



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 73.052/4
du 24 avril 2023

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘modifiant le
décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines
formes de discrimination’

Le 3 février 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Emploi, de la Formation, de la Santé, de l'Action sociale et de l'Économie sociale, de l'Égalité des chances et des Droits des femmes de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 24 avril 2023. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 avril 2023.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dès lors que l'avant-projet se donne pour objet de transposer la directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 'concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil', il aurait dû être accompagné de deux tableaux de correspondance.

Le dossier transmis à la section de législation ne contient toutefois qu'un tableau de correspondance par ailleurs incomplet. Or, comme il a déjà été rappelé à maintes reprises,

« [p]our contrôler qu'une directive est transposée correctement et complètement, il y a lieu d'établir un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'acte de transposition et vice-versa. Il y a également lieu de mentionner dans ce tableau :

a) les articles de la directive qui ont éventuellement déjà été transposés, en correspondance avec les actes de droit interne et les articles qui ont procédé à cette transposition ;

b) les articles de la directive qui doivent encore être transposés soit par un autre instrument de l'autorité, soit par une autre autorité.

Pour assurer l'effectivité de ce contrôle, il importe que ces tableaux – exacts en tous points – soient joints à la demande d'avis adressée à la section de législation »¹.

Par ailleurs, il convient que ces tableaux renseignent non seulement les dispositions de l'avant-projet qui entendent assurer la transposition de la directive (UE) 2019/1158, mais mentionnent également l'ensemble des autres dispositions de

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

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 191 à 194. Sur l'utilité de ces tableaux, voir le rapport annuel 2008-2009, www.conseildetat.be, onglet « L'institution », pp. 47 et sv.

droit wallon, en vigueur ou en projet, qui ont pour objet d'assurer cette transposition, information indispensable pour garantir que la directive a bien été complètement transposée par la Région wallonne dans le cadre des compétences qui sont les siennes ².

Le tableau de transposition figurant dans le dossier communiqué à la section de législation ne satisfait pas à ces exigences. La déléguée de la Ministre a établi un nouveau tableau de transposition, qui reste toutefois lacunaire. Un tableau correct et complet sera établi et joint au projet de décret lors de son dépôt au Parlement.

2.1. Invitée à préciser quelles sont les dispositions de la directive (UE) 2019/1158 qui sont transposées par l'avant-projet examiné, la déléguée de la Ministre a répondu :

« S'agissant de l'adaptation du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, l'avant-projet de décret vise seulement à transposer l'article 11 de la Directive. 'Les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire tout traitement moins favorable des travailleurs au motif qu'ils ont demandé ou ont pris un congé prévu aux articles 4, 5 et 6 ou se sont absentés du travail conformément à l'article 7 ou au motif qu'ils ont exercé les droits prévus à l'article 9'.

L'actuel article 6/1 du décret du 6 novembre 2008 tel qu'inséré par le décret du 2 mai 2019 (art 9), protège déjà la personne qui revient d'un congé parental ou d'un congé de maternité, paternité, coparentalité, d'adoption, contre tout changement moins favorable dans ses conditions d'emploi. Dans l'esprit de la Directive Work life balance 2019/1158, l'avant-projet de décret étend cette protection aux personnes bénéficiant de formule souple de travail ou d'une absence pour force majeur.

L'avant-projet vise également l'implémentation des certaines recommandations de l'Institut pour l'Égalité des femmes et des hommes (IEFH) dans son avis 022/A/14 ».

2.2. La question se pose toutefois de savoir si d'autres dispositions de la directive (UE) 2019/1158 ne doivent pas faire l'objet d'une transposition dans le droit de la Région wallonne, à savoir :

– l'article 2 de cette même directive, qui définit son champ d'application ; cette disposition n'est en effet pas mentionnée dans le tableau de transposition.

Selon la déléguée de la Ministre, le champ d'application du décret du 6 novembre 2008 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' est prévu en son article 5 qui semble « suffisant en l'état ».

² Des observations similaires étaient déjà formulées dans les avis n^{os} 64.005/2/V donné le 30 août 2018 et 65.505/2 donné le 25 mars 2019 sur des avant-projets devenus le décret du 2 mai 2019 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et le Code judiciaire', *Doc. parl.*, Parl. w., 2018-2019, n^o 1362/1, pp. 14 à 20 et 32-33.

Cet article 5 du décret du 6 novembre 2008 énonce :

« § 1^{er}. Dans le respect des compétences exercées par la Région, le présent décret s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics en ce qui concerne :

1° la protection sociale, y compris les soins de santé ;

2° les avantages sociaux ;

3° l'accès et la fourniture des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre, y compris en matière de logement ;

4° l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public ;

5° l'octroi d'aides à la promotion de l'emploi ;

6° 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 de l'économie sociale ;

7° le placement des travailleurs ;

8° les programmes de remise au travail des demandeurs d'emploi inoccupés ;

9° la mise au travail des personnes qui bénéficient du droit à l'intégration sociale ou du droit à l'aide sociale financière; 10° l'occupation des travailleurs étrangers ;

11° l'application des normes relatives au permis de travail délivré en fonction de la situation particulière de séjour des personnes concernées ;

12° le contrôle de la disponibilité active et passive des chômeurs et d'imposition des sanctions y relatives ;

13° la politique axée sur des groupes-cibles ;

14° la promotion des services et emplois de proximité ;

15° l'octroi de subventions visant à la promotion des possibilités de travail des travailleurs âgés, la qualité des conditions de travail des travailleurs âgés et l'organisation du travail des travailleurs âgés ;

16° le système dans lequel les travailleurs ont le droit de s'absenter du travail, avec maintien du salaire, pour suivre des formations agréées ;

17° les agences locales pour l'emploi ;

18° le reclassement professionnel ;

19° la formation professionnelle, y compris la validation des compétences.

§ 2 Le présent décret s'applique aux relations statutaires et contractuelles de travail qui se nouent au sein :

1° des services du Gouvernement wallon ;

2° des personnes morales de droit public qui dépendent de la Région ;

3° des provinces, des communes, des agglomérations et des fédérations de communes, des associations de provinces, des associations de communes, des régions provinciales autonomes et des régions communales autonomes ;

4° des Centres publics d'Action sociale et des associations créées par les Centres publics d'Action sociale ».

Si, s'agissant du personnel de la fonction publique, l'article 5, § 2, du décret du 6 novembre 2008 paraît effectivement couvrir le champ d'application défini par l'article 2 de la directive (UE) 2019/1158, il n'est pas certain que l'article 5, § 1^{er}, de ce même décret couvre complètement ce champ d'application s'agissant des autres personnes, dès lors que l'article 2 de la directive précise s'appliquer « à tous les travailleurs, hommes et femmes, qui ont un contrat de travail ou une relation de travail au sens de la législation, des conventions collectives ou de la pratique en vigueur dans chaque État membre, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice ».

Une transposition correcte et complète de la directive impose de s'assurer que le champ d'application du décret du 6 novembre 2008 cadre avec celui de la directive et, si tel n'est pas le cas, de compléter l'avant-projet à l'examen en conséquence.

– L'article 3 de la directive (UE) 2019/1158 qui contient une série de définitions, n'est pas davantage mentionné dans le tableau de transposition. Selon la déléguée de la Ministre,

« en ce qui concerne les définitions (article 2 Directive), les notions de 'congé de paternité, le congé parental et le congé d'aidant' se retrouvent sous le critère plus englobant de 'congé thématique' tel que défini à l'article 5 en projet (art. 4 18 °) ; les notions de 'formules souples de travail' et d' 'absence pour force majeure' sont elles aussi définies à l'article 5 en projet (article 4 19 ° et 20°) ».

Toutefois, la directive utilise la notion de « congé d'aidant » et définit cette notion ainsi que celle d'« aidant » respectivement en son article 3, paragraphe 1, c) et d), et, au vu de ces précisions, il n'apparaît pas clairement si la notion de « congés pour aidant proche » à laquelle recourt l'avant-projet sous un « critère plus englobant de 'congé thématique' », y correspond exactement dès lors que l'article 4, 18°, en projet ne comporte aucune définition de ce qu'il y a lieu de comprendre par « congé pour aidant proche ».

La disposition sera réexaminée.

3. Invitée à indiquer où sont transposés les articles 9, paragraphes 1³ et 3⁴, et 10, paragraphe 3⁵, de la directive (UE) 2019/1158, la déléguée de la Ministre a répondu que, le contenu de ces dispositions concernant une autre législation wallonne à savoir celle régissant la fonction publique, il n'y a pas lieu de transposer, dans l'avant-projet à l'examen, les articles 9 et 10 de la directive puisque ce dernier a pour objet de lutter contre certaines formes de discrimination.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier si les législations ou réglementations existantes assurent correctement la transposition de ces dispositions de la directive et de compléter les tableaux de transposition sur ce point. À cet égard, la question se pose de savoir si tous les membres du personnel des organismes d'intérêt public auquel est applicable le décret du 22 janvier 1998 'relatif au statut du personnel de certains organismes d'intérêt public relevant de la Région wallonne', sont effectivement couverts par la réglementation relative à la fonction publique au regard des exigences de la directive (UE) 2019/1958, en tant que, par exemple, l'article 2bis de ce décret précise que les organismes d'intérêt public qui y sont visés disposent d'un statut spécifique.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 1^{er}

En ce qui concerne l'article 1^{er}, il est renvoyé à l'observation générale II de l'avis n° 45.703/2 donné le 15 janvier 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 19 mars 2009 'modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 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'⁶.

³ Cette disposition énonce :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleurs dont les enfants ont jusqu'à un âge défini, qui ne peut être inférieur à huit ans, ainsi que les aidants, aient le droit de demander des formules souples de travail dans le but de s'occuper de membres de leur famille. La durée de ces formules souples de travail peut faire l'objet d'une limitation raisonnable ».

⁴ Cette disposition prévoit :

« Lorsque les formules souples de travail visées au paragraphe 1 sont d'une durée limitée, le travailleur a le droit de revenir au régime de travail de départ à la fin de la période convenue. Le travailleur a aussi le droit de demander à revenir au régime de travail de départ avant la fin de la période convenue, dès lors qu'un changement de circonstances le justifie. L'employeur examine une demande visant à revenir plus tôt au régime de travail de départ et y répond, en tenant compte à la fois de ses propres besoins et de ceux du travailleur ».

⁵ Cette disposition précise :

« Les États membres définissent le statut du contrat de travail ou de la relation de travail pour la période de congé prévue aux articles 4, 5 et 6 ou de l'absence du travail prévue à l'article 7, y compris en ce qui concerne les droits aux prestations de sécurité sociale, parmi lesquels les contributions au régime des pensions, tout en faisant en sorte que la relation de travail soit maintenue pendant cette période ».

⁶ *Doc. parl.*, Parl. w., 2008-2009, n° 923/1, pp. 15 à 20.

Article 3

En tout état de cause et compte tenu, en particulier, des observations qui précèdent, il convient d'insérer le mot « partiellement » entre les mots « transpose » et « la directive ».

Articles 4 et 5

Les articles 4 et 5 de l'avant-projet introduisent, dans le décret du 6 novembre 2008, une série de nouveaux critères protégés. Dès lors que ce décret comprend des incriminations pénales qui se réfèrent elles-mêmes à ces critères, il s'impose qu'une définition en soit fournie de manière suffisamment claire, ne fut-ce que dans le commentaire des articles concernés. Il en va ainsi s'agissant, notamment, de la notion de « transition médicale ou sociale ». Par ailleurs, et dès lors que le régime juridique associé aux discriminations fondées sur chacun des critères envisagés n'est pas uniforme, il importe que le périmètre des situations auxquelles renvoient ces critères soit tracé de manière claire, aux fins d'éviter les recouvrements et les intersections qui génèreraient des incertitudes quant au régime juridique applicable. Dans cette perspective, la section de législation se demande par exemple ce que recouvrent les notions « d'état civil » ou de « composition de ménage » qui ne soit pas déjà couvert, à tout le moins pour partie, par les notions de « maternité », « paternité », « coparentalité » ou encore « adoption ».

Article 12

Interrogée sur le point de savoir s'il n'y a pas lieu d'adapter l'article 8/1 du décret du 6 novembre 2008 afin de prendre en compte les modifications apportées à son article 3, la déléguée de la Ministre a répondu que « cet article a été adapté à l'article 12 de l'avant-projet ».

Toutefois, l'article 12 de l'avant-projet modifie l'article 8 de ce décret et non son article 8/1, qui doit également être adapté.

L'avant-projet sera complété en conséquence.

Article 13

1. À l'article 19, § 2, 3°, en projet, il convient de préciser la formule d'indexation.
2. La question se pose de savoir quel type de « disposition expresse contraire », l'article 19, § 2, 4°, en projet envisage. Le commentaire de l'article réfère « aux remarques soulevées dans le rapport de la Commission d'évaluation des lois anti-discrimination publié le 23/8/2022 », mais ce renvoi n'est pas suffisamment éclairant. En son article 4, 2°, non modifié par l'avant-projet à l'examen, le décret du 6 novembre 2008 définit en effet la notion de « dispositions » comme « les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions

individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale ». L'article 19, § 2, 4°, en projet impliquerait donc que l'un de ces actes juridiques pourrait écarter l'application du cumul prévu par la norme décrétable en projet. La section de législation se demande si cette solution correspond bien à l'intention de l'auteur et comment dans ce cas elle est censée s'articuler avec le caractère d'ordre public affirmé du dispositif du décret, tel qu'il ressort de son article 17, lui aussi non modifié par l'avant-projet. En effet, selon cette disposition, « [s]ont nulles, les dispositions visées à l'article 4, 2°, qui sont contraires au présent décret ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent par avance aux droits garantis par le présent décret ».

L'article 19, § 2, 4°, en projet sera réexaminé à la lumière de cette observation.

Article 14

1. Tel que libellé, l'article 20, § 2/1, en projet réserverait la possibilité de délivrer des injonctions positives aux seuls cas de « défaillance structurelle ». La section de législation se demande cependant si cette condition n'est pas indument restrictive, dès lors que l'injonction positive peut aussi se révéler comme le remède approprié en présence d'une défaillance ponctuelle. En tout état de cause, il s'imposerait, si la condition de « défaillance structurelle » est maintenue, qu'une définition en soit fournie pour éviter toute insécurité juridique.

2. Invitée à justifier le 2° (article 20, § 3, en projet), la déléguée de la Ministre a indiqué que « cet article a été adapté sur recommandation de [l'Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes (IEFH)] dans son avis 2022/A/14, point IV »⁷.

Effectivement, l'IEFH suggère l'abrogation de l'article 20, § 3, alinéa 2, du décret « pour harmoniser les dispositions relatives à l'octroi par le juge de dommages et intérêts en indiquant que dès lors qu'un juge constate l'existence de faits discriminatoires, il a l'obligation d'accorder des dommages et intérêts lorsque ceux-ci sont demandés par la partie demanderesse, que ce soit dans le cadre d'une procédure au fond ou d'une action en cessation ».

⁷ La déléguée de la Ministre a précisé que l'intitulé de l'avis de l'IEFH prête à confusion dans la mesure où il laisse penser qu'une proposition de modification du décret du 6 novembre 2008 lui a été soumise. Selon la déléguée de la Ministre, « aucun texte n'a été transmis à l'IEFH avant la remise de leur avis. Le SPW a formulé à l'IEFH son intention de modifier le décret wallon anti-discrimination en vue de recevoir ses recommandations à cet égard ».

Il sera veillé à ce que cet avis soit publié dans les documents parlementaires ou qu'à tout le moins les passages éclairants de ce rapport quant à la portée de la disposition figurent dans son commentaire.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET