

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.797/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement wallon, le 19 mars 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret "relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle", a donné le 25 mars 2004 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"(l'urgence est motivée) ... par la nécessité de répondre aux deux mises en demeure et à l'avis motivé adressés par la Commission européenne à la Belgique relativement à la non-transposition des directives 2000/43 et 2000/78 et donc par la nécessité de transposer sans délais ces deux directives européennes ".

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limiterait son examen au fondement légal 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 ci-après.

Observations générales

1. Le présent avant-projet de décret vise notamment à transposer, au niveau de la Région wallonne, les directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 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.

.../...

L'exposé des motifs précise ce qui suit :

"(L'avant-projet) se veut le garant de la mise en oeuvre, au niveau wallon, du principe d'égalité de traitement des citoyens, en matière d'emploi et de formation professionnelle, y compris au niveau de la fonction publique wallonne, ce quels que soient leur sexe, leur âge, leur condition physique ou leur état de santé, leur orientation sexuelle, leur origine nationale ou ethnique, leur situation socio-économique ou familiale, leur état civil ou encore leurs convictions religieuses ou philosophiques."

Il y a dès lors lieu de vérifier si toutes les dispositions de l'avant-projet de décret entrent dans la compétence du législateur régional.

2. Le Conseil d'État a donné le 11 février 2004 un avis sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone "relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail" (avis 36.415/2) dans lequel il a relevé ce qui suit :

"3. Dans son avis 28.197/1, donné le 16 février 1999, sur un avant-projet devenu la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, la section de législation du Conseil d'État a estimé que :

«Le projet soumis pour avis vise entre autres la transposition de directives de la Communauté européenne mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans un nombre de matières sociales. Ces directives constituent elles-mêmes la concrétisation du droit fondamental à l'égalité.

Les droits fondamentaux définis par des normes juridiques supérieures ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. Lorsque la mise en oeuvre d'un droit fondamental de l'espèce requiert une réglementation complémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient d'édicter les règles nécessaires ⁽¹⁾.

Il s'ensuit que, dans la mesure où la garantie d'un droit fondamental concerne des matières relevant de la compétence des communautés et des

⁽¹⁾ Voir l'avis 25.131/VR/8, donné les 18 novembre 1996 et 13 mai 1997, sur une proposition de décret "houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichtgeving door de omroepen" (Doc. parl., Parl. fl., S.E. 1995, n° 82-2).

régions ⁽²⁾, la loi ordinaire, même si elle confirme ainsi le caractère fondamental d'un droit déterminé et prétend veiller au respect de ce droit, ne peut pas édicter des règles qui imposeraient des conditions aux communautés et aux régions pour l'exercice de compétences qui leur sont conférées en vertu de la Constitution ou de lois spéciales de réformes institutionnelles ou au regard desquelles les normes édictées par les entités fédérées pourraient être vérifiées. Le fait que ces conditions résultent directement de normes juridiques supérieures ou ne sont qu'une simple concrétisation de celles-ci, n'infirme en rien cette constatation. En effet, les autorités communautaires ou régionales compétentes sont directement liées par ces normes juridiques supérieures, de sorte que la limitation de leur marge d'action résulte de ces normes juridiques supérieures mêmes. Il n'appartient pas au législateur fédéral de même rappeler aux communautés et aux régions qu'elles sont liées à ces normes juridiques supérieures.» ⁽³⁾

Dans l'avis 30.462/2, donné le 16 novembre 2000 ⁽⁴⁾, le Conseil d'État a ajouté une précision importante :

«Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions, une telle interdiction peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial ou du droit du travail. ⁽⁵⁾»

4. Les articles 8 à 10 de l'avant-projet concernent notamment l'égalité de traitement dans les domaines de l'emploi (accès à l'emploi, promotion professionnelle, conditions de travail et conditions, critères ou motifs de licenciement). Or, la Communauté germanophone n'est compétente, en ce qui concerne la politique de l'emploi, que pour le placement des travailleurs, les programmes de remise au travail des demandeurs d'emploi inoccupés et l'application des normes concernant l'occupation des travailleurs étrangers

⁽²⁾ Ou des autorités qui peuvent être assimilées aux communautés et aux régions, à savoir la Commission communautaire commune ou la Commission communautaire française lorsqu'elle exerce des compétences de la Communauté française.

⁽³⁾ Doc. parl., Chambre, 1998-1999, n^{os} 2057/1 et 2058/1, pp. 34-36.

⁽⁴⁾ Avis 30.462/2, donné le 16 novembre 2000, sur une proposition de loi devenue la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Doc. parl., Sénat, 1999-2000, n° 2-12/5).

⁽⁵⁾ Dans l'avis 23.478/2/V, donné le 10 août 1994, sur un avant-projet devenu le décret du 6 avril 1995 relatif à l'intégration des personnes handicapées, la section de législation du Conseil d'État a estimé, à propos de l'obligation d'engager des personnes handicapées dans les entreprises privées que :
"Cet engagement ne pourrait que prendre la forme d'un contrat de travail. Or, la Région n'est certainement pas compétente dans cette matière, ni au titre de la politique de l'emploi ni à celui de la politique des handicapés. Elle pourrait difficilement revendiquer cette compétence sur la base de ses pouvoirs implicites car la charge constituée par les engagements pour les employeurs ne saurait être considérée comme marginale par rapport à sa compétence principale."

(article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles) ⁽⁶⁾.

Par ailleurs, l'autorité fédérale est restée seule compétente pour le droit du travail, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée. Ainsi, la Communauté germanophone n'est pas compétente, et ceci même dans la matière de l'enseignement (article 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, de la Constitution) ou dans celle de la fonction publique communautaire (article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, combiné avec l'article 54, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983), pour déroger à certaines dispositions qui figurent, par exemple, dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ⁽⁷⁾, la loi du 16 mars 1971 sur le travail ⁽⁸⁾ et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ⁽⁹⁾, qui

-
- ⁽⁶⁾ Depuis le 1^{er} janvier 2000, la Communauté germanophone exerce, sur le territoire de la région de langue allemande, toutes les compétences de la Région wallonne dans la matière de l'emploi, visé à l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, en vertu des décrets du 6 et 10 mai 1999 relatifs à l'exercice, par la Communauté germanophone, des compétences de la Région wallonne en matière d'emploi et de fouilles, pris en application de l'article 139 de la Constitution.
- ⁽⁷⁾ Voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage 6/93 du 27 février 1993, considérant B.2.4. ; voir également J. Velaers, qui considère, en suivant un raisonnement a contrario, que la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme ne s'applique pas à l'enseignement parce qu'elle ne contient pas de dispositions pénales (J. Velaers *De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen*, in "Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet", Maklu, Anvers, 2003, pp. 301 à 303).
- ⁽⁸⁾ Voir notamment R. Verstegen, "De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake rechtspositie, medezeggenschap en inspraak van het personeel in het onderwijs", R.W. 1994-1995, p. 1150.
- ⁽⁹⁾ Voir notamment l'avis 24.143/1, donné le 16 mars 1995, sur un avant-projet devenu la loi du 4 août 1996, précitée, dans lequel le Conseil d'État a précisé : "Il résulte de la portée, déjà évoquée, du projet de loi examiné que la réglementation qu'il contient est, dans une large mesure, parallèle à celle consacrée par la loi précitée du 10 juin 1952 (concernant la santé et la sécurité des travailleurs) et doit, du reste, se substituer à cette dernière. Ainsi que le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà relevé par le passé, la loi du 10 juin 1952 et ses arrêtés d'exécution sont des matières relevant du droit du travail qui sont, dès lors, de la compétence de l'autorité fédérale. Pour ce qui regarde le projet examiné, un raisonnement similaire peut être suivi, précisément en raison du parallélisme qui existe entre la loi du 10 juin 1952 et la réglementation en projet." (Doc. parl., Chambre, 1995, n° 71/1) ; voir également l'avis 36.067/2, donné le 26 novembre 2003, sur un projet d'arrêté 2002/838 du Collège de la Commission communautaire française "relatif à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail pour le personnel des services du Collège de la Commission communautaire française" et l'avis 36.262/2, donné le 7 janvier 2004, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 juillet 2000 organisant la protection des membres du personnel des services du Gouvernement de la Communauté française et de certains organismes d'intérêt public contre le harcèlement sexuel ou moral sur les lieux du travail."

s'appliquent indistinctement à tous les travailleurs. A fortiori, la Communauté germanophone ne peut pas déroger à ces règles dans les autres domaines du secteur public ni du secteur privé, pour lesquels elle n'est pas compétente.

Il faut également constater que le législateur fédéral a, par la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, interdit de manière générale

«Toute discrimination directe ou indirecte (...), lorsqu'elle porte sur :

- (...)
- les conditions d'accès au travail salarié, non salarié ou indépendant, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public;
- la nomination ou la promotion d'un fonctionnaire ou l'affectation d'un fonctionnaire à un service" (article 2, § 4, 2^e et 3^e tirets, de la loi).»

Il a également prévu des dispositions spécifiques garantissant une protection contre le licenciement (article 21 de cette loi).

L'article 2, § 5, de cette loi prévoit par ailleurs :

«Dans le domaine des relations de travail telles qu'elles sont définies au § 4, 2^e et 3^e tirets, une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable 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.»

D'autres lois interdisaient déjà certaines discriminations lors de l'accès au travail, comme par exemple celle du 13 février 1998 portant certaines dispositions en faveur de l'emploi qui prévoit l'interdiction de fixer une limite d'âge maximale lors du recrutement et de la sélection (articles 2 à 11). Ces lois continuent d'ailleurs à s'appliquer, en vertu de la règle *lex specialis generalis derogat* ⁽¹⁰⁾.

En prévoyant certaines interdictions de discrimination au niveau de l'accès au travail, de la promotion, des conditions de travail et des conditions de licenciement, l'auteur de l'avant-projet s'arroge une compétence réservée au législateur fédéral au titre de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée.

⁽¹⁰⁾ Voir l'avis 36.243/4, donné le 5 janvier 2004, sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif au statut administratif des membres des personnels des établissements organisés par la Communauté française qui exercent leurs fonctions dans l'enseignement de promotion sociale".

En conséquence, les articles 8 ⁽¹¹⁾ à 10 de l'avant-projet de décret doivent être omis. Il en est de même des articles 18 (exigences professionnelles) et 23 (protection contre le licenciement). Les articles 2, 3, 4, 17 et 19 doivent être adaptés sur ce point.

5. Par contre, la Communauté germanophone est seule compétente pour transposer les trois directives précitées dans les matières suivantes : le placement des travailleurs (article 6, § 1^{er}, IX, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, matière régionale transférée en vertu des décrets du 6 et 10 mai 1999, précités), la formation postsecondaire et parascolaire, la reconversion et le recyclage professionnels et la formation professionnelle (article 4, 12° et 16°, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, combiné avec l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983, précitée), ainsi que la formation, la reconversion et le recyclage professionnels des handicapés (article 5, § 1^{er}, II, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, combiné avec l'article 4 de la loi du 31 décembre 1983, précitée).

En outre, la Communauté germanophone qui est également compétente pour l'enseignement (article 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, de la Constitution) doit transposer la directive 2000/43/CE précitée d'une manière complète dans le domaine de l'"éducation". Tel n'est pas le cas en l'espèce car le texte en projet ne garantit l'égalité de traitement que "dans les domaines de l'emploi, de l'orientation professionnelle, de l'information sur les professions, de la formation et du perfectionnement professionnels, du stage professionnel, de la reconversion, de l'accompagnement professionnel et du placement".

L'avant-projet de décret doit dès lors être complété sur ce point (accès aux études, ...)."

3. À la lumière de ces observations, l'avant-projet doit être revu pour se limiter aux matières dans lesquelles la Région wallonne est seule compétente pour transposer les deux directives précitées et ceci sans qu'il soit porté atteinte à la compétence de principe du législateur fédéral en matière de droit du travail.

En conséquence, les articles 6 et 18 doivent être omis et les articles 4, alinéa 2, 2°, 5 et 10 doivent être fondamentalement revus.

4. L'auteur de l'avant-projet entend régler, dans un même décret, la matière de l'emploi, compétence attribuée aux Régions par l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, et celle de la reconversion et du recyclage

⁽¹¹⁾ En tout cas en ce qui concerne l'accès à l'emploi.

professionnels, compétence attribuée aux Communautés par les articles 4, 16°, et 5, § 1^{er}, II, 4°, de la même loi spéciale, mais transférée, en vertu de l'article 138 de la Constitution, en ce qui concerne la région de langue française, à la Région wallonne par les décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993.

A de multiples reprises, le Conseil d'État a exposé les raisons pour lesquelles il n'était pas possible de pratiquer de la sorte sans méconnaître la Constitution et la loi spéciale précitée. Pour se conformer aux règles rappelées dans ces avis, le Conseil régional wallon doit adopter deux décrets : le premier réglant la matière de l'emploi, le second celle de la reconversion et du recyclage professionnels ⁽¹²⁾.

5. Conformément à l'article 16, alinéa 2, de la directive 2000/43/CE, précitée, et à l'article 18, alinéa 3, de la directive 2000/78/CE, précitée, l'avant-projet doit être complété par une disposition précisant qu'il transpose lesdites directives.

⁽¹²⁾ Les articles 15 et 20 de l'avant-projet révèlent d'ailleurs une incohérence dans le texte dans la mesure où ces articles ne visent que le décret du 5 février 1998 relatif à la surveillance et au contrôle des législations relatives à la politique de l'emploi mais pas le décret du 5 février 1998 relatif à la surveillance et au contrôle des législations relatives à la reconversion et au recyclage professionnels.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. R. WIMMER, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS