



AVIS A. 907

Relatif à l'avant-projet de décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, abrogeant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle

Adopté par le Bureau du CESRW le 4 février 2008

SOMMAIRE

| | | |
|-----------|--|----------|
| 1. | RÉTROACTES | 3 |
| 2. | EXPOSÉ DU DOSSIER | 4 |
| 2.1. | Une refonte de la structure de l'avant-projet de décret, une harmonisation des concepts et l'abrogation du décret initial | 4 |
| 2.2. | Un champ d'application précisé et complété | 5 |
| 2.3. | Une modification de la liste des critères de discrimination | 5 |
| 2.4. | Des dispositions amendées et/ou ajoutées | 6 |
| 3. | AVIS | 6 |
| 3.1. | Remarques liminaires | 6 |
| 3.2. | Remarques générales | 6 |
| 3.3. | Remarques particulières | 7 |
| 3.3.1. | Les critères de discrimination | 7 |
| 3.3.2. | Actions positives | 7 |
| 3.3.3. | La justification des distinctions directes | 8 |
| 3.3.4. | Le harcèlement et le harcèlement sexuel | 8 |
| 3.3.5. | Conciliation | 9 |

1. RETROACTES

Le 26 avril 2007, le Gouvernement wallon adoptait en première lecture un avant-projet de décret modifiant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle. Pour rappel, cet avant-projet de décret visait à :

- transposer une nouvelle directive européenne, à savoir la directive 2006/54/CE 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;
- répondre à la mise en demeure de la Commission des Communautés européennes qui avait signifié à la Région wallonne que la transposition, dans le décret de mai 2004, de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, était entachée de plusieurs défauts.

Le 9 juillet 2007, le CESRW remettait son avis A.881¹ au Gouvernement wallon à propos de cet avant-projet de décret. Les remarques du Conseil étaient de deux ordres. D'une part, il insistait sur la nécessité d'une analyse juridique approfondie afin de s'assurer de la conformité de transposition des normes et de la concordance de textes relevant de compétences différentes. D'autre part, le Conseil insistait sur la nécessaire cohérence des dispositions wallonnes avec les nouvelles lois fédérales du 10 mai 2007 relatives à la lutte contre les discriminations².

Le 19 juillet 2007, le Gouvernement wallon adoptait ce projet de texte en seconde lecture. La seule modification apportée à l'avant-projet de décret concernait la référence à deux nouvelles directives européennes (directive 2002/73/CE et directive 2004/113/CE) qui, pour le Gouvernement wallon, n'impliquaient ni ajout ni modification au texte. Ainsi, le texte présenté en seconde lecture concourrait dorénavant à la transposition de 5 directives européennes³. Il était ensuite soumis pour avis au Conseil d'Etat.

¹ Avis A.881 relatif à l'avant-projet de décret modifiant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle.

² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

Loi du 10 mai 2007 adoptant le code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

³ Pour rappel, le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle concourrait à la transposition, au niveau wallon, de deux directives, à savoir :

- la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;
- la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

L'avant-projet de décret modifiant le décret du 27 mai 2004 tel qu'adopté en première lecture par le GW le 26/04/07 visait en outre la transposition de :

- la directive 2006/54/CE 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;
- la référence à deux directives supplémentaires a été ajoutée à l'avant-projet de décret pour son passage en seconde lecture au GW le 19/07/07, à savoir :
 - la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, telle que modifiée par la Directive 2002/73/CE;
 - la directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

Le 1er octobre 2007, le Conseil d'Etat remettait son avis, formulant plusieurs remarques au Gouvernement wallon.

Le 20 décembre 2007, l'avant-projet de décret était adopté en troisième lecture par le Gouvernement wallon. Suite notamment à l'avis du Conseil d'Etat, cette version du texte était totalement revue dans sa structure et dans sa dénomination, ce projet s'intitulant dorénavant : «Avant-projet de décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, abrogeant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle».

Compte tenu de ces importantes modifications formelles, le Ministre MARCOURT sollicitait à nouveau l'avis du CESRW le 20 décembre 2007.

Pour rappel, à ce jour, le CESRW s'est prononcé à trois reprises sur le dossier «Egalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle», à savoir :

- sur le décret du 27 mai 2004 à travers son avis A.732 du 22 mars 2004;
- sur l'avant-projet d'exécution du décret via son avis A.852 du 19 février 2007;
- sur l'avant-projet de décret modifiant le décret du 27 mai 2004 via son avis A.881 du 9 juillet 2007.

2. EXPOSE DU DOSSIER

Les **principales modifications** apportées à ce nouvel avant-projet de décret par rapport aux versions précédentes ainsi qu'au décret du 27 mai 2004 portent sur les points suivants :

2.1. Une refonte de la structure de l'avant-projet de décret, une harmonisation des concepts et l'abrogation du décret initial

Suite notamment à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 1^{er} octobre 2007, portant le numéro 43.574/2 et dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec les directives européennes et les dispositions fédérales du 10 mai 2007, la structure du projet de texte a été totalement modifiée en vue de se conformer autant que possible au même schéma. Par ailleurs, afin d'éviter les discordances avec les textes à transposer, la terminologie a été harmonisée, certaines définitions ayant été directement reprises des Directives européennes. La refonte de la structure du décret a amené le Gouvernement, dans un souci de lisibilité, à proposer l'abrogation du décret du 27 mai 2004 au profit de ce nouveau décret, dont le nouvel intitulé se veut également davantage en adéquation avec la législation nationale et les directives européennes.

2.2. Un champ d'application précisé et complété

Le Gouvernement wallon a veillé à améliorer l'articulation du décret avec les lois fédérales, et à préciser davantage son champ d'application dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Etat, les Communautés et les Régions.

Par ailleurs, la portée du décret a été étendue à un nouveau champ de compétence en matière de politique économique. Ainsi, le projet de décret vise également dorénavant «l'octroi d'aides et de primes à l'emploi, ainsi que d'incitants financiers aux entreprises, dans le cadre de la politique économique, en ce compris l'économie sociale»⁴.

2.3. Une modification de la liste des critères de discrimination:

La liste des critères de discrimination a été modifiée par rapport à celle visée par le décret du 27 mai 2004. Dans l'avant-projet de décret soumis au Conseil, ces critères sont répartis en deux catégories :

- il s'agit, d'une part, des critères figurant dans la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, à savoir «l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale». Ils constituent les «critères protégés»;
- il s'agit, d'autre part, du critère «sexe». Pour l'application de ce décret, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité et une distinction directe fondée sur le changement de sexe sont assimilées à une distinction directe fondée sur le sexe.

Par rapport au décret du 27 mai 2004, certains critères ont été ajoutés, d'autres ont été retirés. Ainsi, le critère «origine nationale ou ethnique» présent dans le décret de 2004 ne figure plus dans le projet de liste actuelle. Par ailleurs, les critères de «naissance», «fortune», «conviction politique» et «langue» qui figurent dans l'avant-projet actuel n'étaient pas présents dans le décret de 2004.

Il convient également de noter que l'avant-projet de décret présente dorénavant le critère «sexe» de manière distincte des autres.

⁴ Le décret du 27 mai 2004 s'appliquait à toute personne, tant dans le secteur public que privé en ce compris aux organismes publics, en ce qui concerne :

- l'orientation professionnelle;
- l'insertion professionnelle;
- le placement de travailleurs;
- l'octroi d'aides à la promotion de l'emploi;
- la formation professionnelle, y compris la validation des compétences.

2.4. Des dispositions amendées et/ou ajoutées:

Diverses autres dispositions ont été adaptées et/ou ajoutées en fonction de remarques émises par la Commission des Communautés européennes et par le Conseil d'Etat mais aussi en vue d'assurer une plus grande cohérence avec la législation nationale. Ainsi, à titre d'exemple, on peut noter que de nouvelles dispositions traitent de la «protection contre les rétorsions», matière qui, bien que présente dans les directives, n'avait jusqu'à présent pas fait l'objet d'une transposition au niveau wallon; ou encore que les «dispositions pénales», les mesures relatives à la «charge de la preuve» ainsi que la définition des «instances compétentes pour ester en justice» ont été revues en fonction du modèle de la législation fédérale.

Par ailleurs, **un certain nombre de dispositions ont été reprises du décret de 2004**. Ainsi, notamment les mesures relatives à la **conciliation** ainsi que celles relatives **au suivi et à l'évaluation du décret** sont identiques à celles qui étaient prévues dans le décret initial.

3. AVIS

3.1. Remarques liminaires

Le CESRW souhaite préciser d'emblée que le présent avis porte exclusivement sur l'avant-projet de décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, abrogeant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle.

L'avis ne porte ni sur la note d'orientation en matière de lutte contre les discriminations et de gestion de la diversité des ressources humaines ni sur les initiatives qui ont été développées dans le cadre de cette note d'orientation et qui feront l'objet d'un futur projet de décret à propos duquel le Conseil souhaite être consulté.

La CSC et la FGTB tiennent à rappeler qu'elles n'adhèrent pas au concept de la diversité sous-jacent à la note d'orientation.

3.2. Remarques générales

Pour rappel dans son avis A.881, le Conseil insistait sur la nécessité d'une analyse juridique approfondie de la matière et sur une indispensable articulation de la législation wallonne avec les nouvelles lois fédérales.

Après avoir examiné la version de l'avant-projet adoptée en troisième lecture par le Gouvernement wallon, le Conseil constate que le texte a été amélioré de manière fondamentale dans la mesure où une attention particulière a été apportée à la transposition des normes et à la concordance de textes relevant de compétences différentes. Le Conseil relève, cependant, que ces transpositions ne sont encore que partielles sur certains points (cf. infra).

Par ailleurs, il porte une appréciation positive concernant la structure du texte, l'articulation de cette structure avec les nouvelles lois fédérales de mai 2007, ainsi que concernant son champ d'application complété.

De plus, il acte avec satisfaction que le projet de décret sera soumis, de nouveau, pour avis au Conseil d'Etat.

Le Conseil estime que, sur base des recommandations du Conseil d'Etat et au risque de voir encore les avis de cette instance reformuler les mêmes remarques, il serait opportun d'explicitier dans l'exposé des motifs du projet de décret les justifications du Gouvernement wallon de sa position à ne pas dissocier dans deux décrets distincts les compétences régionales et les compétences communautaires transférées à la Région wallonne de langue française.

3.3. Remarques particulières

Le Conseil souhaite émettre un certain nombre de remarques sur les dispositions suivantes :

3.3.1. Les critères de discrimination

L'article 3 définit le cadre général de lutte contre les discriminations. Le Conseil s'étonne de ne pas voir figurer la « race, prétendue race ou l'origine ethnique » parmi les critères énoncés dans la mesure où le projet de décret a pour objet de transposer également la directive 2000/43⁵. Il demande que ce critère soit ajouté. Cette remarque concerne également l'article 4, 5^o critères protégés et toutes autres dispositions allant dans ce sens.

3.3.2. Actions positives (article 4, 12^o - article 10 et article 14)

Pour ce qui concerne la définition des actions positives, le Conseil n'a pas de remarques à formuler à ce propos ce qui ne signifie pas pour autant qu'il marque son accord sur l'ensemble des mesures données à titre exemplatif par le Gouvernement wallon dans le commentaire des articles.

Concernant l'article 13 qui traite de la question des aménagements raisonnables visant à garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, le Conseil relève que cet aspect figure également dans le chapitre VIII qui traite des actions positives. Estimant que les dispositions relatives aux aménagements raisonnables ne peuvent être assimilées à des actions positives, le Conseil demande que ces deux types de mesure soient clairement distingués, le chapitre VIII devant être revu dans ce sens.

Par ailleurs, le Conseil considère que le verbe «compenser» utilisé à l'article 4, 12^o pour définir les actions positives est trop restrictif par rapport aux différents publics visés par l'avant-projet de décret. Pour lui, le phénomène de «compensation» concerne essentiellement les personnes handicapées pour lesquelles certaines mesures doivent avoir un caractère permanent. Il préfère dès lors utiliser le terme «corriger» pour des mesures temporaires. Il estime qu'il serait opportun de compléter l'article 4, 12^o et l'article 14 par le verbe «corriger»;

⁵ Directive 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

les actions positives étant alors définies comme des mesures destinées «à prévenir, à compenser ou à corriger» les désavantages liés à l'un des critères protégés ou au sexe.

Cependant et ce pour maintenir une cohérence avec les dispositions fédérales et européennes, il serait préférable de reprendre les libellés énoncés dans ces textes.

3.3.3. La justification des distinctions directes (article 8)

L'article 8 § 1^{er} de l'avant-projet de décret prévoit la possibilité d'instaurer une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap ou sur le sexe, moyennant une justification reposant sur des «exigences professionnelles essentielles et déterminantes». Le § 2 de cet article précise ce qui sous-tend ces «exigences essentielles et déterminantes» et le § 3 spécifie qu'il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, si telle caractéristique donnée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Globalement, le Conseil estime qu'il convient d'être particulièrement vigilant dans la rédaction de cet article, dans la mesure où celui-ci permet, dans certains cas, de justifier des «distinctions» dans le traitement des personnes.

Le Conseil suggère ainsi d'utiliser le libellé figurant dans la dernière directive en date dont l'avant-projet de décret concourt à la transposition, à savoir la directive 2006/54/CE 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 (refonte). Cette directive utilise en effet les termes «exigences professionnelles véritables et déterminantes» et non plus «exigences professionnelles essentielles et déterminantes». Pour le Conseil, même si le projet de décret tend à assurer la bonne transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, il est préférable d'utiliser la formulation prônée dans la directive la plus récente, à savoir la directive 2006/54/CE. Ceci pour éviter de prendre le risque d'une transposition incomplète de cette dernière directive.

3.3.4. Le harcèlement et le harcèlement sexuel

L'article 6 qui est relatif aux cas de harcèlement ou de harcèlement sexuel, dispose que le décret ouvre la possibilité aux personnes visées à l'article 2, § 1^{er}, 1^o de la loi du 4 août 1996⁶ de recourir aux dispositions du décret.

Le Conseil, se référant à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat (avis 43.574/2 du 1^{er} octobre 2007), doute de la légalité de cette disposition et met en avant un conflit éventuel entre les compétences fédérales et les compétences régionales. Ainsi, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail couvre un champ d'application très vaste et ne laisse pas de possibilité pour le législateur wallon de légiférer.

Suites aux recommandations du Conseil d'Etat, il est préférable de donner une justification à cette disposition dans l'exposé des motifs.

Il résulte de l'audition de la représentante du Cabinet du Ministre Marcourt que le terme « seulement » doit être remplacé par « également » afin d'éviter un conflit de compétences.

⁶ Loi du 4 août 1996 relative au bien être du travailleur lors de l'exécution de son travail.

Le Conseil souhaite que cette version soit d'application, ce qui permettra aux personnes visées de recourir tant aux dispositions de la loi fédérale qu'au décret.

3.3.5. Conciliation

L'article 16, § 1^{er}, alinéa 4 dispose notamment que le service de conciliation peut refuser de traiter une plainte lorsque les faits se sont produits plus d'un an avant l'introduction de la plainte.

La CSC et la FGTB demandent que ce délai soit plus long. En effet, dans la mesure où l'introduction de la plainte intervient souvent après la fin d'un contrat de travail et qu'elle concerne des faits qui se sont déroulés parfois bien avant, ce délai d'un an ne paraît pas réaliste.

L'UWE et l'EWCM n'adhèrent pas à cette position. Au risque d'avoir des complications en matière de preuve (charges, administration, etc.), le délai d'un an doit être maintenu.

Enfin le Conseil souhaite que l'article 16, §1^{er}, 3^{ième} alinéa, soit complété de la manière suivante « ... dans lequel l'identité des requérants ainsi que des personnes physique et/ou morale incriminées ne peut apparaître.. ».