

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 45.702/2
DU 29 DÉCEMBRE 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Collège de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, le 19 décembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret de la Commission Communautaire française "relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement", a donné l'avis suivant :

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

La lettre s'exprime en ces termes :

"Considérant l'urgence motivée par la circonstance que l'avant-projet de décret soumis à l'avis du Conseil d'État a notamment pour objet de mettre en oeuvre la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, dont le défaut de transposition a déjà fait l'objet d'un arrêt du 17 juillet 2008 de la Cour de justice des Communautés européennes condamnant le Royaume de Belgique."

*
* * *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, 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 de l'avant-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 a pour objet d'assurer la transposition des directives suivantes :

- 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, modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail;

.../...

- la directive 2000/43/CE du 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;
- 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;
- 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 services;
- la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ⁽¹⁾.

Ces directives présentent des similitudes; elles présentent toutefois aussi des différences essentielles, notamment quant à leur champ d'application, quant aux critères de discrimination qu'elles entendent prohiber, quant aux justifications des différences de traitement admises et quant à leur délai de transposition.

Comme il ressort de l'exposé des motifs, l'avant-projet vise à lutter contre les discriminations et à promouvoir le principe d'égalité de traitement dans le cadre, d'une part, des compétences communautaires exercées par la Commission communautaire française et, d'autre part, des relations professionnelles au sein de la fonction publique de la Commission communautaire française.

⁽¹⁾ Cette directive 2006/54/CE opère entre autres une refonte de la directive 76/207/CEE modifiée par la directive 2002/73/CE, qu'elle abroge. Elle opère également une refonte des dispositions d'autres directives - comme, par exemple la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, et la directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins - à la transposition desquelles l'avant-projet à l'examen n'entend pas procéder.

Certaines des directives précitées ont déjà fait l'objet de certaines mesures de transposition au sein de la Commission communautaire française par le biais de son décret du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle ⁽²⁾. L'avant-projet de décret examiné vise donc à poursuivre et compléter la transposition entamée.

2. Comme le relève également l'exposé des motifs, afin d'assurer une cohérence maximale entre les différents instruments en matière de droit de la non-discrimination, le présent avant-projet s'appuie sur le cadre conceptuel européen et fédéral, et tout particulièrement sur celui en vigueur dans la Région de Bruxelles-Capitale.

Toutefois, plutôt que d'adopter, comme au niveau fédéral, des législations distinctes ⁽³⁾, 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 transversal de lutte contre les discriminations couvrant les domaines de compétence de la Commission communautaire française énumérés à l'article 4, § 1^{er}, et s'appliquant également aux relations de travail qui se nouent au sein des institutions publiques de la Commission communautaire française telles que définies à l'article 5, 16/, de l'avant-projet.

⁽²⁾ Conformément à son article 2, le décret de la Commission communautaire française du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle a en effet déjà pour objet de transposer, fût-ce partiellement, "la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, de la Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, de 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 et de la Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail".

⁽³⁾ À savoir, 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, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et de 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.

Formalités préalables

Il résulte de la deuxième phrase de chacun des alinéas 2, des paragraphes 1^{er} à 5, de l'article 5, du décret du 5 juin 1997 portant création du Conseil consultatif bruxellois francophone de l'aide aux personnes et de la santé que, lorsqu'un projet de texte normatif tend à régler des questions concernant des secteurs d'activités déterminés, énumérés par ces dispositions, de la compétence de la Commission communautaire française, ce projet doit être soumis à l'avis de la ou des sections du Conseil consultatif compétentes pour les secteurs d'activités dont il s'agit.

Tel est le cas de l'avant-projet de décret à l'examen : notamment compte tenu des dispositions modificatives qui figurent en son chapitre VI, il règle des questions concernant chacun des secteurs d'activités énumérés à ces paragraphes 1^{er} à 5. L'avant-projet de décret doit donc être soumis à l'avis de chacune ⁽⁴⁾ des sections du Conseil consultatif.

Ces avis ne sont pas joints au dossier communiqué à la section de législation.

L'auteur du projet veillera à l'accomplissement de la formalité requise.

⁽⁴⁾ Voir à ce propos l'avis 37.837/4, donné le 15 décembre 2004, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 16 juin 2005 relatif à l'agrément et à l'octroi de subventions aux organismes représentatifs de l'Action sociale et de la Famille (*Doc. parl*, Assemblée de la Commission communautaire française, 2004-2005, n° 27/1, p. 10) ainsi que l'avis 39.599/4, donné par la section de législation du Conseil d'État, le 10 janvier 2006 sur un projet devenu l'arrêté 2005/840 du Collège de la Commission communautaire française du 23 mars 2006 portant exécution du décret de la Commission communautaire française du 16 juin 2005 relatif à l'agrément et à l'octroi de subventions aux organismes représentatifs de l'action sociale et de la famille.

Examen du projet

Observations préalables

1. Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé ⁽⁵⁾, 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 en cause et des dispositions de l'avant-projet, soient établis dans les deux sens ⁽⁶⁾, soient annexés à la lettre de demande d'avis adressée à la section de législation afin d'en faciliter l'examen ⁽⁷⁾ et soient joints au projet législatif lui-même ⁽⁸⁾. Ces tableaux sont en effet très utiles pour l'assemblée législative mais également pour les destinataires des règles. Ils permettent 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. Pareille exigence correspond par ailleurs aux considérants de plusieurs des directives que l'avant-projet examiné vise précisément à transposer ⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ 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 aussi le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n^{os} 15 à 17 (<http://www.conseildetat.be>) et notamment l'avis 44.742/4, donné le 9 juillet 2008, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de décret de la Communauté française "de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination" (*Doc. parl.*, Parl. Comm. Fr., 2008-2009, n/ 601/1, pp. 91-92).

⁽⁶⁾ Voir sur ce point *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, (<http://www.conseildetat.be>) qui requiert expressément l'établissement de deux tableaux de transposition : un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'acte de transposition et un tableau de correspondance entre les articles de l'acte de transposition et ceux de la directive (p. 118, §§ 191.1 et 191.2).

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 118, § 192.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 118, § 193.

⁽⁹⁾ Voir les considérants (29) de la directive 2004/113/CE, (41) de la directive 2006/54/CE en vertu desquels "(...) 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".

La nécessité d'établir et de communiquer les tableaux de transposition des directives concernées dans les deux sens est d'autant plus essentielle en ce qui concerne le présent avant-projet de décret, vu la complexité de son contexte juridique tant européen qu'interne: non seulement il procède à la transposition simultanée de plusieurs directives européennes présentant chacune leurs propres spécificités, mais en outre les compétences de la Commission communautaire française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et, de plus, la matière se caractérise par une grande technicité juridique. L'exigence précitée s'avère également d'autant plus fondamentale dans le cas d'espèce vu le contentieux, au niveau européen, relatif au défaut de transposition adéquate de diverses dispositions des directives susmentionnées ⁽¹⁰⁾.

2. De manière générale, le présent avis se limite aux observations fondamentales qui suivent. Celles-ci s'inspirent en grande partie des observations formulées par la section de législation dans de précédents avis puisque nombre de dispositions de l'avant-projet examiné reproduisent dans une large mesure les quatre lois fédérales du 10 mai 2007 de même que d'autres actes législatifs adoptés par les régions et communautés.

Compte tenu de la complexité de la matière traitée par l'avant-projet à l'examen et vu le très bref délai laissé au Conseil d'État pour examiner le texte en projet, il n'a pas été possible d'examiner si celui-ci assure effectivement la parfaite transposition de toutes et chacune des dispositions des directives concernées. Sur ce point aussi, le présent avis se limite donc à certaines observations fondamentales.

Le silence gardé dans le présent 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 dudit avant-projet ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Voir la procédure en manquement engagée par la Commission européenne à l'encontre de la Belgique et l'arrêt rendu par la CJCE en date du 17 juillet 2008 qui conclut que le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 2002/73/CE (CJCE, arrêt du 17 juillet 2008, Commission c. Belgique, C-543/07).

⁽¹¹⁾ Voir l'avis 44.742/4, précité, p. 91.

Observations générales : la répartition des compétences entre l'État fédéral,
les régions et les communautés ⁽¹²⁾

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 2 : "dans le cadre des compétences de la Commission communautaire française",

⁽¹²⁾ Ne sont ici évoquées que les questions de compétence au regard desquelles le texte en projet est, *a priori*, source de difficultés. Pour le surplus, il est renvoyé à l'avis donné par la section de législation du Conseil d'État le 11 juillet 2006 sur les avant-projets devenus 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, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 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, ci-après "l'avis 40.689-40.690-40.691/AG"(40.689/AG : *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n° 2720/1; 40.690/AG : *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n° 2721/1; 40.691/AG : *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n° 2722/1.); sur ces mêmes lois, voir également l'avis 41.417/AG à 41.420/AG, donné le 6 octobre 2006 (*Doc. parl.* Chambre, 2006/2007, n°s 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°s 2720/1, 2721/1, 2722/1). Il est également renvoyé à l'avis 42.960/4, donné le 22 mai 2007, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise (*Doc. parl.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2007-2008, n° A-467/1, pp. 23 à 36), à l'avis 44.710/2, donné le 7 juillet 2008, sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 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 (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 842-1, pp. 30 à 35), ainsi qu'à l'avis 44.742/4, donné le 9 juillet 2008, sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination" (*Doc. parl.*, Parl. Comm. Fr., 2008-2009, n° 601/1, pp. 86 à 125).

- à l'article 3 : "dans les domaines de compétence de la Commission communautaire française",
- à l'article 4, § 1^{er}, liminaire: "et dans le respect des compétences de la Commission communautaire française",
- à l'article 8 : "dans les matières [...] qui relèvent de la compétence de la Commission communautaire française".

2. À ce sujet, dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG ⁽¹³⁾, 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,

⁽¹³⁾ Avis donné par la section de législation du Conseil d'Etat le 11 juillet 2006 sur les avant-projets devenus 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, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 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, cité à la note précédente.

de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures ⁽¹⁴⁾, 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 ⁽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

⁽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".

⁽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.

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 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."

⁽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.

⁽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.

3. Il résulte de cet avis que la Commission communautaire 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 Commission communautaire 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⁾.

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 Commission communautaire française ne s'exercent par décret que conformément aux articles 127, 128 et 138 de la Constitution, aux dispositions de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, et de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relatives aux institutions bruxelloises, et aux dispositions des décrets spéciaux relatifs aux transferts de certaines compétences de la communauté française à la Région wallonne et à la Commission

⁽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").

⁽¹⁹⁾ Sous réserve de l'observation particulière formulée sous cet article.

communautaire française⁽²⁰⁾ et que toute disposition décrétable en la matière ne peut se lire que conformément à ces dispositions.

II. La compétence en matière de droit civil

1. Diverses dispositions de l'avant-projet de décret 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.

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⁽²¹⁾ 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

⁽²⁰⁾ Voir, d'une part, le décret de la Communauté française du 5 juillet 1993 relatif au transfert de l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, et le décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 8 juillet 1993 relatif au transfert de l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Commission communautaire française; voir, d'autre part, le décret de la Communauté française 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 le décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française.

⁽²¹⁾ *Note infrapaginale 9 de l'avis cité* : Voir C.C., n/ 51/93, 1^{er} juillet 1993, B.1.6; avis 33.334/VR, donné le 24 juin 2003, sur une proposition d'ordonnance "relative à l'assainissement des sols", *Doc. parl.*, CRBC, 2000-2001, n/ A-221/1; voir également C.C., n/ 27, 22 octobre 1987, 3.B.3.1 à 3.B.3.4.

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 ⁽²²⁾.

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" ⁽²³⁾, 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. 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 ⁽²⁴⁾ :

«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 décréteil sur cette matière ne soit que marginale ⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ *Note infrapaginale 10 de l'avis cité* : Voir l'avis 43.574/2, précité.

⁽²³⁾ *Note infrapaginale 11 de l'avis cité* : Doc., Vl. Parlement, 2007-2008, n/ 1578/1.

⁽²⁴⁾ *Note infrapaginale 12 de l'avis cité* : Traduction libre.

⁽²⁵⁾ *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, donné le 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.

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. [...]."

2. En l'espèce, l'exposé des motifs comporte des justifications au regard de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce qui concerne différentes dispositions du texte en projet relatives aux nullités et aux mécanismes d'indemnisation des victimes de discrimination.

Par contre, aucune justification de ce type n'est avancée en ce qui concerne l'article 25 ⁽²⁶⁾ de l'avant-projet qui a trait à la charge de la preuve.

À propos de cette disposition, une observation similaire à celle formulée dans l'avis 44.710/2, précité, doit également être formulée ⁽²⁷⁾.

III. La compétence en matière de droit judiciaire

1. Diverses dispositions de l'avant-projet de décret 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 divers 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.

⁽²⁶⁾ Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation particulière formulée à propos de cet article.

⁽²⁷⁾ Voir en ce sens, l'avis 44.742/4, précité, pp. 97 à 99.

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 ⁽²⁸⁾.

Dans l'avis 43.835/1 précité, la section de législation a estimé, à propos de dispositions similaires ce qui suit ⁽²⁹⁾ :

«Il résulte de la jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'Etat 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 (...) 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»."

2. En l'espèce, l'exposé des motifs comporte des justifications au regard de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce qui concerne différentes dispositions du texte en projet relatives à l'action en cessation et à la possibilité d'assortir la condamnation d'une astreinte.

Par contre, aucune justification de ce type n'est avancée en ce qui concerne les articles 27 et 28 de l'avant-projet qui ont trait à la possibilité pour divers organes et groupements d'introduire une action en justice.

À propos de cette disposition, une observation similaire à celle formulée dans l'avis 44.710/2, précité, doit également être formulée.

⁽²⁸⁾ *Note infrapaginale 14 de l'avis cité* : voir l'avis 43.574/2, précité.

⁽²⁹⁾ *Note infrapaginale 15 de l'avis cité* : traduction libre.

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

1. L'avant-projet à l'examen ne comporte aucune disposition en matière de protection contre le harcèlement et le harcèlement sexuel.

L'exposé des motifs s'en explique comme suit :

"[...] le "harcèlement" et le "harcèlement sexuel", qui constituent des discriminations au sens des Directives anti-discrimination (article 2.3. de la Directive 2002/78/CE, articles 2.2. et 2.3. de la Directive 76/207/CE, article 2.3. de la directive 2000/43/CE, article 2.2. de la Directive 2006/54/CE, article 4.3. de la directive 2004/113/CE), ne sont pas traités comme tels par le présent décret.

La section de législation du Conseil d'État a estimé en effet, dans l'avis qu'elle a rendu sur un avant-projet d'ordonnance bruxelloise se donnant un objet similaire au présent décret, que l'interdiction du harcèlement et du harcèlement sexuel constitue une compétence exclusive du législateur fédéral ayant trait au bien-être au travail, qui relève du droit du travail⁽³⁰⁾. Le dispositif fédéral en la matière, en particulier la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail qui a été modifiée par la loi du 10 janvier 2007 en vue de transposer les Directives européennes "anti-discrimination", s'applique, du reste, aux relations de travail au sein des institutions publiques de la Commission communautaire française."

Il est vrai que dans son avis 42.960/4, précité, donné sur un projet devenu l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, la section de législation du Conseil d'État a observé ce qui suit :

"Réglant certains aspects du statut des agents statutaires et contractuels de l'administration, des organismes d'intérêt public et des organismes pararégionaux,

⁽³⁰⁾ *Note infrapaginale 21 de l'exposé des motifs : Avis 42.960/4 rendu le 22 mai 2007 sur un avant-projet d'ordonnance relative à la diversité dans la fonction publique régionale bruxelloise, 42.960/4, Doc., C.R.B., sess. 2007-2008, n/ A-467/1.*

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 ⁽³¹⁾.

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 ⁽³²⁾.

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

Toutefois, l'avant-projet de décret à l'examen a une portée et un champ d'application beaucoup plus larges que l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

En effet, son champ d'application ne se limite pas aux relations de travail qui se nouent au sein des "institutions publiques de la Commission communautaire française"; il vise des matières aussi variées que la "politique de santé", l'"aide aux personnes", l'"accès aux biens et services", etc.

⁽³¹⁾ *Note infrapaginale 15 de l'avis cité* : 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).

⁽³²⁾ *Note infrapaginale 16 de l'avis cité* : 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 32ter de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Ce champ d'application doit être mis en rapport avec les directives européennes que l'avant-projet entend transposer.

Ainsi, plusieurs de ces directives interdisent le "harcèlement" et le cas échéant le "harcèlement sexuel", en tant que formes de "discrimination", et ce, dans des domaines qui excèdent des relations qui se nouent dans le milieu de travail ⁽³³⁾.

Par conséquent, sous réserve de la compétence fédérale en matière de bien-être au travail, il appartient à la Commission communautaire française de vérifier si, dans les limites de ses compétences, il n'y a pas des situations couvertes par les dispositions des directives concernées qui ont trait au "harcèlement" et au "harcèlement sexuel", qui échapperaient au champ d'application du chapitre Vbis de la loi du 4 août 1996, précitée, et qui nécessiteraient un règlement particulier.

Observations particulières

Dispositif

Article 3

L'article 3 n'a pas de portée normative. Il doit être omis. L'intitulé du Chapitre II de l'avant-projet doit être revu en conséquence.

Article 5

L'avant-projet de décret énumère de manière limitative les critères sur la base desquels les "discriminations" sont en principe interdites, ci-après dénommés les "critères protégés".

⁽³³⁾ Voir, par exemple, les articles 2 et 3.1, e) à h), de 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, ainsi que les articles 2 et 3.1., de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

Parmi ces critères figurent non seulement les critères fixés par les directives visées à l'article 2 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, entre autres dans 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 ⁽³⁴⁾, 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.

⁽³⁴⁾ Avis 40.689-40.690-40.691/AG.

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

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

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

22. Tout d'abord, il importe de souligner la différence fondamentale qui existe entre une «liste ouverte» et une «liste fermée» de critères. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽³⁵⁾, 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.

⁽³⁵⁾ *Note infrapaginale 44 dans l'avis cité* : Dans la suite de l'avis : la Convention européenne des droits de l'homme.

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

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

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

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

(...)

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. (...)." ⁽³⁶⁾.

L'avant-projet à l'examen appelle des observations similaires.

⁽³⁶⁾ Voir, en ce sens, l'avis 44.742/4, précité, pp. 102 à 107.

Article 10

Vu la technique législative retenue, à savoir le choix d'un texte transversal pour transposer plusieurs directives, l'article 10 du présent avant-projet a une portée générale. Or, si la justification des différences de traitement en la matière est effectivement exprimée de manière générale par l'article 4 de la directive 2000/43/CE, précitée, et l'article 4 de la directive 2000/78/CE, précitée, elle ne l'est pas de manière aussi générale par la directive 76/207/CE telle que modifiée par la directive 2002/73/CE, précitée, ni par la directive 2006/54/CE, précitée.

Chacune de ces deux dernières directives restreint, en effet, pareille justification à l'accès à l'emploi y compris la formation qui y donne accès ⁽³⁷⁾.

Dans cette mesure, le Conseil d'État s'interroge sur la question de savoir si l'article 10 transpose correctement les deux dernières directives citées.

Article 13

Il suit du paragraphe 1^{er} de l'article 13 de l'avant-projet de décret qu'une différence de traitement sur la base des "critères protégés" ne constitue pas une discrimination directe ou indirecte lorsque cette différence de traitement constitue une mesure d'action positive autorisée par le Collège. Le paragraphe 2 du même article prévoit qu'une mesure d'action positive ne peut être mise en oeuvre que moyennant le respect de quatre conditions déterminées.

Selon le commentaire de l'article,

"Le premier paragraphe de cette disposition énonce une exception à l'interdiction des discriminations pour les mesures d'action positive. Les mesures d'actions positives sont autorisées et, par conséquent, elles n'entraînent pas de discrimination (directe ou indirecte).

Le deuxième paragraphe définit les conditions d'utilisation des mesures d'action positive. Il convient de tenir compte de la jurisprudence européenne en la matière, ainsi que de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Conformément

⁽³⁷⁾ Article 2, paragraphe 6, de la directive 76/207/CE (consolidée), précitée, et l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE, précitée.

à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les mesures d'action positive ne peuvent s'appliquer que dans les cas où (1) il existe une inégalité manifeste, (2) la disparition de cette inégalité est désignée comme un objectif à promouvoir, (3) ces mesures ont un caractère temporaire, c'est-à-dire qu'elles cessent lorsque l'objectif poursuivi est atteint et enfin (4) ces mesures ne limitent pas inutilement les droits d'autrui ⁽³⁸⁾."

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 ⁽³⁹⁾, 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.

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.

⁽³⁸⁾ *Note infrapaginale 24 de l'exposé des motifs*: Voir notamment Cour Constitutionnelle, arrêt n/ 9/94, 27 janvier 1994, B.6.2. et arrêt, n/ 157/2004, 6 octobre 2004, B. 76-79).

⁽³⁹⁾ La loi antidiscrimination "racisme", la loi antidiscrimination "genre" et la loi antidiscrimination "cadre général".

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 l'article 13 de l'avant-projet de décret.

Articles 19 et 20

Il résulte des articles 19 et 20 de l'avant-projet de décret que l'"incitation à la discrimination indirecte intentionnelle" est sanctionnée pénalement.

Le commentaire de l'article 19 précise à ce sujet :

"Cet article précise le sens que le terme "discrimination" revêtira dans le cadre de la répression pénale ainsi mis en place. Conformément à l'arrêt de la Cour constitutionnelle-alors Cour d'arbitrage- du 6 octobre 2004 (n°157/2004) rendu au sujet 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, seule la répression pénale des discriminations *intentionnelles* peut être admise.

Par ailleurs, il est précisé que la "discrimination" pénalement réprimée pourra notamment viser les "discriminations indirectes". Il est ici fait référence à l'analyse menée par le législateur fédéral, lors des travaux préparatoires de la loi du 10 mai 2007, répondant à l'objection de la Cour constitutionnelle sur ce point (pt. B. 55 de l'arrêté du 6 octobre 2004).

Ainsi, à l'aune de la définition européenne de la discrimination indirecte, reprise par le présent projet (article 4, 7/ et 8/), le législateur fédéral a relevé que cette notion "*identifie la discrimination indirecte par référence à un résultat effectivement produit ou dont on estime probable qu'il advienne en fonction de l'expérience commune*". Dans cette mesure, "*il devient parfaitement concevable qu'une discrimination indirecte soit "anticipable", et donc, puisse être intentionnelle*" dans le chef de celui qui la commet. Au demeurant, 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 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. *Jenkins c. Kingsgate*, Rec. 1981, p. 911. Voy. pour le surplus *C. Barnard*, "*L'égalité des sexes dans l'Union européenne: un bilan*", *L'union européenne et les droits de l'Homme*, sous la dir. de P. Alston, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 243).

.../...

Les remarques qui précèdent ne visent pas à affirmer que la discrimination indirecte, et l'incitation à celle-ci, sont toujours nécessairement intentionnelles, et peuvent, par conséquent être pénalement réprimées. Simplement insistent-elles sur le fait qu'une discrimination indirecte et une incitation à celle-ci peuvent être intentionnelles: il appartiendra au juge pénal de l'apprécier au cas par cas. Peut-on, par exemple contester, à la lumière de la jurisprudence existante de la Cour de Justice, que celui qui incite les employeurs à désavantager, au niveau salarial, les travailleurs à temps partiel, sait pertinemment que, ce faisant, il incite à un comportement qui désavantage surtout les femmes (...)"⁽⁴⁰⁾.

De plus, tant la discrimination vis-à-vis d'une personne que vis-à-vis d'un groupement, d'une communauté ou de ses membres est érigée en infraction pénale."

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

⁽⁴⁰⁾ *Note infrapaginale 35 de l'exposé des motifs : Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n/ 51-2722/1, pp. 29 à 31. Il est ainsi fait référence, notamment, à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire Jenkins c.Kinsgate, Rec. , 1981, p. 911.*

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".»

⁽⁴¹⁾ *Note infrapaginale 46 de l'avis cité* : "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/).

L'article 19 de l'avant-projet de décret appelle la même observation ⁽⁴²⁾.

Article 25

L'article 25, § 1^{er}, de l'avant-projet, est ainsi rédigé :

"Lorsque la personne qui s'estime victime d'un acte de discrimination invoque devant le juge compétent des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination."

Le paragraphe 2 du même article prévoit que le paragraphe 1^{er} s'applique à toutes les procédures juridictionnelles, à l'exception des procédures pénales.

L'article 25 de l'avant-projet appelle les mêmes observations que celles formulées au sujet des amendements devenus notamment l'article 28 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, dans son avis 42.399/AG-42.400/AG-42.401/AG ⁽⁴³⁾, donné le 6 mars 2007.

Article 34

La date d'entrée en vigueur fixée par l'article 34 du projet résulte du droit commun. Cet article 34 est donc inutile et doit être omis.

⁽⁴²⁾ Voir à ce propos, l'avis 44. 742/4, précité, pp. 120 et suiv.

⁽⁴³⁾ Voir spécialement les observations 5, 8 et 10.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS, Ph. HANSE,	président de chambre, président président de chambre,
Mesdames	M. BAGUET, A. WEYEMBERGH, B. VIGNERON,	conseiller d'État, assesseur de la section de législation, greffier.

Le rapport a été rédigé par Mme A. VAGMAN et présenté par M. R. WIMMER, auditeurs.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS