

ÜBERSETZUNG

KÖNIGREICH BELGIEN

GUTACHTEN 50.313/2
VOM 10. OKTOBER 2011

DER GESETZGEBUNGSABTEILUNG
DES STAATSRATES

Der STAATSRAT, Gesetzgebungsabteilung, zweite Kammer, der am 13. September 2011 von dem Minister für Unterricht, Ausbildung und Beschäftigung der Deutschsprachigen Gemeinschaft gebeten wurde, innerhalb einer Frist von dreißig Tagen ein Gutachten über einen Dekretvorentwurf „zur Bekämpfung bestimmter Formen von Diskriminierung“ abzugeben, hat folgendes Gutachten abgegeben:

Da der Begutachtungsantrag aufgrund von Artikel 84 § 1 Absatz 1 Nr. 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat, in seiner durch das Gesetz vom 2. April 2003 ersetzten Fassung, eingereicht wurde, beschränkt sich die Gesetzgebungsabteilung gemäß Artikel 84 § 3 der o.a. koordinierten Gesetze darauf, die Rechtsgrundlage des Vorentwurfs, die Befugnis des erlassenden Organs sowie die Einhaltung der vorangehenden Formvorschriften zu untersuchen.

Was diese drei Aspekte betrifft, sind über den Vorentwurf folgende Bemerkungen zu formulieren.

Vorhergehende Bemerkung

Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem am 9. Juli 2008 abgegebenen Gutachten 44.742/4¹ in Erinnerung gebracht hat, erfordert die Notwendigkeit einer korrekten Umsetzung der Europäischen Richtlinien und einer angemessenen Information des Parlaments über die Wahl der Mittel, deren Durchführung ihm von der Regierung vorgeschlagen wird, dass Umsetzungstabellen der betreffenden Richtlinien und der Bestimmungen des Vorentwurfs², in beiden Richtungen, nach der Begründung³ beigefügt werden. Damit kann vermieden werden, dass die Ausübung des in Artikel 39 des Sondergesetzes vom 8. August 1980 zur Reform der Institutionen vorgesehenen Abänderungsrechts, das durch Artikel 44 des Gesetzes vom 31. Dezember 1983 über institutionelle Reformen für die Deutschsprachige Gemeinschaft auf die Deutschsprachige Gemeinschaft für anwendbar erklärt worden ist, die Grenzen der Ermessensbefugnis überschreitet, die das europäische Recht den Mitgliedstaaten zuerkennt.

Dies gilt umso mehr in diesem Falle, als der Dekretvorentwurf fünf europäische Richtlinien zugleich umsetzt, und zwar in einem rechtlichen Rahmen, der dadurch gekennzeichnet ist, dass die Angelegenheit einen hohen rechtsspezifischen Charakter hat, und dass die Befugnisse der Deutschsprachigen Gemeinschaft im Verhältnis zu dem Geltungsbereich dieser Richtlinien begrenzt sind.

¹ Gutachten 44.742/2 vom 9. Juli 2008 über einen Vorentwurf, der das Dekret der Französischen Gemeinschaft vom 12. Dezember 2008 „relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination“ geworden ist (*Parl. Dok.*, Parlament der Französischen Gemeinschaft, 2008-2009, Nr. 601/1, S. 86-125).

² In dieser Hinsicht ist die in dem Anhang II der Richtlinie 2006/54/EG des Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen aufgenommene Übereinstimmungstabelle zu berücksichtigen.

³ Siehe ebenfalls die Erwägung 41 der Richtlinie 2006/54/EG, laut welcher „[...] die Mitgliedstaaten für ihre eigenen Zwecke und im Interesse der Gemeinschaft eigene Tabellen aufstellen, denen im Rahmen des Möglichen die Entsprechungen zwischen dieser Richtlinie und den Umsetzungsmaßnahmen zu entnehmen sind, und diese veröffentlichen [sollten]“.

Aufgrund letztgenannter Elemente sollte in der Begründung und in den Übereinstimmungstabellen deutlich angegeben werden, welche der oben genannten Richtlinienbestimmungen:

- durch die Bestimmungen des Dekretvorentwurfs umgesetzt werden;
- nicht in die Zuständigkeit der Deutschsprachigen Gemeinschaft fallen;
- später umgesetzt werden müssen, unter anderem im Wege eines Erlasses der Regierung, in welchem Fall nachzuprüfen ist, ob die Regierung dazu ermächtigt ist;
- wegen ihres fakultativen Charakters nicht umgesetzt worden sind.

Die an die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates mitgeteilte Tabelle, in der angegeben wird, mit welcher Bestimmung der oben genannten Richtlinien jede Bestimmung des Dekretvorentwurfs übereinstimmt, enthält zahlreiche Undeutlichkeiten.

Diese vollständige und richtige Tabelle und die Übereinstimmungstabelle in entgegengesetzter Richtung hätten mit den dem Begutachtungsantrag beigefügten Unterlagen der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates mitgeteilt werden müssen. In Ermangelung davon ist es nicht sicher, ob die Fragen bezüglich der ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Richtlinien vollständig untersucht worden sind.

Die nachstehenden Bemerkungen werden unter diesem Vorbehalt formuliert.

Allgemeine Bemerkungen

1.1. Die fünf Richtlinien⁴, auf deren Umsetzung im Dekretvorentwurf abgezielt wird, zeigen Ähnlichkeiten aber auch wesentliche Unterschiede, insbesondere in Bezug auf deren Anwendungsbereich, auf die Diskriminierungsmerkmale, die sie verbieten wollen, auf die Rechtfertigungen der erlaubten Ungleichbehandlungen und auf deren Umsetzungstermin.

Wie in der Begründung bemerkt wird, stützt sich der Dekretvorentwurf auf den europäischen und föderalen konzeptuellen Rahmen, um eine maximale Kohärenz zwischen den verschiedenen Instrumenten in Sachen Antidiskriminierungsrecht zu gewährleisten.

Im Gegensatz zu der föderalen Gesetzgebung, in der getrennte Rechtsvorschriften⁵ je nach dem bzw. den zu bekämpfenden Diskriminierungsmerkmal oder -merkmalen, verabschiedet wurden, wurde hier die Schaffung eines transversalen gesetzlichen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierungen bevorzugt, der die in Artikel 4 des Dekretvorentwurfs aufgezählten Zuständigkeitsbereiche der Deutschsprachigen Gemeinschaft umfasst.

Zahlreiche Bestimmungen des Dekretvorentwurfs (die Artikel 1 bis 27 und 46) übernehmen weitgehend den Inhalt des oben genannten Dekrets der Französischen Gemeinschaft vom 12. Dezember 2008, mit Ausnahme von Titel II dieses Dekrets (Artikel 7 bis 36). Dieser Titel ist nämlich in einem einzigen Artikel des vorliegenden Vorentwurfs, d.h. in Artikel 5, zusammengefasst.

⁴ Es handelt sich um:

- die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft;
- die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf;
- die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen;
- die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen;
- die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

⁵ Nämlich das Gesetz vom 10. Mai 2007 ‚zur Abänderung des Gesetzes vom 30. Juli 1981 zur Ahndung bestimmter Taten, denen Rassismus oder Xenophobie zugrunde liegen‘ (nachstehend: das Antidiskriminierungsgesetz „Rassismus“), das Gesetz vom 10. Mai 2007 ‚zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Frauen und Männern‘ (nachstehend: das Antidiskriminierungsgesetz „Geschlechter“), und das Gesetz vom 10. Mai 2007 ‚zur Bekämpfung bestimmter Formen von Diskriminierung‘ (nachstehend: das Antidiskriminierungsgesetz „allgemeine Regelung“).

1.2. Durch diese Arbeitsweise entsteht eine große Schwierigkeit.

Artikel 5 Absatz 3 des Dekretvorentwurfs bestimmt nämlich:

„Jede unmittelbare Unterscheidung aufgrund eines der geschützten Merkmale stellt eine unmittelbare Diskriminierung dar, es sei denn, diese unmittelbare Unterscheidung ist durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles sind angemessen und notwendig“.

Aufgrund der gewählten Gesetzgebungstechnik, d.h. die Wahl eines transversalen Textes zur Umsetzung verschiedener europäischer Richtlinien, hat Artikel 5 Absatz 3 des Dekretvorentwurfs eine allgemeine Tragweite⁶.

Allerdings wird die Rechtfertigung der Behandlungsunterschiede in dieser Angelegenheit von den europäischen Richtlinien nicht so allgemein geregelt. Jede dieser Richtlinien beschränkt nämlich diese Rechtfertigung⁷.

Da es sich um eine Ausnahmeregel handelt, kann der Dekretvorentwurf deren Anwendungsbereich nicht ausweiten. Somit ist keine andere Rechtfertigung der unmittelbaren Unterscheidung aufgrund eines der geschützten Merkmale in den von den europäischen Richtlinien erwähnten Bereichen zulässig.

1.3. Diesbezüglich ist der Vorentwurf gründlich zu revidieren.

2. Laut Artikel 4 des Dekretvorentwurfs ist das Dekret „im Rahmen der territorialen und materiellen Zuständigkeiten der Deutschsprachigen Gemeinschaft“ in jedem der erwähnten Bereichen (Arbeitsverhältnis, Unterrichtswesen, Beschäftigung, kulturelle Angelegenheiten, personenbezogene Angelegenheiten, soziale Vorteile, Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die den Bürgern zur Verfügung stehen, als auch deren Beschaffung) anwendbar.

⁶Was die nicht in den europäischen Richtlinien erwähnten geschützten Merkmale angeht (der Zivilstand, die Geburt, das Vermögen, die politische Anschauung, die gewerkschaftliche Überzeugung, die Sprache, der aktuelle oder zukünftige Gesundheitszustand, ein physisches oder genetisches Merkmal oder die soziale Herkunft), wiederholt Artikel 5 Absatz 3 des Vorentwurfs nur das in den Artikeln 10 und 11 der Verfassung verankerte allgemeine Gleichheits- und Antidiskriminierungsprinzip.

⁷ Es handelt sich um:

- Artikel 4 der o.a. Richtlinie 2000/43/EG;
- die Artikel 4 und 6 der o.a. Richtlinie 2000/78/EG;
- Artikel 4 Absatz 5 der o.a. Richtlinie 2004/113/EG;
- Artikel 4 Absatz 2 der o.a. Richtlinie 2006/54/EG.

Diesbezüglich fasste die Generalversammlung der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem am 11. Juli 2006 abgegebenen Gutachten 40.689-40.690-40.691/AG⁸ die Zuständigkeitsverteilungsvorschriften in Sachen Antidiskriminierung wie folgt zusammen:

„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^o, 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 ».

Aus diesem Gutachten geht hervor, dass die Deutschsprachige Gemeinschaft im Prinzip ausschließlich zuständig ist, den vorliegenden Dekretvorentwurf zu verabschieden.

Die Tatsache, dass verschiedene Bestimmungen des vorliegenden Dekretvorentwurfs so abgefasst sind, dass sie vermuten lassen könnten, dass sie die Zuständigkeiten der Deutschsprachigen Gemeinschaft überschreiten, lässt sich sowohl durch den hohen rechtsspezifischen Charakter der Angelegenheit als auch durch den institutionellen Rahmen, in dem jeder der zuständigen Gesetzgeber auftreten muss, erklären.

⁸ Gutachten 40.689-40.690-40.691/AG vom 11. Juli 2006 über Vorentwürfe, die die in der Fußnote 5 erwähnten Gesetze vom 10. Mai 2007 geworden sind (*Parl. Dok.*, Kammer, 2006-2007, Nr. 2720/1, S. 79-108; *Parl. Dok.*, Kammer, 2006-2007, Nr. 2721/1, S. 84-113; *Parl. Dok.*, Kammer, 2006-2007, Nr. 2722/1, S. 97-126).

Im Lichte des o.a. Gutachtens der Generalversammlung der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates kann man deshalb nachvollziehen, dass der gemeinschaftliche Dekretgeber, statt eine genaue und mühsame Aufzählung seiner verschiedenen „Zuständigkeitsbereiche“ vorzunehmen, wobei er alle Bereiche effektiv erwähnt und zugleich in die Zuständigkeiten der anderen zuständigen Gesetzgeber nicht eingreift, im Gegenteil lieber in der einen oder anderen Bestimmung den „Rahmen der territorialen und materiellen Zuständigkeiten“, der unter das Dekret fallen wird⁹, umschreibt.

Somit kann diese Arbeitsweise für Artikel 4 des Dekretvorentwurfs bezüglich des Anwendungsbereichs des Dekrets zugelassen werden¹⁰.

3. Aus der Untersuchung der Tragweite des Dekretvorentwurfs geht hervor, dass mehrere Bestimmungen zivilrechtliche Vorschriften umfassen, unter anderem in Sachen der Nichtigkeiten (Artikel 12), des Entschädigungsmechanismus (Artikel 13 und 14) und der Beweislastumkehrregeln (Artikel 11).

Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem Gutachten 44.710/2 bemerkt hat¹¹:

« 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 attribuées¹² ou encore sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁹ Was ihn angeht, hat der Föderalgesetzgeber in den o.a. Gesetzen vom 10. Mai 2007 dahingehend gehandelt, dass er jedesmal vorgesehen hat, dass diese Gesetze „[m]it Ausnahme der Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Gemeinschaften oder Regionen fallen“ anwendbar sind (Artikel 5 § 1 des Antidiskriminierungsgesetzes „Rassismus“, Artikel 6 § 1 des Antidiskriminierungsgesetzes „Geschlechter“ und Artikel 5 § 1 des Antidiskriminierungsgesetzes „allgemeine Regelung“).

¹⁰ Siehe ebenfalls das o.a. Gutachten 44.742/4 (allgemeine Bemerkung Nr. I.3.1.).

¹¹ Gutachten Nr. 44.710/2 vom 7. Juli 2008 über einen Dekretvorentwurf, der das Dekret der Wallonischen Region vom 6. November 2008 zur Bekämpfung bestimmter Formen von Diskriminierung geworden ist (*Parl. Dok.*, Parl. Wall., 2008-2009, Nr. 842/1, S. 30-35).

¹² Fußnote Nr. 9 aus dem zitierten Gutachten: Voir C.C., n° 51/93, 1^{er} juillet 1993, B.1.6; avis 33.334/VR du 24 juin 2003 sur une proposition d'ordonnance « relative à l'assainissement des sols », *Doc. parl.*, CRBC, 2000-01, n° A-221/1; voir également C.C., n°27, 22 octobre 1987, 3.B.3.1 à 3.B.3.4.

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

Il résulte des articles 5 et 14 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie que le législateur fédéral n'a pas fait usage de cette possibilité d'élaborer des règles générales de droit civil mais a prévu la nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination, un mécanisme d'indemnisation forfaitaire et un système de renversement de la charge de la preuve pour les seules matières fédérales, abandonnant aux communautés et aux régions le soin d'adopter de tels mécanismes dans le cadre de leurs compétences respectives¹³.

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/AG-40.690/AG-40.691/AG, précité, elle a considéré ce qui suit¹⁵:

¹³*Fußnote Nr. 10 aus dem zitierten Gutachten*: 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*Fußnote Nr. 11 aus dem zitierten Gutachten*: *Doc. parl.*, Vl. Parl., 2007-2008, n° 1578/1.

¹⁵*Fußnote Nr. 12 aus dem zitierten Gutachten*: Traduction libre.

"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 marginale¹⁶.

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 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

Dieselbe Bemerkung ist in Bezug auf den vorliegenden Dekretvorentwurf zu formulieren¹⁸.

4. Aus der Untersuchung der Tragweite des Dekretvorentwurfs ergibt sich, dass verschiedene Bestimmungen gerichtsverfahrensrechtliche Regeln enthalten, insbesondere insofern der Vorentwurf Bestimmungen enthält, die eine Unterlassungsklage organisieren (Artikel 18), die die Möglichkeit vorsehen, die Verurteilung mit einem Zwangsgeld zu

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

¹⁷ Es wird daran erinnert, dass Artikel 10 des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980 durch Artikel 5 § 1 des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983 auf die Deutschsprachige Gemeinschaft für anwendbar erklärt worden ist.

¹⁸ Siehe ebenfalls das o.a. Gutachten Nr. 44.742/4 (allgemeine Bemerkung Nr. II.2).

verbinden (Artikel 16) oder die verschiedenen Organe oder Vereinigungen ermächtigen, vor Gericht aufzutreten (Artikel 7 und 8).

Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem o.a. Gutachten 44.710/2 bemerkt hat:

„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.

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."

¹⁹ Fußnote 14 des o.a. Gutachtens : Voir l'avis 43.574/2, précité.

²⁰ Fußnote 15 des o.a. Gutachtens: Traduction libre.

Une observation similaire peut être faite pour l'avant-projet examiné, dès lors que l'auteur entend recourir à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.,²¹

Dieselbe Bemerkung ist in Bezug auf den vorliegenden Dekretvorentwurf zu formulieren²².

Besondere Bemerkungen

Verfügender Teil

Artikel 1

Was die o.a. Richtlinie 2002/73/EG betrifft, ist zu bemerken, dass sie in die o.a. Richtlinie 2006/54/EG aufgenommen wird.

Es wäre deshalb besser, den Hinweis auf die o.a. Richtlinie 2002/73/EG auszulassen.

Artikel 2

1. Im Dekretvorentwurf werden die „geschützten Merkmale“ einschränkend aufgezählt. Zu diesen Merkmalen gehören nicht nur die Merkmale, die in den in Artikel 1 des Dekretvorentwurfs angeführten Richtlinien festgelegt werden, sondern auch andere Merkmale, die sich an die Merkmale der föderalen Gesetzgebung anlehnen, die auf die Angelegenheiten anwendbar ist, in denen nur die Föderalbehörde zuständig ist, nämlich das Gesetz vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung bestimmter Formen von Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz „allgemeine Regelung“), das Gesetz vom 30. Juli 1981 zur Ahndung bestimmter Taten, denen Rassismus oder Xenophobie zugrunde liegen, in seiner durch das Gesetz vom 10. Mai 2007 abgeänderten Fassung, und das Gesetz vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Frauen und Männern (Antidiskriminierungsgesetz „Geschlechter“).

²¹ Es wird daran erinnert, dass Artikel 10 des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980 durch Artikel 5 § 1 des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983 auf die Deutschsprachige Gemeinschaft anwendbar erklärt worden ist.

²² Siehe ebenfalls das o.a. Gutachten 44.742/4 (allgemeine Bemerkung Nr. II.2).

2. Über die offene oder geschlossene Festlegung einer Liste von Merkmalen hinsichtlich verbotener Diskriminierungen hat sich die Generalversammlung der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem o.a. Gutachten 40.689-40.690-40.691/AG wie folgt geäußert:

„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 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

²³ Fußnote 4 des o.a. Gutachtens : Dans la suite de l'avis: la Convention européenne des droits de l'homme

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 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.

2. Was spezifisch das Auslassen des Merkmals „nationale Minderheit“ in den Vorentwürfen der föderalen Gesetze betrifft, hatte die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in dem o.a. Gutachten 40.689-40.690-40.691/AG folgende Bemerkung formuliert:

„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.

²⁴ Fußnote 45 des o.a. Gutachtens: 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 Siehe ebenfalls das o.a. Gutachten 44.742/4 (besondere Bemerkung unter Artikel 2).

²⁶ Siehe ebenfalls das o.a. Gutachten 44.742/4 (besondere Bemerkung unter Artikel 2).

3. Der vorliegende Dekretvorentwurf zielt darauf ab, die Diskriminierung aufgrund „der Nationalität, einer so genannten Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des Alters, der sexuellen Ausrichtung, der Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Geschlechts und verwandter Gebiete wie der Schwangerschaft, der Geburt und der Mutterschaft, oder der Geschlechtsumwandlung, des Zivilstands, der Geburt, des Vermögens, der politischen Anschauung, der gewerkschaftlichen Überzeugung, der Sprache, des aktuellen oder zukünftigen Gesundheitszustands, eines physischen oder genetischen Merkmales oder der sozialen Herkunft“ zu bekämpfen (Artikel 2 und 3 Nr. 1 des Dekretvorentwurfs).

In dem allgemeinen Teil der Begründung wird Folgendes erläutert:

„Daraus ergibt sich eine Verflechtung zwischen der föderalen Gesetzgebung und dem gemeinschaftlichen Dekret zur Umsetzung der europäischen Richtlinien in diesem Bereich.

Folglich ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und der föderalen Loyalität von besonders großer Bedeutung, sich bei der Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf der Ebene der Deutschsprachigen Gemeinschaft an die föderale Gesetzgebung²⁷ zur Umsetzung der oben erwähnten Richtlinien zu richten.

Damit soll ebenfalls vermieden werden, dass man im belgischen Rechtssystem grundsätzlich unterschiedliche Definitionen der Diskriminierung vorfindet.

Somit geht das vorliegende Dekret über das hinaus, was die europäischen Richtlinien vorschreiben, indem es in Anlehnung an die föderale Gesetzgebung in der Definition der Diskriminierung zusätzliche Diskriminierungsmerkmale erfasst.

Zuletzt wurde durch Urteil des Verfassungsgerichtshofes vom 2. April 2009 ein zusätzliches Diskriminierungsmerkmal „die gewerkschaftliche Überzeugung“ in die föderale Gesetzgebung aufgenommen, das sich ebenfalls im vorliegenden Dekret wiederfindet.“.

4. Nach dem in Punkt 2 erwähnten Gutachten der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrats hat der Verfassungsgerichtshof mehrmals²⁸ die Gelegenheit gehabt, die Bedingungen, die die Liste der durch eine föderale, gemeinschaftliche oder regionale

²⁷ Fußnote 1 der Begründung: Gesetz vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung bestimmter Formen von Diskriminierung; Gesetz vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Frauen und Männern; Gesetz vom 10. Mai 2007 zur Anpassung des Gerichtsgesetzbuches an die Rechtsvorschriften zur Bekämpfung der Diskriminierung und zur Ahndung bestimmter Taten, denen Rassismus oder Xenophobie zugrunde liegen.

²⁸ Verfassungsgerichtshof, Nr. 17/2009, 12. Februar 2009; Nr. 41/2009, 11. März 2009; Nr. 64/2009, 2. April 2009; Nr. 122/2009, 16. Juli 2009; Nr. 123/2009, 16. Juli 2009; Nr. 35/2010, 22. April 2010.

Antidiskriminierungsgesetzgebung geschützten Merkmalen erfüllen muss, näher festzustellen, damit sie mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung vereinbar bleibt, an sich oder in Verbindung mit Artikel 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte. Aus den verschiedenen Urteilen über diesen Punkt geht hervor, dass der Verfassungsgerichtshof der Ansicht ist,

- a) dass die Aufstellung einer geschlossenen und ausführlichen Liste von geschützten Merkmalen an sich keinen Verstoß gegen das in den o.a. Bestimmungen der Verfassung und der Konvention verankerte Prinzip der Gleichheit und Nichtdiskriminierung darstellt²⁹;
- b) dass diese geschlossene Liste anscheinend Keinen Einwand hinsichtlich des in den o.a. Bestimmungen der Verfassung und der Konvention verankerten Prinzips der Gleichheit und Nichtdiskriminierung hervorruft, insofern sie folgende geschützte Merkmale enthält : die Nationalität, eine so genannte Rasse, die Hautfarbe, die Abstammung, die nationale oder ethnische Herkunft, das Alter, die sexuelle Ausrichtung, die Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung, eine Behinderung, das Geschlecht und verwandte Gebiete wie die Schwangerschaft, die Geburt und die Mutterschaft, oder die Geschlechtsumwandlung, der Zivilstand, die Geburt, das Vermögen, die politische Anschauung, die gewerkschaftliche Überzeugung³⁰, die Sprache, der aktuelle oder zukünftige Gesundheitszustand, ein physisches oder genetisches Merkmal oder die soziale Herkunft.

Artikel 3

1. Artikel 3 des Dekretvorentwurfs enthält keine Definition der Begriffe „unmittelbare Unterscheidung“ und „mittelbare Unterscheidung“, die in Artikel 5 Absätze 2 bis 5 des Dekretvorentwurfs vorkommen.

Artikel 3 des Dekretvorentwurfs ist also in diesem Punkt zu ergänzen.

Außerdem führt er zu einer gewissen Verwechslung zwischen, einerseits, den Begriffen „unmittelbare Unterscheidung“ und „mittelbare Unterscheidung“ und, andererseits, den Begriffen „unmittelbare Diskriminierung“ und „mittelbare Diskriminierung“.

Artikel 3 Nrn. 2 und 3 des Dekretvorentwurfs ist deshalb zu revidieren.

²⁹ Siehe u.a. Verfassungsgerichtshof, Nr. 17/2009, 12. Februar 2009, B.14.1 bis B.14.7.

³⁰ Dies war das Merkmal, das - zu Unrecht - in den vor dem Verfassungsgerichtshof in den Rechtssachen 64/2009, 122/2009, 123/2009 und 35/2010 angefochtenen Föderal-, Gemeinschafts- und Regionalgesetzgebungen ausgelassen worden war.

2. In Nr. 7, *in fine*, muss nicht ausschließlich von der in Sachen Personen mit Behinderung geführten Regierungspolitik die Rede sein, sondern auch, wie in Artikel 3 Nr. 9 des o.a. Dekrets der Französischen Gemeinschaft vom 12. Dezember 2008, von der in Sachen Personen mit Behinderung geführten öffentlichen Politik.

3. Die Definition des Begriffs „positive Maßnahmen“ (Artikel 3 Nr. 8 des Dekretvorentwurfs) ist überflüssig, insofern sie sich mit Artikel 6 des Dekretvorentwurfs überschneidet.

4. In der Fassung von Artikel 3 Nr. 9 des Vorentwurfs umfasst die Definition des Begriffs „Bestimmungen“ insbesondere „gesetzliche Bestimmungen“, mit denen man sich unter anderem auf in den Dekreten der Deutschsprachigen Gemeinschaft enthaltene Bestimmungen beziehen könnte. In Verbindung mit den Artikeln 5 und 12 desselben Vorentwurfs führt diese Einbeziehung zu einer Inkohärenz. Gemäß Artikel 12 müssen alle „Bestimmungen“, die gegen den entworfenen Dekrettext verstoßen – einschließlich also einer in einem anderen Dekret enthaltenen „Bestimmung“ –, nämlich als nichtig betrachtet werden. In Artikel 5 Absatz 5 des entworfenen Textes wird jedoch jeder mögliche Widerspruch auf Anhieb ausgeschlossen, indem dieser Artikel bestimmt, dass „eine unmittelbare oder mittelbare Unterscheidung aufgrund eines der geschützten Merkmale [...] nie zu der Feststellung irgendeiner Form von Diskriminierung [führt], die durch das Dekret verboten ist, wenn diese unmittelbare oder mittelbare Unterscheidung durch oder aufgrund eines Dekretes auferlegt wird“.

Um diese Inkohärenz zu beseitigen, sollte man sich gegebenenfalls an die Weise anlehnen, auf die der Föderalgesetzgeber³¹ oder der Gesetzgeber der Französischen Gemeinschaft³² ihrerseits den Begriff „Bestimmungen“ definiert haben.

5. Was die Arbeitsverhältnisse betrifft, bestimmt Artikel 3 Nr. 10 des Vorentwurfs den Anwendungsbereich *ratione personae* durch eine Verweisung auf die Artikel 54 und 54bis des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983.

³¹ Siehe Artikel 4 Nr. 3 des Gesetzes vom 30. Juli 1981 zur Ahndung bestimmter Taten, denen Rassismus oder Xenophobie zugrunde liegen: „Bestimmungen: Verwaltungsbestimmungen, in individuellen oder kollektiven Abkommen und in kollektiven Regelungen aufgenommene Bestimmungen und Bestimmungen, die in einseitig erstellten Dokumenten aufgenommen sind“.

³² Siehe Artikel 43 Absatz 2 des o.a. Dekrets der Französischen Gemeinschaft vom 12. Dezember 2008: „Au sens du présent article, on entend par 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.“

Es wäre besser auf die „Arbeitsverhältnisse zu verweisen, die sich im Rahmen der

- Einrichtungen im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980, der durch Artikel 5 § 1 des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983 auf die Deutschsprachige Gemeinschaft für anwendbar erklärt wurde;
- in Artikel 24 § 4 der Verfassung genannten Unterrichtsanstalten in der Deutschsprachigen Gemeinschaft, aller Typen, aller Stufen und aller Netze;
- Dienste im Sinne von Artikel 87 § 1 des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980, der durch Artikel 54 des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983 auf die Deutschsprachige Gemeinschaft für anwendbar erklärt wurde,

anbahnen“ zu verweisen.

Aus den Artikeln 45 bis 47 und 68 Absatz 1 des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980, die durch die Artikel 44 Absatz 1 und 51 des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983 auf die Deutschsprachige Gemeinschaft für anwendbar erklärt worden sind, ergibt sich außerdem, dass die Deutschsprachige Gemeinschaft auch für das Personal ihres Parlaments und ihrer Regierungskabinette zuständig ist.

Die Einmischung des Gesetzgebers in die Organisation der Dienste der allgemeinen Verwaltung ist im Prinzip mit der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der gesetzgebenden Gewalt und der ausübenden Gewalt nur vereinbar, wenn sie Bestimmungen betrifft, die nach der Verfassung nur vom Gesetzgeber festgelegt werden können oder, wenn sie von jedem Einzelfall eigenen Umständen gerechtfertigt wird.

Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates es jedoch in einem Gutachten erwähnt hat³³ :

„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

³³ Gutachten 39.682/1 vom 31. Januar 2006 über einen Vorschlag einer Ordonnanz der Region Brüssel-Hauptstadt „portant participation proportionnelle sur le marché de l’emploi“ (*Parl. Dok.*, Parl. R.B.H., 2004-2005, Nr. A-138/2).

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“.

Es spricht dann auch nichts dagegen, dass der Anwendungsbereich des Dekretvorentwurfs auf die in Artikel 87 des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980 genannten Dienste ausgedehnt wird³⁴.

6. Die in Nr. 15 genannte Verordnung 1612/68 vom 15. Oktober 1968 wurde von Artikel 41 der Verordnung 492/2011 des Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 ‚über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union‘ aufgehoben. Es ist also in Zukunft auf die in Artikel 7 Paragraph 2 der o.a. Verordnung erwähnten sozialen Vergünstigungen hinzuweisen.

7. In Nr. 16 sollte man auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verweisen.

8. In Nr. 17 ist Artikel 57 dieses letzten Vertrags zu erwähnen.

9. Artikel 3 Nr. 18 des Dekretvorentwurfs definiert die „Regierung“ als „die Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft“. Eine solche Definition ist nutzlos und auszulassen. Ein Dekret der Deutschsprachigen Gemeinschaft kann nämlich nur von ihrem Parlament ausgehen und nur ihre Regierung betreffen oder ermächtigen, ohne dass es nötig ist, eine Definition oder eine nähere Bezeichnung aufzunehmen.

Artikel 7

1. Gemäß Artikel 13 der o.a. Richtlinie 2000/43/EG, Artikel 12 der o.a. Richtlinie 2004/113/EG und Artikel 20 der o.a. Richtlinie 2006/54/EG muss jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere Stellen, deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu fördern, zu analysieren, zu beobachten und zu unterstützen, bezeichnen.

³⁴ Siehe auch das o.a. Gutachten 44.724/4 (besondere Bemerkung Nr. 1 über Artikel 8).

In diesen Bestimmungen, insbesondere in Artikel 20 der o.a. Richtlinie 2006/54/EG, wird Folgendes bestimmt:

„2. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es zu den Befugnissen dieser Stellen gehört,

- a) [...] die Opfer von Diskriminierungen auf unabhängige Weise dabei zu unterstützen, ihre Beschwerde wegen Diskriminierung zu verfolgen;
- b) unabhängige Untersuchungen zum Thema der Diskriminierung durchzuführen;
- c) unabhängige Berichte zu veröffentlichen und Empfehlungen zu allen Aspekten vorzulegen, die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen;

[...] ³⁵“.

2. Selbst wenn der europäische Gerichtshof der Meinung ist, dass für die Umsetzung in das innerstaatliche Recht nicht erforderlich ist, die europäischen Regeln förmlich und wörtlich in eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung aufzunehmen, ist es ratsam, dass die Terminologie, die in den die europäischen Richtlinien umsetzenden Bestimmungen innerstaatlichen Rechts gebraucht wird, der Terminologie der Richtlinien so treu wie möglich ist.

Außerdem ist es Auftrag des Gesetzgebers, eine oder mehrere Stellen zu bezeichnen, um diese Aufgaben auszuführen.

3. Wenn erwogen wird, diese Aufgaben dem Zentrum für Chancengleichheit und Rassismusbekämpfung und dem Institut für die Gleichheit von Frauen und Männern zuzuweisen, muss zuvor gemäß Artikel 92*bis* des o.a. Sondergesetzes vom 8. August 1980, der durch Artikel 55*bis* des o.a. Gesetzes vom 31. Dezember 1983 auf die Deutschsprachige Gemeinschaft für anwendbar erklärt worden ist, ein Kooperationsabkommen mit dem föderalen Staat abgeschlossen werden. Dieses Abkommen sollte abgeschlossen werden, bevor die Bestimmungen des Dekretvorentwurfs, der das Zentrum und das Institut betrifft, in Kraft treten. Außerdem sollten dieses Abkommen und diese Bestimmungen des Vorentwurfs gleichzeitig in Kraft treten.

³⁵ Artikel 20 der Richtlinie 2006/54/EG bestimmt außerdem:

„d) auf geeigneter Ebene mit entsprechenden europäischen Einrichtungen, wie beispielsweise einem künftigen Europäischen Institut für Gleichstellungsfragen verfügbare Informationen auszutauschen.“

4. Artikel 7 des Vorentwurfs ist infolgedessen von Grund auf zu revidieren³⁶.

Artikel 8

In Artikel 8 Punkt 1 müsste der Begriff „Einrichtungen von öffentlichem Interesse“ durch „gemeinnützige Einrichtungen“ ersetzt werden.

Artikel 11

1. In dem Gutachten über die Abänderungsvorschläge³⁷, die ohne Änderung infolge dieses Gutachtens zum Artikel 30 des Antidiskriminierungsgesetzes „Rassismus“, Artikel 33 des Antidiskriminierungsgesetzes „Geschlechter“ und Artikel 28 des Antidiskriminierungsgesetzes „allgemeine Regelung“ geworden sind, hatte die Generalversammlung der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates bemerkt :

„7. [...]

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

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

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

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

[...]

³⁶ Siehe auch das o.a. Gutachten 44.742/4 (besondere Bemerkungen über die Artikel 36 und 37).

³⁷ Das Gutachten 42.399-42.200-42.201/AG vom 6. März 2007 über Abänderungsvorschläge zu Entwürfen, die zu den Gesetzen vom 10. Mai 2007 geworden sind (*Parl. Dok.*, Kammer, 2006-2007, Nr. 51-2720/008, 51.2721/005 und 51-2722/005).

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

³⁸ Fußnote 19 des zitierten Gutachtens: C.J.U.E., 26 juin 2001, C-381/99, Susanna Brunnhofer et Bank der österreichischen Postsparkasse AG.

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. Die Fassung von Artikel 11 des vorliegenden Dekretvorentwurfs und die von den Bestimmungen der drei o.a. föderalen Gesetze vom 10. Mai 2007 sind ähnlich.

3. In seinem Urteil 17/2009 vom 12. Februar 2009³⁹ war der Verfassungsgerichtshof der Ansicht, dass diese Bestimmungen der föderalen Gesetze gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht verstießen.

Artikel 12

In mehreren Urteilen hat der Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass es nicht gerechtfertigt ist, die Nichtigkeit von Klauseln, wonach eine der Parteien auf die durch das Gesetz, das Dekret oder die Ordonnanz garantierten Rechte verzichtet, auf diejenigen vor der festgestellten Diskriminierung zu begrenzen und von dieser Nichtigkeit die Klauseln

³⁹ Verfassungsgerichtshof, Nr. 17/2009, 12. Februar 2009, B.91 bis B.94.

auszuschließen, mit denen eine Partei gleichzeitig mit oder nach der Diskriminierung auf den Schutz des Gesetzes, des Dekrets oder der Ordonnanz verzichten würde⁴⁰.

Die Wörter „im Voraus“ sind deshalb auszulassen.

Artikel 15

In Paragraph 3 schreibe man: „§ 2 Punkt 1.“ statt „§ 1 Punkt 1.“.

Artikel 16

Was das Zentrum für Chancengleichheit und Rassismusbekämpfung und das Institut für die Gleichheit von Frauen und Männern betrifft, wird auf die besonderen Bemerkungen über Artikel 7 verwiesen.

Artikel 28

Artikel 1 Absatz 1 Nr. 12 des Dekrets der Wallonischen Region vom 5. Februar 1998 über die Überwachung und Kontrolle bezüglich der Beachtung der Gesetzgebungen im Bereich der Beschäftigungspolitik muss nicht aufgehoben werden, aber der darin stehende Bezug auf das Dekret der Deutschsprachigen Gemeinschaft vom 17. Mai 2004 bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt muss durch einen Bezug auf das entworfene Dekret ersetzt werden.

Darauf zielt insbesondere der entworfene Artikel 45 des Vorentwurfs ab.

Artikel 28 ist auszulassen und es wird im Übrigen auf die Bemerkung über Artikel 45 verwiesen.

Artikel 29 bis 31

Laut dem Kommentar zu den Artikeln

„[wird] im Interesse der Personalmitglieder des Unterrichtswesens und gemäß dem Sektorenabkommen 2010-2012 vom 24. Februar 2011 das Schwellenalter, das zur

⁴⁰ Urteile Verfassungsgerichtshof Nr. 64/2009 vom 2. April 2009, B.13.2, 122/2009 und 123/2009 vom 16. Juli 2009, B.5.2 und 35/2010 vom 22. April 2010, B.6.2.

Ermittlung des finanziellen Dienstalters von Bedeutung ist, abgeschafft (...), um zu verhindern, dass zwei Personen, die die gleiche Ausbildung abgelegt und die gleichen Dienste geleistet haben, allein aufgrund ihres unterschiedlichen Alters ungleich behandelt werden. “

Artikel 29 bis 31 des Vorentwurfs behalten aber die Altersschwellen mit Ausnahme von dem „Personalmitglied [...], das sein Amt nach dem 31. August 2011 angetreten hat oder das sein Amt vor diesem Datum angetreten hat und die Altersschwelle zu diesem Zeitpunkt noch nicht erreicht hat“.

Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates es unlängst in einem Gutachten bemerkt hat⁴¹,

„Die Anlagen I und II enthalten die Gehaltstabellen der Personalmitglieder. Jede der Tabellen befindet sich in einer Jahresklasse (24, 22, 20 und 18 Jahre).

Der Dekretvorentwurf enthält keine Präzisierung über diese Jahresklassen, aber die beauftragte Beamtin hat bestätigt, dass es sich um die Regel handelt, der zufolge die Personalmitglieder effektive Dienste nicht anrechnen können, die normalerweise für die Gewährung von zwischenzeitlichen Erhöhungen zulässig sind, weil sie in einem Alter vor dem vorgeschriebenen Alter geleistet wurden.

Dieser Behandlungsunterschied zwischen den Personalmitgliedern kann nur angenommen werden, wenn sie von dem Verfasser des Textes gemäß Artikel 6 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf gerechtfertigt wird, was hier nicht der Fall ist.

In Ermangelung einer angemessenen Rechtfertigung sind die Anlagen I und II in diesem Punkt zu revidieren [...].“.

Der Dekretvorentwurf führt zu einem Behandlungsunterschied zwischen dem Personalmitglied, das sein Amt vor dem 31. August 2011 angetreten hat und die Altersschwelle spätestens zu diesem Zeitpunkt erreicht hat, einerseits, und dem Personalmitglied, das sein Amt nach dem 31. August 2011 angetreten hat oder das sein Amt vor diesem Datum angetreten hat und die Altersschwelle zu diesem Zeitpunkt noch nicht erreicht hat, andererseits.

⁴¹ Gutachten 44.005/2 vom 6. Februar 2008 über einen Dekretvorentwurf, der zum Dekret der Deutschsprachigen Gemeinschaft vom 21. April 2008 ‚zur Aufwertung des Lehrerberufes‘ (*Parl. Dok.*, Parl. DG, 2007-2008, Nr. 124/1, S. 86-87) geworden ist.

In Ermangelung einer angemessenen Rechtfertigung, die die europäische Rechtsprechung⁴² berücksichtigt, sind die Artikel 29 bis 31 des Dekretvorentwurfs zu revidieren.

Artikel 45

Der Rechtssicherheit halber wäre es ratsam, den veralteten Bezug auf das Dekret vom 17. Mai 2004 ‚bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt‘ in den betroffenen Texten ausdrücklich zu ersetzen.

⁴² Siehe : EuGH, 18. Juni 2009, C88/08 Hütter, und EuGH, 8. September 2011, C-297/10, Hennings.

Die Kammer setzte sich zusammen aus

den Herren	Y. KREINS,	Kammerpräsident,
	P. VANDERNOOT,	Staatsräte,
Frau	M. BAGUET,	
Herrn	S. VAN DROOGHENBROECK,	Beisitzer der Gesetzgebungsabteilung,
Frau	A.-C. VAN GEERSDAELE,	Kanzler.

Der Bericht wurde von Herrn R. WIMMER, Auditor, vorgelegt.

DER KANZLER

DER PRÄSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

Das Gutachten wurde unter der Aufsicht von Herrn R. WIMMER, Auditor, übersetzt.

DER HAUPTKANZLER,

D. LANGBEEN.