



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 64.098/4
du 24 septembre 2018

advies 64.098/4
van 24 september 2018

sur

over

un avant-projet d'ordonnance
cadre de la Région de
Bruxelles-Capitale 'visant à
assurer une politique de
diversité et de lutte contre les
discriminations au sein de la
fonction publique locale
bruxelloise'

een voorontwerp van
kaderordonnantie van het
Brusselse Hoofdstedelijke
Gewest 'met het oog op een
beleid voor de bevordering van
diversiteit en de bestrijding van
discriminatie bij de Brusselse
plaatselijke ambtenarij'

Le 26 juillet 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Pouvoirs locaux, du Développement territorial, de la Politique de la Ville, des Monuments et Sites, des Affaires étudiantes, du Tourisme et du Port de Bruxelles à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * et prorogé jusqu'au 28 septembre 2018 **, sur un avant-projet d'ordonnance cadre 'visant à assurer une politique de diversité et de lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 24 septembre 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, 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 Wanda VOGEL.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 septembre 2018.

*

Op 26 juli 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, bevoegd voor Plaatselijke Besturen, Territoriale Ontwikkeling, Stedelijk Beleid, Monumenten en Landschappen, Studentenaangelegenheden, Toerisme en Haven van Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege* verlengd en verlengd tot 28 september 2018** een advies te verstrekken over een voorontwerp van kaderordonnantie 'met het oog op een beleid voor de bevordering van diversiteit en de bestrijding van discriminatie bij de Brusselse plaatselijke ambtenarij'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 24 september 2018. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Marianne DONY, assessoren, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, 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 Wanda VOGEL.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 september 2018.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

** Par courriel du 3 août 2018.

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

** Bij e-mail van 3 augustus 2018.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

OBSERVATION PRÉALABLE

Dans l'avis n° 45.702/2 donné le 29 décembre 2008 sur un avant-projet devenu le décret de la Commission Communautaire française du 9 juillet 2010 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement'¹, rappelé par l'avis n° 61.774/4 donné le 9 octobre 2017 sur un avant-projet d'ordonnance 'visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans les institutions, centres et services relevant de la compétence de la Commission communautaire commune ainsi que dans les Services du Collège réuni de la Commission communautaire commune', la section de législation a formulé l'observation suivante :

« Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé², la nécessité d'assurer correctement la transposition de directives européennes et celle d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en œuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions de l'avant-projet, soient établis dans les deux sens³, soient annexés à la lettre de demande d'avis adressée à la section de législation afin d'en faciliter l'examen⁴ et soient joints au projet législatif lui-même⁵. Ces tableaux sont en effet très utiles pour l'assemblée législative mais également pour les destinataires des règles. Ils permettent aussi d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres. Pareille exigence

[‡] S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/45702.pdf>.

² *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité* : Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir aussi le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n°s 15 à 17 (<http://www.conseildetat.be>) et notamment l'avis 44.742/4, donné le 9 juillet 2008, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de décret de la Communauté française « [...] relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination » (*Doc. parl.*, Parl. Comm. Fr., 2008-2009, [...] n° 601/1, pp. 91-92).

³ *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité* : Voir sur ce point *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, (<http://www.conseildetat.be>) qui requiert expressément l'établissement de deux tableaux de transposition : un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'acte de transposition et un tableau de correspondance entre les articles de l'acte de transposition et ceux de la directive (p. 118, §§ 191.1 et 191.2).

⁴ *Note de bas de page n° 7 de l'avis cité* : *Ibidem*, p. 118, § 192.

⁵ *Note de bas de page n° 8 de l'avis cité* : *Ibidem*, p. 118, § 193.

correspond par ailleurs aux considérants de plusieurs des directives que l'avant-projet examiné vise précisément à transposer ⁶.

La nécessité d'établir et de communiquer les tableaux de transposition des directives concernées dans les deux sens est d'autant plus essentielle en ce qui concerne le présent avant-projet de décret, vu la complexité de son contexte juridique tant européen qu'interne: non seulement il procède à la transposition simultanée de plusieurs directives européennes présentant chacune leurs propres spécificités, mais en outre les compétences de la Commission communautaire française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et, de plus, la matière se caractérise par une grande technicité juridique [...] » ⁷.

L'avant-projet d'ordonnance appelle *mutatis mutandis* la même observation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dans son avis 195 du 22 juin 2018 'relatif à l'avant-projet d'ordonnance cadre visant à assurer une politique de diversité et de lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise', UNIA, le centre interfédéral pour l'égalité des chances, faisait la remarque générale suivante :

« 2.1. Pour une ordonnance cadre antidiscrimination générale

Le champ d'application de l'avant-projet d'ordonnance (APO) 'cadre' soumis à avis est limité aux pouvoirs locaux. S'il était des plus pertinent de combler ainsi un défaut de transposition des directives européennes en matière de lutte contre les discriminations, Unia se doit de rappeler sa recommandation générale, formulée de longue date et réitérée à plusieurs reprises, de produire, pour la Région de Bruxelles-Capitale (RBC), une ordonnance cadre générale, s'appliquant d'emblée à tous les domaines de compétence de la région, plutôt que de multiplier des ordonnances ou des ordonnances cadre limitées chaque fois à des domaines de compétence spécifiques, tels l'emploi, la fonction publique régionale, la fonction publique locale, le logement, les biens et services, etc.

Il en résulterait un gain de cohérence et de lisibilité de la législation antidiscrimination régionale.

Unia remarque par ailleurs qu'il serait préférable d'étendre le champ d'application de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise à la fonction publique locale, plutôt que de maintenir deux ordonnances distinctes, désormais fort similaires dans leurs contenus et ne différant essentiellement que par leurs champs d'application. Cette option aurait le mérite, à défaut d'instaurer une ordonnance cadre générale, au moins de réduire la multiplicité actuelle des ordonnances antidiscrimination et d'unifier le cadre législatif s'appliquant aux fonctions publiques qui relèvent du champ de compétence de la RBC. Le risque, réel aujourd'hui, est qu'une opportunité d'avancée significative en

⁶ Note de bas de page n° 9 de l'avis cité : Voir les considérants (29) de la directive 2004/113/CE, (41) de la directive 2006/54/CE en vertu desquels « (...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics ».

⁷ Voir dans le même sens l'avis n° 55.580/4 donné le 24 mars 2014 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 5 octobre 2017 'tendant à lutter contre certaines formes de discriminations et à promouvoir l'égalité de traitement', l'observation 2, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/55580.pdf>.

matière de lutte contre les discriminations dans le cadre de l'une des deux ordonnances ne soit bloquée par le status quo dans le cadre de l'autre ordonnance. Et si l'une ne peut être modifiée sans modifier de même l'autre, c'est bien qu'elles gagneraient à être fusionnées ».

Pour les raisons énoncées dans cet avis, la sécurité juridique serait beaucoup mieux assurée si une ordonnance générale couvrant tout le champ des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale était adoptée.

Une telle législation générale permettrait en effet au législateur régional de veiller à la cohérence d'ensemble des dispositifs régionaux de lutte contre les discriminations appelés à s'appliquer dans la Région de Bruxelles-Capitale et d'assurer ainsi au mieux la conformité de ces dispositifs aux principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

En adoptant une ordonnance ayant spécifiquement pour objet la lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise, l'auteur de l'avant-projet d'ordonnance doit, sous peine de méconnaître les principes précités, être en mesure de justifier de manière objective et raisonnable les règles qu'il institue et qui ne trouvent pas d'équivalent dans les dispositifs régionaux bruxellois existants de lutte contre les discriminations.

2. Selon l'article 4, 15°, de l'avant-projet, une discrimination directe s'entend de la « distinction directe, fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée sur base des dispositions [du chapitre V,] section II ».

L'article 4, 13°, définit les critères protégés comme suit :

« 13° critères protégés : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques, les convictions syndicales, la langue, l'état de santé, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, le sexe, la grossesse, l'accouchement, la maternité, le changement de sexe, l'identité et l'expression de genre, la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale, ethnique, ou l'origine ou condition sociale ».

L'article 12, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet permet de justifier une distinction directe fondée sur une caractéristique liée à l'un des critères protégés « lorsque, en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». L'avant-projet énonce par ailleurs que ne constituent pas des discriminations, au sens de l'ordonnance en projet, les distinctions qui constituent des mesures d'action positive (article 14 de l'avant-projet), ainsi que celles qui sont imposées par ou en vertu d'une loi.

La question se pose de savoir si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est effectivement de n'admettre le caractère justifié d'une distinction fondée sur l'un des critères protégés, tels qu'énoncés à l'article 4, 13°, de l'avant-projet, que dans les cas où la caractéristique en cause, liée à l'un des critères protégés, constitue une exigence essentielle et déterminante,

alors que les directives 2000/43/CE⁸, 2000/78/CE⁹ et 2006/54/CE¹⁰, qui permettent aux États de consacrer ce système de justification, ainsi que le rappelle le commentaire de l'article en vue d'étayer le dispositif en projet, ne l'envisagent que pour les discriminations dans le domaine de l'emploi et du travail qui sont fondées sur certains critères, à savoir, pour ce qui concerne la directive 2000/43/CE, la race ou l'origine ethnique, pour ce qui concerne la directive 2000/78/CE, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle et, pour ce qui concerne la directive 2006/54/CE, le sexe. Par ailleurs, la directive 2000/78/CE, en son article 6, permet aux États membres de consacrer un système moins strict de justification des différences de traitement fondée sur l'âge, système auquel l'avant-projet d'ordonnance ne fait plus écho, à la différence d'autres législations anti-discrimination et notamment l'ordonnance du 4 septembre 2008 'visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale'¹¹.

La section de législation se demande si ces modalités correspondent aux intentions réelles de l'auteur de l'avant-projet d'ordonnance. À cet égard, elle rappelle que si une généralisation de la justification fondée sur la notion d'exigence essentielle et déterminante ne soulève pas de difficulté au regard des directives précitées, c'est à la condition que cette généralisation n'emporte aucune dénaturation de la notion d'exigence essentielle et déterminante, lorsque cette notion est utilisée en vue de justifier les distinctions fondées sur des critères protégés par ces directives.

Si l'auteur de l'avant-projet entend maintenir le régime envisagé de justification des distinctions, il appartient à celui-ci de s'assurer que les dispositifs en projet sont admissibles dans les conséquences qu'ils sont susceptibles de produire, en apportant dans l'exposé des motifs ou le commentaire des articles les éléments d'explication nécessaires, et de veiller par ailleurs à la cohérence sur ce plan de l'ensemble des dispositifs régionaux bruxellois de lutte contre les discriminations.

3. L'avis n° 61.774/4 a également formulé l'observation suivante, qui est applicable à l'avant-projet examiné, notamment au vu des articles 4, 13°, et 11, § 3 :

« L'article 3, 6°, de l'avant-projet répertorie sous la forme de catégories distinctes les distinctions de traitement fondées sur le 'sexe', la 'maternité', la 'grossesse', l'accouchement' et le 'changement de sexe'. Il en résulte, à contrario, que là où il ne vise explicitement que les distinctions de traitement fondées directement sur le 'sexe', l'avant-projet n'inclut pas les distinctions de traitement fondées sur la 'maternité' ou encore l'accouchement'. Ainsi en va-t-il de l'article 11, § 2, de l'avant-projet.

⁸ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 'relative à la mise œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique'.

⁹ 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'.

¹⁰ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 'relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail'.

¹¹ Selon l'article 10 de cette ordonnance : « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination directe ou indirecte lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

Le résultat auquel il est pareillement abouti n'est pas conforme à ce que prévoient les directives européennes applicables. Selon le considérant 23 du préambule de la directive 2006/54/CE, 'il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe'. Le considérant 20 du préambule de la directive 2004/113/CE précise pour sa part, en sens convergent, que 'un traitement moins favorable de la femme en raison de la grossesse et de la maternité devrait être considéré comme une forme de discrimination directe fondée sur le sexe'.

Dans son avis n° 50.114/2/V donné le 23 août 2011 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 12 janvier 2012 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination'¹², la section de législation a formulé ce qui suit :

'Selon l'exposé des motifs, la volonté est notamment de faire clairement apparaître que 'la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe' sont des critères apparentés au sexe et font donc partie des critères protégés.

Il n'est néanmoins pas certain que la simple modification de l'article 4, 5°, du décret suffise à ce que, dans tout le corps du texte, l'interdiction de discriminer sur la base du sexe englobe ces critères apparentés. Il en va notamment ainsi de l'article 8 du décret, qui ne vise qu'une discrimination fondée sur le sexe sans plus viser les critères apparentés.

La sécurité juridique serait mieux assurée si le décret s'inspirait de la même logique de l'article 4 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', qui dispose :

'§ 1^{er}. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur le changement de sexe est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe'.

L'exposé des motifs du projet de loi justifiait ainsi l'adoption de cette disposition :

'Dans son premier paragraphe, cet article prévoit que la distinction directe sur la base de la grossesse, de l'accouchement ou de la maternité est assimilée à une distinction directe sur la base du sexe. Le deuxième paragraphe prévoit que la distinction directe sur la base du changement de sexe est assimilée à la distinction directe sur la base du sexe.

Pour que les obligations européennes de la Belgique soient correctement respectées, il est impératif que les distinctions de traitement fondées directement sur la grossesse, l'accouchement et la maternité soient traitées comme des distinctions directes fondées sur le sexe (voy. notamm. l'art. 4, § 1^{er}, a, de la directive 113/2004, ainsi que C.J.C.E, 177/88, arrêt Dekker du 8 novembre 1990. Voy. égal. l'actuel article 4, al. 2, de la loi du 7 mai 1999), et non comme des distinctions indirectes fondées sur le sexe. Le régime de justification n'est en effet pas identique dans l'un et l'autre cas.

¹² Note de bas de page n° 17 de l'avis cité : Avis n° 50.114/2/V donné le 23 août 2011 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' (Doc. parl., Parl. wall., 2011-2012, n° 490/1, p. 9), <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50114.pdf>.

L'assimilation des distinctions de traitement fondées sur le changement de sexe à des distinctions directes fondées sur le sexe est un enseignement issu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., C-13/94, arrêt P/S du 30 avril 1996)¹³.

L'article 3, 2°, actuel du décret et l'article 4, 5°, en projet (article 2 de l'avant-projet) doivent être revus en conséquence'.

L'avant-projet à l'examen sera revu à la lumière de cette observation ».

4. L'attribution directe par l'ordonnance de compétences à un ministre ou à un service administratif est contraire à l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980, rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 36, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises'. En effet, il n'appartient qu'aux gouvernements des entités fédérées d'attribuer, s'ils le jugent opportun, des compétences d'exécution d'un décret ou d'une ordonnance à leurs membres ou aux services visés à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980, rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 40, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989.

Il ne convient dès lors pas que l'ordonnance en projet définisse de tels services, tels que ceux visés à l'article 4, 6°.

De même, les articles 7 et 9, § 2, seront revus afin d'habiliter le Gouvernement qui, sur la base de l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980, rendu applicable aux institutions bruxelloises par l'article 36, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989, pourra déléguer cette habilitation à l'un de ses membres ou services.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

L'arrêté de présentation manque¹⁴.

DISPOSITIF

Article 4

1. Au 1°, la question se pose de savoir pourquoi sont seules visées au titre d'« administrations locales », les communes, les intercommunales et les asbl communales et non par exemple les régies communales autonomes.

La disposition sera réexaminée à la lumière de cette observation.

¹³ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : Note de bas de page 2 de l'avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51 2721/1, pp. 37-38.

¹⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n°s 226 à 228 et formule F 4-1-10-3.

2. Au 12°, il est inutile de viser spécifiquement le secteur public. Le premier tiret sera omis.

Article 5

1. Aux termes du paragraphe 1^{er}, première phrase, « chaque administration locale est tenue d'élaborer un plan d'action diversité [...] ».

Sur un dispositif similaire, la section de législation a fait l'observation suivante dans l'avis n° 61.774/4 :

« La disposition se place dans un chapitre III intitulé 'Promotion de la diversité'. Il a notamment pour objet d'imposer à chaque institution, centre et service agréé par la Commission communautaire commune ou soumis au contrôle de celle-ci d'élaborer un 'plan d'action diversité' sans en fournir l'objectif ni le contenu. Ce faisant, le lien que l'auteur de l'avant-projet semble vouloir établir entre ce chapitre et le chapitre IV intitulé 'Lutte contre la discrimination' n'apparaît pas clairement.

En effet, il convient de rappeler que les actions visant à intégrer l'aspect 'diversité' dans la politique menée par le Collège réuni ne sont pas nécessairement et indissociablement liées à la consécration du principe de l'égalité de traitement et aux actions à prendre en vue de 'lutter contre les discriminations'. Mener des 'actions diversité' peut certes recouvrir, par exemple, des actions positives visant à promouvoir l'égalité de traitement en luttant contre les discriminations mais elles peuvent aussi avoir un tout autre but comme, à l'instar de ce que prévoit l'ordonnance du 4 septembre 2008 'visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise', un 'dispositif de mesures destinées à favoriser la représentation de l'ensemble des composantes de la population'¹⁵, par exemple, qui ne se confond pas avec des mesures de prévention ou de lutte contre la discrimination.

Or, en réglant ces deux matières dans un même texte sans les différencier dans leurs objectifs respectifs, l'auteur de l'avant-projet donne l'impression que les deux démarches dont il assure la promotion se recoupent, ce qui ne se vérifie pas dans tous les cas. De la sorte, la lisibilité et la clarté des différentes mesures ne sont certainement pas assurées.

L'exposé des motifs ou le commentaire de l'article sera complété de manière à préciser quelles sont les intentions poursuivies par l'auteur de l'avant-projet en couplant les 'actions diversité' et celles destinées à prévenir ou lutter contre les discriminations ainsi que la manière dont elles s'articulent entre elles pour concrétiser ces intentions¹⁶ ».

Jusqu'à présent, une ordonnance spécifique est consacrée à la diversité dans la fonction publique locale bruxelloise : l'ordonnance du 4 septembre 2008 'visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise'. Celle-ci est toutefois intégrée dans l'avant-projet examiné, qui l'abroge en son article 31. L'observation citée s'applique dès lors à cet avant-projet.

¹⁵ Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : Les développements de la proposition à l'origine de cette ordonnance précisent que celle-ci « vise à favoriser la mixité sociale et la représentation de toutes les composantes de la population à un emploi au sein des pouvoirs publics » (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2005-2006, n° A-281, p. 8).

¹⁶ Note de bas de page n° 20 de l'avis cité À cette occasion, l'auteur s'interrogera sur la question de savoir s'il ne serait pas préférable d'adopter des textes législatifs distincts qui abordent chaque matière en soi.

2. Le paragraphe 1^{er}, deuxième phrase, prévoit :

« Ces plans d'action sont établis en concertation avec les délégations de travailleurs au sein des administrations locales dont le nombre de travailleurs est supérieur à 49 ».

L'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 septembre 1948 'portant organisation de l'économie', prévoit :

« Les Conseils d'entreprise ont pour mission, dans le cadre des lois, conventions collectives ou décisions de commissions paritaires, applicables à l'entreprise :

[...] De donner leur avis et de formuler toutes suggestions ou objections sur toutes mesures qui pourraient modifier l'organisation du travail, les conditions de travail et le rendement de l'entreprise ;

[...] ».

En l'occurrence, la concertation qu'instaure l'article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet d'ordonnance se place dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi, au sens générique, auquel cas l'article 15, alinéa 1^{er}, a), de la loi du 20 septembre 1948 s'appliquera. Il n'apparaît donc pas utile de paraphraser cette disposition dans l'avant-projet d'ordonnance et, bien plus, d'y déroger quant à l'organe qui sera concerné par la concertation, à fortiori en réduisant l'exigence de 50 travailleurs à 49.

En tout état de cause, l'exposé des motifs n'explique pas la nécessité de se départir de la législation existant au plan fédéral et restée dans le giron de l'État fédéral au titre de l'article 6 § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Plus fondamentalement, s'agissant d'établir un plan d'action diversité qui concernera à priori les matières de l'accès diversifié à l'emploi, le cadre du personnel à fixer en conséquence notamment au travers des descriptifs de fonctions visées, et les relations humaines au sein des services, la section de législation n'aperçoit pas pour quelles raisons le dispositif du chapitre III de la loi du 19 décembre 1974 'organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités' ne serait pas en l'espèce d'application.

La deuxième phrase du paragraphe 1^{er} sera en conséquence omise.

3. Au paragraphe 3, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier pourquoi les subsides ne sont octroyés que pour des demandeurs d'emploi issus de quartiers bruxellois.

4. La compétence relative aux CPAS est une matière communautaire visée à l'article 5, § 1^{er}, II, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui dans la Région de Bruxelles-Capitale relève de la compétence de la Commission communautaire commune en vertu de l'article 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989.

La Région de Bruxelles-Capitale n'est donc pas compétente pour octroyer un subside aux CPAS. Le paragraphe 3 sera adapté en conséquence et l'article 4, 3°, sera omis.

Article 11

1. En vertu du paragraphe 2, dernier tiret, l'inégalité ou l'iniquité des rémunérations entre hommes et femmes constituent une discrimination. Il convient que l'auteur de l'avant-projet explique la plus value qui s'attache à l'introduction dans le droit positif régional bruxellois de la notion d'iniquité et explicite par ailleurs comment la règle prévue au paragraphe 2, dernier tiret, s'articule avec la notion de distinction salariale fondée sur le sexe qui constitue une discrimination directe en vertu du texte en projet lorsqu'elle ne peut être justifiée au regard du système des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

2. Outre qu'elle n'a pas sa place dans le chapitre 5, la précision contenue dans le paragraphe 5 ne ressortit pas à la compétence de l'auteur de l'avant-projet ; elle est inutile et sera par conséquent omise.

Article 19

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, il y a lieu de remplacer les mots « article 27 » par les mots « article 28 ».

La même observation vaut pour la suite du dispositif.

2. Dans l'avis n° 61.774/4 la section de législation a formulé l'observation suivante, qui demeure pertinente à l'égard de l'avant-projet examiné :

« Il y a lieu de remplacer les mots 'la juridiction saisie' par les mots 'le président de la juridiction compétente' ¹⁷, ceci afin de rester dans les limites des pouvoirs implicites ».

Article 21

1. Aux alinéas 4 et 5, comme dans la version néerlandaise, le mot « arbitraire » sera remplacé dans la version française par les mots « de discrimination ».

Dans la version néerlandaise de l'alinéa 4, on écrira « op bedrieglijke wijze » au lieu de « bij vererving ». Cette erreur de traduction doit également être corrigée dans l'exposé des motifs.

2. L'alinéa 6 constitue une répétition de l'article 20, il sera omis.

¹⁷ Note de bas de page n° 21 de l'avis cité : « Voir l'article 17 du décret du 9 juillet 2010 ['relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement'] ».

Article 24

Il résulte de l'article 24 que des comportements faisant par ailleurs l'objet d'infractions pénales seront susceptibles d'être sanctionnés d'une amende administrative.

Le dispositif en projet doit être complété de sorte que le principe *non bis in idem* soit respecté¹⁸.

Article 25

À propos d'une disposition semblable à celle à l'examen, dans son avis n° 59.346/3 donné le 10 juin 2016 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 20 février 2017 'visant la protection des biens culturels mobiliers particulièrement remarquables', la section de législation a fait l'observation suivante :

« Luidens artikel 27 van het ontwerp is boek I van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85, van toepassing op de misdrijven vermeld in het hoofdstuk.

Boek I van het Strafwetboek is evenwel reeds op grond van artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 van toepassing op de strafbaarstellingen en de straffen die door de gemeenschappen en de gewesten bij decreet worden bepaald, en dit met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85. Alleen indien de decreetgever met betrekking tot specifieke misdrijven van de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek wenst af te wijken, dient hij dit uitdrukkelijk te bepalen. Het artikel is derhalve overbodig en dient te worden weggelaten »¹⁹.

Cette observation vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article 25.

Article 27

1. Au paragraphe 4, dernier alinéa, dans son avis, Unia « recommande de rajouter que la plainte doit être notifiée par '[...] pli recommandé à la poste (lire : « envoi recommandé ») ou pour lequel a été transmis un accusé de réception par l'employeur, [...] » et précise que, « dans le commentaire de l'article, il faudrait expliquer que lorsqu'une procédure extrajudiciaire de conciliation est envisagée (art. 30), un mode de notification moins polarisant que le recommandé postal est préférable ».

De l'accord du délégué du Ministre-Président, le texte et le commentaire de l'article seront adaptés en ce sens.

¹⁸ Voir dans le même sens l'avis n° 63.192/2 donné le 19 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63192.pdf>, l'observation sous l'article 242.

¹⁹ *Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2016-2017, n° 158/1, pp. 33-46.

2. Au paragraphe 9, il faut mentionner le paragraphe 7 et non le paragraphe 6.

Articles 28 à 30

Les articles 28 et 29 désignent l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes comme organe de promotion de l'égalité et pouvant ester en justice.

En l'absence d'un accord de coopération érigeant l'Institut en une institution commune au sens de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980, une telle désignation n'est pas admissible²⁰.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 30.

*

²⁰ Voir en ce sens l'avis n° 50.313/2 donné le 10 octobre 2011 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 'visant à lutter contre certaines formes de discrimination', *Doc. parl.*, Parl. Com. germ., 2011-2012, n° 98/1, l'observation 3 sous l'article 7, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50313.pdf> ; l'avis n° 53.982/2/V donné le 12 septembre 2013 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 5 décembre 2013 'modifiant le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2013-2014, n° 561/1, l'observation sous l'article 3, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53982.pdf>.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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 die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE OPMERKING

De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 45.702/2 van 29 december 2008, dat gegeven is over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 9 juli 2010 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling’¹ en waarnaar ook wordt verwezen in advies 61.774/4, gegeven op 9 oktober 2017 over een voorontwerp van ordonnantie ‘ter bevordering van de diversiteit en ter bestrijding van de discriminatie in de instellingen, centra en diensten die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren alsook in de Diensten van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie’ de volgende opmerking geformuleerd:

“Ainsi que la section de législation du Conseil d’État l’a souvent rappelé², la nécessité d’assurer correctement la transposition de directives européennes et celle d’informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en œuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions de l’avant-projet, soient établis dans les deux sens³, soient annexés à la lettre de demande d’avis adressée à la section de législation afin d’en faciliter l’examen⁴ et soient joints au projet législatif lui-même⁵. Ces tableaux sont en effet très utiles pour l’assemblée législative mais également pour les destinataires des règles. Ils permettent aussi d’éviter que l’exercice du droit d’amendement prévu par l’article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles excède les limites du pouvoir d’appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres. Pareille exigence

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

¹ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/45702.pdf>.

² Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Sur le caractère indispensable de l’établissement de pareils tableaux, tant pour l’auteur de l’avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d’État, voir aussi le rapport annuel du Conseil d’État, 2005-2006, n^{os} 15 à 17 (<http://www.conseildetat.be>) et notamment l’avis 44.742/4, donné le 9 juillet 2008, par la section de législation du Conseil d’État sur un avant-projet de décret de la Communauté française ‘[...] relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination’ (Doc. parl., Parl. Comm. Fr., 2008-2009, n^o 601/1, pp. 91-92).

³ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Voir sur ce point *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, (<http://www.conseildetat.be>) qui requiert expressément l’établissement de deux tableaux de transposition : un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l’acte de transposition et un tableau de correspondance entre les articles de l’acte de transposition et ceux de la directive (p. 118, §§ 191.1 et 191.2).

⁴ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: *Ibidem*, p. 118, § 192.

⁵ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: *Ibidem*, p. 118, § 193.

correspond par ailleurs aux considérants de plusieurs des directives que l'avant-projet examiné vise précisément à transposer⁶.

La nécessité d'établir et de communiquer les tableaux de transposition des directives concernées dans les deux sens est d'autant plus essentielle en ce qui concerne le présent avant-projet de décret, vu la complexité de son contexte juridique tant européen qu'interne: non seulement il procède à la transposition simultanée de plusieurs directives européennes présentant chacune leurs propres spécificités, mais en outre les compétences de la Commission communautaire française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et, de plus, la matière se caractérise par une grande technicité juridique (...).⁷

Dezelfde opmerking behoort, *mutatis mutandis*, over het voorontwerp van ordonnantie te worden gemaakt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. UNIA, het Interfederaal Gelijkekansencentrum, heeft in zijn advies 195 van 22 juni 2018 'relatif à l'avant-projet d'ordonnance cadre visant à assurer une politique de diversité et de lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise' de volgende algemene opmerking gemaakt:

"2.1. Pour une ordonnance cadre antidiscrimination générale

Le champ d'application de l'avant-projet d'ordonnance (APO) 'cadre' soumis à avis est limité aux pouvoirs locaux. S'il était des plus pertinent de combler ainsi un défaut de transposition des directives européennes en matière de lutte contre les discriminations, Unia se doit de rappeler sa recommandation générale, formulée de longue date et réitérée à plusieurs reprises, de produire, pour la Région de Bruxelles-Capitale (RBC), une ordonnance cadre générale, s'appliquant d'emblée à tous les domaines de compétence de la région, plutôt que de multiplier des ordonnances ou des ordonnances cadre limitées chaque fois à des domaines de compétence spécifiques, tels l'emploi, la fonction publique régionale, la fonction publique locale, le logement, les biens et services, etc.

Il en résulterait un gain de cohérence et de lisibilité de la législation antidiscrimination régionale.

Unia remarque par ailleurs qu'il serait préférable d'étendre le champ d'application de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise à la fonction publique locale, plutôt que de maintenir deux ordonnances distinctes, désormais fort similaires dans leurs contenus et ne différant essentiellement que par leurs champs d'application. Cette option aurait le mérite, à défaut d'instaurer une ordonnance cadre générale, au moins de réduire la multiplicité actuelle des ordonnances antidiscrimination et d'unifier le cadre législatif s'appliquant aux fonctions publiques qui relèvent du champ de compétence de la

⁶ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Voir les considérants (29) de la directive 2004/113/CE, (41) de la directive 2006/54/CE en vertu desquels "(...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics".

⁷ Zie in dezelfde zin advies 55.580/4, op 24 maart 2014 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 5 oktober 2017 'ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en ter bevordering van gelijke behandeling', opmerking 2, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/55580.pdf>.

RBC. Le risque, réel aujourd'hui, est qu'une opportunité d'avancée significative en matière de lutte contre les discriminations dans le cadre de l'une des deux ordonnances ne soit bloquée par le status quo dans le cadre de l'autre ordonnance. Et si l'une ne peut être modifiée sans modifier de même l'autre, c'est bien qu'elles gagneraient à être fusionnées”.

Om de redenen die in dat advies worden opgegeven, zou het voor de rechtszekerheid beter zijn een algemene ordonnantie aan te nemen die heel het bevoegdheidsdomein van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bestrijkt.

Aan de hand van een dergelijke algemene wettekst zou de gewestwetgever namelijk kunnen toezien op de algemene samenhang van de gewestelijke regelingen inzake de bestrijding van discriminatie die voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zouden gelden, en er aldus zo goed mogelijk voor kunnen zorgen dat die regelingen in overeenstemming zijn met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Indien de steller van het voorontwerp van ordonnantie een tekst aanneemt die specifiek de bestrijding van discriminatie bij de plaatselijke Brusselse overheidsdiensten tot doel heeft, moet hij, indien hij niet aan de voornoemde beginselen wil voorbijgaan, de regels die hij instelt en waarvoor in de bestaande Brusselse gewestwetgeving inzake de bestrijding van discriminatie geen equivalent bestaat, objectief en redelijk kunnen verantwoorden.

2. Volgens artikel 4, 15°, van het voorontwerp verstaat men onder directe discriminatie, een “direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van [hoofdstuk V,] afdeling II”.

In artikel 4, 13°, worden de beschermde criteria als volgt gedefinieerd:

“13° beschermde criteria: leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, vermogen, godsdienstige, levensbeschouwelijke, politieke of vakbondsovertuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, geslacht, zwangerschap, bevalling, moederschap, geslachtsverandering, identiteit en genderuiting, nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, sociale afkomst of positie.”

Volgens artikel 12, eerste lid, van het voorontwerp valt een direct onderscheid gebaseerd op een kenmerk dat verband houdt met één van de beschermde criteria, te rechtvaardigen “wanneer het betrokken kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de omstandigheden waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt”. Voorts stelt het voorontwerp dat een onderscheid dat maatregelen van positieve actie inhoudt (artikel 14 van het voorontwerp), alsook een onderscheid dat bij of krachtens een wet is opgelegd, geen discriminatie in de zin van de ontworpen ordonnantie is.

De vraag rijst of de steller van het voorontwerp een onderscheid gebaseerd op een van de beschermde criteria zoals genoemd in artikel 4, 13°, van het voorontwerp, werkelijk enkel als gerechtvaardigd wil beschouwen wanneer het betreffende kenmerk, dat verband houdt met een van de beschermde criteria, een wezenlijk en bepalend vereiste vormt. In de richtlijnen

2000/43/EG,⁸ 2000/78/EG⁹ en 2006/54/EG,¹⁰ die, zoals de bespreking van het artikel ter onderbouwing van het ontworpen dispositief vermeldt, de lidstaten toestaan die rechtvaardigingsregeling vast te leggen, is er van die rechtvaardiging namelijk enkel sprake voor discriminatie op het gebied van arbeid en beroep die op bepaalde criteria steunt. Die criteria zijn voor richtlijn 2000/43/EG ras of etnische afstamming, voor richtlijn 2000/78/EG godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid en voor richtlijn 2006/54/EG geslacht. Inzake de verschillende behandeling op basis van leeftijd kunnen de lidstaten volgens artikel 6 van richtlijn 2000/78/EG voorts een minder strikte rechtvaardigingsregeling instellen, wat het voorontwerp van ordonnantie niet langer doet, in tegenstelling tot andere antidiscriminatiewetgevingen en met name de ordonnantie van 4 september 2008 ‘ter bevordering van diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels gewestelijk openbaar ambt’.¹¹

De afdeling Wetgeving vraagt zich af of die regels wel in overeenstemming zijn met de werkelijke bedoelingen van de steller van het voorontwerp van ordonnantie. Wat dat betreft wijst ze erop dat het ten aanzien van de voornoemde richtlijnen weliswaar niet problematisch is dat de rechtvaardiging gebaseerd op het begrip “wezenlijk en bepalend vereiste” veralgemeend wordt, maar dan op voorwaarde dat die veralgemening het begrip “wezenlijk en bepalend vereiste” geen andere inhoud geeft wanneer het wordt gebruikt om een onderscheid te rechtvaardigen dat gebaseerd is op beschermde criteria die in die richtlijn zijn vastgelegd.

Indien de steller van het voorontwerp de geplande regeling om een onderscheid te rechtvaardigen wenst te handhaven, dient hij erop toe te zien dat de mogelijke consequenties van de ontworpen teksten aanvaardbaar zijn. Daartoe moet hij in de memorie van toelichting of in de bespreking van de artikelen de nodige toelichting verschaffen, en moet hij dienaangaande voorts zorgen voor de samenhang van alle gewestelijke Brusselse wetteksten inzake de bestrijding van discriminatie.

3. In het advies 61.774/4 is ook de volgende opmerking gemaakt, die op het voorliggende voorontwerp toepasselijk is, in het bijzonder gelet op de artikelen 4, 13°, en 11, § 3:

“Artikel 3, 6°, van het voorontwerp inventariseert het onderscheid in behandeling op grond van ‘geslacht’, ‘moederschap’, ‘zwangerschap’, ‘bevalling’ en ‘geslachtsverandering’ als aparte categorieën. *A contrario* volgt daaruit dat de passages waarin het voorontwerp enkel uitdrukkelijk melding maakt van het onderscheid in behandeling [dat] rechtstreeks op ‘geslacht’ is gebaseerd, niet gaan over onderscheid in behandeling op grond van ‘moederschap’ of ‘bevalling’. Dat is het geval voor artikel 11, § 2, van het voorontwerp.

⁸ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 ‘houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming’.

⁹ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’.

¹⁰ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 ‘betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep’.

¹¹ Artikel 10 van die ordonnantie luidt als volgt: “Verschillen in behandeling op grond van leeftijd vormen geen rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie indien deze objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”

Dat gevolg is niet in overeenstemming met wat in de geldende Europese richtlijnen is bepaald. Volgens overweging 23 van de aanhef van richtlijn 2006/54/EG '[blijkt uit] de jurisprudentie van het Hof van Justitie (...) duidelijk dat de ongunstige behandeling van een vrouw die verband houdt met zwangerschap of moederschap een directe discriminatie op grond van geslacht vormt'. Overweging 20 van de aanhef van richtlijn 2004/113/EG preciseert harerzijds in dezelfde zin dat '[h]et ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap moet worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht'.

De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 50.114/2/V, op 23 augustus 2011 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van het Waals Gewest van 12 januari 2012 'tot wijziging van het decreet van 6 november 2008 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie',¹² het volgende gesteld:

'Selon l'exposé des motifs, la volonté est notamment de faire clairement apparaître que 'la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe' sont des critères apparentés au sexe et font donc partie des critères protégés.

Il n'est néanmoins pas certain que la simple modification de l'article 4, 5°, du décret suffise à ce que, dans tout le corps du texte, l'interdiction de discriminer sur la base du sexe englobe ces critères apparentés. Il en va notamment ainsi de l'article 8 du décret, qui ne vise qu'une discrimination fondée sur le sexe sans plus viser les critères apparentés.

La sécurité juridique serait mieux assurée si le décret s'inspirait de la même logique de l'article 4 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', qui dispose:

'§ 1^{er}. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur le changement de sexe est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe'.

L'exposé des motifs du projet de loi justifiait ainsi l'adoption de cette disposition:

'Dans son premier paragraphe, cet article prévoit que la distinction directe sur la base de la grossesse, de l'accouchement ou de la maternité est assimilée à une distinction directe sur la base du sexe. Le deuxième paragraphe prévoit que la distinction directe sur la base du changement de sexe est assimilée à la distinction directe sur la base du sexe.

Pour que les obligations européennes de la Belgique soient correctement respectées, il est impératif que les distinctions de traitement fondées directement sur la grossesse, l'accouchement et la maternité soient traitées comme des distinctions directes fondées sur le sexe (voy. notamm. l'art. 4, § 1^{er}, a, de la directive 113/2004, ainsi que C.J.C.E, 177/88, arrêt Dekker du 8 novembre 1990. Voy. égal. l'actuel article 4, al. 2, de la loi du 7 mai 1999), et non comme des distinctions indirectes fondées sur le sexe. Le régime de justification n'est en effet pas identique dans l'un et l'autre cas.

¹² Voetnoot 17 van het geciteerde advies: Advies 50.114/2/V, op 23 augustus 2011 gegeven over een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' (Parl.St. W.Parl. 2011-12, nr. 490/1, 9), <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50114.pdf>.

L'assimilation des distinctions de traitement fondées sur le changement de sexe à des distinctions directes fondées sur le sexe est un enseignement issu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., C-13/94, arrêt P/S du 30 avril 1996)¹³.

L'article 3, 2°, actuel du décret et l'article 4, 5°, en projet (article 2 de l'avant-projet) doivent être revus en conséquence.'

Het voorliggende voorontwerp moet in het licht van die opmerking worden herzien."

4. Dat bij de ordonnantie bevoegdheden rechtstreeks aan een minister of aan een administratieve dienst worden opgedragen, is in strijd met artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat bij artikel 36, § 1, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse Instellingen' toepasselijk is gemaakt op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Deelstaatregeringen mogen immers enkel, indien ze het opportuun achten, bevoegdheden inzake de tenuitvoerlegging van een decreet of ordonnantie opdragen aan hun leden of aan de diensten vermeld in artikel 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat bij artikel 40, § 1, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 toepasselijk is gemaakt op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

Bijgevolg horen dergelijke diensten, zoals die welke in artikel 4, 6°, worden vermeld, niet in de ontworpen ordonnantie te worden gedefinieerd.

Evenzo moeten de artikelen 7 en 9, § 2, worden herzien zodat ze een machtiging verlenen aan de regering, die deze machtiging aan een van haar leden of diensten kan delegeren op basis van artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, die bij artikel 36, § 1, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 toepasselijk is gemaakt op de Brusselse instellingen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

INDIENINGSBESLUIT

Het indieningsbesluit ontbreekt.¹⁴

DISPOSITIEF

Artikel 4

1. De vraag rijst waarom in punt 1° enkel de gemeenten, de intercommunales en de gemeentelijke vzw's als "lokaal bestuur" worden vermeld, en bijvoorbeeld niet de autonome gemeentebedrijven.

¹³ Voetnoot 18 van het geciteerde advies: Voetnoot 2 van het geciteerde advies: *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51 2721/1, pp. 37-38.

¹⁴ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbevelingen 226 tot 228 en formule F 4-1-10-3.

De bepaling moet in het licht van deze opmerking opnieuw worden onderzocht.

2. Het heeft geen zin om in punt 12° specifiek naar de openbare sector te verwijzen. Het eerste streepje moet worden weggelaten.

Artikel 5

1. Volgens paragraaf 1, eerste zin, dient “elk plaatselijk bestuur (...) een actieplan diversiteit uit te werken (...)”.

De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 61.774/4 de volgende opmerking gemaakt over een soortgelijk dispositief:

“De bepaling staat in hoofdstuk III met als opschrift ‘Bevordering van de diversiteit’. Dat hoofdstuk schrijft in het bijzonder voor dat ‘elke instelling, centrum en dienst die’ (lees: elke instelling en elke dienst die en elk centrum dat) erkend wordt door of onder het toezicht valt van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie een ‘actieplan diversiteit’ opstelt, maar het zegt niets over het doel of de inhoud van dat actieplan. Aldus komt het verband dat de steller van het voorontwerp lijkt te willen leggen tussen dat hoofdstuk en hoofdstuk IV ‘Bestrijding van discriminatie’, niet duidelijk naar voren.

Er moet immers worden opgemerkt dat acties die erop gericht zijn het aspect ‘diversiteit’ in het beleid van het Verenigd College te integreren, niet noodzakelijk en onlosmakelijk verbonden zijn met het verankeren van het beginsel van gelijke behandeling en met de acties ‘ter bestrijding van discriminatie’. Acties inzake diversiteit kunnen weliswaar bijvoorbeeld positieve acties omvatten ter bevordering van de gelijke behandeling door het bestrijden van discriminatie, maar ze kunnen ook een heel ander doel dienen zoals bijvoorbeeld, in navolging van wat is bepaald in de ordonnantie van 4 september 2008 ‘ertoe strekkende een diversiteitsbeleid te bewerkstelligen in het Brussels ambtenarenapparaat’, een ‘geheel van maatregelen ter bevordering van de vertegenwoordiging van alle bevolkingsgroepen’,¹⁵ wat niet hetzelfde is als maatregelen ter preventie of ter bestrijding van discriminatie.

Doordat de steller van het voorontwerp die twee aangelegenheden in eenzelfde tekst regelt zonder te differentiëren naar hun respectieve doelstellingen, wekt hij echter de indruk dat de twee categorieën acties die hij beoogt te bevorderen, samenvallen, wat niet altijd het geval blijkt te zijn. Dat is in ieder geval geen waarborg voor de leesbaarheid en de duidelijkheid van de verschillende maatregelen.

In de memorie van toelichting of in de toelichting bij het artikel moet worden gepreciseerd met welke bedoeling de steller van het voorontwerp de acties inzake diversiteit en de acties ter preventie of ter bestrijding van discriminatie met elkaar verbindt en hoe die acties zich tot elkaar verhouden om die doelstellingen te realiseren.¹⁶”

¹⁵ Voetnoot 19 van het geciteerde advies: Volgens de toelichting van het voorstel dat aan de basis van die ordonnantie ligt, “strekt [die ordonnantie] ertoe de sociale gemengdheid te bevorderen, alsook de vertegenwoordiging van alle bevolkingsgroepen in het overheidsambt” (*Parl.St. Br.Parl.* 2005-06, nr. A-281, 8).

¹⁶ Voetnoot 20 van het geciteerde advies: De steller moet zich daarbij afvragen of het niet beter zou zijn afzonderlijke wetgevende teksten aan te nemen waarin elke aangelegenheid afzonderlijk wordt behandeld.

Tot nog toe is een specifieke ordonnantie aan de diversiteit bij de plaatselijke Brusselse overheidsdiensten gewijd, namelijk de ordonnantie van 4 september 2008 ‘ertoe strekkende een diversiteitsbeleid te bewerkstelligen in het Brussels ambtenarenapparaat’. Die ordonnantie wordt echter in het voorliggende voorontwerp geïncorporeerd, en bij artikel 31 ervan opgeheven. De geciteerde opmerking geldt dus voor dit voorontwerp.

2. Paragraaf 1, tweede zin, luidt als volgt:

“Deze actieplannen worden opgesteld in overleg met de afvaardigingen van werknemers in de plaatselijke besturen met meer dan 49 werknemers”.

Artikel 15, eerste lid, van de wet van 20 september 1948 ‘houdende organisatie van het bedrijfsleven’ bepaalt het volgende:

“De Ondernemingsraden hebben tot taak binnen de perken van de op de onderneming toepasselijke wetten, collectieve overeenkomsten of beslissingen van de paritaire commissies:

(...) Hun advies uit te brengen en alle suggesties of bezwaren te kennen te geven over alle maatregelen die de arbeidsorganisatie, de arbeidsvoorwaarden en het rendement van de onderneming zouden kunnen wijzigen;

(...)”.

Het overleg dat bij artikel 5, § 1, van het voorontwerp van ordonnantie wordt ingesteld, past hier in het kader van de tenuitvoerlegging van een wet, in algemene zin, in welk geval artikel 15, eerste lid, a), van de wet van 20 september 1948 van toepassing is. Het lijkt dus niet zinvol die bepaling in het voorontwerp van ordonnantie te parafraseren, en nog minder om daarvan af te wijken wat betreft het orgaan dat bij het overleg betrokken is, a fortiori wanneer het vereiste aantal van 50 werknemers wordt verminderd tot 49.

Hoe dan ook wordt in de memorie van toelichting niet uitgelegd waarom het nodig is voorbij te gaan aan de wetgeving die op federaal niveau bestaat en waarvoor de federale staat krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bevoegd blijft.

Wat betreft het opstellen van een actieplan diversiteit dat a priori betrekking heeft op de gediversifieerde toegang tot werk, op de personeelsformatie die dienovereenkomstig moet worden vastgesteld, in het bijzonder door middel van beschrijvingen van de functies in kwestie, en op de menselijke betrekkingen binnen de diensten, rijst bij de afdeling Wetgeving de fundamentele vraag waarom het dispositief van hoofdstuk III van de wet van 19 december 1974 ‘tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel’ *in casu* niet van toepassing zou zijn.

De tweede zin van paragraaf 1 moet dan ook worden weggelaten.

3. Wat paragraaf 3 betreft, moet de steller van het voorontwerp kunnen rechtvaardigen waarom de subsidies alleen worden toegekend voor werkzoekenden die afkomstig zijn uit Brusselse wijken.

4. De bevoegdheid betreffende de OCMW's is een gemeenschapsaangelegenheid die genoemd wordt in artikel 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, en die in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest onder de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie valt krachtens artikel 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989.

Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest is dus niet bevoegd om een subsidie aan de OCMW's toe te kennen. Paragraaf 3 moet dienovereenkomstig worden aangepast, en artikel 4, 3°, moet worden weggelaten.

Artikel 11

1. Krachtens paragraaf 2, laatste streepje, is de ongelijke of onrechtvaardige bezoldiging van mannen en vrouwen een discriminatie. De steller van het voorontwerp dient toe te lichten wat de invoering van het begrip “onrechtvaardig” in het positief Brussels recht oplevert. Voorts dient hij uit te leggen hoe de regel waarin paragraaf 2, laatste streepje, voorziet, zich verhoudt tot het begrip “verschil in loon op grond van geslacht”, dat krachtens de ontwerptekst een rechtstreekse discriminatie uitmaakt, wanneer dit onderscheid niet te rechtvaardigen valt ten aanzien van de regeling inzake de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

2. De precisering vervat in paragraaf 5 hoort niet thuis in hoofdstuk 5, en valt bovendien niet onder de bevoegdheid van de steller van het voorontwerp. Ze is zinloos en moet dan ook worden weggelaten.

Artikel 19

1. In paragraaf 1, eerste lid, dienen de woorden “artikel 27” te worden vervangen door de woorden “artikel 28”.

Dezelfde opmerking geldt voor het vervolg van het dispositief.

2. In advies 61.774/4 heeft de afdeling Wetgeving de volgende opmerking gemaakt, die ook voor het voorliggende voorontwerp relevant is:

“De woorden ‘Het geadieerde rechtscollege’ moeten worden vervangen door de woorden ‘De voorzitter van het bevoegde rechtscollege’,¹⁷ zodat men binnen de grenzen van de impliciete bevoegdheden blijft.”

Artikel 21

1. In de Franse tekst van het vierde en het vijfde lid moet het woord “arbitraire” worden vervangen door de woorden “de discrimination”, overeenkomstig met wat in de Nederlandse tekst staat.

¹⁷ Voetnoot 21 van het geciteerde advies: Zie artikel 17 van het decreet van 9 juli 2010 [‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling’].

In de Nederlandse tekst van het vierde lid schrijve men “op bedrieglijke wijze” in plaats van “bij verrassing”. Deze vertaalfout dient ook gecorrigeerd te worden in de memorie van toelichting.

2. Het zesde lid is een herhaling van artikel 20. Het moet worden weggelaten.

Artikel 24

Uit artikel 24 vloeit voort dat gedragingen die bovendien strafrechtelijke overtredingen vormen, kunnen worden bestraft met een administratieve geldboete.

Het ontworpen dispositief moet worden aangevuld zodat het principe *non bis in idem* in acht wordt genomen.¹⁸

Artikel 25

De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 59.346/3 van 10 juni 2016, gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 20 februari 2017 ‘ter bescherming van roerende cultuurgoederen van uitzonderlijk belang’, de volgende opmerking gemaakt over een soortgelijke bepaling als de voorliggende bepaling:

“Luidens artikel 27 van het ontwerp is boek I van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85, van toepassing op de misdrijven vermeld in het hoofdstuk.

Boek I van het Strafwetboek is evenwel reeds op grond van artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 van toepassing op de strafbaarstellingen en de straffen die door de gemeenschappen en de gewesten bij decreet worden bepaald, en dit met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85. Alleen indien de decreetgever met betrekking tot specifieke misdrijven van de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek wenst af te wijken, dient hij dit uitdrukkelijk te bepalen. Het artikel is derhalve overbodig en dient te worden weggelaten”.¹⁹

Die opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 25.

Artikel 27

1. In paragraaf 4, laatste lid, van zijn advies geeft Unia de volgende aanbeveling: “de rajouter que la plainte doit être notifiée par ‘(...) pli recommandé à la poste (lees: ‘envoi recommandé’) ou pour lequel a été transmis un accusé de réception par l’employeur, (...)””, en stelt ze voorts dat “dans le commentaire de l’article, il faudrait expliquer que lorsqu’une

¹⁸ Zie in dezelfde zin advies 63.192/2, op 19 april 2018 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63192.pdf>, opmerking bij artikel 242.

¹⁹ *Parl.St.* Parl.D.Gem. 2016-17, nr. 158/1, 33-46.

procédure extrajudiciaire de conciliation est envisagée (art. 30), un mode de notification moins polarisant que le recommandé postal est préférable”.

De gemachtigde van de minister-president is het ermee eens dat de tekst en de bespreking van het artikel in die zin moeten worden aangepast.

2. In paragraaf 9 moet paragraaf 7 worden vermeld in plaats van paragraaf 6.

Artikelen 28 tot 30

Bij de artikelen 28 en 29 wordt het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen aangewezen als orgaan voor de bevordering van gelijkheid en als orgaan dat in rechte kan optreden.

Bij ontstentenis van een samenwerkingsakkoord waarbij het Instituut wordt opgericht als gemeenschappelijke instelling in de zin van artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, is een dergelijke aanwijzing niet toelaatbaar.²⁰

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 30.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

²⁰ Zie in die zin advies 50.313/2, op 10 oktober 2011 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 19 maart 2012 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’, *Parl.St.* Parl.D.Gem. 2011-12, nr. 98/1, opmerking 3 bij artikel 7, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/50313.pdf>; advies 53.982/2/V, op 12 september 2013 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 5 december 2013 ‘houdende wijziging van het decreet van 12 december 2008 betreffende de bestrijding van sommige vormen van discriminatie’, *Parl.St.* Fr.Parl. 2013-14, nr. 561/1, opmerking bij artikel 3, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/53982.pdf>.