



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 75.524/4
du 3 avril 2024

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne
‘modifiant diverses dispositions relatives à la politique
de l’emploi en vue d’y instaurer les tests de situation’

Le 2 février 2024, 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 trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant diverses dispositions relatives à la politique de l'emploi en vue d'y instaurer les tests de situation'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 3 avril 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Luc CAMBIER et Dimitri YERNAULT, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 avril 2024.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

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

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le présent avant-projet règle une matière régionale à l'exception de son chapitre 3.

Le chapitre 3 de l'avant-projet vise à modifier le décret du 6 novembre 2008 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination', lequel règle, en partie, en application de l'article 138 de la Constitution, une matière visée aux articles 127, § 1^{er}, et 128, § 1^{er}, de celle-ci.

Il convient dès lors d'extraire les articles 9 à 21 de l'avant-projet et de les intégrer dans un avant-projet de décret distinct¹.

2. Selon l'article 9 de l'avant-projet, le chapitre 3 de l'avant-projet transpose partiellement 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'.

L'article 11 de la directive prévoit en effet que 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 de paternité, un congé parental ou un congé d'aidant ou se sont absentés du travail pour raisons de force majeure ou au motif qu'ils ont exercé le droit de demander des formules souples de travail dans le but de s'occuper de membres de leur famille.

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

¹ Voir notamment l'avis 50.297/2 donné le 10 octobre 2011 sur un avant-projet devenu le décret du 12 janvier 2012 'relatif à l'accompagnement individualisé des demandeurs d'emploi et au dispositif de coopération pour l'insertion', *Doc. parl.*, Parl. w., 2011-2012, n° 505/1, p. 12-16, l'avis 68.287/4 donné le 9 décembre 2020 sur un avant-projet devenu le décret du 12 novembre 2021 'relatif à l'accompagnement orienté coaching et solutions des chercheurs d'emploi', *Doc. parl.*, Parl. wl., 2020-2021, n° 544/1, pp. 49-50 et l'avis 75.397/2 donné le 19 mars 2024 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 15 décembre 2011 portant organisation du budget, de la comptabilité et du rapportage des unités d'administration publique wallonnes ».

Cependant, dès lors que, selon l'article 9 de l'avant-projet, le chapitre 3 de l'avant-projet se donne également pour objet de transposer partiellement la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 'relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)', il aurait dû être accompagné de deux tableaux de correspondance.

Le dossier transmis à la section de législation ne contient pas de tableau de correspondance.

Or, comme il a déjà été rappelé à maintes reprises,

« [p]our contrôler qu'une directive est transposée correctement et complètement, établissez un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de la directive et (subdivisions des) articles de l'acte de transposition que vous rédigez. Mentionnez également dans ce tableau :

a) les (subdivisions des) 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 (subdivisions des) articles de la directive qui doivent encore être transposés soit par un autre instrument de l'autorité, soit par une autre autorité » ².

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 1^{er}

1. Selon l'article 8, § 2/1, alinéa 1^{er}, en projet, l'agence locale pour l'emploi doit notamment respecter la loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie', la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' et la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination'.

Or, il revient au législateur fédéral de fixer le champ d'application de ces différentes législations. Comme le relève d'ailleurs le commentaire de l'article, les agences locales pour l'emploi sont déjà soumises à celles-ci.

Par conséquent, il y a lieu de reformuler l'article 8, § 2/1, alinéa 1^{er}, en projet. Ainsi, il convient de remplacer dans la première phrase les mots « L'agence locale pour l'emploi respecte » par les mots « Le Gouvernement peut, selon les modalités qu'il détermine, retirer la reconnaissance de l'agence locale pour l'emploi qui enfreint » et d'omettre la seconde phrase.

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 191 à 194.

2. L'article 8, § 2/1, alinéa 2, en projet définit la notion de « demande discriminatoire ». Contrairement aux articles 5 et 22 de l'avant-projet (articles 3^{ter}, alinéa 1^{er}, et 1^{er}, 16°, en projet), cet alinéa ne prévoit pas qu'une demande discriminatoire est définie comme une demande qui, si elle est acceptée, créerait une discrimination au sens de la loi du 30 juillet 1981 ou de l'une des deux lois du 10 mai 2007.

Selon le commentaire des articles 1^{er} et 5,

« [l]a demande discriminatoire est définie en référence à la notion de discrimination directe ou indirecte prévue par le décret anti-discrimination. Il convient donc de tenir compte des critères protégés, des justifications prévues par ce décret ainsi que de la nécessité d'éviter les discriminations indirectes ».

Cependant, le commentaire de l'article 22 précise :

« Il convient de tenir compte aussi des critères protégés, des justifications prévues par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ainsi que de la nécessité d'éviter les discriminations indirectes ».

Il résulte de ce qui précède qu'il convient d'harmoniser le contenu de ces différentes dispositions.

En outre, il n'y a pas lieu de renvoyer uniquement aux définitions figurant à l'article 4 du décret du 6 novembre 2008 mais au décret dans son entièreté.

L'article 8, § 2/1, alinéa 2, en projet sera dès lors complété et les mots « de l'article 4 » seront omis.

Article 10

Comme le précise l'exposé des motifs, afin d'éviter de multiplier les critères protégés, il est proposé de regrouper les trois critères protégés (le congé thématique, la formule souple de travail et l'absence pour force majeure) sous le vocable englobant de « responsabilités familiales », à l'instar de la législation fédérale.

La notion de « responsabilités familiales » est introduite par l'avant-projet à l'article 3, 3°, du décret du 6 novembre 2008. Le législateur fédéral a, pour sa part, fait le choix de protéger les « responsabilités familiales » dans le cadre de sa législation anti-discrimination tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et d'en faire un critère protégé équivalent au sexe ³.

³ Voir l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', remplacé par la loi du 15 novembre 2022.

Un tel choix n'est pas sans incidence puisque les discriminations fondées sur le sexe et les autres critères protégés qui y sont rattachés font l'objet de mesures de protection spécifiques. C'est notamment le cas aux articles 7 et 8/1 du décret du 6 novembre 2008.

La question se pose dès lors de savoir si le critère des « responsabilités familiales » ne devrait pas être repris au sein de l'article 3, 2°, du décret du 6 novembre 2008.

En effet, comme le rappelle le considérant n° 6 de la directive (UE) 2019/1158,

« Les politiques relatives à l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée devraient contribuer à la réalisation de l'égalité des sexes en encourageant la participation des femmes au marché du travail, le partage des responsabilités familiales à parts égales entre les hommes et les femmes et la réduction des écarts de revenus et de salaire entre les hommes et les femmes ».

Il y a dès lors lieu d'adapter l'article 10 en vérifiant que l'ensemble des dispositions du décret du 6 novembre 2008 et des dispositions en projet reste cohérent au vu de cette adaptation.

Article 13

Selon le 3° (article 8, § 4, en projet), par dérogation à l'article 7 du décret du 6 novembre 2008 et à l'article 8, § 1^{er}, en projet du même décret ⁴, « une distinction directe dans les domaines visés à l'article 5, § 1^{er}, 5° à 19°, fondée sur les responsabilités familiales ne peut pas être justifiée ».

Le commentaire de l'article précise qu'aucune justification ne peut être apportée pour une différence de traitement fondée sur les responsabilités familiales, étant donné que la directive (UE) 2019/1158 ne prévoit aucun régime de justification.

L'article 11 de la directive (UE) 2019/1158 contient certes, sous un intitulé « Discrimination », une disposition qui oblige les États membres à prendre des mesures nécessaires « pour interdire tout traitement moins favorable ».

Contrairement à cette dernière directive, la directive 2006/54/CE, laquelle contient des dispositions destinées à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle, les conditions de travail, y compris les rémunérations et les régimes professionnels de sécurité sociale, a pour objet de fixer des règles visant à garantir 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 (article 1^{er} de la directive).

⁴ L'article 8, § 1^{er}, du décret du 6 novembre 2008, remplacé par l'article 13, 1°, de l'avant-projet, prévoit : « [p]ar dérogation à l'article 7 et dans les domaines visés à l'article 5, § 1^{er}, 5° à 19°, et § 2, une distinction directe fondée sur l'un des critères protégés visés aux articles 3 et 4, 5°, peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles véritables et déterminantes ».

Cependant, la directive (UE) 2019/1158, laquelle prévoit des droits individuels relatifs au congés de paternité, au congé parental et au congé d'aidant et aux formules souples de travail pour les travailleurs qui sont parents ou les aidants, se limite à fixer « des exigences minimales conçues pour parvenir à l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne les opportunités sur le marché du travail et le traitement au travail, en facilitant la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale pour les travailleurs qui sont parents ou les aidants » (article 1^{er} de la directive).

Il faut en déduire que l'article 11 de la directive (UE) 2019/1158 ne constitue qu'un rappel de l'obligation générale de non-discrimination. Il en résulte que, tout comme pour les autres critères protégés, la possibilité de faire usage de la faculté prévue par les directives européennes « anti-discrimination » relatives aux « exigences professionnelles véritables et déterminantes » ne semble pas exclue pour ce qui concerne le critère des « responsabilités familiales »⁵.

Le 3° sera réexaminé et, le cas échéant, revu à la lumière de cette observation.

Article 22

À l'article 1^{er}, 16°, en projet, il convient d'omettre les mots « de l'article 4 »⁶.

⁵ L'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE prévoit :

« Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

L'article 4 de la directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne 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' prévoit également :

« Sans préjudice de l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

⁶ Voir l'observation n° 2 sous l'article 1^{er} de l'avant-projet.

Article 23

Compte tenu de l'observation n° 1 formulée sous l'article 1^{er} de l'avant-projet, il convient d'omettre les mots « , à la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, à la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination »⁷.

Article 30

À l'article 10/1, § 7, alinéa 1^{er}, en projet, il convient de remplacer les mots « mentionnés à l'article 4, 7° et 8° » par les mots « mentionnés à l'article 4, 7° et 9° ».

Article 52

L'article 85/1, § 2, en projet prévoit :

« À l'issue du délai prévu dans la décision, l'exécution de la mesure alternative est contrôlée [...] et le fonctionnaire sanctionnateur informe le contrevenant :

1° soit qu'il valide la bonne exécution de la mesure alternative et qu'aucune amende administrative n'est due ;

2° soit qu'il en invalide la bonne exécution et l'enjoint à acquitter l'amende administrative prévue dans la décision visée à l'article 63 ».

Dans le commentaire de l'article, il est précisé que la possibilité d'infliger une amende administrative, lorsque le constat est dressé que la prestation citoyenne n'a pas été exécutée partiellement ou totalement, ne fait pas obstacle à l'éventuelle décision du fonctionnaire sanctionnateur de proroger le délai initial pour un maximum de soixante jours à compter de l'échéance fixée initialement, pour autant que le contrevenant apporte une motivation raisonnable justifiant le dépassement du délai.

Ces précisions ne figurent cependant pas dans le texte en projet.

Par conséquent, la sécurité juridique commande de compléter l'article 85/1, § 2, en projet sur ce point.

Article 53

Il convient de remplacer les mots « l'article 41 » par les mots « l'article 50 ».

⁷ Voir également l'article 3 de l'avant-projet.

Article 54

1. Dans la phrase liminaire, il convient de remplacer les mots « l'article 44 » par les mots « l'article 53 ».
2. À l'article 85/2, § 2, alinéa 3, en projet, il convient de remplacer les mots « à l'article 85/2, § 1^{er}, alinéa 2 » par les mots « au paragraphe 1^{er}, alinéa 2 ».

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Bernard BLERO