



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 61.527/1
van 21 juni 2017

avis 61.527/1
du 21 juin 2017

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'inzake het
bestrijden van discriminatie op
het vlak van tewerkstelling in
het Brussels Hoofdstedelijk
Gewest'

un avant-projet d'ordonnance
'visant à lutter contre les
discriminations en matière
d'Emploi en Région de
Bruxelles-Capitale'

Op 15 mei 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, bevoegd voor Economie en Tewerkstelling verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 8 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jurgen NEUTS, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 juni 2017.

*

Le 15 mai 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Économie et de l'Emploi à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance ‘visant à lutter contre les discriminations en matière d'Emploi en Région de Bruxelles-Capitale’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 8 juin 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Jurgen NEUTS, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wouter PAS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 21 juin 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe wijzigingen aan te brengen aan de ordonnantie van 30 april 2009 ‘betreffende het toezicht op de reglementeringen inzake werkgelegenheid die tot de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behoren en de invoering van administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op deze reglementeringen’, de ordonnantie van 4 september 2008 ‘betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling’ en de ordonnantie van 8 oktober 2015 ‘houdende algemene regels betreffende de inhouding, de terugvordering en de niet-vereffening van subsidies op het vlak van werkgelegenheid en economie’.

Met de wijzigingen van de ordonnantie van 30 april 2009 (artikel 2 van het ontwerp), beoogt het ontwerp de gewestelijke werkgelegenheidsinspectie nieuwe prerogatieven te geven in de strijd tegen discriminatie inzake tewerkstelling. Deze bevoegdheden bestaan in de mogelijkheid tot het uitvoeren van ‘discriminatietesten’, zijnde de ‘praktijktesten’ en de ‘mystery calling’.

De wijzigingen van de ordonnantie van 4 september 2008 zijn er, ten eerste, op gericht het toepassingsgebied ervan te vergroten ingevolge de uitgebreide gewestelijke bevoegdheden op het vlak van het tewerkstellingsbeleid en door alle werkgevers met exploitatiezetel in het betrokken gewest onder de gelding van deze ordonnantie te brengen (artikelen 3 tot en met 7 van het ontwerp). Vervolgens beoogt artikel 8 van het ontwerp het instrument van de discriminatietesten ook ter beschikking te stellen van ambtenaren aangeduid door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, de slachtoffers van discriminatie en de instellingen bedoeld in artikel 15 van dezelfde ordonnantie en de samenwerkingsverbanden bedoeld in artikel 27 van dezelfde ordonnantie.

Artikel 9 van het ontwerp wijzigt de ordonnantie van 8 oktober 2015 zodat een definitieve strafrechtelijke of burgerrechtelijke veroordeling van een onderneming wegens inbreuken op de discriminatiewetgeving, een grond wordt om subsidies op het vlak van werkgelegenheid en economie terug te vorderen of niet te vereffenen.

Naar luid van het ontworpen artikel 10 bezorgt de minister van Tewerkstelling “ten laatste tegen de maand juni” een jaarverslag betreffende de strijd tegen discriminatie op het vlak van tewerkstelling en het gebruik van discriminatietesten aan de voorzitter van de Economische en Sociale Raad van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking: bevoegdheid

3. Het ontworpen artikel 4/3, § 2, eerste lid, 1°, van de ordonnantie van 30 april 2009 beoogt een “praktijktest” mogelijk te maken “die bestaat uit het versturen door de werkgelegenheidsinspecteurs van paren gelijkaardige sollicitaties die enkel verschillen op één criterium dat mogelijk tot discriminatie leidt” (artikel 2 van het ontwerp). Aldus geformuleerd worden aan de werkgelegenheidsinspecteurs controlebevoegdheden toegekend inzake discriminatie bij aanwerving, of nog, bij de onderhandelingen over de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst. Dat laatste is, op grond van artikel 6, § 1, VI, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, evenwel een aan de federale overheid voorbehouden materie.

Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp kan worden opgemaakt dat de stellers van het ontwerp een beroep doen op de impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.² Op grond van die impliciete bevoegdheden kan de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.³

De Raad van State, afdeling Wetgeving, stelt vast dat de in de memorie van toelichting gegeven verantwoording voor het toepassen van het genoemde artikel 10, in het bijzonder ten aanzien van de noodzakelijkheid, niet kennelijk onjuist of onredelijk is. Wel zal erover gewaakt moeten worden dat de discriminatietest enkel wordt uitgevoerd in het kader van de gewestelijke bevoegdheden op het vlak van tewerkstelling. De voorwaarde in het ontworpen artikel 4/3, § 1, van de ordonnantie dat de werkgelegenheidsinspecteurs discriminatietesten kunnen uitvoeren “bij de uitoefening van hun opdracht” moet dan ook in die strikte zin worden begrepen.

4. De in het ontwerp vervatte regeling bevat ook regelingen die betrekking hebben op de federale bevoegdheid inzake het algemeen strafrecht. Het ontworpen artikel 4/3, § 2, eerste lid, bepaalt dat de werkgelegenheidsinspecteurs gebruik kunnen maken van een valse identiteit. Het ontworpen artikel 4/3, § 2, tweede lid, van de dezelfde ordonnantie bepaalt dat de werkgelegenheidsinspecteurs die in het kader van de discriminatietesten de strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen vrij van straf blijven.

Aldus bevat het ontwerp een strafuitsluitende verschoningsgrond, ten aanzien van alle noodzakelijke misdrijven, in het bijzonder ook misdrijven die zijn opgenomen in het algemeen strafrecht, zoals het misdrijf waarbij iemand in het openbaar een naam aanneemt die hem niet toekomt (artikel 231 van het Strafwetboek).

² Dat krachtens artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’ van toepassing is op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie recentelijk GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11.

In beginsel kan de ordonnantiegever slechts een strafuitsluitende verschoningsgrond invoeren, in zoverre die betrekking heeft op de door hem, in overeenstemming met artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980⁴ ingevoerde strafbaarstelling.⁵ Voor het invoeren van de bovenvermelde verschoningsgrond kan eventueel echter een beroep gedaan worden op de in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vermelde impliciete bevoegdheden. De stellers van het ontwerp zullen daartoe in de memorie van toelichting de noodzakelijke verantwoording moeten kunnen opnemen.

Er dient in dit verband wel op het volgende te worden gewezen. In het ontworpen artikel 22, § 3, tweede lid, van de ordonnantie van 4 september 2008 (artikel 8 van het ontwerp) wordt bepaald dat de discriminatietesten niet enkel uitgevoerd kunnen worden door ambtenaren van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, maar ook door slachtoffers, of door organisaties en verenigingen die zich statutair tot doel gesteld hebben de mensenrechten te verdedigen en discriminatie te bestrijden en die optreden ter ondersteuning van een slachtoffer.⁶ Uit het lezen van deze ontworpen bepalingen in samenhang met artikel 22, § 1, van de ordonnantie van 4 september 2008 volgt dat het voor het slachtoffer volstaat dat de betrokken persoon meent slachtoffer te zijn van discriminatie. Het valt moeilijk in te zien hoe op grond van de impliciete bevoegdheden het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest een verschoningsgrond kan invoeren ten aanzien van misdrijven uit het algemeen strafrecht ten gunste van zulke ruime categorie van personen die niet bekleed zijn met een of andere vorm van openbaar gezag. Zelfs indien de noodzakelijkheid hiervan verantwoord zou kunnen worden, moet vastgesteld worden dat zulk een regeling meer dan een marginale weerslag zou hebben op de federale bevoegdheid.

Uit de toelichting verschaft door de gemachtigde blijkt dat de stellers van het ontwerp niet beogen de slachtoffers bij het verrichten van discriminatietesten te laten genieten van een strafuitsluitende verschoningsgrond. Deze bedoeling blijkt evenwel niet voldoende duidelijk uit de tekst van het ontwerp. Het ontworpen artikel 22, § 3, van de ordonnantie van 4 september 2008 maakt immers de voorwaarden van het ontworpen artikel 4/3, § 2, tweede lid, van de ordonnantie van 30 april 2009 van toepassing op de discriminatietesten die worden uitgevoerd door de slachtoffers. Enkel de bepalingen van artikel 4/3, § 4, 2° en § 6, zijn niet van toepassing. Weliswaar bepaalt het ontworpen artikel 4/3, § 2, tweede lid, van de ordonnantie van 30 april 2009 dat vrij van straf blijven “de werkgelegenheidsinspecteurs”. Aangezien het hele artikel 4/3, dat van toepassing wordt verklaard op de discriminatietesten door slachtoffers en de vermelde organisaties en verenigingen, van toepassing is op de werkgelegenheidsinspecteurs, kan uit deze bepaling niet met voldoende zekerheid worden opgemaakt dat de verschoningsgrond niet geldt ten gunste van slachtoffers en verenigingen. Bovendien bepaalt artikel 4/3, § 2, eerste lid, dat zonder meer van toepassing wordt gemaakt op de slachtoffers en de vermelde organisaties en verenigingen, dat de discriminatietest uitgevoerd wordt “onder een valse identiteit”. Aldus lijkt de tekst van het ontwerp de slachtoffers het recht te geven om een strafbaar feit te plegen, zoals het in artikel 231 van het Strafwetboek vermelde misdrijf.

⁴ Dat krachtens artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 van toepassing is op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

⁵ GwH, 10 april 2008, nr. 62/2008, B.9.

⁶ Zie artikel 27, § 1, 1°, van de ordonnantie van 4 september 2008.

Het ontwerp moet bijgevolg worden aangepast om ondubbelzinnig, ook met het oog op de rechtszekerheid voor alle betrokkenen, tot uiting te brengen dat de strafuitsluitende verschoningsgronden niet gelden ten aanzien van de in het ontworpen artikel 22, § 3, tweede lid, van de ordonnantie van 4 september 2008 bedoelde personen.⁷

Artikel 2

5. Het is raadzaam de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 4/3, § 2, eerste lid, van de ordonnantie van 30 april 2009 duidelijker te formuleren, bijvoorbeeld door de zinsnede "... zonder zich te moeten rechtvaardigen voor hun functies of de omstandigheid dat de bij deze gelegenheid gedane vaststellingen kunnen worden aangewend voor de uitoefening van het toezicht of de controle" te vervangen door "... zonder dat zij zich moeten legitimeren of erop moet wijzen dat de bij deze gelegenheid gedane vaststellingen kunnen aangewend worden voor de uitoefening van het toezicht of de controle".

6. In het ontworpen artikel 4/3, § 2, tweede lid, wordt bepaald dat de werkgelegenheidsinspecteurs "die in dit kader strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen" vrij van straf blijven. In het ontwerp wordt evenwel niet bepaald wie over het "strikt noodzakelijk" karakter van de feiten zal oordelen, noch wordt in bijkomende rechtswaarborgen voorzien voor zowel de betrokken rechtsonderhorigen als de werkgelegenheidsinspecteurs in kwestie. De in het ontwerp vervatte regeling zou op deze punten moeten worden aangevuld.⁸

Artikel 3

7. In artikel 3, 1°, van het ontwerp moet in de Nederlandse tekst de ontworpen toevoeging ("de werkgever van") vervangen worden door "de werkgever,".

Artikel 4

8. De in te voegen termen in artikel 5, § 1, van de ordonnantie van 4 september 2008 schrijve men als volgt: "op de werkgevers,".

⁷ Voor wat betreft de in deze bepaling vermelde "ambtenaren aangeduid door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering krachtens artikel 16", zie de opmerking bij artikel 8.

⁸ Zie in dezelfde zin: Adv.RvS 59.213/1/2/3 van 2 mei 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 29 juni 2016 'houdende diverse bepalingen inzake Economie' (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1861/1, 104); Adv.RvS 54.896/1 van 4 februari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 19 april 2014 'houdende invoeging van boek VII 'Betalingen- en kredietdiensten' in het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van de definities eigen aan boek VII en van de straffen voor de inbreuken op boek VII, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht en houdende diverse andere bepalingen' (*Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3429/1, 232).

Artikel 5

9. In de Nederlandse tekst van artikel 5 moeten de woorden “de werkgevers” op de juiste wijze worden ingevoegd. Het volstaat niet de Franse tekst van het ontwerp naar het Nederlands om te zetten, maar er moet zorg voor gedragen worden dat in beide authentieke taalversies van het ontwerp de in te voegen woorden op de juiste wijze in de bestaande bepalingen van de ordonnantie van 4 september 2008 worden ingevoegd. De Nederlandse tekst van artikel 5 van het ontwerp moet bijgevolg zo worden geformuleerd dat de woorden “de werkgevers,” worden ingevoegd tussen “gepleegd door” en “de intermediaire organisaties”.

Artikel 7

10. In plaats van “artikel 20 van dezelfde ordonnantie” schrijve men “artikel 20, § 1, van dezelfde ordonnantie”.

Artikel 8

11. Zoals reeds bij de algemene opmerking inzake de bevoegdheid is opgemerkt, moet het ontwerp verduidelijken dat voor de in het ontworpen artikel 22, § 3, tweede lid, bedoelde personen en instellingen de in het ontworpen artikel 4/3 van de ordonnantie van 30 april 2009 bedoelde strafuitsluitende verschoningsgrond niet geldt.

Weliswaar stuit het voorzien in de verschoningsgrond aan de ambtenaren “aangeduid door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering krachtens artikel 16” niet op dezelfde bezwaren als de andere categorieën. Aangezien het ontworpen artikel 4/3 van de ordonnantie van 30 april 2009 zich echter beperkt tot de “werkgelegenheidsinspecteurs”, lijkt ook hier te moeten worden aangenomen dat voor andere ambtenaren (zoals “de controleurs”) de verschoningsgrond niet geldt. Het ontwerp moet op dit punt worden verduidelijkt.

12. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 22, § 3, eerste lid, moet een formulering gehanteerd worden die eenvormig is met de in artikel 22, § 1, van de ordonnantie van 4 september 2008 gebruikte bewoordingen. Men schrijve dus “feiten die het bestaan van een rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie kunnen doen vermoeden” in de plaats van “feiten die toelaten te veronderstellen dat er sprake is van directe of indirecte discriminatie”.

Artikel 9

13. In de inleidende zin van artikel 9 van het ontwerp verwijze men naar “artikel 3, § 1, eerste lid, 1^o”.

14. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 3, § 1, eerste lid, 1^o, j), i) schrijve men “opzettelijke” in plaats van “intentionele”.

15. In datzelfde punt j), zowel onder i) als ii), moet in de Nederlandse tekst de zinsnede “de bepalingen gelijkwaardig aan de wetten, decreten en ordonnances” worden vervangen door “gelijkwaardige bepalingen van de wetten, decreten en ordonnances”.

16. Het verdient aanbeveling in de memorie van toelichting te verduidelijken welke wetgeving precies wordt bedoeld met de vermelde “gelijkwaardige bepalingen”.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est essentiellement limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet d'apporter des modifications à l'ordonnance du 30 avril 2009 'relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces réglementations', à l'ordonnance du 4 septembre 2008 'relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi' et à l'ordonnance du 8 octobre 2015 'portant des règles générales relatives à la rétention, au recouvrement et à la non-liquidation des subventions en matière d'emploi et d'économie'.

En modifiant l'ordonnance du 30 avril 2009 (article 2 du projet), le projet vise à donner de nouvelles prérogatives à l'inspection régionale de l'emploi dans la lutte contre la discrimination en matière d'emploi. Ces compétences permettent de procéder à des 'tests de discrimination', à savoir les 'tests de situation' et l'appel mystère'.

Les modifications de l'ordonnance du 4 septembre 2008 ont tout d'abord pour objet d'en étendre le champ d'application consécutivement à l'extension des compétences régionales en matière de politique de l'emploi et d'appliquer cette ordonnance à l'ensemble des employeurs ayant leur siège d'exploitation dans la région concernée (articles 3 à 7 du projet). Ensuite, l'article 8 du projet vise également à mettre l'outil des tests de discrimination à la disposition des fonctionnaires désignés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, des victimes de discrimination ainsi que des organismes et des groupements d'intérêts visés, respectivement, aux articles 15 et 27 de la même ordonnance.

L'article 9 du projet modifie l'ordonnance du 8 octobre 2015 en sorte qu'une condamnation définitive d'une entreprise au pénal ou au civil pour des infractions à la législation contre la discrimination constitue un motif de recouvrement ou de non-liquidation des subventions en matière d'emploi et d'économie.

Selon l'article 10 du projet, le Ministre de l'Emploi transmet, « pour le mois de juin au plus tard », un rapport annuel relatif à la lutte contre la discrimination en matière d'emploi et à l'utilisation des tests de discrimination au président du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale.

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

EXAMEN DU TEXTE

Observation générale : compétence

3. L'article 4/3, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 vise à permettre la réalisation d'un « test de situation » « qui consiste en l'envoi par les inspecteurs de l'emploi de paires de candidatures similaires qui ne varient que selon un critère potentiellement discriminant » (article 2 du projet). Ainsi formulée, cette disposition attribue aux inspecteurs de l'emploi des compétences de contrôle en matière de discrimination à l'embauche, ou encore, lors des négociations concernant la conclusion d'un contrat de travail. Cette dernière compétence est toutefois réservée à l'autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

Il peut se déduire de l'exposé des motifs du projet que ses auteurs invoquent les compétences implicites visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980². Sur la base de ces compétences implicites, il peut être empiété sur la compétence d'une autre autorité pour autant que cela puisse être jugé nécessaire à l'exercice de la compétence propre, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions concernées sur cette matière ne soit que marginale³.

Le Conseil d'État, section de législation, constate que la justification donnée dans l'exposé des motifs pour l'application de l'article 10 précité, notamment quant à la nécessité, n'est pas manifestement inexacte ou déraisonnable. Il faudra toutefois veiller à ce que le test de discrimination soit uniquement réalisé dans le cadre des compétences régionales en matière d'emploi. Il faut dès lors interpréter au sens strict la condition inscrite à l'article 4/3, § 1^{er}, en projet, de l'ordonnance, selon laquelle les inspecteurs de l'emploi peuvent réaliser des tests de discrimination « dans l'exercice de leur mission ».

4. Le dispositif inscrit dans le projet contient également des règles en rapport avec la compétence fédérale en matière de droit pénal général. L'article 4/3, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, dispose que les inspecteurs de l'emploi peuvent utiliser une identité d'emprunt. L'article 4/3, § 2, alinéa 2, en projet, de la même ordonnance dispose que les inspecteurs de l'emploi qui commettent des infractions absolument nécessaires dans le cadre des tests de discrimination sont exemptés de peine.

Le projet contient ainsi une cause d'excuse exclusive de peine à l'égard de toutes les infractions nécessaires, et notamment aussi pour des infractions inscrites dans le droit pénal général, telles que l'infraction commise par celui qui prend publiquement un nom qui ne lui appartient pas (article 231 du Code pénal).

En principe, le législateur régional bruxellois peut seulement créer une cause d'excuse exclusive de peine pour autant qu'elle porte sur les manquements qu'il érige en

² Qui est applicable à la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

³ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir récemment C.C., 12 mars 2015, n° 29/2015, B.11.

infraction conformément à l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980⁴⁻⁵. Toutefois, pour instaurer la cause d'excuse susmentionnée, on pourrait éventuellement invoquer les compétences implicites visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Pour ce faire, les auteurs du projet devront pouvoir donner la justification nécessaire dans l'exposé des motifs.

À cet égard, il convient toutefois d'attirer l'attention sur les points suivants. L'article 22, § 3, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 (article 8 du projet) dispose que les tests de discrimination peuvent non seulement être réalisés par des fonctionnaires de la Région de Bruxelles-Capitale, mais également par les victimes, ou par des organisations et associations qui se proposent par leurs statuts de défendre les droits de l'homme et de combattre les discriminations et qui interviennent en soutien d'une victime⁶. Il résulte de ces dispositions en projet lues en combinaison avec l'article 22, § 1^{er}, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 qu'il suffit pour la victime que la personne concernée s'estime victime de discrimination. On aperçoit mal comment, en vertu des compétences implicites, la Région de Bruxelles-Capitale pourrait instaurer une cause d'excuse pour des infractions inscrites dans le droit pénal général en faveur d'une catégorie aussi large de personnes qui ne sont pas investies de l'une ou l'autre forme d'autorité publique. À supposer même que l'on puisse en justifier la nécessité, force est de constater qu'une règle de l'espèce aurait plus qu'une incidence marginale sur la compétence fédérale.

Il ressort des explications fournies par le délégué que les auteurs du projet n'entendent pas faire bénéficier les victimes d'une cause d'excuse exclusive de peine lors de la réalisation des tests de discrimination. Cette intention n'apparaît cependant pas avec suffisamment de clarté dans le texte du projet. En effet, l'article 22, § 3, en projet, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 rend les conditions inscrites à l'article 4/3, § 2, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 applicables aux tests de discrimination effectués par les victimes. Seules les dispositions de l'article 4/3, § 4, 2^o et § 6, ne sont pas d'application. L'article 4/3, § 2, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 dispose certes que « les inspecteurs de l'emploi » sont exemptés de peine. Dès lors que l'article 4/3, qui est rendu applicable aux tests de discrimination effectués par les victimes ainsi que par les organisations et associations visées, est applicable dans son ensemble aux inspecteurs de l'emploi, cette disposition ne permet pas d'établir avec suffisamment de certitude que la cause d'excuse ne vaut pas pour les victimes et les associations. L'article 4/3, § 2, alinéa 1^{er}, qui est rendu automatiquement applicable aux victimes et aux organisations et associations visées, dispose en outre que le test de discrimination est réalisé « sous une identité d'emprunt ». Le texte du projet paraît ainsi donner le droit aux victimes de commettre une infraction pénale, telle que l'infraction visée à l'article 231 du Code pénal.

Il convient dès lors d'adapter le projet pour exprimer sans aucune ambiguïté, également en vue d'assurer la sécurité juridique à l'égard de tous les intéressés, que les causes

⁴ Qui est applicable à la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989.

⁵ C.C., 10 avril 2008, n° 62/2008, B.9.

⁶ Voir l'article 27, § 1^{er}, 1^o, de l'ordonnance du 4 septembre 2008.

d'excuse exclusives de peine ne s'appliquent pas aux personnes visées à l'article 22, § 3, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 ⁷.

Article 2

5. Il est conseillé de formuler plus clairement le texte néerlandais de l'article 4/3, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009, par exemple en remplaçant le segment de phrase « ... zonder zich te moeten rechtvaardigen voor hun functies of de omstandigheid dat de bij deze gelegenheid gedane vaststellingen kunnen worden aangewend voor de uitoefening van het toezicht of de controle » par les mots « ... zonder dat zij zich moeten legitimeren of erop moet wijzen dat de bij deze gelegenheid gedane vaststellingen kunnen aangewend worden voor de uitoefening van het toezicht of de controle ».

6. L'article 4/3, § 2, alinéa 2, en projet, dispose que les inspecteurs de l'emploi « qui commettent dans ce cadre des infractions absolument nécessaires » sont exemptés de peine. Toutefois, le projet ne précise pas qui appréciera le caractère « absolument nécessaire » des faits, ni ne prévoit de garanties juridiques supplémentaires, tant pour les justiciables concernés que pour les inspecteurs de l'emploi en question. Le dispositif inscrit dans le projet devrait être complété sur ces points ⁸.

Article 3

7. Dans le texte néerlandais de l'article 3, 1^o, du projet, l'insertion en projet (« de werkgever van ») sera remplacée par « de werkgever, ».

Article 4

8. Les termes à insérer dans l'article 5, § 1^{er}, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 seront rédigés comme suit : « aux employeurs, ».

⁷ En ce qui concerne « les fonctionnaires désignés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 16 », mentionnés dans cette disposition, voir l'observation relative à l'article 8.

⁸ Voir dans le même sens : Avis C.E. 59.213/1/2/3 du 2 mai 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 29 juin 2016 'portant dispositions diverses en matière d'Économie' (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 54-1861/1, p. 104) ; Avis C.E. 54.896/1 du 4 février 2014 sur un avant-projet devenu la loi du 19 avril 2014 'portant insertion du livre VII 'Services de paiement et de crédit' dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions' (*Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3429/1, p. 232).

Article 5

9. Dans le texte néerlandais de l'article 5, les mots « de werkgevers » doivent être insérés correctement. Il ne suffit pas de transposer le texte français du projet en néerlandais, encore faut-il veiller à ce que, dans les deux versions linguistiques authentiques du projet, les mots à insérer soient correctement ajoutés dans les dispositions en vigueur de l'ordonnance du 4 septembre 2008. Dans le texte néerlandais, il y a dès lors lieu de formuler l'article 5 du projet de telle façon que les mots « de werkgevers, » soient insérés entre les mots « gepleegd door » et les mots « de intermediaire organisaties ».

Article 7

10. Au lieu de « l'article 20 de la même ordonnance », on écrit « l'article 20, § 1^{er}, de la même ordonnance ».

Article 8

11. Comme il a déjà été mentionné dans l'observation générale relative à la compétence, le projet doit préciser que la cause d'excuse exclusive de peine visée à l'article 4/3, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009, ne s'applique pas aux personnes et organismes visés à l'article 22, § 3, alinéa 2, en projet.

Il est vrai que la cause d'excuse prévue en faveur des fonctionnaires « désignés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 16 » ne se heurte pas aux mêmes objections que pour les autres catégories. L'article 4/3, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 étant toutefois limité aux « inspecteurs de l'emploi », il semble qu'il faille ici aussi admettre que la cause d'excuse ne s'applique pas aux autres fonctionnaires (tels que « les contrôleurs »). Le projet doit être précisé sur ce point.

12. Dans le texte néerlandais de l'article 22, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, il convient d'utiliser une formulation uniforme au libellé utilisé à l'article 22, § 1^{er}, de l'ordonnance du 4 septembre 2008. On écrira donc « feiten die het bestaan van een rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie kunnen doen vermoeden » au lieu de « feiten die toelaten te veronderstellen dat er sprake is van directe of indirecte discriminatie ».

Article 9

13. Dans la phrase introductive de l'article 9 du projet, on visera « l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o ».

14. Dans le texte néerlandais de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, j), i), en projet, on écrira « opzettelijke » au lieu de « intentionele ».

15. Dans le texte néerlandais de ce même point j), tant en regard du i) que du ii), le membre de phrase « de bepalingen gelijkwaardig aan de wetten, decreten en ordonnanties » sera remplacé par le membre de phrase « gelijkwaardige bepalingen van de wetten, decreten en ordonnanties ».

16. Il est recommandé de mentionner dans l'exposé des motifs quelle législation est précisément visée par les « dispositions équivalentes » visées.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME