

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 50.313/2
DU 10 OCTOBRE 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Enseignement, de la Formation et de l'Emploi de la Communauté germanophone, le 13 septembre 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret « visant à lutter contre certaines formes de discrimination », 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^o, 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.

Observation préalable

Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a rappelé dans son avis 44.742/4 donné le 9 juillet 2008¹, 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 œuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions de l'avant-projet², dans les deux sens, figurent à la suite de l'exposé des motifs³. 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, rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 44 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, 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 et par le fait que les compétences de la Communauté germanophone sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives.

¹ Avis 44.742/2 donné le 9 juillet 2008 sur l'avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2008-2009, n° 601/1, pp. 86-125).

² 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 du Parlement 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.

³ 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 ».

Vu ces derniers éléments, l'exposé des motifs et les tableaux de concordance devraient indiquer clairement celles des dispositions des directives précitées :

- qui sont transposées par les dispositions de l'avant-projet de décret ;
- qui ne relèvent pas de la compétence de la Communauté germanophone ;
- qui doivent faire l'objet d'une transposition ultérieure, notamment par la voie d'un arrêté du Gouvernement, auquel cas il convient de s'assurer que le Gouvernement dispose d'une habilitation à cet effet ;
- qui, en raison de leur caractère facultatif, n'ont pas été transposées.

Quant au tableau exposant à quelles dispositions des directives précitées correspondent chaque disposition de l'avant-projet de décret, qui a été communiqué à la section de législation du Conseil d'État, il comporte de nombreuses imprécisions.

Il eût fallu que ce tableau, complet et correct, ainsi que le tableau de correspondance en sens inverse aient été communiqués 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 de ces directives ait pu être mené.

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

Observations générales

1.1. Les cinq directives⁴ que l'avant-projet de décret entend transposer 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 le relève l'exposé des motifs, afin d'assurer une cohérence maximale entre les différents instruments en matière de droit de la non-discrimination, l'avant-projet de décret s'appuie sur le cadre conceptuel européen et fédéral.

Toutefois, plutôt que d'adopter, comme au niveau fédéral, des législations distinctes⁵, 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 Communauté germanophone énumérés à l'article 4 de l'avant-projet de décret.

De nombreuses dispositions de l'avant-projet de décret (articles 1^{er} à 27 et 46) reproduisent dans une large mesure le contenu du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 précité, à l'exception du titre II de ce décret (articles 7 à 36). Ce titre II se trouve en effet ramassé en un seul article de l'avant-projet à l'examen, à savoir l'article 5.

⁴ Il s'agit :

- de 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 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 ;
- de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant 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 ;
- de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre 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 ;
- de 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).

⁵ 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' (ci-après : la loi anti-discrimination « racisme »), la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' (ci-après : la loi anti-discrimination « genre ») et la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination' (ci-après : la loi anti-discrimination « cadre général »).

1.2. Cette façon de procéder soulève une importante difficulté.

En effet, selon l'article 5, alinéa 3, de l'avant-projet de décret,

« Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ».

Vu la technique législative retenue, à savoir le choix d'un texte transversal pour transposer plusieurs directives européennes, l'article 5, alinéa 3, de l'avant-projet de décret a une portée générale ⁶.

Or, la justification des différences de traitement en la matière n'est pas prévue de manière aussi générale par les directives européennes. Chacune de ces directives restreint, en effet, pareille justification ⁷.

S'agissant d'une règle d'exception, il ne peut être admis que l'avant-projet de décret en étende le champ d'application. Aucune autre justification à la distinction directe fondée sur un des critères protégés dans les domaines visés par les directives européennes n'est dès lors admissible.

1.3. L'avant-projet doit être fondamentalement revu sur ce point.

2. Selon l'article 4 de l'avant-projet de décret, celui-ci s'applique, dans chacun des domaines y visés (relations de travail, enseignement, emploi, matières culturelles, matières personnalisables, avantages sociaux et accès aux biens et services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture), « dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté germanophone ».

⁶ Pour ce qui concerne les critères protégés qui ne sont pas visés par les directives européennes (l'état civil, la naissance, la fortune, les idées politiques, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale), l'article 5, alinéa 3, de l'avant-projet ne fait que rappeler le principe général d'égalité et de non-discrimination, consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution.

⁷ Il s'agit :

- de l'article 4 de la directive 2000/43/CE précitée ;
- des articles 4 et 6 de la directive 2000/78/CE précitée ;
- de l'article 4, § 5, de la directive 2004/113/CE précitée ;
- de l'article 4, § 2, de la directive 2006/54/CE précitée.

À ce sujet, dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG donné le 11 juillet 2006⁸, 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 [...], 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 [...] et ne peut par conséquent adopter les règles nécessaires à la transposition des directives européennes que dans ces matières. Sous réserve des observations sous les numéros 12 à 18 du présent avis, il appartient en revanche en principe exclusivement aux communautés et aux régions [...] de mettre en œuvre 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) [...] 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 ».

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

La circonstance que diverses dispositions de cet avant-projet de décret sont rédigées de manière telle qu'elles pourraient donner à penser qu'elles outrepassent les compétences de la Communauté germanophone 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

⁸ Avis 40.689-40.690-40.691/AG donné le 11 juillet 2006 sur des avant-projets devenus les lois du 10 mai 2007 précitées sous la note 5 (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2720/1, pp. 79-108 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2721/1, pp. 84-113 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2722/1, pp. 97-126).

« 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 ⁹.

Cette façon de procéder peut ainsi être admise pour l'article 4 de l'avant-projet de décret, relatif au champ d'application du décret ¹⁰.

3. 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 (article 12), de mécanisme d'indemnisation (articles 13 et 14) et de règles relatives au renversement de la charge de la preuve (article 11).

Comme l'a observé la section de législation du Conseil d'État dans son avis 44.710/2 ¹¹ :

« Le droit civil est une compétence résiduelle de l'État fédéral. Dans l'avis 40.689-40.690-40.691/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 ¹² 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

⁹ Le législateur fédéral a, pour sa part, agi de la sorte dans les lois du 10 mai 2007 précitées, en prévoyant chaque fois que ces lois s'appliquent « À l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions » (article 5, § 1^{er}, de la loi anti-discrimination « racisme », article 6, § 1^{er}, de la loi anti-discrimination « genre » et article 5, § 1^{er}, de la loi anti-discrimination « cadre général »).

¹⁰ Voir, également, l'avis 44.742/4 précité (observation générale n° I.3.1.).

¹¹ Avis 44.710/2 donné le 7 juillet 2008 sur un avant-projet de décret devenu le décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 842/1, pp. 30-35).

¹² *Note de bas de page 9 de l'avis cité* : voir C.C., n° 51/93, 1^{er} juillet 1993, B.1.6 ; avis 33.334/VR du 4 juin 2003 sur une proposition d'ordonnance « relative à l'assainissement des sols », *Doc. parl.*, R.B.C., 2000-2001, n° A-221/1 ; voir également C.C., n° 27, 22 octobre 1987, 3.B.3.1 à 3.B.3.4.

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 ¹³.

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' ¹⁴, 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 40.689-40.690-40.691/AG précité, elle a considéré ce qui suit ¹⁵ :

'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 décentralisé sur cette matière ne soit que marginale' ¹⁶.

En vertu des articles 5 et 14 de la loi anti-discrimination, 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

¹³ *Note de bas de page 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'].

¹⁴ *Note de bas de page 11 de l'avis cité* : *Doc. parl.*, Vl. Parl., 2007-2008, n° 1578/1.

¹⁵ *Note de bas de page 12 de l'avis cité* : Traduction libre.

¹⁶ *Note de bas de page 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.*, Vl. Parl., 2006-2007, n° 1191/1, 15-16.

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 » ¹⁷.

La même observation doit être formulée à l'égard du présent avant-projet de décret ¹⁸.

4. Il résulte de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret que diverses dispositions contiennent des règles de droit judiciaire, notamment en ce qu'il contient des dispositions qui organisent une action en cessation (article 18), prévoient la possibilité d'assortir la condamnation d'une astreinte (article 16) ou permettent l'action en justice de divers organes ou groupements (articles 7 et 8).

Comme l'a observé la section de législation du Conseil d'État 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 ¹⁹.

¹⁷ Pour rappel, l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée a été rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 précitée.

¹⁸ Voir également l'avis 44.742/4 précité (observation générale n° II.2).

¹⁹ Note de bas de page 14 de l'avis cité : Voir l'avis 43.574/2, précité.

Dans l'avis 43.835/1 précité, la section de législation a estimé, à propos de dispositions similaires ce qui suit ²⁰ :

‘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’.

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 » ²¹.

La même observation doit être formulée à l’égard du présent avant-projet de décret ²².

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

Concernant la Directive 2002/73/CE précitée, il convient de relever que celle-ci est intégrée dans la Directive 2006/54/CE précitée.

Mieux vaut dès lors omettre la référence à la Directive 2002/73/CE précitée.

²⁰ Note de bas de page 15 de l’avis cité : Traduction libre.

²¹ Pour rappel, l’article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée a été rendu applicable à la Communauté germanophone par l’article 5, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 précitée.

²² Voir également l’avis 44.742/4 précité (observation générale n° II.2).

Article 2

1. L'avant-projet de décret énumère de manière limitative les « critères protégés ». Parmi ces critères figurent non seulement les critères fixés par les directives mentionnées à l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret mais aussi d'autres critères calqués sur 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 anti-discrimination « cadre général »), la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, telle que modifiée par la loi du 10 mai 2007, et la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (loi anti-discrimination « genre »).

2. 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 40.689-40.690-40.691/AG précité, s'était 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.

[...]

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 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 fondamentales²³, 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

²³ Note de bas de page 44 dans l'avis cité : Dans la suite de l'avis : la Convention européenne des droits de l'homme.

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 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'État²⁴, 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.

[...] »²⁵.

²⁴ *Note de bas de page 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.

²⁵ Voir également l'avis 44.742/4 précité (observation particulière faite sous l'article 2).

2. Pour ce qui concerne spécifiquement l'omission par les avant-projets de lois fédérales du critère « minorité nationale », la section de législation du Conseil d'État avait, dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG précité, formulé l'observation suivante :

« 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 derniers éléments précités [...] »²⁶.

3. Le présent avant-projet de décret vise à lutter contre la discrimination fondée sur « la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap, le sexe ou des critères apparentés tels que la grossesse, la naissance et la maternité, ou le transexualisme, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou encore l'origine sociale » (articles 2 et 3, 1^o, de l'avant-projet de décret).

Dans la partie générale de l'exposé des motifs, il est précisé :

« Il en résulte une imbrication de la législation fédérale et du décret communautaire transposant les directives européennes en la matière.

Pour des raisons de sécurité juridique et de loyauté fédérale, il est dès lors très important, lors de la transposition du principe d'égalité de traitement au niveau de la Communauté germanophone, de s'aligner sur la législation fédérale²⁷ transposant lesdites directives.

Ceci devrait également éviter que l'on retrouve dans le système juridique belge différentes définitions de la discrimination.

En fixant, par analogie à la législation fédérale, des critères supplémentaires dans la définition de la discrimination, le présent décret va au-delà de ce que prescrivent les directives européennes.

²⁶ Voir également l'avis 44.742/4 précité (observation particulière faite sous l'article 2).

²⁷ *Note de bas de page 1 de l'exposé des motifs* : Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ;

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ;

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 et la xénophobie.

Enfin, un arrêt de la Cour constitutionnelle du 2 avril 2009 a repris dans la législation fédérale un critère supplémentaire de discrimination, à savoir la conviction syndicale, critère que l'on retrouve également dans le présent décret ».

4. Postérieurement à l'avis de la section de législation du Conseil d'État mentionné au point 2, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion, à diverses reprises²⁸, de préciser les conditions auxquelles doit satisfaire la liste de critères protégés par une législation anti-discriminatoire fédérale, communautaire ou régionale, aux fins de demeurer compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 14 de la Convention de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Des différents arrêts intervenus sur ce point, il se dégage qu'à l'estime de la Cour constitutionnelle :

- a) l'établissement d'une liste fermée et exhaustive de critères protégés ne méconnaît pas en soi le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées²⁹ ;
- b) ladite liste fermée n'encourra apparemment pas de grief au regard du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées, dans la mesure où elle inclut les critères protégés suivants : la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap, le sexe ou des critères apparentés tels que la grossesse, la naissance et la maternité, ou le changement de sexe, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la conviction syndicale³⁰, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou encore l'origine sociale.

Article 3

1. L'article 3 de l'avant-projet de décret ne définit pas les notions de « distinction directe » et de « distinction indirecte », lesquelles figurent à l'article 5, alinéas 2 à 5, de l'avant-projet de décret.

²⁸ C.C., n° 17/2009, 12 février 2009 ; n° 41/2009, 11 mars 2009 ; n° 64/2009, 2 avril 2009 ; n° 122/2009, 16 juillet 2009 ; n° 123/2009, 16 juillet 2009 ; n° 35/2010, 22 avril 2010.

²⁹ Voir entre autre C.C., n° 17/2009, 12 février 2009, B.14.1 à B.14.7.

³⁰ Tel était le critère qui avait été omis – à tort – des législations fédérales, communautaires et régionales querellées devant la Cour constitutionnelle dans les affaires 64/2009, 122/2009, 123/2009 et 35/2010.

L'article 3 de l'avant-projet de décret doit dès lors être complété sur ce point.

Il crée, en outre, une certaine confusion entre, d'une part, les notions de « distinction directe » et de « distinction indirecte » et, d'autre part, les notions de « discrimination directe » et de « discrimination indirecte ».

Par conséquent, l'article 3, 2° et 3°, de l'avant-projet de décret doit être revu.

2. Au 7°, *in fine*, il n'y a pas lieu de viser uniquement la politique des handicapés menée par le Gouvernement, mais bien à la manière de l'article 3, 9°, du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 précité, « la politique publique menée concernant les personnes handicapées ».

3. La définition de la notion d'« actions positives » (article 3, 8°, de l'avant-projet de décret) est inutile dans la mesure où elle fait double emploi avec l'article 6 de l'avant-projet de décret.

4. Telle que fournie par l'article 3, 9°, de l'avant-projet, la définition de la notion de « dispositions » inclut notamment des « dispositions légales », par quoi pourraient notamment être visées des dispositions contenues dans des décrets de la Communauté germanophone. Lue en combinaison avec les articles 5 et 12 du même avant-projet, cette inclusion est à la source d'une incohérence. Selon l'article 12 en effet, toute « disposition » contraire au texte décretaal en projet – en ce compris, donc, une « disposition » contenue dans un autre décret – doit être tenue pour nulle. Cependant, l'article 5, alinéa 5, du texte en projet exclut par avance toute possibilité de contrariété de ce type, en tant qu'il dispose qu'« une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée par le présent décret lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu d'un décret ».

Pour vaincre cette incohérence, il y aurait lieu de s'inspirer, le cas échéant, de la manière dont le législateur fédéral³¹ ou le législateur de la Communauté française³² ont entendu, pour leur part, définir la notion de « dispositions ».

³¹ Voir l'article 4, 3°, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie : « dispositions : les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale ».

³² Voir l'article 43, alinéa 2, du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 précité : « Au sens du présent article, on entend par dispositions les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions

5. Pour ce qui concerne les relations de travail, l'article 3, 10°, de l'avant-projet de décret définit le champ d'application *ratione personae* en se référant aux articles 54 et 54bis de la loi du 31 décembre 1983 précitée.

Mieux vaudrait viser les « relations de travail qui se nouent au sein :

- des organismes visés à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 précitée ;
- des établissements d'enseignement en Communauté germanophone, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, tels que visés par l'article 24, § 4, de la Constitution ;
- des services visés à l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 54 de la loi du 31 décembre 1983 précitée ».

Par ailleurs, il se déduit des articles 45 à 47 et 68, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, rendu applicable à la Communauté par les articles 44, alinéa 1^{er}, et 51 de la loi du 31 décembre 1983 précitée, que la Communauté germanophone est également compétente à l'égard du personnel de son parlement et de ses cabinets ministériels.

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.

Néanmoins, comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'État dans un avis ³³ :

« 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 œuvre 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 ».

Rien n'empêche dès lors d'étendre le champ d'application de l'avant-projet de décret aux services visés à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée ³⁴.

6. Au 15°, le Règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 auquel il est fait référence a été abrogé par l'article 41 du Règlement 492/2011 du Parlement et du Conseil du 5 avril 2011 'relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union'. Il y a donc lieu de viser dorénavant les avantages sociaux auxquels se réfère l'article 7, paragraphe 2 dudit règlement.

7. Il y a lieu de viser au 16°, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la libre circulation des biens et des marchandises.

8. Au 17°, c'est l'article 57 de ce dernier Traité qu'il convient de mentionner.

9. L'article 3, 18°, de l'avant-projet de décret définit le « Gouvernement » comme « le Gouvernement de la Communauté germanophone ». Une telle définition est inutile et doit être omise. En effet, un décret de la Communauté germanophone ne peut émaner que de son Parlement et ne concerner ou habiliter que son Gouvernement sans qu'il faille le définir ou le préciser davantage.

³³ 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.*, Parl. R.B.C., 2004-2005, n° A-138/2).

³⁴ Voir également l'avis 44.742/4 précité (observation particulière n° 1 formulée sous l'article 8).

Article 7

1. En vertu de l'article 13 de la Directive 2000/43/CE précitée, de l'article 12 de la Directive 2004/113/CE précitée et de l'article 20 de la Directive 2006/54/CE précitée, 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 précitée,

« 2. 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

[...] ³⁵ ».

2. Même si la Cour de justice de l'union européenne 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.

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 précitée, rendu applicable à la Communauté germanophone par l'article 55*bis* de la loi du 31 décembre 1983 précitée. Cet accord devrait être conclu avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet de

³⁵ 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 ».

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 devrait intervenir concomitamment.

4. Par conséquent, l'article 7 de l'avant-projet de décret doit être fondamentalement revu ³⁶.

Article 8

In Artikel 8, Punkt 1, müsste der Begriff « Einrichtungen von öffentlichem Interesse » (organismes d'intérêt public) durch « gemeinnützige Einrichtungen » (établissements d'utilité publique) ersetzt werden.

Article 11

1. Dans l'avis donné sur les amendements ³⁷ qui sont, sans qu'il y ait été apporté de modifications à la suite dudit avis, devenus l'article 30 de la loi anti-discrimination « racisme », l'article 33 de la loi anti-discrimination « genre » et l'article 28 de la loi anti-discrimination « cadre général », 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

³⁶ Voir également l'avis 44.742/4 précité (observations particulières formulées sous les articles 36 et 37).

³⁷ L'avis 42.399-42.200-42.201/AG, donné le 6 mars 2007, sur des amendements aux projets devenus les lois du 10 mai 2007 (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/008, 51.2721/005 et 51-2722/005).

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 jurisprudence, 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 les 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 Brunnhofer³⁸. 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 œuvre du renversement de la charge de la preuve, tels qu'ils sont envisagés par les amendements, devraient être plus soigneusement encadrés par le législateur ».

2. L'article 11 de l'avant-projet à l'examen a une formulation similaire à celle des dispositions des trois lois fédérales du 10 mai 2007 précitées.

3. Dans son arrêt 17/2009 du 12 février 2009³⁹, la Cour constitutionnelle a estimé que lesdites dispositions des lois fédérales ne méconnaissaient pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁸ *Note de bas de page 19 de l'avis cité* : C.J.U.E., 26 juin 2001, C-381/99, Susanna Brunnhofer et Bank der österreichischen Postsparkasse AG.

³⁹ C.C., n° 17/2009, 12 février 2009, B.91 à B.94.

Article 12

Dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il n'était pas justifié de limiter la nullité des clauses qui prévoient qu'une des parties renonce aux droits garantis par la loi, le décret ou l'ordonnance à celles qui sont antérieures à la discrimination constatée et d'exclure de cette nullité les clauses par lesquelles une partie renoncerait à la protection de la loi, le décret ou l'ordonnance concomitamment ou postérieurement à la discrimination ⁴⁰.

Les mots « par avance » doivent dès lors être omis.

Article 15

Au paragraphe 3, il y a lieu d'écrire : « § 2, 1°, » au lieu de « § 1, 1°, ».

Article 16

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 aux observations particulières formulées sous l'article 7.

Article 28

L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 12°, du décret de la Région wallonne du 5 février 1998 relatif à la surveillance et au contrôle des législations relatives à la politique de l'emploi ne doit pas être abrogé mais la mention qui y est contenue du décret de la Communauté germanophone du 17 mai 2004 relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail doit être remplacée par celle du décret en projet.

Tel est l'un des objets de l'article 45 de l'avant-projet.

L'article 28 doit être omis et il est renvoyé pour le surplus à l'observation faite sur l'article 45.

⁴⁰ Arrêts C.C. n^{os} 64/2009 du 2 avril 2009, B.13.2, 122/2009 et 123/2009 du 16 juillet 2009, B.5.2 et 35/2010 du 22 avril 2010, B.6.2.

Articles 29 à 31

Selon le commentaire des articles,

« [...] dans l'intérêt des membres du personnel de l'enseignement et conformément à l'accord sectoriel 2010-2012 du 24 février 2011, le seuil d'âge – important pour calculer l'ancienneté financière – est aboli afin d'empêcher que deux personnes ayant suivi la même formation et justifiant des mêmes services ne soient traitées différemment sur la seule base de leur différence d'âge ».

Or, les articles 29 à 31 de l'avant-projet de décret maintiennent les seuils d'âge, à l'exception du « membre du personnel qui est entré en fonction après le 31 août 2011 ou est entré en fonction avant cette date mais n'avait pas encore atteint le seuil d'âge à ce moment ».

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a relevé dans un avis récent⁴¹,

« Les annexes I et II contiennent les échelles de traitement des membres du personnel. Chacune des échelles se trouve dans une classe d'âge (24, 22, 20 et 18 ans).

L'avant-projet de décret ne contient aucune précision quant à ces classes d'âge mais la fonctionnaire déléguée a confirmé qu'il s'agit de la règle suivant laquelle les membres du personnel ne peuvent valoriser des services effectifs qui sont normalement admissibles pour l'octroi des augmentations intercalaires, parce qu'ils ont été prestés à un âge inférieur à celui requis.

Cette différence de traitement entre les membres du personnel ne peut être admise que si l'auteur du projet la justifie, conformément à l'article 6 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, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

À défaut d'une justification adéquate, les annexes I et II doivent être revues sur ce point [...]. ».

L'avant-projet de décret a pour effet d'établir une différence de traitement entre, d'une part, le membre du personnel qui est entré en fonction avant le 31 août 2011 et qui a atteint le seuil d'âge à cette date au plus tard et, d'autre part, le membre du personnel qui est entré en fonction après le 31 août 2011 ou est entré en fonction avant cette date mais n'avait pas encore atteint le seuil d'âge à ce moment.

⁴¹ Avis 44.005/2 donné le 6 février 2008 sur un avant-projet de décret devenu le décret de la Communauté germanophone du 21 avril 2008 'portant valorisation du métier d'enseignant' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2007-2008, n° 124/1, pp. 86-87).

À défaut d'une justification adéquate tenant compte de la jurisprudence européenne⁴², les articles 29 à 31 de l'avant-projet de décret doivent être revus.

Article 45

La sécurité juridique serait mieux garantie s'il était procédé à un remplacement exprès dans les textes concernés de la mention, devenue obsolète, du décret du 17 mai 2004 'relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail'.

⁴² Voir : C.J.U.E, 18 juin 2009, C88/08 Hütter, et C.J.U.E., 8 septembre 2011, C-297/10, Hennings.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	S. VAN DROOGHENBROECK,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. R. WIMMER, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS