



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.225/1/VR
van 6 december 2022

avis 72.225/1/VR
du 6 décembre 2022

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'houdende
wijziging van diverse
bepalingen inzake het
bestrijden van discriminatie op
het vlak van tewerkstelling'

un avant-projet d'ordonnance
'portant modification de
diverses dispositions visant à
lutter contre les
discriminations en matière
d'emploi'

Op 22 september 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met werk verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen*, een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'houdende wijziging van diverse bepalingen inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 13 oktober 2022 en 9 november 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

Het voorontwerp is wat de bevoegdheid betreft door de verenigde kamers onderzocht op 9 november 2022. De verenigde kamers waren samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter en Martine BAGUET, kamervoorzitter, Chantal BAMPS, Luc CAMBIER, Bernard BLERO en Wouter PAS, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Roger WIMMER, eerste auditeur, Jonas RIEMSLAGH, auditeur en Xavier MINY, adjunct-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 6 december 2022.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85bis.

Le 22 septembre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé à quarante-cinq jours ^{*}, sur un avant-projet d'ordonnance 'portant modification de diverses dispositions visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre les 13 octobre 2022 et 9 novembre 2022. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Wouter PAS, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

En ce qui concerne compétence, l'avant-projet a été examiné par les chambres réunies le 9 novembre 2022. Les chambres réunies étaient composées de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président et Martine BAGUET, président de chambre, Chantal BAMPS, Luc CAMBIER, Bernard BLERO et Wouter PAS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Les rapports ont été présentés par Roger WIMMER, premier auditeur, Jonas RIEMSLAGH, auditeur et Xavier MINY, auditeur adjoint.

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 6 décembre 2022.

*

^{*} Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85bis.

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 toegespitst op 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 tot wijziging van diverse bepalingen inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling.

De ontworpen wijzigingen betreffen onder meer de uitbreiding van de gevallen waarin de discriminatietesten kunnen worden toegepast, het vervangen van de bestaande strafuitsluitende verschoningsgrond in hoofde van de werkgelegenheidsinspecteurs die de testen uitvoeren door een wettelijke rechtvaardigingsgrond, de mogelijkheid voor die inspecteurs om zich bij de uitvoering van de testen te laten vervangen of laten bijstaan door een derde en de samenwerking met Actiris.

Daarnaast bestaat een van de doelstellingen van het voorontwerp in het “verduidelijken” van de gewestelijke bevoegdheid op het gebied van de bestrijding van discriminatie op het vlak van werkgelegenheid, in het bijzonder wat de zogenaamde discriminatietesten betreft.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING: BEVOEGDHEID²

3. Artikel 2 van het voorontwerp vervangt in de definitie van het begrip “tewerkstelling” in artikel 4, 9°, van de ordonnantie van 4 september 2008 ‘betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling’ de verwijzing naar artikel 6, § 1, IX, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (“BWHI”) door een verwijzing naar de BWHI zonder meer.

4.1. Het actueel geldende artikel 4, 9°, van de ordonnantie van 4 september 2008 definieert het begrip “tewerkstelling” als volgt:

“het geheel van de bevoegdheden Tewerkstelling van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zoals bedoeld in artikel 6, § 1, IX, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen”.

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

² Dit deel van het advies werd onderzocht door de verenigde kamers.

Artikel 5, § 1, van de ordonnantie van 4 september 2008³ bepaalt het toepassingsgebied ervan als volgt:

“Onderhavige ordonnantie is van toepassing op de werkgevers⁴, de intermediaire organisaties wat hun activiteiten van arbeidsbemiddeling betreft en op de operatoren van socioprofessionele inschakeling wat hun activiteiten van socioprofessionele inschakeling betreft.”

4.2. De ordonnantie van 4 september 2008 strekt “wat de tewerkstelling betreft” tot de gedeeltelijke omzetting van diverse Europese richtlijnen inzake gelijke kansen en gelijke behandeling (artikel 2) en heeft “tevens tot doel een algemeen kader te scheppen voor de bevordering van de gelijke kansen in het kader van het gewestelijk tewerkstellingsbeleid” (artikel 3). Artikel 6 van de ordonnantie van 4 september 2008 bevat het beginsel dat de “gelijkheid van behandeling wordt gewaarborgd op het vlak van de tewerkstelling”.

De controle en het toezicht op de naleving van de ordonnantie van 4 september 2008 gebeuren krachtens artikel 16 van die ordonnantie in overeenstemming met de ordonnantie van 30 april 2009. Wat het toepassingsgebied ervan betreft, wordt in artikel 2, § 1, eerste lid, van de ordonnantie van 30 april 2009 gesteld dat die ordonnantie “de bevoegdheden [bepaalt] van de ambtenaren (...) tot wier bevoegdheid de aangelegenheden van werkgelegenheid als bedoeld in artikel 6, § 1, IX, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen behoren, en die belast zijn met het toezicht op de naleving van wetgeving en reglementeringen betreffende deze aangelegenheden die bepalen dat het toezicht en de controle worden uitgeoefend in overeenstemming met de bepalingen van deze ordonnantie.”

Artikel 4/3 van 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’, bepaalt dat de “gewestelijke werkgelegenheidsinspecteurs (...) bij de uitoefening van hun opdracht discriminatietesten op het vlak van tewerkstelling [kunnen] uitvoeren”. Op grond van artikel 4/3, § 5, van de ordonnantie van 30 april 2009 vormt de “overeenkomstig deze bepaling uitgevoerde discriminatietest (...), indien hij positief is, een feit dat toelaat te veronderstellen dat er sprake is van directe of indirecte discriminatie die strafbaar is met toepassing van onderhavige ordonnantie, de ordonnantie van 4 september 2008 betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling (...)”.⁵

³ Zoals gewijzigd bij de ordonnantie van 16 november 2017 ‘inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest’.

⁴ In artikel 4, 12°, van de ordonnantie van 4 september 2008 wordt het begrip “werkgever” als volgt gedefinieerd: “iedere werkgever van wie ten minste een van de exploitatiezetels zich op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bevindt, enkel voor wat deze exploitatiezetel(s) betreft, alsook de lokale besturen, zoals bedoeld in artikel 2, 1°, van de ordonnantie van 4 september 2008 ertoe strekkende een diversiteitsbeleid te bewerkstelligen in het Brussels ambtenarenapparaat en de overheidsinstellingen zoals bedoeld in de ordonnantie van 4 september 2008 ter bevordering van diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels Gewestelijk openbaar ambt”.

⁵ Artikel 22, § 3, van de ordonnantie van 4 september 2008 regelt eveneens het vermoeden dat kan volgen uit de resultaten van een discriminatietest.

5. Uit de tekst van artikel 2 van het voorontwerp volgt niet duidelijk welke inhoudelijke wijziging wordt nagestreefd met de vermelde wijziging van artikel 4, 9°, van de ordonnantie van 4 september 2008.

In de artikelsgewijze bespreking van de memorie van toelichting wordt over deze bepaling het volgende opgemerkt:

“De voorgestelde wijziging heeft tot doel te bevestigen dat discriminatie bij aanwerving, hoewel zij enkel binnen de bevoegdheden van het Gewest past krachtens zijn impliciete bevoegdheden, onderworpen is aan de strafrechtelijke sancties voorzien door de ordonnantie van 4 september 2008.”

De memorie van toelichting stelt ook, in de algemene inleiding, dat een van de belangrijkste doelstellingen van het voorontwerp de “verduidelijking van een gewestelijke bevoegdheid” is. Daarover wordt onder meer het volgende opgemerkt:

“In dit verband [namelijk het specifieke karakter van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest] moeten de gewestelijke overheden worden beschouwd als het best geplaatst om het voortouw te nemen in de strijd tegen discriminatie bij de aanwerving in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

Het valt moeilijk te betwisten dat het Gewest bevoegd is om, op basis van de impliciete bevoegdheden, controle uit te oefenen op discriminatie bij werkgevers:

- die gebruikmaken van de diensten van Actiris om een werknemer in dienst te nemen (artikel 6, IX, 1°);
- uit de sociale economie (artikel 6, IX, 2°);
- die een werknemer die aan een arbeidsvergunning is onderworpen, in dienst nemen of weigeren in dienst te nemen (artikel 6, IX, 3° en 4°);
- die een werknemer in dienst willen nemen via arbeidsbemiddeling (artikel 6, IX, 7°);
- uit de dienstenchequesector (artikel 6, IX, 8°);
- die PWA's zijn (artikel 6, IX, 11°);
- met een gemengd beheer (interim ...) (artikel 6, IX, 13°);
- uit het gewestelijk of lokaal openbaar ambt.

Aangezien het Gewest bovendien bevoegd is voor het controleren van de beschikbaarheid van werklozen, wat met name het recht inhoudt om na te gaan of zij actief op zoek zijn naar werk, en om arbeidsbemiddeling voor werknemers te vervullen, is het van essentieel belang dat de GWI [Gewestelijke Werkgelegenheidsinspectie] alle aanwervingsprocedures in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, en dus potentieel alle werkgevers met een exploitatiezetel in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, kan controleren, wanneer een werknemer of een werkzoekende meent gediscrimineerd te worden, of wanneer de GWI beschikt over voldoende vermoedens over discriminatie bij deze werkgever of in deze activiteitensector.

Op basis van de theorie van de impliciete bevoegdheden kunnen de inspecteurs van de GWI dus alle in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gevestigde publieke of private werkgevers controleren bij het aanwerven, rekruteren of tewerkstellen van personen.”

6. Het voorontwerp heeft bijgevolg onder meer tot doel om ervoor te zorgen dat gewestelijke werkgelegenheidsinspecteurs “alle aanwervingsprocedures in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, en dus potentieel alle werkgevers met een exploitatiezetel in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, [kunnen] controleren”.

Gevraagd welke bepalingen van het voorontwerp uiting geven aan de zo-even vermelde doelstelling, verwijst de gemachtigde naar de bestaande definitie van het begrip “werkgever” in artikel 4, 12°, van de ordonnantie van 4 september 2008 (zie voetnoot 4), die door het voorliggende voorontwerp niet wordt gewijzigd en stelde zij:

“Par ailleurs, l'article 2 du projet traduit cette volonté de clarification de la compétence régionale en matière de lutte contre la discrimination à l'embauche auprès de l'ensemble des employeurs situés en Région de Bruxelles-Capitale.”

Daarnaast verklaart de gemachtigde, naast een verwijzing naar de wijzigingen die zijn aangebracht bij de ordonnantie van 16 november 2017 en naar de memorie van toelichting bij die ordonnantie,⁶ het volgende:

“L'article 19 de l'ordonnance du 4 septembre 2008, qui définit les comportements infractionnels, sanctionne les manquements (intentionnels) à l'article 6 qui, de manière apparemment très générale, énonce que ‘l'égalité de traitement est garantie en matière d'emploi’. Il résulte toutefois de l'article 4, 9°, de l'ordonnance de 2008 que pour l'application de cette dernière, on entend par emploi non pas l'ensemble des compétences régionales en cette matière, en ce compris les compétences implicites, mais les compétences ‘au sens de l'article 6, § 1er, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles’.

Il y a donc lieu d'éviter que le pouvoir de sanctionner la discrimination à l'embauche puisse être paralysé par le fait que l'emploi est défini de manière trop restrictive. La modification proposée vise, en d'autres termes, à confirmer que la discrimination à l'embauche, bien que ne rentrant dans les compétences de la région qu'au titre de ses pouvoirs implicites, soit passible des sanctions pénales prévues par l'ordonnance du 4 septembre 2008.”

7. Zonder afbreuk te doen aan hetgeen hierna zal worden opgemerkt over de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling, moet in ieder geval worden opgemerkt dat de tekst van artikel 2 van het voorontwerp niet bewerkstelligt dat de discriminatie op het vlak van de aanwerving in zijn algemeenheid onder het sanctieregime van de ordonnantie van 4 september 2008 zou worden gebracht.

De definitie van het begrip “tewerkstelling” wordt immers weliswaar op een ietwat algemenere wijze geformuleerd, maar ze steunt nog steeds op een verwijzing naar “de bevoegdheden Tewerkstelling” op basis van de BWHI,⁷ hetgeen niet verder lijkt te gaan dan de eigen bevoegdheden van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

⁶ Parl.St. Br.Parl., 2016-17, nr. A-549/1, 5-7.

⁷ Hooguit zou de wijziging gelezen kunnen worden als een uitbreiding met of verduidelijking ten aanzien van andere vormen van tewerkstelling die onder de gewestbevoegdheid vallen, zoals de tewerkstelling door lokale besturen of de tewerkstelling bij de eigen diensten van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest op grond van artikel 87 BWHI.

Een verduidelijking of uitbreiding van het toepassingsgebied van de ordonnantie, zoals die klaarblijkelijk wordt nagestreefd, zou in ieder geval op ondubbelzinnige wijze uit de tekst van de ordonnantie moeten blijken.

Zulk een verduidelijking of uitbreiding is evenwel niet in overeenstemming met de bevoegdheidsverdelende regels, zoals blijkt uit de hierna volgende bespreking.

8.1. Zowel de afdeling Wetgeving van de Raad van State als het Grondwettelijk Hof hebben reeds herhaaldelijk bevestigd dat het elke wetgever, binnen de eigen bevoegdheidssfeer, in beginsel toekomt om door hogere rechtsnormen omschreven grondrechten met betrekking tot de hem toevertrouwde aangelegenheden te concretiseren. Dat geldt onder meer met betrekking tot het voeren van een anti-discriminatiebeleid; de bestrijding van discriminatie maakt een wezenlijk onderdeel uit van de rechten van de mens.⁸ Hieruit volgt, omgekeerd, ook dat elke overheid enkel bevoegd is om een beleid inzake de bestrijding van discriminatie te voeren binnen de aangelegenheden die tot haar bevoegdheid behoren.

8.2. Binnen het beleid inzake de bestrijding van discriminatie vormen discriminatietesten een specifiek instrument dat ter ondersteuning of controle van het beleid en de regelgeving inzake gelijke kansen en antidiscriminatie kan worden ingezet. De invoering ervan komt in beginsel toe aan de overheid die bevoegd is voor de materies waarop de testen betrekking hebben.⁹ Hiertoe is geen beroep op de impliciete bevoegdheden in de zin van artikel 10 BWHI nodig.

9. Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest is derhalve uitsluitend bevoegd om een regeling inzake bestrijding van discriminatie aan te nemen in de aangelegenheden die behoren tot het gewestelijk tewerkstellingsbeleid,¹⁰ alsook wat betreft het vaststellen van het statuut van het personeel van de openbare instellingen die van het gewest afhangen¹¹ en van het personeel van de gewestregering.¹²

⁸ Zie o.m. adv.RvS 40.689/AV-40.691/AV van 11 juli 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 10 mei 2007 'tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden', *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/001, 84-86 (opmerking 8.1); adv.RvS 48.892/AV van 7 december 2010 over een wetsvoorstel 'tot oprichting van een Centrum ter bevordering van de taalverscheidenheid', *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-435/002, 7-8 (opmerking 6); adv.RvS 61.267/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit', *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 107-110 (opmerking 3).

⁹ Zie meer algemeen over het principe dat de instrumenten inzake antidiscriminatie de bevoegdheid om ter zake regelgevend op te treden volgen: adv.RvS 71.275/3 van 7 juni 2022 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 28 oktober 2022 'tot oprichting van een Vlaams Mensenrechteninstituut', opm. 3 en 5 (*Parl.St.*, Vl.Parl., 2021-22, nr. 1357/1).

¹⁰ Zie artikel 6, § 1, IX, 1° en 2°, BWHI.

¹¹ Zie artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse Instellingen' *juncto* artikel 9 BWHI.

¹² Zie artikel 40 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 *juncto* artikel 87 BWHI.

Het gaat de bevoegdheid van het Gewest te buiten om op het vlak van anti-discriminatie, “het tewerkstellingsbeleid” en “de aanwerving en tewerkstelling” in algemene zin te regelen of zonder enige beperking van toepassing te zijn op “privé-werkgevers”.¹³ Meer bepaald zou het Gewest hiermee de voorbehouden federale bevoegdheid inzake arbeidsrecht betreden (artikel 6, § 1, VI, laatste lid, 12°, BWHI).

10. De Raad van State heeft evenwel aanvaard¹⁴ dat bij het uitwerken van de discriminatietesten door de gewestelijke overheid federale bevoegdheden kunnen worden betreden op grond van impliciete bevoegdheden.

Zo kan ten eerste de specifieke techniek van de discriminatietesten ertoe leiden dat de bevoegdheid van de federale overheid, met name wat het strafrecht betreft, wordt betreden. De afdeling Wetgeving oordeelde dat de ordonnantiegever, zij het binnen bepaalde grenzen, op grond van de impliciete bevoegdheden, een strafuitsluitende verschoningsgrond kon invoeren, ondanks de federale bevoegdheid inzake het algemeen strafrecht.¹⁵

Ten tweede maakt artikel 4/3, § 2, eerste lid, 1°, van de ordonnantie van 30 april 2009¹⁶ een “praktijktest” mogelijk “die bestaat uit het versturen door de werkgelegenheidsinspecteurs van paren gelijkaardige sollicitaties die enkel verschillen op één criterium dat mogelijk tot discriminatie leidt”. 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°, BWHI, evenwel een aan de federale overheid voorbehouden materie.

De Raad van State aanvaardt dat hiervoor een beroep wordt gedaan op de impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 BWHI.¹⁷ De afdeling Wetgeving aanvaardt meer bepaald dat aan de noodzakelijkheidsvereiste is voldaan, althans voor zover “de discriminatietest enkel wordt uitgevoerd in het kader van de gewestelijke bevoegdheden op het vlak van tewerkstelling”.¹⁸ De Raad van State stelde aldus:

“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

¹³ Adv.RvS 41.541/1 van 16 november 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 4 september 2008 ‘betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling’, bevoegdheidsopm. 2 (*Parl.St.*, Br.Parl. 2006-07, nr. A-402/1).

¹⁴ Adv.RvS 61.527/1 van 21 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 16 november 2017 ‘inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’, opm. 3 (*Parl.St.* Br.Parl., 2016-17, nr. A-549/1).

¹⁵ Zie het reeds vermelde adv.RvS 61.527/1 van 21 juni 2017, opm. 4.

¹⁶ Zoals ingevoerd bij ordonnantie van 16 november 2017.

¹⁷ Dat krachtens artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’ van toepassing is op het Brussels Hoofdstedelijke Gewest.

¹⁸ Zie het reeds vermelde adv.RvS 61.527/1 van 21 juni 2017, opm. 3.

werkgelegenheidsinspecteurs discriminatietesten kunnen uitvoeren ‘bij de uitoefening van hun opdracht’ moet dan ook in die strikte zin worden begrepen.”¹⁹

11. In het licht van de *sub* 8 tot 10 beschreven beginselen vormt de doelstelling van het voorontwerp, zoals uiteengezet in de memorie van toelichting en de toelichting van de gemachtigde,²⁰ zijnde het van toepassing maken van de Brusselse anti-discriminatiewetgeving en de daarbij behorende controlemechanismen op alle aanwervingsprocedures op het grondgebied van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad en dit zowel in de private als de publieke sector, een uitbreiding en geen loutere verduidelijking van het toepassingsgebied.

12. Uit de hierboven vermelde toelichting van de gemachtigde blijkt dat de stellers daarvoor een beroep willen doen op “de theorie van de impliciete bevoegdheden”, op grond waarvan “de inspecteurs van de GWI dus alle in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gevestigde publieke of private werkgevers [kunnen] controleren bij het aanwerven, rekruteren of tewerkstellen van personen”.

Artikel 10 BWHI houdt in dat de bevoegdheid van een andere overheid kan 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.²¹

In de memorie van toelichting wordt de uitbreiding van de bevoegdheid tot alle aanwervingsprocedures op basis van de impliciete bevoegdheden als volgt verantwoord:

“De strijd tegen discriminatie bij de aanwerving stelt het Gewest in staat de doeltreffendheid en de doelmatigheid te verzekeren van de uitoefening van zijn bevoegdheden, toegekend bij artikel 6, IX van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Met andere woorden, de eventuele aantastingen van de federale bevoegdheden op het vlak van arbeidsrecht en gerechtelijk recht zijn noodzakelijk om het Gewest in staat te stellen zijn bevoegdheid in de strijd tegen discriminatie op de Brusselse arbeidsmarkt zo goed mogelijk uit te oefenen.

De noodzaak om discriminatie bij de aanwerving te kunnen controleren en discriminatietests te kunnen uitvoeren om de doeltreffendheid en doelmatigheid van de gewestelijke bevoegdheden te garanderen, spreekt voor zich.

Zoals de professoren Uyttendaele en Verdussen in 2017 voor de Commissie Economische Zaken hebben bevestigd, leent de materie zich bovendien voor een gedifferentieerde behandeling, en kan de impact van het bestaan van discriminatietesten in het Brusselse recht op de federale bevoegdheden als minimaal worden beschouwd.

Wat de gedifferentieerde behandeling betreft, levert de invoering van deze mechanismes in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest nauwelijks moeilijkheden op, temeer omdat elke partner in het federale België verplicht is discriminatie te bestrijden met de middelen die hij soeverein noodzakelijk acht om in te zetten. Wat de minimale weerslag betreft, moet worden vastgesteld dat zowel het gerechtelijk recht, en met name de bewijsregels, als het arbeidsrecht, hypothetisch slechts in zeer beperkte mate zouden

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Zie randnummers 5 en 6.

²¹ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie bijvoorbeeld GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11.

worden gewijzigd door de voorgestelde bepalingen. De algemene grondslagen en beginselen ervan worden er op geen enkele wijze door aangetast.

De specifieke kenmerken van de Brusselse arbeidsmarkt en de resultaten van de socio-economische monitoring van View.brussels tonen voldoende de noodzaak aan dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voorziet in Brusselse mechanismes voor de controle van discriminatie bij alle in Brussel gevestigde werkgevers om de efficiënte uitoefening van zijn bevoegdheden te waarborgen, ondanks de invoering van soortgelijke monitoringmechanismen voorzien in artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek.”

Gevraagd om nader toe te lichten waarom de beoogde uitbreiding van het toepassingsgebied noodzakelijk is voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Ceci doit être vu de deux manières. D’une part, pour certaines compétences explicites de la Région de Bruxelles-Capitale, telles que l’économie sociale et les titres-services, les employeurs visés sont aisément identifiables. Dans le cadre de ces compétences, l’exercice des pouvoirs implicites en matière de discrimination est justifié et limpide.

Toutefois, pour d’autres compétences explicites de la Région, les employeurs visés recouvrent une réalité bien plus large et ne peuvent être nécessairement rattachés à une catégorie d’employeurs relevant d’une compétence explicite de la Région. Afin de pouvoir exercer efficacement ses compétences en matière de placement de travailleurs, et en particulier le placement de demandeurs d’emploi par Actiris, de contrôle de la disponibilité des demandeurs d’emploi, ou des programmes ou primes de remises à l’emploi, la Région doit pouvoir exercer un contrôle en matière de lutte contre les discriminations dans l’entière du processus d’embauche (publication d’annonces, screening des candidats, sélection des candidats ou entretien d’embauche...) de l’ensemble des entreprises bruxelloises. La notion d’employeur au sens de l’article 4, 12° de l’ordonnance du 4 septembre 2008 vise non seulement les employeurs actifs dans des secteurs touchant aux compétences matérielles de la Région (telles que l’économie sociale, les titres-services, etc.), que ceux actifs dans des secteurs qui ne touchent pas directement à ces compétences.

Sans cela, et en particulier au regard du profil des demandeurs d’emploi Bruxellois, l’exercice de ces compétences bruxelloises est fortement réduit.”

13.1. De toepassing van het anti-discriminatiebeleid in de gevallen waarin er effectief een verband is met de eigen materiële bevoegdheden van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest – zoals bijvoorbeeld de arbeidsbemiddeling door Actiris, de dienstenchequesector, de controle van de actieve en passieve beschikbaarheid van werklozen ... – maken reeds het voorwerp uit van de actueel geldende regelingen.

Zoals gezegd is voor dit anti-discriminatiebeleid als dusdanig geen beroep op de impliciete bevoegdheden nodig. Indien bij het regelen van de controlebevoegdheden of de discriminatietesten, het betreden van de federale bevoegdheid inzake arbeidsrecht (aanwervingen) en inzake het algemeen strafrecht (strafuitsluitende verschoningsgrond) noodzakelijk is, kan het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest een beroep doen op de impliciete bevoegdheden “in het kader van de gewestelijke bevoegdheden op het vlak van tewerkstelling” (zie hoger *sub* 10).

13.2. Wanneer dat verband met de eigen bevoegdheden ontbreekt is een beroep op de impliciete bevoegdheden niet mogelijk. De impliciete bevoegdheden hebben immers noodzakelijkerwijze een accessoir karakter ten aanzien van de toegewezen bevoegdheden.

Een algemene bevoegdheid om het hele aanwervingsproces van alle Brusselse werkgevers te onderwerpen aan de gewestelijke anti-discriminatieregeling en controle kan bijgevolg niet steunen op artikel 10 BWHI.

Het argument dat de effectiviteit van de discriminatietesten sterk wordt ingeperkt indien telkens het verband met de eigen bevoegdheden aanwezig moet zijn, kan bovendien niet voldoende de noodzaak van het betreden van de federale bevoegdheden verantwoorden. De federale wetgever heeft immers, na de ordonnantie van 16 november 2017, een eigen regeling ter zake tot stand gebracht (en uitgebreid)²² (zie verder *sub* 14).

Het argument van de specifieke kenmerken van de arbeidsmarkt van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest onderbouwt evenmin een beroep op de impliciete bevoegdheden wanneer er geen band met de eigen bevoegdheden bestaat. De figuur van de impliciete bevoegdheden houdt slechts in dat de bevoegdheid van een andere overheid kan worden betreden voor zover zulks noodzakelijk is voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid. Indien de eigen bevoegdheden te beperkt worden geacht om het gewenste beleid te voeren, is dat veeleer kritiek op de door de bijzondere wetgever tot stand gebrachte bevoegdheidsverdeling.

14. Gelet op de bestaande federale antidiscriminatiewetgeving, met inbegrip van een regeling inzake discriminatietesten, rijst bovendien de vraag in welke mate de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de beoogde bevoegdheidsuitbreiding op die federale wetgeving slechts marginaal is.

De wet van 30 juli 1981 ‘tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, ingevoegd bij de wet van 10 mei 2007, de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’, en de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’²³ zijn van toepassing op “de arbeidsbetrekkingen”.²⁴ Hieronder vallen telkens onder meer: “1° de voorwaarden voor toegang tot arbeid, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen: - de werkaanbiedingen of de advertenties voor betrekkingen en promotiekansen, en dit ongeacht de wijze waarop deze worden bekendgemaakt of verspreid; - de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces; - de bepaling en de toepassing van de aanstellingscriteria die worden gehanteerd bij de aanwerving of de benoeming; - de bepaling en de toepassing van de

²² Art. 42/1 van het Sociaal Strafwetboek, ingevoegd bij de wet van 15 januari 2018 ‘houdende diverse bepalingen inzake werk’ en gewijzigd bij de wet van 1 april 2022 ‘tot wijziging van afdeling 2/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie’.

²³ De wetten van 10 mei 2007 vormen o.a. de omzetting van 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’ en richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’.

²⁴ Zie respectievelijk artikel 5, § 1, 5; artikel 5, § 1, 5° en artikel 6, § 1, 5°.

criteria die worden gehanteerd bij promotie; - de toetreding als vennoot in vennootschappen of maatschappen van zelfstandige beroepen”.

Krachtens artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek beschikken de sociaal inspecteurs over de bijzondere bevoegdheid om, onder de door het artikel bepaalde voorwaarden, “zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt”.

Bovendien is de beoogde uitbreiding van het toepassingsgebied niet beperkt tot het uitvoeren van discriminatietesten, ook al ligt daarop de nadruk in de memorie van toelichting bij het voorontwerp. De bevoegdheid van de gewestelijke werkgelegenheidsinspecteurs volgt immers uit de toepasselijkheid van de ordonnantie van 4 september 2008.²⁵ Het uitbreiden van de gevallen waarin discriminatietesten mogelijk zijn tot alle aanwervingsprocedures, ongeacht het verband met de eigen bevoegdheden van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, veronderstelt bijgevolg dat het volledige wetgevende kader inzake gelijke behandeling en antidiscriminatie, zoals vervat in de ordonnantie van 4 september 2008, op die situaties van toepassing wordt (bv. wat betreft de verboden discriminatiegronden, de gebeurlijke rechtvaardigingscriteria, de burgerrechtelijke en strafrechtelijke handhavingmechanismen ...). Nochtans gelden ten aanzien van aanwervingsprocedures in beginsel de vermelde federale wetten.

Het nagestreefde doel van het voorontwerp bestaat aldus in een globale gewestelijke regeling die overlapt met de federale regeling voor de strijd tegen discriminatie op het vlak van de arbeidsbetrekkingen, met inbegrip van de aanwerving, die een algemeen karakter heeft en ook geldt voor het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

Wat het naast elkaar bestaan van een dergelijke federale regeling en een regeling van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest betreft in de gevallen die niet kaderen in de eigen materiële bevoegdheden van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, kan niet worden aangenomen dat er sprake is van een aangelegenheid die zich leent tot een gedifferentieerde regeling noch dat de weerslag van de betrokken bevoegdheidsuitoefening op die federale aangelegenheid slechts marginaal is.

15. Ondervraagd over het naast elkaar bestaan van die regelingen verklaart de gemachtigde nog het volgende:

“Lors de l’entrée en vigueur de la réglementation fédérale, il avait été clarifié entre l’IRE et l’inspection fédérale que l’IRE limiterait son action aux situations d’embauche situées sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. L’Autorité fédérale pouvant ainsi se concentrer, à Bruxelles, sur les discriminations qui peuvent survenir dans les relations de travail et qui ne surviennent pas lors d’un processus d’embauche.”

²⁵ Zie in het bijzonder artikel 16, tweede lid, van die ordonnantie.

Er moet worden benadrukt dat de federale overheid niet eenzijdig of met instemming van een andere overheid afstand kan doen van (een deel van) de eigen bevoegdheden. Indien de federale overheid en het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van oordeel zouden zijn dat, gelet op de verstrengeling van de betrokken bevoegdheden, deze gezamenlijk moeten worden uitgeoefend, is het geëigende instrument daartoe een samenwerkingsakkoord in de zin van artikel 92bis BWHI.

Procedures van samenwerking en de overdracht van gegevens, vastgelegd in een samenwerkingsakkoord, kunnen de controles, door de federale overheid, van de federale anti-discriminatiewetgeving op het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest immers verzekeren.²⁶ Met het oog op een correcte toepassing van de federale en gewestelijke anti-discriminatieregeling en een verhoogde efficiëntie van de inspectie, lijkt een samenwerkingsakkoord raadzaam, naar het voorbeeld van het samenwerkingsakkoord van 19 maart 2021 tussen het Waalse Gewest, het Vlaamse Gewest, het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en de Duitstalige Gemeenschap ‘met betrekking tot de coördinatie inzake het toezicht en de naleving van de gewestelijke wetgevingen betreffende tewerkstelling’. Dit samenwerkingsakkoord voorziet in de uitwisseling van informatie, het gebruik ervan en een wederzijdse ondersteuning.²⁷

16. De beoogde uitbreiding van het toepassingsgebied van de gewestelijke ordonnances betreffende de strijd tegen discriminatie op het vlak van de tewerkstelling, valt bijgevolg buiten de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGEN

Artikel 4

17. In het ontworpen artikel 4/3, § 1/1, van de ordonnantie van 30 april 2009 worden bepaalde opdrachten toevertrouwd aan de minister bevoegd voor Werk.

Het zou meer in lijn liggen met het beginsel dat de uitvoerende macht bij de Brusselse Hoofdstedelijke Regering berust indien de ordonnantie de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aanduidt.²⁸ Het komt dan desgevallend aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering toe om, als uitzondering op het beginsel van de collegiale beraadslaging, een delegatie toe te kennen aan een van haar leden.²⁹

²⁶ Verdrag nr 81 ‘betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel’, aangenomen op 11 juli 1947, te Genève, door de internationale arbeidsorganisatie, tijdens haar dertigste zitting verplicht de verdragspartijen in samenwerkingsmechanismen tussen de inspectiediensten te voorzien (zie de artikelen 4 en 5).

²⁷ Zie in het bijzonder de artikelen 3, 5, eerste en tweede lid, en 7, eerste lid, van het samenwerkingsakkoord.

²⁸ Artikel 20 BWHI, dat krachtens artikel 8 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 van overeenkomstige toepassing is op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

²⁹ Artikel 69 BWHI, dat krachtens artikel 36, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 van toepassing is op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

18. Het tweede lid van het ontworpen artikel 4/3, §§ 7 en 8, bepaalt dat een “derde als bedoeld in het vorige lid gebonden [is] aan het beroepsgeheim in de zin van artikel 458 van het Strafwetboek”.

Indien het uitgangspunt van deze bepalingen is dat artikel 458 van het Strafwetboek hoe dan ook van toepassing is op de betrokken personen,³⁰ moet worden opgemerkt dat zij strikt genomen overbodig zijn. Bovendien behoort de regeling van deze onderwerping aan het beroepsgeheim en het bepalen van de uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht³¹ in beginsel tot de bevoegdheid van de federale wetgever. Bijgevolg moeten de betrokken bepalingen dan ook worden weggelaten of anders worden geformuleerd (bv. “overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek ...”).

19. Het actueel geldende artikel 4/3, § 4, 1°, van de ordonnantie van 30 april 2009 bepaalt dat een discriminatietest onder meer moet beantwoorden aan de voorwaarde dat hij niet van uitlokkende aard mag zijn in de zin van artikel 30 van de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering. Dat wordt onder punt a) van die bepaling als volgt verduidelijkt:

“hij moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen door een procedure inzake aanwerving, rekrutering of tewerkstelling zonder overdrijven na te bootsen”.

Het ontworpen artikel 4/3, § 1, eerste lid, 1°, van de ordonnantie van 30 april 2009 (artikel 4, 5°, van het ontwerp) luidt als volgt:

“Hij mag niet van uitlokkende aard zijn zoals bedoeld in artikel 30 van de Voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering en moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen door een procedure inzake aanwerving, rekrutering of tewerkstelling, zonder overdrijven, of een totaal andere arbeidssituatie waarin een dergelijke praktijk zich kan voordoen, na te bootsen.”

Ook deze bepaling, en in het bijzonder de verwijzing naar “een totaal andere arbeidssituatie”, moet worden gelezen rekening houdend met hierboven gemaakte bevoegdheidsrechtelijke opmerkingen.

Artikel 5

20. De datum van inwerkingtreding in artikel 5 van het voorontwerp is niet ingevuld. De gemachtigde verklaarde dat het de bedoeling is dat de aan te nemen ordonnantie op 1 januari 2023 in werking treedt. Die datum moet nog worden vermeld.

³⁰ Artikel 458 Sw. geldt onder meer ten aanzien van “alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd”.

³¹ De federale wetgever aanvaardt in artikel 458 Sw dat het decreet of de ordonnantie de drager van geheimen verplicht of toelaat de geheimen bekend te maken.

Slotopmerking

21. Het voorontwerp moet aan een grondig taalkundig en redactioneel nazicht worden onderworpen. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de volgende gebreken:

- anders dan in de inleidende zin van artikel 3 van het voorontwerp wordt bepaald, strekt die bepaling niet enkel tot de invoering van een paragraaf 4 in artikel 22 van de ordonnantie van 4 september 2008, maar tot aanvulling van dat artikel met de paragrafen 4 tot 7;
- in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 22, § 4, eerste lid, 1°, van de ordonnantie van 4 september 2008 (artikel 3 van het voorontwerp) wordt verwezen naar “hij of zij”, terwijl een dergelijke opsplitsing niet noodzakelijk en niet gebruikelijk is en evenmin gebeurt in de te wijzigen ordonnanties van 4 september 2008 en 30 april 2009;³²
- in de Franse tekst van het ontworpen artikel 4/3, § 1/1, tweede lid, van de ordonnantie van 30 april 2009 (artikel 4, 1°, van het voorontwerp) wordt verwezen naar “des compétences emploi au sens de l’article 6, § 1er, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles”, terwijl de concrete bevoegdheidsomschrijving in die bijzondere wet “la politique de l’emploi” is. In de Nederlandse tekst van die ontworpen bepaling worden de betrokken bevoegdheden omschreven als “arbeidsvaardigheden”, hetgeen geenszins de correcte term is;
- in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 4/3, § 4, tweede lid, van de ordonnantie van 30 april 2009 is sprake van de “nadrukkelijke (...) toestemming”, terwijl wellicht de “uitdrukkelijke” toestemming wordt bedoeld (“l’accord exprès” in de Franse tekst).

*

³² Zie bv. art. 26 van de ordonnantie van 4 september 2008 en art. 2, § 1, zesde lid, en art. 4/3, § 2, eerste lid, 2, van de ordonnantie van 30 april 2009.

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 a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet de modifier diverses dispositions visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi.

Les modifications en projet concernent notamment l'extension des cas dans lesquels les tests de discrimination peuvent être appliqués, le remplacement de la cause d'excuse absolutoire existante par une cause légale de justification dans le chef des inspecteurs de l'emploi qui réalisent les tests, la possibilité pour ces inspecteurs de se faire remplacer ou assister par un tiers lors de la réalisation des tests et la collaboration avec Actiris.

En outre, l'un des objectifs de l'avant-projet consiste à « clarifier » la compétence régionale dans le secteur de la lutte contre les discriminations en matière d'emploi, plus particulièrement en ce qui concerne les tests dits de discrimination.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE : COMPÉTENCE ²

3. L'article 2 de l'avant-projet remplace, dans la définition de la notion d'« emploi » figurant à l'article 4, 9°, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 'relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi', la référence à l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' (« LSRI ») par une référence à la LSRI tout simplement.

4.1. L'article 4, 9°, actuellement en vigueur, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 définit la notion d'« emploi » comme suit :

« l'ensemble des compétences Emploi de la Région de Bruxelles-Capitale au sens de l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ».

L'article 5, § 1^{er}, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 ³ fixe son champ d'application comme suit :

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

² Cette partie de l'avis a été examinée par les chambres réunies.

³ Modifié par l'ordonnance du 16 novembre 2017 'visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale'.

« La présente ordonnance s'applique aux employeurs⁴ et aux organisations intermédiaires en ce qui concerne leurs activités de placement des travailleurs et aux opérateurs d'insertion socio-professionnelle en ce qui concerne leurs activités d'insertion socio-professionnelle ».

4.2. L'ordonnance du 4 septembre 2008 vise à transposer partiellement, « en ce qui concerne l'emploi », diverses directives européennes en matière d'égalité des chances et d'égalité de traitement (article 2) et « a également pour objectif de créer un cadre général pour promouvoir l'égalité des chances dans le cadre de la politique régionale de l'emploi » (article 3). L'article 6 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 consacre le principe selon lequel l'« égalité de traitement est garantie en matière d'emploi ».

Le contrôle et la surveillance du respect de l'ordonnance du 4 septembre 2008 se font, en vertu de l'article 16 de cette ordonnance, conformément à l'ordonnance du 30 avril 2009. En ce qui concerne son champ d'application, l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 30 avril 2009 dispose que cette ordonnance « détermine les attributions des fonctionnaires [...] ayant dans leurs attributions les matières d'emploi visées à l'article 6, paragraphe 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, et qui sont chargés de surveiller le respect des législations et des réglementations relatives à ces matières, qui disposent que la surveillance et le contrôle sont exercés conformément aux dispositions de la présente ordonnance ».

L'article 4/3 de 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' dispose que les « inspecteurs régionaux de l'emploi peuvent dans l'exercice de leur mission réaliser des tests de discrimination en matière d'emploi ». Sur la base de l'article 4/3, § 5, de l'ordonnance du 30 avril 2009, le « test de discrimination réalisé conformément à la présente disposition, s'il est positif, est constitutif d'un fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte susceptible de sanction en application de la présente ordonnance et des ordonnances du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi [...] »⁵.

5. Il ne ressort pas clairement du texte de l'article 2 de l'avant-projet quelle modification de fond est poursuivie par la modification citée de l'article 4, 9^o, de l'ordonnance du 4 septembre 2008.

À propos de cette disposition, le commentaire des articles donné dans l'exposé des motifs observe ce qui suit :

⁴ L'article 4, 12^o, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 définit la notion d'« employeur » comme suit : « tout employeur dont au moins l'un des sièges d'exploitation est situé sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, pour ce qui concerne ce ou ces sièges d'exploitation uniquement, ainsi que les administrations locales au sens de l'article 2, 1^o, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise et les institutions publiques de la Région de Bruxelles-Capitale au sens de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise ».

⁵ L'article 22, § 3, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 règle également la présomption pouvant résulter des résultats d'un test de discrimination.

« La modification proposée vise à confirmer que la discrimination à l'embauche, bien que ne rentrant dans les compétences de la Région qu'au titre de ses pouvoirs implicites, soit passible des sanctions pénales prévues par l'ordonnance du 4 septembre 2008 ».

L'exposé des motifs indique également, dans l'introduction générale, qu'un des objectifs les plus importants de l'avant-projet est de « [clarifier] une compétence régionale ». À ce sujet, il observe notamment ce qui suit :

« À cet égard [à savoir la particularité de la Région de Bruxelles-Capitale], les autorités régionales doivent être considérées comme les mieux à même de mener la lutte contre les discriminations en matière d'embauche en Région de Bruxelles-Capitale.

Il est difficilement contestable que la Région est compétente pour contrôler, sur la base des pouvoirs implicites, la discrimination à l'embauche au sein des employeurs :

- s'adressant aux services d'Actiris pour engager un travailleur (article 6, IX, 1°) ;
- de l'économie sociale (article 6, IX, 2°) ;
- engageant ou refusant d'engager un travailleur soumis à permis de travail (article 6, IX, 3° et 4°) ;
- souhaitant engager un travailleur via une aide à l'emploi (article 6, IX, 7°) ;
- du secteur des titres-services (article 6, IX, 8°) ;
- qui sont des ALE (article 6, IX, 11°) ;
- de la gestion mixte (intérim ...) (article 6, IX, 13°) ;
- de la fonction publique régionale ou locale.

Par ailleurs, la Région étant compétente en matière de contrôle de la disponibilité des chômeurs, impliquant notamment de pouvoir vérifier si ceux-ci recherchent activement un emploi, et de placement de travailleurs, il est indispensable que l'IRE [l'Inspection régionale de l'Emploi] puisse contrôler l'ensemble des processus d'embauche en Région de Bruxelles-Capitale et donc, potentiellement, au sein de l'ensemble des employeurs disposant d'un siège d'exploitation en Région de Bruxelles-Capitale et ceci lorsqu'un travailleur ou un demandeur d'emploi s'estime discriminé ou que l'IRE dispose de présomptions suffisantes relatives à des faits de discrimination au sein de cet employeur ou secteur d'activité.

Sur base de la théorie des pouvoirs implicites, les inspecteurs de l'IRE peuvent donc contrôler, lors de situations d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi, l'ensemble des employeurs publics ou privés, situés en Région de Bruxelles-Capitale ».

6. Par conséquent, l'avant-projet a notamment pour but de veiller à ce que les inspecteurs régionaux de l'emploi « puisse[nt] contrôler l'ensemble des processus d'embauche en Région de Bruxelles-Capitale, et donc, potentiellement, au sein de l'ensemble des employeurs disposant d'un siège d'exploitation en Région de Bruxelles-Capitale ».

À la question de savoir quelles dispositions de l'avant-projet expriment l'objectif précité, la déléguée fait référence à la définition existante de la notion d'« employeur » figurant à l'article 4, 12°, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 (voir note de bas de page 4), que l'avant-projet à l'examen ne modifie pas, et a déclaré :

« Par ailleurs, l'article 2 du projet traduit cette volonté de clarification de la compétence régionale en matière de lutte contre la discrimination à l'embauche auprès de l'ensemble des employeurs situés en Région de Bruxelles-Capitale ».

De plus, outre une référence aux modifications apportées par l'ordonnance du 16 novembre 2017 et à l'exposé des motifs de cette ordonnance ⁶, la déléguée déclare ce qui suit :

« L'article 19 de l'ordonnance du 4 septembre 2008, qui définit les comportements infractionnels, sanctionne les manquements (intentionnels) à l'article 6 qui, de manière apparemment très générale, énonce que '*l'égalité de traitement est garantie en matière d'emploi*'. Il résulte toutefois de l'article 4, 9°, de l'ordonnance de 2008 que pour l'application de cette dernière, on entend par emploi non pas l'ensemble des compétences régionales en cette matière, en ce compris les compétences implicites, mais les compétences '*au sens de l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles*'.

Il y a donc lieu d'éviter que le pouvoir de sanctionner la discrimination à l'embauche puisse être paralysé par le fait que l'emploi est défini de manière trop restrictive. La modification proposée vise, en d'autres termes, à confirmer que la discrimination à l'embauche, bien que ne rentrant dans les compétences de la région qu'au titre de ses pouvoirs implicites, soit passible des sanctions pénales prévues par l'ordonnance du 4 septembre 2008 ».

7. Sans préjudice des observations formulées ci-après à propos de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale en ce qui concerne la lutte contre les discriminations en matière d'emploi, il faut en tout état de cause relever que le texte de l'article 2 de l'avant-projet ne permet pas que les discriminations à l'embauche soient soumises d'une manière générale au régime de sanctions de l'ordonnance du 4 septembre 2008.

En effet, s'il est vrai que la définition de la notion d'« emploi » est formulée d'une manière quelque peu plus générale, il n'en reste pas moins qu'elle se fonde encore toujours sur une référence aux « compétences Emploi » sur la base de la LSRI ⁷, ce qui ne semble pas aller au-delà des compétences propres de la Région de Bruxelles-Capitale.

Une clarification ou extension du champ d'application de l'ordonnance, telle qu'elle est manifestement envisagée, devrait en tout état de cause ressortir sans équivoque du texte de l'ordonnance.

Toutefois, pareille clarification ou extension n'est pas conforme aux règles répartitrices de compétences, ainsi qu'il ressort de l'examen ci-après.

8.1. Tant la section de législation du Conseil d'État que la Cour constitutionnelle ont confirmé à plusieurs reprises déjà qu'il appartient en principe à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures, dans les matières qui lui ont été attribuées. Il en va notamment ainsi de la mise en œuvre d'une

⁶ Doc. parl., Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-17, n° A-549/1, pp. 5-7.

⁷ Tout au plus la modification pourrait-elle être interprétée comme une extension à d'autres formes d'emploi ou une clarification à l'égard de celles-ci, qui relèvent de la compétence régionale, comme l'emploi par des administrations locales ou l'emploi par les propres services de la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 87 LSRI.

politique de lutte contre la discrimination ; cette lutte constitue un élément essentiel des droits de l'homme⁸. Il en résulte également, à l'inverse, que chaque autorité est uniquement compétente pour mener une politique de lutte contre la discrimination dans les matières relevant de sa compétence.

8.2. Dans le cadre de la politique de lutte contre la discrimination, les tests de discrimination constituent un instrument spécifique susceptible d'être utilisé pour soutenir ou contrôler la politique et la réglementation en matière d'égalité des chances et d'anti-discrimination. Leur instauration incombe en principe à l'autorité compétente pour les matières sur lesquelles portent les tests⁹. À cette fin, il n'est pas nécessaire d'invoquer les compétences implicites au sens de l'article 10 LSRI.

9. La Région de Bruxelles-Capitale est dès lors exclusivement compétente pour adopter des règles en matière de lutte contre la discrimination dans les matières relevant de la politique régionale de l'emploi¹⁰, ainsi que pour fixer le statut du personnel des organismes publics dépendant de la région¹¹ et du personnel du gouvernement régional¹².

Sur le plan de la non-discrimination, le règlement de « la politique de l'emploi » et de « l'embauche et l'emploi » d'une manière générale ou l'application sans aucune restriction aux « employeurs privés » excède la compétence de la Région¹³. Ce faisant, la Région empiéterait plus particulièrement sur la compétence réservée à l'autorité fédérale en matière de droit du travail (article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12^o, LSRI).

10. Le Conseil d'État a toutefois admis¹⁴ que sur la base des compétences implicites, il peut être empiété sur les compétences fédérales lors de la mise en œuvre des tests de discrimination par l'autorité régionale.

⁸ Voit notamment l'avis C.E. 40.689/AG-40.691/AG du 11 juillet 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 'modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie', *Doc. parl.*, Chambre, 2006-07, n° 51-2720/001, pp. 84-86 (observation 8.1) ; l'avis C.E. 48.892/AG du 7 décembre 2010 sur une proposition de loi 'visant à créer un Centre de promotion de la diversité linguistique', *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-435/002, pp. 7-8 (observation 6) ; l'avis C.E. 61.267/AG du 27 juin 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', *Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2648/001, pp. 107-110 (observation 3).

⁹ Voir, d'une manière plus générale, concernant le principe selon lequel les instruments de lutte contre la discrimination s'inscrivent dans la compétence d'intervenir réglementairement en la matière : l'avis C.E. 71.275/3 du 7 juin 2022 sur un avant-projet devenu le décret du 28 octobre 2022 'tot oprichting van een Vlaams Mensenrechteninstituut', obs. 3 et 5 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2021-22, n° 1357/1).

¹⁰ Voir l'article 6, § 1^{er}, IX, 1^o et 2^o, LSRI.

¹¹ Voir l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises', combiné avec l'article 9 LSRI.

¹² Voir l'article 40 de la loi spéciale du 12 janvier 1989, combiné avec l'article 87 LSRI.

¹³ Avis C.E. 41.541/1 du 16 novembre 2006 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 4 septembre 2008 'relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi', observation 2 relative aux compétences (*Doc. Parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2006-07, n° A-402/1).

¹⁴ Avis C.E. 61.257/1 du 21 juin 2017 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 16 novembre 2017 'visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale', obs. 3 (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-17, n° A-549/1).

Ainsi, tout d'abord, la technique spécifique des tests de discrimination peut avoir pour effet d'empiéter sur la compétence de l'autorité fédérale, notamment en ce qui concerne le droit pénal. La section de législation a jugé que le législateur régional bruxellois pouvait instaurer sur la base des compétences implicites, fût-ce dans certaines limites, une cause d'excuse exclusive de peine, nonobstant la compétence fédérale en matière de droit pénal général ¹⁵.

Ensuite, l'article 4/3, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'ordonnance du 30 avril 2009 ¹⁶ permet 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 ». 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^o, LSRI.

Le Conseil d'État admet que soient invoquées à cet égard les compétences implicites visées à l'article 10 LSRI ¹⁷. La section de législation admet notamment que la condition de nécessité est remplie, pour autant du moins que « le test de discrimination soit uniquement réalisé dans le cadre des compétences régionales en matière d'emploi » ¹⁸. Ainsi, le Conseil d'État a déclaré :

« 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' » ¹⁹.

11. Au regard des principes définis aux points 8 à 10 ci-dessus, l'objectif de l'avant-projet, tel qu'il est précisé dans l'exposé des motifs et dans les explications de la déléguée ²⁰, à savoir rendre la législation anti-discrimination bruxelloise et les mécanismes de contrôle y afférents applicables à toutes les procédures d'embauche sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, et ce dans les secteurs tant privé que public, constitue une extension et non une simple clarification du champ d'application.

12. Il ressort des explications précitées de la déléguée que les auteurs souhaitent recourir à cet effet à la « théorie des pouvoirs implicites », sur la base de laquelle « les inspecteurs de l'IRE peuvent donc contrôler, lors de situations d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi, l'ensemble des employeurs publics ou privés, situés en Région de Bruxelles-Capitale ».

¹⁵ Voir l'avis C.E. 61.527/1 du 21 juin 2017 précité, obs. 4.

¹⁶ Inséré par l'ordonnance du 16 novembre 2017.

¹⁷ 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'.

¹⁸ Voir l'avis C.E. 61.527/1 du 21 juin 2017 précité, obs. 3.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Voir les numéros 5 et 6.

L'article 10 LRSI implique qu'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 marginale ²¹.

L'exposé des motifs justifie l'extension de la compétence à toutes les procédures d'embauche sur la base des compétences implicites comme suit :

« La lutte contre les discriminations à l'embauche permet à la Région d'assurer une effectivité et une efficacité de l'exercice de ses compétences dévolues par l'article 6, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Autrement dit, les éventuels empiètements dans les compétences fédérales en matière de droit du travail et de droit judiciaire sont nécessaires pour permettre à la Région d'exercer au mieux sa compétence en matière de lutte contre les discriminations sur le marché de l'emploi bruxellois.

La nécessité de pouvoir contrôler la discrimination à l'embauche et mettre en œuvre des tests de discrimination pour assurer l'effectivité et l'efficacité des compétences régionales relèvent ainsi de l'évidence.

Comme l'ont confirmé les professeurs Uyttendaele et Verdussen devant la commission des Affaires économiques en 2017, la matière se prête en outre à un traitement différencié, et l'impact de l'existence des tests de discrimination en droit bruxellois sur les compétences fédérales peut être jugé marginal.

En ce qui concerne le traitement différencié, l'instauration de ces mécanismes dans la Région de Bruxelles-Capitale ne soulève guère de difficultés, et cela d'autant plus que chaque partenaire de la Belgique fédérale est tenu de lutter contre les discriminations avec les moyens que, souverainement, il estime devoir mettre en œuvre. Pour ce qui concerne l'impact marginal, force est de constater que tant le droit judiciaire, et notamment les règles en matière de preuve, que le droit du travail, ne seraient par hypothèse modifiés que de manière particulièrement limitée par les dispositions en projet. Leurs fondements et principes généraux ne sont en rien affectés par celles-ci.

Les spécificités du marché bruxellois de l'emploi tout comme les résultats du monitoring socio-économique de View.brussels indiquent à suffisance la nécessité pour la Région de Bruxelles-Capitale de prévoir des mécanismes bruxellois de contrôle de la discrimination au sein de l'ensemble des employeurs situés à Bruxelles afin de garantir un exercice efficace de ses compétences et ce malgré l'introduction de mécanismes de contrôles similaires prévus par l'article 42/1 du Code pénal social ».

Invitée à préciser pourquoi l'extension envisagée du champ d'application est nécessaire pour l'exercice des compétences propres de la Région de Bruxelles-Capitale, la déléguée a déclaré ce qui suit :

« Ceci doit être vu de deux manières. D'une part, pour certaines compétences explicites de la Région de Bruxelles-Capitale, telles que l'économie sociale et les titres-services, les employeurs visés sont aisément identifiables. Dans le cadre de ces compétences, l'exercice des pouvoirs implicites en matière de discrimination est justifié et limpide.

Toutefois, pour d'autres compétences explicites de la Région, les employeurs visés recouvrent une réalité bien plus large et ne peuvent être nécessairement rattachés à une catégorie d'employeurs relevant d'une compétence explicite de la Région. Afin de pouvoir

²¹ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir, par exemple, C.C., 12 mars 2015, n° 29/2015, B.11.

exercer efficacement ses compétences en matière de placement de travailleurs, et en particulier le placement de demandeurs d'emploi par Actiris, de contrôle de la disponibilité des demandeurs d'emploi, ou des programmes ou primes de remises à l'emploi, la Région doit pouvoir exercer un contrôle en matière de lutte contre les discriminations dans l'entière du processus d'embauche (publication d'annonces, screening des candidats, sélection des candidats ou entretien d'embauche...) de l'ensemble des entreprises bruxelloises. La notion d'employeur au sens de l'article 4, 12° de l'ordonnance du 4 septembre 2008 vise non seulement les employeurs actifs dans des secteurs touchant aux compétences matérielles de la Région (telles que l'économie sociale, les titres-services, etc.), que ceux actifs dans des secteurs qui ne touchent pas directement à ces compétences.

Sans cela, et en particulier au regard du profil des demandeurs d'emploi Bruxellois, l'exercice de ces compétences bruxelloises est fortement réduit ».

13.1. L'application de la politique anti-discrimination dans les cas où il existe effectivement un lien avec les compétences matérielles propres de la Région de Bruxelles-Capitale – comme, par exemple, le placement de travailleurs par Actiris, le secteur des titres-services, le contrôle de la disponibilité active et passive de chômeurs, etc. – fait déjà l'objet des réglementations actuellement en vigueur.

Comme il a été précisé ci-dessus, cette politique anti-discrimination ne requiert pas en tant que telle le recours aux compétences implicites. Si, pour régler les compétences de contrôle ou les tests de discrimination, il est nécessaire d'empiéter sur la compétence fédérale en matière de droit du travail (embauche) et en matière de droit pénal général (cause d'excuse absolutoire), la Région de Bruxelles-Capitale peut invoquer les compétences implicites « dans le cadre des compétences régionales en matière d'emploi » (voir l'observation 10 ci-dessus).

13.2. En l'absence de ce lien avec les compétences propres, il n'est pas possible de recourir aux compétences implicites. En effet, les compétences implicites ont nécessairement un caractère accessoire par rapport aux compétences attribuées.

Une compétence générale afin de soumettre l'ensemble du processus d'embauche de tous les employeurs bruxellois à la réglementation anti-discrimination et au contrôle régionaux ne peut donc pas se fonder sur l'article 10 LSRI.

Par ailleurs, l'argument selon lequel l'efficacité des tests de discrimination est fortement limitée si le lien avec les compétences propres doit chaque fois être avéré ne peut pas justifier suffisamment la nécessité d'empiéter sur les compétences fédérales. En effet, le législateur fédéral, après l'ordonnance du 16 novembre 2017, a adopté (et étendu) ²² un régime propre en la matière (voir l'observation 14 ci-dessous).

L'argument des caractéristiques spécifiques du marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale n'étaie pas davantage un recours aux compétences implicites lorsqu'il n'existe pas de lien avec les compétences propres. Le principe des compétences implicites implique uniquement qu'il peut être empiété sur la compétence d'une autre autorité pour autant que cela soit

²² Art. 42/1 du Code pénal social, inséré par la loi du 15 janvier 2018 'portant des dispositions diverses en matière d'emploi' et modifié par la loi du 1^{er} avril 2022 'modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination'.

nécessaire à l'exercice de la compétence propre. Si les compétences propres sont jugées trop limitées pour mener la politique souhaitée, il s'agit alors plutôt d'une critique relative à la répartition des compétences élaborées par le législateur spécial.

14. Compte tenu de la législation fédérale anti-discrimination existante, en ce compris un régime en matière de tests de discrimination, la question se pose en outre de savoir dans quelle mesure la matière se prête à un régime différencié et dans quelle mesure l'incidence de l'élargissement de compétence visé sur cette législation fédérale n'est que marginale.

La loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie', insérée par la loi du 10 mai 2007, la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination', et la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes'²³ s'appliquent aux « relations de travail »²⁴. Celles-ci visent chaque fois, entre autres, les : « 1^o conditions pour l'accès à l'emploi, y compris entre autres, mais pas exclusivement : - les offres d'emploi ou les annonces d'emploi et de possibilités de promotion, et ceci indépendamment de la façon dont celles-ci sont publiées ou diffusées ; - la fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisés dans le processus de recrutement ; - la fixation et l'application des critères de recrutement utilisés lors du recrutement ou de la nomination ; - la fixation et l'application des critères utilisés lors de la promotion ; - l'affiliation en tant qu'associé à des sociétés ou associations de professions indépendantes ».

En vertu de l'article 42/1 du Code pénal social, les inspecteurs sociaux disposent, aux conditions déterminées par l'article, du pouvoir spécifique de « se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise ».

Par ailleurs, l'extension visée du champ d'application n'est pas limitée à l'exécution de tests de discrimination, bien que l'exposé des motifs de l'avant-projet mette l'accent sur ce point. La compétence des inspecteurs régionaux de l'emploi découle en effet de l'applicabilité de l'ordonnance du 4 septembre 2008²⁵. L'extension des cas dans lesquels des tests de discrimination sont possibles à toutes les procédures d'embauche, indépendamment du lien avec les compétences propres de la Région de Bruxelles-Capitale, suppose par conséquent que l'ensemble du cadre législatif en matière d'égalité de traitement et d'anti-discrimination, contenu dans l'ordonnance du 4 septembre 2008, devient applicable à ces situations (par ex. en ce qui concerne les motifs de discrimination interdits, les critères habituels de justification, les mécanismes d'application de droit civil et pénal, etc.). Néanmoins, ce sont en principe les lois fédérales précitées qui s'appliquent en principe aux procédures d'embauche.

²³ Les lois du 10 mai 2007 forment notamment la transposition de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 'relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique' et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 'portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail'.

²⁴ Voir, respectivement, l'article 5, § 1^{er}, 5, l'article 5, § 1^{er}, 5^o et l'article 6, § 1^{er}, 5^o.

²⁵ Voir en particulier l'article 16, alinéa 2, de l'ordonnance.

L'objectif poursuivi par l'avant-projet consiste ainsi à élaborer une réglementation régionale globale qui coexiste avec la réglementation fédérale en matière de lutte contre la discrimination au niveau des relations de travail, en ce compris l'embauche, qui présente un caractère général et s'applique également au territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

En ce qui concerne la coexistence d'une telle réglementation fédérale et d'une réglementation de la Région de Bruxelles-Capitale dans les cas qui ne s'inscrivent pas dans le cadre des compétences matérielles propres de la Région de Bruxelles-Capitale, il n'est pas permis de considérer qu'il s'agit d'une matière qui se prête à un régime différencié ni que l'incidence de l'exercice de compétence en cause sur cette matière fédérale n'est que marginale.

15. Interrogé à propos de la coexistence de ces réglementations, le délégué déclare encore ce qui suit :

« Lors de l'entrée en vigueur de la réglementation fédérale, il avait été clarifié entre l'IRE et l'inspection fédérale que l'IRE limiterait son action aux situations d'embauche situées sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. L'Autorité fédérale pouvant ainsi se concentrer, à Bruxelles, sur les discriminations qui peuvent survenir dans les relations de travail et qui ne surviennent pas lors d'un processus d'embauche ».

Il y a lieu de souligner que l'autorité fédérale ne peut pas renoncer unilatéralement ou avec l'assentiment d'une autre autorité à (une partie de) ses compétences propres. Si l'autorité fédérale et la Région de Bruxelles-Capitale estiment que, compte tenu de l'enchevêtrement des compétences concernées, il faut les exercer conjointement, l'instrument approprié à cet effet est un accord de coopération au sens de l'article 92*bis* LSRI.

Des procédures de coopération et de transfert de données, fixées dans un accord de coopération, peuvent en effet assurer les contrôles, par l'autorité fédérale, de la législation anti-discrimination fédérale sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale ²⁶. Afin de garantir une application correcte de la réglementation fédérale et régionale anti-discrimination et d'améliorer l'efficacité de l'inspection, un accord de coopération paraît indiqué, à l'instar de l'accord de coopération du 19 mars 2021 entre la Région wallonne, la Région flamande, la Région de Bruxelles-Capitale et la Communauté germanophone 'portant sur la coordination du contrôle et de la surveillance des législations régionales relatives à l'emploi'. Cet accord de coopération prévoit l'échange d'informations, leur utilisation et un soutien mutuel ²⁷.

16. L'extension visée du champ d'application des ordonnances régionales relatives à la lutte contre la discrimination en matière d'emploi excède dès lors la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale.

²⁶ La Convention n° 81 'concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce', adoptée à Genève le 11 juillet 1947 par l'organisation internationale du travail à sa trentième session, oblige les parties à la convention à prévoir des mécanismes de coopération entre les services d'inspection (voir les articles 4 et 5).

²⁷ Voir en particulier les articles 3, 5, alinéas 1^{er} et 2, et 7, alinéa 1^{er}, de l'accord de coopération.

OBSERVATIONS PAR ARTICLEArticle 4

17. L'article 4/3, § 1/1, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 confie certaines missions au ministre qui a l'Emploi dans ses attributions.

Il serait davantage conforme au principe selon lequel le pouvoir exécutif appartient au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale que l'ordonnance désigne ce dernier ²⁸. Le cas échéant, il revient alors au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, à titre d'exception au principe de la délibération collégiale, d'accorder une délégation à l'un de ses membres ²⁹.

18. L'alinéa 2 de l'article 4/3, §§ 7 et 8, en projet, dispose qu'un « tiers visé à l'alinéa précédent est tenu au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal ».

Si ces dispositions partent du principe que l'article 458 du Code pénal s'applique en tout état de cause aux personnes concernées ³⁰, il convient d'observer qu'elles sont, à strictement parler, superflues. En outre, c'est en principe au législateur fédéral qu'il appartient de régler cette soumission au secret professionnel et de déterminer les exceptions à l'obligation de garder le secret ³¹. Par conséquent, les dispositions concernées devront être supprimées ou reformulées (par ex. « conformément à l'article 458 du Code pénal... »).

19. L'article 4/3, § 4, 1°, actuellement en vigueur, de l'ordonnance du 30 avril 2009 prévoit qu'un test de discrimination doit répondre, entre autres, à la condition qu'il ne peut avoir un caractère provoquant au sens de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Le a) de cette disposition précise ce point comme suit :

« il doit se borner à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminante en reproduisant, sans excès, un processus d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi ».

²⁸ Article 20 LSRI qui, en vertu de l'article 8 de la loi spéciale du 12 janvier 1989, est applicable à la Région de Bruxelles-Capitale, moyennant les adaptations nécessaires.

²⁹ Article 69 LSRI qui, en vertu de l'article 36, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989, est applicable à la Région de Bruxelles-Capitale.

³⁰ L'article 458 du Code pénal s'applique notamment à « toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie ».

³¹ Le législateur fédéral accepte, dans l'article 458 du Code pénal, que le décret ou l'ordonnance oblige ou autorise le dépositaire de secrets à faire connaître ces secrets.

L'article 4/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 (article 4, 5^o, du projet) s'énonce comme suit :

« il ne peut avoir un caractère provoquant au sens de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et doit se borner à créer l'occasion de mettre [au] jour une pratique discriminante en reproduisant, sans excès, un processus d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi ou toute autre situation de travail dans laquelle une telle pratique est susceptible de se produire ».

Cette disposition, et en particulier la référence à « toute autre situation de travail », doit elle aussi être interprétée compte tenu des observations formulées ci-dessus à propos de la répartition des compétences.

Article 5

20. La date d'entrée en vigueur n'est pas complétée à l'article 5 de l'avant-projet. Le délégué a déclaré que l'intention est de faire entrer en vigueur l'ordonnance le 1^{er} janvier 2023. Cette date doit encore être mentionnée.

Observation finale

21. L'avant-projet doit être soumis à un examen approfondi sur le plan de la correction de la langue et de la rédaction. À titre d'exemples, on relèvera les manquements suivants :

- contrairement à ce que prévoit la phrase liminaire de l'article 3 de l'avant-projet, cette disposition n'a pas uniquement pour objet d'insérer un paragraphe 4 dans l'article 22 de l'ordonnance du 4 septembre 2008, mais de compléter cet article par les paragraphes 4 à 7 ;
- le texte néerlandais de l'article 22, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 (article 3 de l'avant-projet) fait référence à « hij of zij », tandis que cette distinction n'est pas nécessaire ni d'usage, et n'est pas non plus utilisée dans les ordonnances des 4 septembre 2008 et 30 avril 2009 à modifier ³² ;
- le texte français de l'article 4/3, § 1/1, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 (article 4, 1^o, de l'avant-projet) vise « des compétences emploi au sens de l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles », alors que la définition concrète de la compétence dans cette loi spéciale est « la politique de l'emploi » is. Dans le texte néerlandais de cette disposition en projet, les compétences concernées sont définies comme des « arbeidsvaardigheden », ce qui n'est aucunement le terme correct ;

³² Voir par ex. l'article 26 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 ainsi que l'article 2, § 1^{er}, alinéa 6, et l'article 4/3, § 2, alinéa 1^{er}, 2, de l'ordonnance du 30 avril 2009.

- le texte néerlandais de l'article 4/3, § 4, alinéa 2, en projet, de l'ordonnance du 30 avril 2009 fait état de « nadrukkelijke (...) toestemming », tandis que l'on vise sans doute « uitdrukkelijke » toestemming (« l'accord exprès » dans le texte français).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME