CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 54.863/2
du 15 janvier 2014

sur

avant-projet de loi 'modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 54.863/2
van 15 januari 2014

over

een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie'

Le 20 décembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Première Ministre et Ministre de l'Intérieur à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 15 janvier 2014. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Marianne DONY, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 janvier 2014.

*

Op 20 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Binnenlandse Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 15 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Yves DE CORDT en Marianne DONY, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 januari 2014.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique 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 suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'avant-projet de loi vise à élargir le champ de protection de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', dite loi « genre », aux personnes transgenres, « y compris les travestis, les intersexués et les autres personnes en dehors des standards traditionnels en matière de sexe et de genre ».

Selon l'exposé des motifs,

> « en raison du système fermé des critères protégés, l'assimilation du changement de sexe au sexe signifie toutefois qu'à l'heure actuelle, seules les personnes transsexuelles, c'est-à-dire les personnes qui prévoient de subir un traitement en vue de changer de sexe, les personnes qui sont en cours de traitement ou celles qui l'ont subi, sont protégées par la loi 'genre' ».

Si l'ajout, dans un paragraphe distinct de l'article 4 de cette loi du 10 mai 2007, de deux critères, « l'identité de genre » et « l'expression de genre », étendant le champ de protection de cette loi est, en droit, admissible, cette question relevant du pouvoir d'appréciation du législateur [1], il n'en demeure pas moins que le principe de légalité commande que la définition de ces critères puisse être appréhendée [2]. Ces critères seront définis avec d'autant plus de soin que la méconnaissance de la loi est assortie de sanctions pénales.

Les explications figurant dans l'exposé des motifs ne peuvent suffire sur ce point.

[1] C.C., n° 17/2009, 12 février 2009, spéc. B.14.5.

[2] *Ibid.*, B.14.6. Dans son avis 52.895/1 du 9 avril 2013 sur un avant-projet de loi 'complétant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail quant à la prévention des risques psychosociaux au travail', qui concernait notamment la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, la section de législation du Conseil d'État a formulé l'observation suivante : « Si on estime en outre nécessaire, actuellement, de mentionner également expressément un nouveau critère comme 'l'expression et l'identité de genre', susceptible, toutefois susceptible lui aussi d'être considéré comme un des aspects du vaste critère 'sexe' déjà mentionné, l'exposé des motifs devrait, à tout le moins, en donner une définition » (*Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3101/1). Pour les raisons exposées ci-dessous, il ne s'indique pas, dans la présente espèce, de se contenter, fût-ce « à tout le moins », d'une définition dans l'exposé des motifs.

Ils se fondent en effet sur deux textes, à savoir, d'une part, les « *Principes de Jogyakarta* » [3], qui ont été approuvés au niveau fédéral par la résolution du Sénat n° 5-1847 du 6 décembre 2012, et, d'autre part, l'étude « Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression », rédigée en 2011 par Silvan Agius et Christa Tobler.

Non seulement ces deux textes sont dépourvus de force juridique obligatoire mais en outre leur consultation ne permet pas de cerner avec la précision voulue les concepts en cause.

Ainsi, les *Principes de Jogjakarta* se contentent de définir l'« identité de genre ». Les termes « expression de genre » n'y figurent pas en tant que tels. Ils semblent inclus dans la notion d'identité de genre. On peut en effet y lire ce qui suit :

> « l'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ».

Il est vrai que l'étude « Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression » définit ces deux notions indépendamment l'une de l'autre mais tout en se référant aux principes de Jogjakarta :

> « *Gender identity* refers to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modifications of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerism [4].
>
> *Gender expression* refers to peoples' manifestation of their gender identity, and the one that is perceived by others. Typically, people seek to make their gender expression or presentation match their gender identity/identities, irrespective of the sex that they were assigned at birth » [5].

En conclusion, si ces explications qui figurent dans l'exposé des motifs peuvent présenter une certaine utilité, elles restent insuffisantes pour satisfaire entièrement aux exigences du principe de légalité. Elles ne permettent en effet pas d'atteindre le degré de clarté, de précision et, partant, de sécurité juridique nécessaire pour assurer l'effectivité du contrôle du respect de la loi par le juge.

L'avant-projet sera complété sur ce point.

---

[3] *Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, p. 8. Ce texte a été rédigé, discuté et adopté à l'unanimité des 29 experts désignés pour ce faire par la Commission internationale de juristes et le Service international pour les droits de l'homme lors d'une réunion tenue à l'Université Gadjah Mada de Jogjakarta, en Indonésie, du 6 au 9 novembre 2006.

[4] *Note 9 du document cité :* As defined in *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity* (2006) [...].

[5] S. Agius et C. Tobler, « *Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression* », étude demandée par la Commission européenne, Bruxelles, 2012, p. 13.

2. Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet entend étendre la protection de la loi de manière à protéger un groupe qui « doit régulièrement faire face à ces cas de discrimination. [I]l ressort même de l'enquête en cours du Steunpunt Gelijkekansenbeleid que 80 % des personnes transgenres interrogées ont été récemment confrontées à une violence verbale et/ou physique en public ».

Or, au vu du champ d'application de la loi « genre », qui ne couvre pas l'espace public dans son entièreté, la section de législation du Conseil d'État a observé, dans un avis 53.819/2 donné le 2 octobre 2013 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' :

> « La modification envisagée nuit à la cohérence interne de la loi 'genre' Elle conduirait en effet à donner deux champs d'application distincts à cette législation, au sein du même volet civil : le premier, historique, limité au secteur du travail, au secteur social au sens large et au secteur de l'accès aux biens et aux services, concernerait tous les comportements visés par la loi dans son article 19 (discrimination directe, discrimination indirecte, injonction de discriminer, harcèlement et harcèlement sexuel) ; le second, instauré par l'avant-projet examiné, viserait l'espace public mais seulement pour deux de ces comportements, le harcèlement et le harcèlement sexuel.
>
> Par ailleurs, et plus généralement, si le champ d'application de la loi 'genre' est aussi strictement délimité au secteur du travail, au secteur social au sens large et au secteur de l'accès aux biens et aux services, c'est parce qu'il s'inscrit dans un ensemble de trois textes votés le même jour formant ensemble un dispositif cohérent de législation anti-discrimination.
>
> Ainsi, dans les avis donnés le 11 juillet 2006 sur l'avant-projet devenu 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' (40.689/AG), l'avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' (40.690/AG) et l'avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination' (40.691/AG), l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a fait l'observation suivante :
>
> ' Les trois avant-projets à l'examen ont pour objet de lutter contre certaines formes de discrimination, respectivement sur la base de la nationalité, la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, sur la base du sexe, et sur la base de l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, le handicap et la caractéristique physique ou génétique.
>
> Les trois régimes anti-discriminatoires ainsi mis en place entendent tous s'appliquer, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris les organismes publics, dans les domaines suivants : l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement ; la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé ; les avantages sociaux ; les relations de travail ; la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal ; l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations ; et l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou

politique accessible au public. L'avant-projet de loi-genre vise en outre expressément le domaine des 'avantages complémentaires de sécurité sociale' » [6].

Il en résulte que, si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est bien d'étendre la protection de la loi au cas de discrimination pouvant survenir en public, la loi « genre » ne pourra la rendre effective.

OBSERVATION PARTICULIÈRE

INTITULÉ

Dans la version néerlandaise de l'intitulé, il faut remplacer les mots « 21 mai 2007 » par les mots « 10 mai 2007 ».

*

[6] *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2722/5, pp. 97-126.

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

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

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het voorontwerp van wet strekt ertoe de bescherming die geboden wordt door de wet van 10 mei 2007 'ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen' – die bekend staat als genderwet – te verruimen tot transgenders, "met inbegrip van travestieten, interseksuelen, en andere gendervariante personen".

In de memorie van toelichting wordt het volgende gesteld:

> "Omwille van het gesloten systeem van de beschermde kenmerken, betekent de gelijkstelling van geslachtsverandering met geslacht echter dat momenteel enkel transseksuele personen beschermd worden door de genderwet — dat wil zeggen: personen die een geslachtsveranderende behandeling hebben ondergaan, die ermee bezig zijn, of die van plan zijn dit te doen".

Hoewel de toevoeging, in een afzonderlijke paragraaf van artikel 4 van die wet van 10 mei 2007, van twee criteria, namelijk "genderidentiteit" en "genderexpressie", waarbij de door de wet geboden bescherming wordt verruimd in rechte aanvaardbaar is, aangezien die kwestie behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever[1], neemt zulks niet weg dat het wettigheidsbeginsel wil dat de definitie van die criteria bevattelijk moet zijn[2]. Die criteria dienen net des te meer zorg gedefinieerd te worden daar op de niet-naleving van de wet strafrechtelijke straffen staan.

De uitleg in de memorie van toelichting volstaat op dat punt niet.

---

[1] GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, inzonderheid B.14.5.

[2] *Ibid.*, B.14.6. Zie ook advies 52.895/1, op 9 april 2013 verstrekt over een voorontwerp van wet 'tot aanvulling van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk wat de preventie van psychosociale risico's op het werk betreft', dat inzonderheid geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk betrof. In dat advies heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State de volgende opmerking geformuleerd: "Indien het daarnaast nodig wordt geacht om thans ook uitdrukkelijk melding te maken van een nieuw criterium zoals 'genderexpressie en genderidentiteit', dat echter ook zou kunnen worden beschouwd als een aspect van het reeds vermelde, ruime criterium 'geslacht', zou van dat criteria minstens in de memorie van toelichting een omschrijving moeten worden opgenomen" (*Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 3101/1). Op grond van de hieronder uiteengezette redenen, is het *in casu* niet raadzaam om zich - zelfs niet "minstens"- te beperken tot een omschrijving in de memorie van toelichting.

Die criteria stoelen immers op twee teksten, te weten enerzijds de "Jogjakartaprincipes"[3], die op federaal niveau zijn goedgekeurd bij resolutie nr. 5-1847 van 6 december 2012 van de Senaat, en anderzijds de studie "Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression", in 2011 opgesteld door Silvan Agius en Christa Tobler.

Niet alleen hebben die twee teksten geen bindende rechtskracht maar bovendien is het niet mogelijk om aan de hand ervan een duidelijk genoeg beeld te krijgen van de begrippen in kwestie.

Zo wordt in de *Jogjakartaprincipes* alleen de definitie van "genderidentiteit" gegeven. De term "genderexpressie" als dusdanig is er niet in opgenomen. Hij lijkt te zijn vervat in het begrip genderidentiteit. Er staat immers het volgende te lezen:

> "Onder genderidentiteit wordt verstaan eenieders diepgevoelde, persoonlijke beleving van zijn gender, dat al dan niet overeen kan komen met het bij de geboorte meegekregen geslacht, met inbegrip van de persoonlijke beleving van het lichaam (waarbij het kan gaan om aanpassing van het uiterlijk of van lichaamsfuncties door een medische of chirurgische ingreep of anderszins, mits daarvoor in vrijheid is gekozen) en andere genderuitingen, waaronder kleding, spraak en gedrag."

In de studie "Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression" worden die twee begrippen afzonderlijk gedefinieerd, maar wordt daarbij wel verwezen naar de Jogjakartaprincipes:

> "*Gender identity* refers to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modifications of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerism[4].
>
> *Gender expression* refers to peoples' manifestation of their gender identity, and the one that is perceived by others. Typically, people seek to make their gender expression or presentation match their gender identity/identities, irrespective of the sex that they were assigned at birth".[5]

Het besluit is dan ook dat, hoewel de uitleg in de memorie van toelichting een zeker nut kan hebben, ze ontoereikend blijft om volledig te beantwoorden aan de vereisten van het wettigheidsbeginsel. Aan de hand van die uitleg kan immers niet de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid en bijgevolg van rechtszekerheid bereikt worden die noodzakelijk is om te garanderen dat de rechter daadwerkelijk kan controleren of de wet wordt nageleefd.

---

[3] *De Jogjakarta-principes - Principes betreffende de toepassing van het internationaal recht inzake mensenrechten met betrekking tot seksuele geaardheid en genderidentiteit*, p. 8 (niet-officiële vertaling). Deze tekst is opgesteld, besproken en unaniem goedgekeurd door de 29 deskundigen die daartoe waren aangesteld door de Internationale Commissie van Juristen en de International Service for Human Rights tijdens een bijeenkomst op de Universiteit Gadjah Mada van Jogjakarta in Indonesië van 6 tot 9 november 2006.

[4] *Voetnoot 9 van het geciteerde document:* As defined in *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity* (2006) [...].

[5] S. Agius en C. Tobler, "*Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*", studie besteld door de Europese Commissie, Brussel, 2012, 13.

Het voorontwerp dient op dat punt aangevuld te worden.

2. Volgens de memorie van toelichting strekt het voorontwerp ertoe de door de wetgeboden bescherming aldus te verruimen dat die bescherming ook geldt voor een groep die veelvuldig wordt geconfronteerd met discriminatie: "[U]it lopend onderzoek van het Steunpunt Gelijkekansenbeleid blijkt zelfs dat tot 80% van de ondervraagde transgenders in het recente verleden publiekelijk werd geconfronteerd met verbaal en/of fysiek geweld".

In het licht van het toepassingsgebied van "de genderwet", die niet de gehele openbare ruimte dekt, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State in advies 53.819/2, op 2 oktober 2013 verstrekt over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen', echter het volgende opgemerkt:

> "De beoogde wijziging doet afbreuk aan de interne samenhang van de 'genderwet'. Ze zou er immers toe leiden dat deze wetgeving twee onderscheiden toepassingsgebieden krijgt binnen hetzelfde burgerrechtelijke onderdeel: het eerste, dat historisch van aard is, blijft beperkt tot de arbeidssector, de sociale sector in ruime zin en de sector van de toegang tot goederen en diensten, en zou betrekking hebben op alle gedragingen bedoeld in artikel 19 van de wet (directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie en seksuele intimidatie); het tweede, ingesteld door het voorliggende voorontwerp, zou verband houden met de openbare ruimte, maar slechts voor twee van de voornoemde gedragingen, namelijk de intimidatie en de seksuele intimidatie.
>
> Meer algemeen gesteld wordt het toepassingsgebied van de 'genderwet' voorts zo strikt beperkt tot de arbeidssector, de sociale sector in ruime zin en de sector van de toegang tot goederen en diensten, omdat het past in het kader van een geheel van drie teksten die op dezelfde dag gestemd zijn en die een samenhangend geheel vormen op het vlak van wetgeving inzake anti-discriminatie.
>
> Aldus heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State in de adviezen van 11 juli 2006 over het voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 10 mei 2007 'tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden' (40.689/AV), het voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 10 mei 2007 'ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen' (40.690/AV) en het voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 10 mei 2007 'ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie' (40.691/AV), de volgende opmerking geformuleerd:
>
> 'De drie voorliggende voorontwerpen strekken tot de bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, respectievelijk op grond van 'nationaliteit, zogenaamde ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming', op grond van 'geslacht' en op grond van 'leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, vermogen, geloof, levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap en fysieke of genetische eigenschap'.
>
> De anti-discriminatieregelingen die aldus worden ingesteld, zijn alle drie bedoeld om te gelden in zowel de overheidssector als de particuliere sector, met inbegrip van de overheidsinstanties, in de volgende domeinen: de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting; sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg; sociale voordelen; de arbeidsbetrekkingen; de vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal; het

lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden; en de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek . In het voorontwerp van genderwet wordt bovendien uitdrukkelijk verwezen naar het domein van de 'aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid'."[6]

Daaruit volgt dat, als het inderdaad de bedoeling van de steller van het voorontwerp is om de bescherming van de wet te verruimen tot de gevallen van discriminatie die zich in het openbaar kunnen voordoen, de genderwet die bescherming niet werkzaam kan maken.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

OPSCHRIFT

In de Nederlandse tekst dienen in het opschrift de woorden "21 mei 2007" vervangen te worden door de woorden "10 mei 2007".

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON Yves KREINS

[6] *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/5, 97-126.