le procédé implique que la comparaison est établie en détail en manière telle qu'il n'est pas tenu compte des facteurs autres que le critère protégé, qui pourraient justifier la différence de traitement.

C'est cette méthode que la Cour de justice a adoptée dans l'affaire Brunnhofer ⁽⁴⁰⁾. La Cour a estimé que, lorsqu'une travailleuse prouve qu'elle reçoit une rémunération inférieure à celle d'un collègue masculin et qu'elle effectue un travail identique ou de valeur égale à celui de son collègue, elle est à première vue victime d'une discrimination fondée sur le sexe. Il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité des rémunérations. Pour ce faire, l'employeur peut établir que le travail effectué n'est en fait pas comparable ou de valeur égale ou que la différence de rémunération est justifiée par un facteur objectif.

La question se pose de savoir si ce renversement de la charge de la preuve sur la base de l'élimination d'autres facteurs peut également être appliqué en dehors du contexte de l'égalité des rémunérations. Dans le cas où deux travailleurs effectuent un travail de valeur égale, on peut en effet raisonnablement escompter qu'ils reçoivent une rémunération identique. Si tel n'est pas le cas, une discrimination peut raisonnablement être présumée. Dans d'autres cas, notamment celui où il convient d'opérer un choix entre différentes personnes concernées, comme par exemple lors d'un recrutement, d'une promotion, d'un licenciement ou lors de la vente et de la location d'un bien, il n'est pas raisonnable de déduire une présomption de discrimination de la simple différence de traitement. En effet, dans un certain nombre de cas, l'employeur, le vendeur, le bailleur, etc., est inévitablement amené à procéder à une distinction en raison de la nature de l'acte même.

10. Il résulte de ce qui précède que les mécanismes de mise en oeuvre du renversement de la charge de la preuve, tels qu'ils sont envisagés par les amendements, devraient être plus soigneusement encadrés par le législateur."

Une observation analogue vaut pour le présent avant-projet de décret.

⁽⁴⁰⁾ *Note infrapaginale 19 de l'avis cité* : C.J.C.E., 26 juin 2001, C-381/99, Susanna Brunnhofer et Bank der österreichischen Postsparkasse AG.

Article 43

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il convient de remplacer les mots "visée au § 1^{er}" par les mots "visée à l'alinéa 1^{er}".

2. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 2^e tiret, les mots "groupements d'intérêts visés à l'article XX" doivent être remplacés par les mots "groupements visés à l'article 38".

Au 4^e tiret, les mots "groupements d'intérêts visés à l'article" doivent être remplacés par les mots "groupements d'intérêts visés à l'article 38". Les mots "Centre ou par l'Institut" doivent être omis.

Les mêmes observations valent *mutatis mutandis* pour l'article 44, § 3, 2^e et 4^e tirets.

3. Au paragraphe 4, il convient de remplacer les mots "visée à l'article 47" par les mots "visée à l'article 45".

Article 44

Au paragraphe 3, alinéa 2, il convient de remplacer les mots "visée à l'alinéa 1^{er}, premier à troisième tirets" par les mots "visée à l'alinéa 1^{er}, premier et deuxième tirets".

Article 45

Au paragraphe 2, 2/, il convient de remplacer les mots "prévue à l'article 47" par les mots "prévue à l'article 42".

Articles 46 et 61

Pour ce qui concerne l'intervention du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, il est renvoyé à l'observation faite sous les articles 36 et 37.

Article 49

1. Au paragraphe 1^{er}, il convient de remplacer les mots "groupements d'intérêts visés à l'article 40" par les mots "groupements d'intérêts visés à l'article 38".

2. Au paragraphe 2, les mots "visée à l'article 47 § 2" doivent être remplacés par les mots "visée à l'article 45, § 2".

Article 50

Il résulte de l'article 50, combiné avec l'article 51, de l'avant-projet de décret que l'"incitation à la discrimination indirecte intentionnelle" est sanctionnée pénalement.

Le commentaire de l'article 50 précise à ce sujet,

"Dans son arrêt du 6 octobre 2004, la Cour constitutionnelle avait clairement indiqué que seule la répression pénale des discriminations intentionnelles pouvait être admise.

Malgré cette exigence d'intentionnalité, la discrimination indirecte est aussi retenue comme une forme de discrimination qui peut donner lieu à l'application des dispositions pénales de l'avant-projet.

La discrimination indirecte peut, en effet, revêtir deux formes différentes : une involontaire et une intentionnelle. Vu que la discrimination indirecte se caractérise par un effet discriminatoire dont on peut parfois estimer probable qu'il advienne en fonction de l'expérience commune, il devient parfaitement concevable qu'une discrimination indirecte soit «anticipable», et donc, puisse être «intentionnelle» dans le chef de celui qui la commet.

Les premières affaires dans lesquelles la Cour de Justice des Communautés européennes fut confrontée à des phénomènes de discrimination indirecte entre

.../...

hommes et femmes, étaient d'ailleurs des affaires où l'auteur des mesures querellées cherchait intentionnellement à contourner l'interdiction de discrimination directe entre homme et femme comminée par le droit communautaire (voy. notamment C.J.C.E., *Jenkins c. Kinsgate, Rec.*, 1981, p. 911). De la même manière, le fait d'exiger un bilinguisme parfait de la part d'un candidat à un poste de la Communauté française alors même que la fonction n'entraîne aucun contact avec des usagers néerlandophones révélerait probablement un choix délibéré visant à écarter les migrants."

Concernant des dispositions similaires qui figuraient dans les avant-projets de loi devenus les lois du 10 mai 2007 précitées, l'assemblée générale de la section de législation a, dans son avis 40.689-40.690-40.691/AG, observé ce qui suit :

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

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

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

La Cour jugea :

«B.54. Aux termes de l'article 2, § 2, de la loi, «il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1^{er}, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable».

B.55. Si la référence à la "justification objective et raisonnable" de la disposition, du critère ou de la pratique n'ajoute rien à la définition de la notion de "discrimination" rappelée en B.35, en revanche on imagine mal comment il pourrait être incité intentionnellement à une "pratique apparemment neutre" ou à un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par son "résultat dommageable". Une telle définition contient un élément d'incertitude qui n'empêche pas qu'une discrimination indirecte puisse faire l'objet d'une mesure civile mais qui n'est pas compatible avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale».

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

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

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

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

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

Dans l'avis 39.682/1 précité du 31 janvier 2006, postérieur à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, la section de législation estime en outre que «compte tenu, en particulier, du fait qu'une évaluation de la proportionnalité est requise pour apprécier la discrimination indirecte ⁽⁴¹⁾, force est de conclure que la définition de l'infraction formulée à l'article 11 de la proposition n'est pas conforme au principe de légalité dès lors qu'elle se borne à faire référence à la perpétration d'une "discrimination".»

L'article 50 l'avant-projet de décret appelle la même observation.

⁽⁴¹⁾ *Note infrapaginale 46 de l'avis cité* : Note 21 dans cet avis "discrimination indirecte : lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre défavorise particulièrement certaines personnes (...), à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne se justifie objectivement par un but légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif soient appropriés et nécessaires" (article 2, 9/).

Article 56

Il convient de remplacer les mots "en vertu de l'article 51" par les mots "en vertu de l'article 49".

Article 57

Les mots "articles 53 à 58" doivent être remplacés par les mots "articles 51 à 56".

Article 59

1. Selon le commentaire de l'article,

"Cet article prévoit qu'un service de conciliation peut être créé par le Gouvernement."

Or, le texte en projet n'habilite pas le Gouvernement à créer un service de conciliation. Il doit dès lors être complété sur ce point.

2. L'alinéa 3 de l'article 59 de l'avant-projet de décret prévoit que le rapport annuel des activités du service de conciliation peut "contenir toute proposition susceptible d'améliorer l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle".

La section de législation n'aperçoit pas pourquoi le service de conciliation ne peut pas faire de proposition susceptible d'améliorer l'égalité de traitement dans toutes les matières visées par le présent avant-projet de décret. Il convient dès lors de supprimer les mots "en matière d'emploi et de formation professionnelle".

Article 60

Cet article est inutile et doit dès lors être omis ⁽⁴²⁾.

Observations finales ⁽⁴³⁾

1. La division d'un article en paragraphes est inutile lorsque ceux-ci ne contiennent qu'un seul alinéa ⁽⁴⁴⁾.

2. Les subdivisions en tirets figurant dans l'avant-projet de décret seront remplacées par des subdivisions en 1/, 2/, etc

3. La division d'une section s'opère en sous-section première, 2, etc. et non en intertitres non numérotés.

4. Dans l'ensemble du texte, le substantif chapitre ne prend pas de majuscule.

⁽⁴²⁾ Voir l'avis 44.639/4, donné le 25 juin 2008, sur un avant-projet de décret "instaurant le Conseil de la Jeunesse Wallonie-Bruxelles" (en particulier l'observation 2, 3/, sous l'article 10 et l'observation 5 sous l'article 14).

⁽⁴³⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr, [9 juillet 2008].

⁽⁴⁴⁾ Voir notamment les articles 8 et 9.

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. R. WIMMER, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE