

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.574/2
DU 1^{er} OCTOBRE 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Économie, de l'Emploi, du Commerce extérieur et du Patrimoine de la Région wallonne, le 5 septembre 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur 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", a donné l'avis suivant :

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

La portée de l'avant-projet de décret

1. L'avant-projet de décret tend à modifier le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle.

2. Selon l'article 2 en projet du décret précité du 2 mai 2004, remplacé par l'article 2 de l'avant-projet, celui-ci a pour objet de modifier le décret du 27 mai 2004 pour y préciser qu'il "concourt à la transposition" non seulement, comme dans le décret précité du 27 mai 2004, de la directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne 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 de la directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, mais aussi des trois directives suivantes :

- la directive du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail, telle qu'elle a été modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002

.../...

modifiant la directive du Conseil relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail ⁽¹⁾;

- la directive 2004/113/CE du Conseil de l'Union européenne du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services;
- la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre 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).

Le dossier communiqué à la section de législation du Conseil d'État fait apparaître également que l'avant-projet fait suite à une lettre adressée le 21 mars 2007 au Royaume de Belgique par la Commission européenne, faisant état, en ce qui concerne notamment la législation applicable à la Région wallonne, d'un certain nombre de défauts quant à la transposition de la directive 2000/78/CE précitée ⁽²⁾.

3. L'article 3 de l'avant-projet remplace l'article 3 du décret précité du 27 mai 2004 pour y énoncer, comme dans le texte actuel, que le décret "vise à assurer le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle en interdisant toute discrimination au sens du présent décret" mais aussi que l'interdiction porte en outre sur "tout harcèlement [et] tout harcèlement sexuel".

⁽¹⁾ La rédaction de l'article 2 en projet du décret précité du 27 mai 2004 doit être modifiée sur ce point, pour faire apparaître qu'il "concourt à la transposition de [...] la directive du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 modifiant la directive du Conseil relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail [...]".

⁽²⁾ Une note du 4 avril 2007 contient une réponse de la Région wallonne à cette lettre.

4. L'article 5 de l'avant-projet remplace l'article 4 du décret précité du 27 mai 2004, qui contient les définitions des notions d'"égalité de traitement", de "discrimination", de "discrimination directe", de "discrimination indirecte" de "harcèlement" et de "harcèlement sexuel", applicables au décret modifié.

5. L'article 6 remplace l'article 5 du décret précité du 27 mai 2004 pour énoncer les conditions dans lesquelles une différence de traitement fondée sur une caractéristique particulière ne constitue pas une discrimination.

6. L'article 7 remplace l'article 6 du décret précité du 27 mai 2004 pour garantir l'égalité de traitement à l'égard des handicapés par l'adoption d'aménagements raisonnables.

7. L'article 8 de l'avant-projet remplace l'article 10 du décret précité du 27 mai 2004 pour habiliter le Gouvernement à maintenir ou adopter des mesures d'action positive.

8. L'article 9 remplace l'article 11, § 3, du décret précité du 27 mai 2004 pour inviter le Conseil économique et social de la Région wallonne à "s'appuy[er] sur les travaux du Conseil wallon pour l'égalité entre hommes et les femmes, pour ce qui relève de l'égalité hommes-femmes" dans l'exercice de la compétence d'avis qui lui était octroyée par la disposition remplacée en matière d'"égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle".

9. L'avant-projet ne contient aucune disposition relative à son entrée en vigueur, ce qui aurait pour effet de le faire entrer en vigueur le dixième jour suivant sa publication au Moniteur belge ⁽³⁾, alors que le décret précité du 27 mai 2004, que l'avant-projet tend à modifier, n'entrera en vigueur qu'à la date fixée par le Gouvernement wallon ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Article 56 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

⁽⁴⁾ Article 21 du décret précité du 27 mai 2004.

Observation préalable

10. Dans son avis 36.797/2, donné le 25 mars 2004, sur l'avant-projet devenu le décret précité du 27 mai 2004, la section de législation du Conseil d'État a rappelé qu'il n'était en principe pas admissible de régler dans un même décret une matière attribuée à la Région wallonne par la loi spéciale précitée du 8 août 1980 et une matière communautaire transférée, en vertu de l'article 138 de la Constitution, à la Région wallonne, en ce qui concerne la région de langue française, par les décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993 ⁽⁵⁾.

Ainsi qu'il résulte de l'article 1^{er} du décret précité du 27 mai 2004, où il est énoncé que ce décret "règle en partie, en application de l'article 138 de la Constitution, une matière visée à l'article 127, § 1^{er}, de celle-ci", cette observation n'a pas été suivie.

L'avant-projet à l'examen se présentant comme modificatif, il est compréhensible, sur le seul plan légistique, qu'il adopte la même méthode ⁽⁶⁾, même si les objections de principe demeurent.

C'est au bénéfice de cette observation qu'il est procédé à l'examen de l'avant-projet.

Observations générales

A. Quant à la compétence de la Région wallonne

11. Ainsi que l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État l'a rappelé dans son avis donné le 11 juillet 2006 sur trois avant-projets de loi tendant notamment à transposer des directives européennes relatives à la

⁽⁵⁾ Observation n/ 4 de l'avis 36.797/2 précité (Doc., Parl. wall., 2003-2004, n/ 708/1).

⁽⁶⁾ Voir l'article 1^{er} de l'avant-projet.

non-discrimination ⁽⁷⁾, il appartient 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, ce qui inclut la mise en oeuvre des directives européennes relatives à la non-discrimination ⁽⁸⁾.

Le même avis précise ce qui suit :

"12. Pour délimiter les pouvoirs respectifs de l'État fédéral, des communautés et des régions en matière de politique de lutte contre la discrimination, il faut tenir compte de l'ensemble des règles répartitrices de compétences, et notamment des compétences dont dispose le législateur fédéral en matière de droit du travail, de droit civil et de droit pénal.

[...]

13. L'article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12/, de la loi spéciale du 8 août 1980 confirme que le droit du travail relève de la compétence du législateur fédéral. En ce qui concerne plus particulièrement les matières du statut des agents régionaux et communautaires et de l'enseignement [...], les limites des compétences des communautés ou des régions doivent dès lors être tracées au regard de cette compétence ⁽⁹⁾. À ce sujet, il faut observer que certaines règles relevant du droit du travail s'appliquent également aux catégories de personnel précitées, telles notamment celles relatives à la protection de la rémunération, au bien-être au

⁽⁷⁾ Il s'agit de l'avis, portant les numéros de rôle 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG (ci-après : avis 40.689 à 40.691/AG), donné le 11 juillet 2006, sur les trois avant-projets de loi suivants :

- l'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, 2006-2007, n/ 51-2720/1);
- l'avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n/ 51-2721/1);
- l'avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n/ 51-2722/1).

⁽⁸⁾ Avis 40.689 à 40.691/AG, observation 8.1. En ce sens également, l'avis 36.797/2 précité du 25 mars 2004 sur l'avant-projet devenu le décret précité du 27 mai 2004 modifié par l'avant-projet à l'examen, observations 1 à 3.

⁽⁹⁾ *Note 39 dans l'avis cité* : Lorsqu'une réglementation a des liens avec plusieurs compétences, il faut rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la situation juridique réglée (voir en ce qui concerne l'enseignement d'une part, et le droit du travail et la sécurité sociale, d'autre part, Cour d'arbitrage, n/ 184/2002, 11 décembre 2002).

travail ou à la protection de la maternité. Il s'impose aussi de rappeler que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui relève de la compétence fédérale, s'applique à certains membres du personnel du secteur public. Dans ces domaines, il appartient à l'autorité fédérale de mettre en oeuvre le principe de non-discrimination, également à l'égard de ces catégories".

La Région wallonne est donc compétente pour transposer les directives précitées dans les limites des matières qui lui ont été attribuées et sans empiéter notamment sur le droit du travail réservé au législateur fédéral.

12.1. Les compétences de la Région wallonne en matière d'emploi sont circonscrites aux matières suivantes par l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 :

- "1/) le placement des travailleurs;
- 2/) les programmes de remise au travail des demandeurs d'emploi inoccupés, à l'exclusion des programmes de remise au travail dans les administrations et services de l'autorité fédérale ou placés sous sa tutelle et à l'exclusion des conventions visées dans la section 5 du chapitre II de l'arrêté royal n° 25 du 24 mars 1982 créant un programme de promotion de l'emploi dans le secteur non marchand.
- [...]
- 3/) l'application des normes concernant l'occupation des travailleurs étrangers".

Il peut aussi se concevoir que des régimes d'aide à la promotion de l'emploi, fondées sur la compétence régionale en matière de "politique économique" ⁽¹⁰⁾, soient mises en oeuvre par la Région wallonne.

12.2. En ce qui concerne la formation, il s'agit en principe d'une compétence communautaire.

⁽¹⁰⁾ Article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 1^{er}, 1/, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

En vertu de l'article 4, 16/, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, les communautés sont en effet compétentes dans la matière de

"la reconversion et le recyclage professionnels, à l'exception des règles relatives à l'intervention dans les dépenses inhérentes à la sélection, la formation professionnelle et la réinstallation du personnel recruté par un employeur en vue de la création d'une entreprise, de l'extension ou de la reconversion de son entreprise".

En vertu de l'article 5, § 1^{er}, II, 4/, de la même loi spéciale, les communautés sont en outre compétentes en matière de :

"[...] politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnels des handicapés",

sous la réserve d'exceptions non pertinentes en l'espèce.

Ces matières ont été transférées à la Région wallonne par l'article 3, 4/ et 7/, des décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993⁽¹¹⁾.

13. Eu égard à ce qui précède, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

14. L'avant-projet ne modifie pas le champ d'application matériel du décret précité du 27 mai 2004 qu'il complète, tel qu'il est fixé par les articles 3, 8 et 9 de ce dernier décret.

⁽¹¹⁾ Voir, sur ces questions, *mutatis mutandis*, l'observation 5 de l'avis 36.415/2, donné le 11 février 2004, sur un avant-projet devenu le décret du 17 mai 2004 de la Communauté germanophone relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail (Doc., Parl. Comm. germ., 2003-2004, n° 166/1), reproduit dans l'avis précité 36.797/2, donné le 25 mars 2004 sous l'observation 2.

Les articles 8 et 9, qui figurent dans la section 3 ("Champ d'application") du chapitre I^{er} du décret précité du 27 mai 2004 et qui ne sont pas modifiés, sont rédigés comme suit :

"Art. 8 : Dans le respect de la compétence en matière d'emploi exercée par la Région, le présent décret s'applique à toute personne, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, en ce qui concerne l'orientation professionnelle, l'insertion socioprofessionnelle, le placement des travailleurs et l'octroi d'aides à la promotion de l'emploi.

Art. 9 : Dans le respect de la compétence en matière de recyclage et de reconversion professionnels exercée par la Région, le présent décret s'applique à toute personne, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, en ce qui concerne l'insertion socioprofessionnelle et la formation professionnelle, y compris la validation des compétences."

En tant que l'article 3 du même décret, non modifié sur ce point, s'applique "en matière d'emploi et de formation", il doit être lu en concordance avec la définition de son champ d'application, lequel respecte les limites des compétences régionales en matière d'emploi et de formation professionnelle.

Il en va de même pour l'ensemble du décret précité du 27 mai 2004 et de l'avant-projet à l'examen.

Il en résulte que, sous les réserves qui sont exprimées ci-après, ce sont bien des compétences régionales qui sont exercées par l'avant-projet.

15. Une première difficulté vient du nouveau texte de l'article 3 du décret précité du 27 mai 2004, tel qu'il est remplacé par l'article 3 de l'avant-projet.

Ce nouveau libellé a pour portée d'inclure l'interdiction de "tout harcèlement" et de "tout harcèlement sexuel" dans la règle de l'interdiction de "toute discrimination" qui était l'objet de cette disposition.

La problématique du harcèlement et du harcèlement sexuel fait l'objet, sur le lieu de travail, d'une approche spécifique au niveau fédéral sous l'angle du bien-être au travail. Elle est régie par la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la politique du bien-être lors de l'exécution de leur travail. Les modifications apportées à ces deux textes, respectivement par la loi du 10 janvier 2007 ⁽¹²⁾ et l'arrêté royal du 17 mai 2007 ⁽¹³⁾ reposent sur l'introduction du risque de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail - qui constituait un risque à part entière jusqu'alors - dans la charge psychosociale occasionnée par le travail.

Ce faisant, la nouvelle législation s'adresse tant aux employeurs et aux travailleurs visés par l'article 2, § 1^{er}, de la loi précitée du 4 août 1996 qu'aux "personnes, autres que celles visées à [cet] article 2, § 1^{er}, qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail" ⁽¹⁴⁾.

L'ensemble de ce dispositif doit être considéré comme relevant du droit du travail au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12/, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, échappant au domaine d'action des régions ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Loi du 10 janvier 2007 modifiant plusieurs dispositions relatives au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail dont celles relatives à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

⁽¹³⁾ Arrêté royal du 17 mai 2007 relatif à la prévention de la charge psychosociale occasionnée par le travail dont la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail.

⁽¹⁴⁾ Article 32bis, alinéa 1^{er}, nouveau, de la loi précitée du 4 août 1996.

⁽¹⁵⁾ Voir ci-avant, l'observation n/ 11. En ce sens aussi, l'observation n/ 3 de l'avis précité 36.797/2, donné sur l'avant-projet devenu le décret précité du 27 mai 2004, par lequel la section de législation du Conseil d'État invitait l'auteur de l'avant-projet à en omettre son article 6, lequel portait précisément sur le harcèlement, "considéré comme une forme de discrimination"; cette observation a été suivie et la lettre précitée du 21 mars 2007 de la Commission européenne n'émet aucune critique quant à l'absence de dispositif relatif au harcèlement et au harcèlement sexuel dans la législation wallonne.

La problématique du harcèlement et du harcèlement sexuel ne peut être abordée par la Région wallonne que pour les matières pour lesquelles elle est compétente ⁽¹⁶⁾, à savoir, pour ce qui concerne l'avant-projet, celle de l'emploi et de la formation professionnelle, telles que ces notions ont été circonscrites par la loi spéciale précitée du 8 août 1980 et les décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993 ⁽¹⁷⁾ et telles qu'elles sont précisées par les articles 8 et 9 du décret précité du 27 mai 2004 ⁽¹⁸⁾, ainsi que les personnes concernées dans ce cadre.

Or, il semble que ces personnes qui pourraient être victimes ou auteurs de faits de harcèlement dans des situations liées aux matières ressortissant de la compétence de la Région wallonne, sont déjà concernées, par le biais de la législation relative au bien-être au travail, par la loi précitée du 4 août 1996, soit directement en qualité de travailleurs, soit indirectement en qualité de "personnes autres que celles visées à l'article 2, § 1^{er} [de la loi précitée du 4 août 1996], qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail".

Il paraît dès lors douteux qu'il y ait encore une part de champ *rationae personae* non couverte par les dispositifs existants au niveau fédéral, relevant de l'autorité fédérale, et autorisant la Région wallonne à légiférer en la matière. En tout état de cause, si la Région wallonne estimait devoir encore intervenir, il lui appartiendrait de le faire en précisant clairement dans l'exposé des motifs les situations qu'elle envisage et qui ne seraient et ne pourraient être rencontrées par la législation de compétence fédérale sur le bien-être au travail.

L'article 3 en projet (article 3 de l'avant-projet) sera réexaminé à la lumière de la présente observation. Il en ira de même en ce qui concerne les dispositions relatives au harcèlement et au harcèlement sexuel figurant à l'article 4 en projet (article 5 de l'avant-projet).

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹⁷⁾ Voir l'observation n/ 12, plus haut.

⁽¹⁸⁾ Voir ci-avant, l'observation n/ 14.

16.1. Même si, comme il a été exposé plus haut, l'avant-projet, comme le décret précité du 27 mai 2004, modifié par l'avant-projet, doivent être lus en concordance avec la définition du champ d'application du décret du 27 mai 2004, lequel respecte les limites des compétences régionales en matière d'emploi et de formation professionnelle, la formulation des articles 6 et 10 en projet (articles 7 et 8 de l'avant-projet) est telle qu'elle se prête malaisément à pareille interprétation concordante.

16.2. S'agissant de l'article 6 en projet (article 7 de l'avant-projet), qui règle la question des aménagements raisonnables à l'égard des personnes handicapées, il convient de rappeler qu'outre les compétences spécifiquement attribuées à la Région wallonne en matière de politique des handicapés ⁽¹⁹⁾, les autorités non compétentes en cette matière sont, sur la base de leurs attributions, habilitées à prévoir de manière advenue des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières ⁽²⁰⁾.

Il en résulte que l'article 6 en projet doit être rédigé de manière à respecter ce cadre assez restrictif en ce qui concerne la Région wallonne. Si la référence à l'accès à l'emploi peut être lue conjointement avec la notion d'"insertion socio-professionnelle" et de "placement des travailleurs" figurant à l'article 8 du décret précité du 27 mai 2004 ou celle d'"insertion socio-professionnelle" mentionnée à l'article 9 du même décret, la référence à l'exercice de l'emploi ou au progrès professionnel contenue à l'article 6 en projet peut plus difficilement se concilier avec les compétences régionales.

La disposition sera revue de manière à assurer cette conciliation.

⁽¹⁹⁾ Article 5, § 1^{er}, II, 4/, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, combiné avec l'article 3, 7/, des décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993.

⁽²⁰⁾ Avis 40.469/VR, donné le 22 juin 2006, sur un avant-projet de loi "visant à autoriser l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public et accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française concernant l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public"; avis 40.620/VR, donné le 22 juin 2006, sur un avant-projet de décret du 23 novembre 2006 "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public"; avis 40.621/VR, donné le 22 juin 2006 sur un avant-projet de décret "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution"; avis 40.689/AG à 40.691/AG, observation 8.2.

16.3. Une observation similaire vaut pour l'article 10 en projet du décret précité du 27 mai 2004 (article 8 de l'avant-projet).

La référence au "lieu de travail" et au "niveau salarial" qui y figure pourrait laisser entendre, malgré les restrictions matérielles résultant des articles 3, 8 et 9, du décret précité du 27 mai 2004, que la Région wallonne serait compétente pour régler dans son ensemble l'égalité de traitement dans ces domaines.

Par ailleurs, il est inutile de rappeler, à la fin de la disposition, de manière d'ailleurs assez peu cohérente avec les mots qui précèdent, qu'elle concerne "l'accès à l'emploi, [...] l[a] formation et [...] la promotion professionnelle", le champ d'application de la disposition résultant déjà, précisément, des articles 3, 8 et 9, du décret précité du 27 mai 2004.

Il est recommandé, à l'article 10 en projet, de supprimer, *in fine*, les mots qui suivent les mots "à mettre en oeuvre le principe de l'égalité de traitement".

B. Quant au respect du droit européen et des principes d'égalité et de non-discrimination

B.1. Les critères de discrimination interdite

17. L'article 5, 1/, en projet, du décret précité du 27 mai 2004 comporte une liste dite fermée de critères de discrimination interdite, ne correspondant au surplus pas entièrement à ceux qui figurent dans les directives à transposer.

S'il est vrai que les mêmes difficultés surgissent dans le texte actuel de l'article 5, alinéa 1^{er}, du décret précité du 27 mai 2004, cette question doit être réexaminée à la lumière de l'arrêt n/ 157/2004 du 6 octobre 2004 de la Cour constitutionnelle annulant partiellement 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, et de l'avis 40.689 à 40.691/AG précité, donné sur les avant-projets de loi faisant suite à cet arrêt.

Dans ce dernier avis, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a émis les considérations suivantes au sujet de la mention d'une liste fermée de critères de discrimination interdite :

"19. [...] [Par l'énoncé d'une liste fermée de critères,] [l']avant-projet implique ainsi une inégalité de traitement tant des auteurs d'actes discriminatoires que de leurs victimes.

Cette inégalité de traitement doit se justifier au regard de l'interdiction de discrimination consacrée par les articles 10 et 11 de la Constitution. À plus forte raison lorsque le législateur entend lutter contre les discriminations, il serait fort paradoxal que la loi soit elle-même source de discrimination. C'est pourquoi il est légitime de poser des exigences sévères concernant la «justification objective et raisonnable» de la sélection des motifs de discrimination, effectuée à l'article 3 de l'avant-projet.

[...]

20. Pour être conforme à l'interdiction de discrimination consacrée par les articles 10 et 11 de la Constitution, une loi contre la discrimination ne doit pas nécessairement lutter de la même manière contre toutes les discriminations. C'est ce qui ressort de l'arrêt n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 sur la loi du 25 février 2003. Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage annule la liste des motifs de discrimination figurant dans cette loi qui excluait entre autres les critères de la «langue» et de la «conviction politique». Selon la Cour, la loi violait les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour a motivé sa décision non seulement par une référence à l'objectif général de la loi, mais encore par l'absence de justification objective et raisonnable particulière pour exclure la «langue» et la «conviction politique» de la liste des critères.

21. Dans la mesure où l'avant-projet entend transposer en droit interne 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, il apparaît au Conseil d'État que le recours exclusif aux critères mentionnés dans cette directive pourrait certainement être considéré comme une «justification objective et raisonnable» pour exclure d'autres critères, pour autant que le champ d'application de la loi concerne le champ d'application de la directive. Les mêmes considérations valent pour les critères figurant dans les directives dont la transposition est envisagée par les deux autres avant-projets à l'examen.

La question se pose de savoir si peut également être considéré en soi comme une «justification objective et raisonnable» le fait de seulement prendre en compte les «critères importants», qualifiés comme tels parce qu'ils figurent dans les instruments internationaux concernant les droits de l'homme.

22. Tout d'abord, il importe de souligner la différence fondamentale qui existe entre une «liste ouverte» et une «liste fermée» de critères. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...], l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, contiennent une «liste ouverte» de critères. Comme le précise l'auteur dans l'exposé des motifs, la liste figurant dans ces textes a uniquement pour objectif de mentionner les critères «dont l'importance est a priori la plus grande» et dont l'utilisation est par

.../...

conséquent «la plus suspecte». Le seul fait qu'un critère ne soit pas mentionné expressément dans cette liste n'a toutefois pas pour conséquence qu'une victime de discrimination sur la base de ce critère ne serait pas protégée par les dispositions conventionnelles. En revanche, la reproduction des critères figurant dans la «liste ouverte» des conventions dans la «liste fermée» dressée à l'article 3 du projet a des effets nettement plus décisifs. La protection de la loi ne pourra pas être invoquée contre une discrimination fondée sur un critère ne figurant pas dans la liste. Même si le législateur peut partir du principe que les critères figurant dans les conventions sont importants et «les plus suspects», encore doit-il, dans sa justification, expressément prendre en compte les conséquences de l'inégalité de traitement qu'il instaure, notamment au regard du principe de proportionnalité. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de compléter la justification sur ce point.

23. En ce qui concerne le choix des critères utilisés dans les conventions internationales des droits de l'homme, le Conseil d'État suggère en outre de prendre en considération les éléments suivants :

a) Il ressort de l'arrêt susmentionné de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 que ce sont tout d'abord les critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui doivent être pris en considération. Toutefois, l'auteur de l'avant-projet paraît manifestement s'inspirer surtout de l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité n'est pas encore entré en vigueur pour l'heure. L'article II-81 correspond certes à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais celle-ci n'a quant à elle pas de force obligatoire en droit. L'auteur de l'avant-projet justifie sa méthode en soutenant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne «constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination». On peut admettre qu'il s'agit d'un motif suffisant pour également prendre en compte les critères mentionnés à l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en plus des critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

b) En tout état de cause, la justification stricte qui doit être donnée à l'inégalité de traitement des auteurs et des victimes de discrimination requiert également que les critères que l'auteur de l'avant-projet avance lui-même soient appliqués de manière cohérente, à moins qu'il y ait une justification particulière pour ne pas le faire. C'est ce qui résulte de l'arrêt précité n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage dans lequel elle énonce expressément que, dans le cadre de l'examen du moyen pris de la violation du principe d'égalité en raison de la limitation des motifs de discrimination, on doit vérifier

«si le législateur, en établissant une différence de traitement selon le motif sur lequel repose la discrimination, a pris une mesure qui peut résister au contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les dispositions conventionnelles qui garantissent le principe d'égalité et de non-discrimination, et en particulier l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...)» (B.9).

Ensuite, la Cour constate que les critères de la «langue» et de la «conviction politique» figurent à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que

«rien ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur un motif tel que la conviction politique ou la langue ne puisse faire l'objet des mesures civiles prévues par la loi entreprise» (B.14).

On peut déduire de cet arrêt que l'exclusion de critères qui apparaissent dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est possible que pour autant qu'y soit donnée une justification particulière.

c) [...] L'exclusion de [...] critères [figurant à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe] requiert une «justification objective et raisonnable» convaincante.

[...]" ⁽²¹⁾.

18. La liste des critères de discrimination interdite figurant à l'article 4, 1/, en projet, du décret précité du 27 mai 2004 (article 5 de l'avant-projet) doit être justifiée à la lumière des considérations qui précèdent en ce qui concerne l'insertion, dans cette disposition, de critères autres que ceux figurant dans les directives à transposer ou dans les dispositions conventionnelles citées dans l'avis 40.689 à 40.691/AG. Si, parmi ces critères autres que ceux énoncés dans les directives, figurent des critères mentionnés dans lesdites dispositions conventionnelles, il conviendrait de justifier pourquoi d'autres critères y figurant ne seraient pas retenus dans le projet de décret.

Ces justifications devraient figurer dans l'exposé des motifs ⁽²²⁾.

En tout état de cause, il n'est pas admissible d'exclure la mention de l'un des critères apparaissant dans les directives à transposer. Ainsi, la notion de "race", figurant pourtant aux articles 1^{er} et 2, paragraphe 1, de la directive 2000/43/CE précitée, n'est pas

⁽²¹⁾ Avis 40.689 à 40.691/AG, précité, observations n^{os} 19 à 27.

⁽²²⁾ Il est observé par ailleurs que le dossier remis à la section de législation du Conseil d'État ne comportait pas d'exposé des motifs ni de commentaire des articles. Un exposé des motifs a été remis à l'auditeur-rapporteur, qui devrait encore être complété par un commentaire de chacune des dispositions de l'avant-projet, revu à la lumière des observations énoncées par le présent avis .

mentionnée à l'article 1^{er}, en projet. Elle devrait y figurer, quitte à utiliser l'expression "prétendue race", comme à l'article 3 nouveau de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, y inséré par l'article 3 de la loi précitée du 10 mai 2007.

L'article 5, alinéa 2, en projet, du décret précité du 27 mai 2004 (article 6 de l'avant-projet), en tant qu'il se réfère au critère de "la situation socio-économique", ne figurant ni dans les directives à transposer ni dans les dispositions précitées des instruments internationaux concernés, sera réexaminé également à la lumière de la présente observation.

B.2. La conformité aux directives à transposer

19. L'avant-projet tend à la transposition de plusieurs directives européennes.

L'examen de la conformité à ces directives appelle les observations qui suivent.

20. Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé, la nécessité d'assurer correctement cette transposition et celle d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en oeuvre commandent que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions du projet, dans les deux sens, figurent dans l'exposé des motifs. Ceci permet aussi d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres.

Il en va d'autant plus ainsi que les directives concernées portent sur des matières allant au-delà de l'emploi et de la formation professionnelle, qui font l'objet du décret modifié et de l'avant-projet à l'examen, que les compétences de la Région wallonne sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et que, même sur

.../...

l'emploi et la formation professionnelle, les compétences de la Région wallonne ne sont pas intégrales ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.

Vu ces derniers éléments, l'exposé des motifs et les tableaux de concordance devraient indiquer clairement celles des dispositions des directives précitées :

- qui ont été déjà transposées par la Région wallonne, notamment par le décret précité du 27 mai 2004;
- qui ne relèvent pas de la compétence de la Région wallonne;
- qui sont transposées par les dispositions de l'avant-projet, spécialement celles des directives qui font l'objet, quant à leur non-transposition, des observations critiques figurant dans la lettre précitée du 21 mars 2007 de la Commission européenne, auxquelles l'avant-projet à l'examen entend donner suite;
- qui doivent faire l'objet d'une transposition ultérieure, notamment par la voie d'un arrêté du Gouvernement, auquel cas il convient de s'assurer que le Gouvernement dispose d'une habilitation à cet effet et que le délai de transposition sera respecté;
- qui, en raison de leur caractère facultatif, n'ont pas été transposées.

À l'inverse, il conviendrait d'exposer à quelles dispositions des directives précitées correspondent chaque disposition de l'avant-projet.

21. Il eût été souhaitable de communiquer ces tableaux à la section de législation du Conseil d'État dans le dossier joint à la demande d'avis.

À défaut, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition de la directive précitée ait pu être mené.

C'est sous cette réserve que les observations suivantes sont formulées.

⁽²³⁾ Voir, plus haut, les observations n^{os} 11 et 12.

⁽²⁴⁾ L'article 2 en projet du décret précité du 27 mai 2004 est rédigé d'ailleurs en ce sens que le décret modifié "concourt" à la transposition des directives précitées.

22. Il résulte de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 2000/43/CE, précitée, et de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 2000/78/CE, précitée, que la définition de la discrimination, telle qu'elle figure à l'article 4, 2/, en projet du décret précité du 27 mai 2004 (article 5 de l'avant-projet), doit comprendre non seulement "l'injonction de pratiquer à l'encontre de personnes une discrimination fondée sur le sexe", comme dans l'avant-projet, mais aussi toute injonction de pratiquer une discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation professionnelle.

Quant aux autres critères d'interdiction interdite qui seraient valablement retenus par l'avant-projet ⁽²⁵⁾, on n'aperçoit pas pourquoi ils ne seraient pas également concernés par cette interdiction de l'injonction à discriminer.

23. Comme l'article 2 en projet du décret précité du 27 mai 2004 (article 2 de l'avant-projet) l'énonce, le décret précité, ainsi complété, tend notamment à la transposition de la directive 2004/113/CE du Conseil de l'Union européenne du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

Contrairement aux quatre autres directives à transposer et mentionnées à ce titre dans la même disposition, la directive 2004/113/CE précitée ne contient pas de disposition laissant aux États la faculté de prévoir qu'une différence de traitement fondée sur un critère protégé ne constitue pas une discrimination lorsque, pour l'essentiel, elle constitue une exigence professionnelle "véritable et déterminante" ou "essentielle et déterminante" pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Voir les observations n^{os} 17 et 18, plus haut.

⁽²⁶⁾ Voir le texte complet de ces dispositions, parfois intitulées "Exigence professionnelle (essentielle et déterminante)", à l'article 2, paragraphe 6, de la directive 76/207/CEE, précitée, à l'article 4 de la directive 2000/43/CE précitée, à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE précitée et à l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE, précitée.

Or, l'article 5, alinéa 1^{er}, en projet (article 6 de l'avant-projet) contient une disposition en ce sens, sans en excepter de son champ d'application celles des activités concernées par le décret précité du 27 mai 2004, tel qu'il sera modifié par l'avant-projet, qui relèvent de l'accès à des biens et services et de la fourniture de biens et services, pour lesquels la directive 2004/113/CE précitée requiert l'égalité entre les femmes et les hommes.

L'article 5, alinéa 1^{er}, en projet (article 6 de l'avant-projet) doit être revu à la lumière de cette observation.

24. Les dispositions relatives à la "protection contre les rétorsions" figurant à l'article 7 de la directive 76/207/CEE précitée, à l'article 11 de la directive 2000/43/CE précitée, à l'article 9 de la directive 2000/78/CE précitée, à l'article 10 de la directive 2004/113/CE et à l'article 24 de la directive 2006/54/CE précitée n'ont pas été transposées dans la législation wallonne ⁽²⁷⁾.

Ceci pourrait être fait à l'occasion de l'avant-projet à l'examen.

25.1. Les directives à transposer contiennent d'autres dispositions, relatives à la protection effective des droits énoncés, qui nécessitent une transposition, notamment en ce qui concerne l'adoption de mesures législatives portant sur des recours

⁽²⁷⁾ Voir notamment la cinquième observation formulée par la Commission européenne dans sa lettre précitée du 21 mars 2007 sur la lacune de la législation applicable en Région wallonne en ce qui concerne la "[p]rotection contre les rétorsions".

appropriés ⁽²⁸⁾, l'indemnisation des victimes de discrimination ⁽²⁹⁾, la charge de la preuve ⁽³⁰⁾ et le droit collectif d'action devant la Justice ou l'administration ⁽³¹⁾.

La transposition de ces aspects des directives relève en principe de l'autorité fédérale, en ce compris à l'égard des matières réglées par les législations anti-discrimination adoptées par les entités fédérées.

Il convient toutefois de relever que la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, telle qu'elle a été modifiée par la loi précitée du 10 mai 2007, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et les dispositions du Code judiciaire modifiées par la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, qui contiennent des dispositions ayant cet objet, ont limité leur champ d'application aux seules politiques relevant de l'autorité fédérale ⁽³²⁾, ce qui a pour effet de conférer le même champ d'application aux dispositions relatives à la protection effective des droits énoncés.

⁽²⁸⁾ Article 6, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE précitée, article 7, paragraphe 1, de la directive 2000/43/CE précitée, article 9, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE précitée, article 8, paragraphe 1, de la directive 2004/113/CE précitée et article 17, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE précitée.

⁽²⁹⁾ Article 6, paragraphe 2, de la directive 76/207/CEE précitée, article 8, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE précitée et article 18 de la directive 2006/54/CE précitée.

⁽³⁰⁾ Article 8 de la directive 2000/43/CE précitée, article 10 de la directive 2000/78/CE précitée, article 9 de la directive 2004/113/CE précitée et article 19 de la directive 2006/54/CE précitée.

⁽³¹⁾ Article 6, paragraphe 3, de la directive 76/207/CEE précitée, article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/43/CE précitée, article 9, paragraphe 2, de la directive 2000/78/CE précitée, article 8, paragraphe 3, de la directive 2004/113/CE précitée et article 17, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE précitée.

⁽³²⁾ Voir respectivement les articles 5, 6 et 5 des trois premières lois citées et le renvoi à ces seules trois lois dans les dispositions du Code judiciaire qui sont modifiée par la quatrième loi citée.

Il en résulte une lacune dans l'ordonnancement juridique applicable en Région wallonne, qu'il conviendrait de combler⁽³³⁾, pour autant bien entendu que certains des aspects des questions ici soulevées ne sont pas réglées par le droit commun.

Il serait opportun qu'une explication sur ce point figure dans l'exposé des motifs.

25.2. La même question se pose pour la création d'organismes chargés d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement⁽³⁴⁾.

En réponse à la lettre précitée du 21 mars 2007 de la Commission européenne, une note de la Région wallonne, communiquée au Conseil d'État, précise sur ce point

"qu'un accord de coopération entre l'État fédéral et les entités fédérées relatif au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme sera finalisé dans les prochaines semaines et qu'un protocole de collaboration entre la Région wallonne et l'État fédéral relatif à l'Institut pour l'égalité entre les hommes et les femmes a été proposé par le Gouvernement wallon lors de sa séance du 23 novembre 2007 (*sic*)".

L'adoption et l'entrée en vigueur de ces instruments de coopération sont nécessaires afin de respecter les exigences européennes en la matière.

26.1. Comme la Cour de justice des Communautés européennes l'a exprimé,

"[i]l découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause"⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Voir notamment la quatrième observation formulée par la Commission européenne dans sa lettre précitée du 21 mars 2007 sur la lacune de la législation applicable en Région wallonne en ce qui concerne la "[d]éfense des droits".

⁽³⁴⁾ Article 8bis, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE précitée, article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/43/CE précitée et article 12 de la directive 2004/113/CE précitée.

⁽³⁵⁾ C.J.C.E., Ekro BV Vee- en Vleeshandel c. Produktschap voor Vee en Vlees, 18 janvier 1984, aff. n° 327/82, n° 11; Grand-Duché de Luxembourg c. Linster e.a., 19 septembre 2000, aff. n° C-287/98, n° 43.

Dès lors, même si la Cour de justice considère que "la transposition en droit interne n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle [des] règles [européennes] dans une disposition légale expresse" ⁽³⁶⁾, il est fortement recommandé que la terminologie utilisée dans les dispositions de droit interne transposant les directives européennes soit aussi fidèle que possible à celle utilisée par ces dernières. Même lorsque la différence entre l'une et l'autre paraît mineure, il est recommandé de veiller à reproduire en principe la terminologie communautaire, et ce afin d'éviter toute difficulté d'interprétation : il s'agit en effet non seulement d'assurer la conformité aux règles de droit supérieures mais aussi de rendre les textes plus lisibles en évitant au destinataire des règles nationales de s'interroger sur le sens éventuel de l'usage de termes éventuellement différents ou discordants ou encore de la reproduction seulement partielle du dispositif européen.

Il est souhaitable également de rédiger les textes nationaux de transposition en s'inspirant autant que possible de la structure des directives à transposer.

Ces recommandations, dont on ne s'écartera que de manière justifiable, par exemple en raison de la nécessité de préciser certaines notions ou d'intégrer la législation de transposition dans un ensemble normatif national plus vaste usant d'une terminologie fixée, s'inscrivent dans la perspective d'une plus grande uniformité du droit des États membres de l'Union européenne. Elles permettent à l'auteur du texte, à la section de législation du Conseil d'État consultée, au Parlement et en définitive aux instances européennes de s'assurer plus aisément que la transposition a été faite correctement.

26.2. Au regard des principes qui viennent d'être énoncés, l'avant-projet appelle les observations suivantes, qui portent sur la terminologie employée par l'avant-projet, laquelle ne concorde pas toujours avec celle des directives à transposer.

⁽³⁶⁾ C.J.C.E., Commission c. Allemagne, 23 mai 1985, aff. n° 29/84; Commission c. Italie, 9 avril 1987, aff. n° 363/85; Commission c. Belgique, 8 juillet 1987, aff. n° 247/85; Commission c. Pays-Bas, 20 mai 1992, aff. n° 190/90; voy. aussi C.E., a.s.b.l. Ligue belge pour la protection des oiseaux, 20 février 1991, n° 36.467.

26.3. Les définitions figurant à l'article 4 en projet du décret précité du 27 mai 2004 (article 5 de l'avant-projet) ne sont pas rédigées de manière entièrement compatible avec celles qui se lisent dans les directives à transposer :

a) S'agissant de l'article 4, 1/, en projet, il est renvoyé aux observations n^{os} 17 et 18, qui ont un objet plus large que la question de la terminologie.

b) L'article 4, 2/, en projet, en tant qu'il concerne le harcèlement et le harcèlement sexuel, et l'article 4, 5/ et 6/, en projet, qui définissent ces deux notions, font l'objet de l'observation n/ 15.

c) La limitation de l'interdiction de l'injonction de discriminer à la discrimination fondée sur le sexe a été examinée sous l'observation n/ 22.

d) L'article 4, 3/ et 4/, en projet, qui définit les discriminations directe et indirecte, ne se réfère pas à "la situation dans laquelle" les éléments exposés ensuite apparaissent, alors que cette formule apparaît à l'article 2, paragraphe 2, premier et deuxième tirets, de la directive 76/207/CEE précitée, à l'article 2, a) et b), de la directive 2004/113/CE précitée et à l'article 2, paragraphe 1, a) et b), de la directive 2006/54/CE précitée.

Il est vrai que l'on constate la même omission dans le texte actuel de l'article 4, alinéas 2 et 3, du décret précité du 27 mai 2004, modifié par l'avant-projet, sans avoir soulevé d'objection de la part de la section de législation du Conseil d'État dans son avis précité 36.797/2 donné sur l'avant-projet qui avait précédé son adoption, mais il ne s'agissait alors que de transposer les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE précitées, qui étaient rédigées sur ce point comme dans la loi alors en projet. Les trois directives 76/207/CEE, 2004/113/CE et 2006/54/CE, précitées, ayant adapté ces définitions comme il vient d'être exposé, il est préférable d'en tenir compte dans la rédaction actuellement envisagée.

e) À la fin de la définition de la notion de "discrimination indirecte", figurant à l'article 4, 4/, en projet, du décret précité du 27 mai 2004, il y a lieu d'écrire "appropriés et nécessaires", conformément à l'article 2, paragraphe 2, deuxième tiret, de la directive 76/207/CEE précitée, à l'article 2, paragraphe 2, b), de la directive 2000/43/CE précitée, à l'article 2, paragraphe 2, a), i), de la directive 2000/78/CE précitée, à l'article 2, b), de la directive 2004/113/CE précitée et à l'article 2, paragraphe 1, b), de la directive 2006/54/CE précitée, et non "appropriés et proportionnés".

Il est renvoyé également sur ce point à la première observation formulée par la Commission européenne à la Région wallonne dans sa lettre précitée du 21 mars 2007, dans laquelle elle a mis l'accent sur l'absence du critère de la nécessité dans la fin de la définition de la notion de discrimination indirecte figurant à l'article 4 du décret précité du 27 mai 2004.

26.4. L'article 5, alinéa 1^{er}, en projet contient une différence avec les dispositions qui y correspondent à l'article 2, paragraphe 6, de la directive 76/207/CEE précitée, à l'article 4 de la directive 2000/43/CE précitée, à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE précitée et à l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE précitée : il se réfère aux "conditions de son exercice", s'agissant de l'"activité professionnelle", et non, comme dans les dispositions précitées des directives, au "cadre dans lequel [les activités professionnelles] se déroulent".

Cette discordance gagnerait à être levée. Elle pourrait, le cas échéant, être justifiée dans le commentaire de la disposition s'il est établi que la formule choisie dans l'avant-projet entre dans les limites que les dispositions précitées - qui n'ont qu'un caractère facultatif - des directives à transposer laissent aux États en la matière.

26.5. Le même article 5, alinéa 1^{er}, en projet (article 6 de l'avant-projet) utilise la formule "exigence professionnelle essentielle et déterminante", comme dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE précitées, et non, comme dans les deux autres directives concernées, celle d'"exigence professionnelle véritable et déterminante".

Même si la disposition à l'examen tend aussi à assurer la transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE précitées, il paraît préférable d'utiliser cette dernière formulation, comme dans la directive la plus récente.

26.6. S'agissant de cette même disposition, en tant qu'elle concerne les activités tombant dans le champ d'application du décret précité du 27 mai 2004 et de l'avant-projet à l'examen et qui relèvent de "l'accès à des biens et services" au sens de la directive 2004/113/CE précitée, il est renvoyé à l'observation n/ 23, plus fondamentale, formulée plus haut.

27. À l'occasion du réexamen de l'avant-projet à la lumière des observations qui précèdent, son auteur pourrait envisager de s'inspirer de la structure des directives à transposer pour mieux concevoir celle du décret précité du 27 mai 2004 modifié par l'avant-projet, à l'instar de la méthode adoptée par le législateur fédéral lorsqu'il a adopté les trois lois précitées du 10 mai 2007.

Pareille méthode réduit en effet les risques d'une transposition incomplète ou incorrecte des directives concernées.

Observations finales

28. À l'article 4, il y a lieu de rédiger la proposition liminaire de la manière suivante :

"L'intitulé de la section 2 du chapitre I^{er} du même décret est remplacé comme suit :"

29. Il y a lieu de prévoir que les dispositions de l'avant-projet entrent en vigueur à une date fixée par le Gouvernement, comme le fait l'article 21 du décret précité du 27 mai 2004.

À défaut de ce faire les modifications apportée au décret du 27 mai 2004, précité, pourraient entrer en vigueur avant que le décret ne soit lui-même en vigueur.

Ceci étant, les prérogatives du législateur seraient mieux respectées s'il était prévu une date limite à laquelle les dispositions de l'avant-projet entreraient en vigueur sans que le Gouvernement ne doive intervenir. Il faudrait, en ce cas, modifier dans le même sens l'article 21 du décret précité du 27 mai 2004.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS