

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 50.114/2/V
DU 23 AOÛT 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne, le 27 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination », 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^o, 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 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.

Observation préalable

Dans son avis 43.574/2, donné le 1^{er} octobre 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 6 novembre 2008 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' ¹, la section de législation du Conseil d'État a formulé l'observation suivante :

« 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 (...).

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 (...), 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 ».

Puisqu'il apparaît que certaines modifications portent sur des dispositions réglant aussi des matières transférées, le même article liminaire doit être adopté.

¹ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 842/1bis.

Observations particulières

Article 2

Selon l'exposé des motifs, la volonté est notamment de faire clairement apparaître que « la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe » sont des critères apparentés au sexe et font donc partie des critères protégés.

Il n'est néanmoins pas certain que la simple modification de l'article 4, 5°, du décret suffise à ce que, dans tout le corps du texte, l'interdiction de discriminer sur la base du sexe englobe ces critères apparentés. Il en va notamment ainsi de l'article 8 du décret, qui ne vise qu'une discrimination fondée sur le sexe sans plus viser les critères apparentés.

La sécurité juridique serait mieux assurée si le décret s'inspirait de la même logique de l'article 4 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', qui dispose :

« § 1^{er}. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur le changement de sexe est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe ».

L'exposé des motifs du projet de loi justifiait ainsi l'adoption de cette disposition :

« Dans son premier paragraphe, cet article prévoit que la distinction directe sur la base de la grossesse, de l'accouchement ou de la maternité est assimilée à une distinction directe sur la base du sexe. Le deuxième paragraphe prévoit que la distinction directe sur la base du changement de sexe est assimilée à la distinction directe sur la base du sexe.

Pour que les obligations européennes de la Belgique soient correctement respectées, il est impératif que les distinctions de traitement fondées directement sur la grossesse, l'accouchement et la maternité soient traitées comme des distinctions directes fondées sur le sexe (voy. notamm. l'art. 4, § 1^{er}, a, de la directive 113/2004, ainsi que C.J.C.E, 177/88, arrêt Dekker du 8 novembre 1990. Voy. égal. l'actuel article 4, al. 2, de la loi du 7 mai 1999), et non comme des distinctions indirectes fondées sur le sexe. Le régime de justification n'est en effet pas identique dans l'un et l'autre cas.

L'assimilation des distinctions de traitement fondées sur le changement de sexe à des distinctions directes fondées sur le sexe est un enseignement issu de la

jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., C-13/94, arrêt P/S du 30 avril 1996) » ².

L'article 3, 2°, actuel du décret et l'article 4, 5°, en projet (article 2 de l'avant-projet) doivent être revus en conséquence.

Article 7

Il se déduit des articles 45 à 47 et 68 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que les communautés et les régions sont notamment compétentes à l'égard du personnel de leurs parlements et cabinets ministériels ³⁻⁴. Il conviendrait dès lors d'ouvrir le champ d'application du décret, tel qu'il est défini à l'article 5, § 2, aux agents contractuels mais également au personnel des cabinets ministériels et des parlements.

Article 8

La mention « 1° » de l'article 6 du décret du 6 novembre 2008 ayant été annulée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 35/2010 du 22 avril 2010, il est inutile de le supprimer encore. L'article 8 de l'avant-projet sera omis.

La même remarque vaut *mutatis* pour l'article 11 de l'avant-projet.

Article 9

Selon le commentaire de cet article, l'intention est de modifier le paragraphe 4 de l'article 8 du décret du 6 novembre 2008 afin de calquer ce texte sur la législation fédérale.

Il y a toutefois lieu de noter que l'article 13, § 3, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', n'énonce pas une simple faculté mais charge le Roi de déterminer « les situations dans lesquelles une

² *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51 2721/1, pp. 37-38.

³ S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », dans : C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008, p. 120, n° 25.

⁴ Sur la répartition des compétences en matière de statut des membres de cabinets ministériels, il est renvoyé à l'avis 48.740/VR, donné le 9 novembre 2011 par les chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 1^{er} avril 2011 « tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 tot organisatie van de kabinetten van de leden van de Vlaamse Regering ».

caractéristique déterminée constitue (...), une exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

Par contre, là où la Région wallonne a adopté un seul décret pour lutter contre différentes formes de discriminations, le législateur fédéral a adopté trois lois : outre la loi précitée, la loi du 10 mai 2007 ‘tendant à lutter contre certaines formes de discrimination’ et, toujours le même jour, celle modifiant la loi du 30 juillet 1981 ‘tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie’. Or ces trois lois, afin de se conformer au plus près aux directives, adoptent des systèmes différents en matière d’exigences professionnelles essentielles⁵.

Si telle est bien l’intention du législateur décentralisé, il convient en ce qui concerne les distinctions fondées sur le sexe que le Gouvernement établisse une liste limitative de situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une exigence essentielle et déterminante.

Le 2° de l’article 9 devrait alors être modifié dans cette mesure.

Observation finale

L’article 2, 1° actuel du décret doit être revu afin de tenir compte de l’abrogation de la directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l’accès à l’emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, telle 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 œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l’accès à l’emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail⁶.

⁵ Voir à cet égard Ch. BAYART et I. BOSMANS, « De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrkkingen in de private sector : algemeen overzicht », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008 , pp. 574-577.

⁶ Voir l’article 34 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 ‘relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi et de travail (refonte)’.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
	S. VAN DROOGHENBROECK,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur-chef de section.

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

C. GIGOT

R. ANDERSEN