



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 53.297/4
du 29 mai 2013

sur

un avant-projet de décret 'destiné à promouvoir une
représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les
conseils d'administration des établissements pour aînés en
Région wallonne'

Le 2 mai 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Égalité des chances de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'destiné à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils d'administration des établissements pour aînés en Région wallonne'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 29 mai 2013. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Colette GIGOT, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 29 mai 2013.

*

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 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

A. LES CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ D'UNE ACTION POSITIVE

1. Comme le révèle incidemment l'exposé des motifs, les auteurs de l'avant-projet ont entendu prendre en compte l'avis 49.473/AG de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État donné le 26 avril 2011 sur une proposition devenue la loi du 28 juillet 2011 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale', qui définit les conditions qui doivent être rencontrées afin qu'une action positive en matière de quota de genre au sein d'organes directionnels :

« 6. La détermination d'une obligation de respecter un quota de membres du conseil d'administration dans les entreprises publiques économiques et la Loterie Nationale répond à la définition d'« action positive » donnée par plusieurs législations prises au niveau interne, à savoir qu'il s'agit d'une mesure spécifique destinée à prévenir ou à compenser les désavantages liés au sexe, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ¹.

7. Le système envisagé dans la proposition de loi doit dès lors être apprécié au regard des conditions que la Cour constitutionnelle a précisé quant à la compatibilité d'une mesure d'« action positive » avec le principe d'égalité et de non-discrimination :

'B.22.2. Une mesure d'action positive ne peut être prise que moyennant le respect des conditions suivantes :

(1) il doit exister une inégalité manifeste ;

(2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;

(3) la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;

¹ Note de bas de page 8 de l'avis cité : Voir, par exemple, l'article 5, 11°, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes'. Voir également, en droit international des droits de l'homme, les « mesures temporaires spéciales » visées par l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

(4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui (article 10, § 2, de la loi anti-racisme, article 10, § 2, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 2, de la loi 'genre').

B.22.3. Par le passé, la Cour a admis que le législateur prenne des mesures d'action positive si elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Néanmoins, de telles 'inégalités correctrices' doivent, pour être compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, n'être appliquées que dans les cas d'inégalité manifeste, la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir, les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint et elles ne peuvent restreindre inutilement les droits d'autrui (arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2 ; arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20 ; arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79).

(...)

B.23.1. L'article 10, alinéa 3, de la Constitution dispose que l'égalité des femmes et des hommes est garantie. En vertu de l'article 11*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés.

Ces dispositions invitent les législateurs à être particulièrement prudents lorsqu'ils établissent ou autorisent une différence de traitement sur la base du sexe.

B.23.2. En soumettant les mesures d'action positive aux critères précités, le législateur a permis un contrôle particulièrement précis sur ces mesures, qui permet au juge d'examiner dans chaque cas concret s'il est porté atteinte au principe fondamental de l'égalité des sexes².

8. Confrontée à ces critères d'admissibilité, la règle du quota appelle les observations suivantes.

1. Existence d'une inégalité manifeste dont la disparition est l'objectif à promouvoir

9. À la lumière des travaux préparatoires, il peut être admis que l'existence d'une inégalité manifeste est suffisamment établie et que le quota imposé a essentiellement pour objectif de remédier progressivement à la sous-représentation des femmes au sein des organes dirigeants de certaines entreprises.

Dans cette mesure, la règle du quota constitue, dans son principe, un dispositif non seulement admissible au regard du principe d'égalité et de non-discrimination mais également utile au but que s'est clairement assigné le législateur.

2. Mesure d'ordre temporaire

10. L'article 6 de la proposition ne prévoit aucune limite d'application de la règle du quota dans le temps.

Il va de soi qu'un tel dispositif n'aura plus lieu de sortir des effets dès lors que le quota du tiers est atteint³. Cependant, afin de permettre au législateur d'en apprécier

² Note de bas de page 9 de l'avis cité : C.C., arrêt 17/2009 du 12 février 2009.

³ Note de bas de page 10 de l'avis cité : Mme C. Burgeon, co-auteur de la proposition, a d'ailleurs précisé que « [...] l'imposition de quotas n'est pas une solution idéale devant se pérenniser » (rapport de la Chambre, Doc. parl., 2010-2011, n° 53-211/4, p. 5).

l'impact, la question se pose de savoir si le dispositif ne gagnerait pas à être complété de mesures d'évaluation ⁴.

3. Absence de restriction inutile des droits d'autrui

11. L'option retenue dans la proposition de loi d'imposer un quota absolu et inconditionnel sanctionné appelle, au regard du principe de proportionnalité ⁵ que traduit le dernier critère dégagé par la Cour constitutionnelle, les réserves suivantes.

12. Le système envisagé, en ce qu'il s'applique à des entreprises publiques économiques, à savoir celles régies par la loi du 21 mars 1991 précitée et à la Loterie Nationale, ne concerne que les administrateurs désignés par l'État belge. En d'autres termes, par le fait de la mesure, le législateur fédéral prévoit de limiter le seul pouvoir de nomination de l'autorité publique, ce en quoi il ne paraît pas critiquable ⁶.

Cependant, même conçue comme une limitation que l'autorité publique se donne à elle-même, la validité de la règle du quota, doit, en termes de proportionnalité, s'apprécier en droit interne au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que, sur le plan du respect du droit international et européen, en tenant compte notamment de la jurisprudence développée par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE).

13. L'obligation imposée comme telle de respecter un quota de femmes ou d'hommes dans la composition du conseil d'administration d'une entreprise publique économique ou de la Loterie Nationale n'apparaît pas en soi de nature à restreindre inutilement les droits des uns ou des autres, mais à la condition :

- qu'elle permette une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent ⁷ ;

- qu'elle n'oblige à choisir une personne d'un sexe déterminé que pour autant que cette personne présente des titres et mérites comparables à ceux d'un ou plusieurs autres candidats de l'autre sexe avec qui elle entre en concurrence et qui sont, comme elle, jugés aptes à la fonction à pourvoir.

La règle du quota ne peut en effet dispenser l'autorité publique investie du pouvoir de nomination de procéder à la comparaison des titres et mérites ⁸ et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination.

Or, tel ne semble pas être nécessairement le cas dans le système instauré par la proposition de loi qui, par le fait de la fixation d'un quota absolu à respecter de

⁴ Note de bas de page 11 de l'avis cité : Voir, en ce sens, l'exposé de Mme Fr. Fastré, représentante de l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes, lors des débats en commission de la Chambre (rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 38-40).

⁵ Note de bas de page 12 de l'avis cité : Voir S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, p. 168.

⁶ Note de bas de page 13 de l'avis cité : Voir avis 41.765/1 donné le 19 décembre 2006 sur un projet devenu le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 portant promotion d'une participation plus équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande (*Doc. parl.*, VI. Parl., 2006-2007, n° 1150/1, pp. 23-29).

⁷ Note de bas de page 14 de l'avis cité : Sur l'obligation de procéder à une comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination comme administrateur d'une entreprise publique économique, voir C.E., MATTHIS, n° 118.044, 4 avril 2003.

⁸ Note de bas de page 15 de l'avis cité : C.E., VAN BRANTEGEM, n° 196.546, 1^{er} octobre 2009.

manière inconditionnelle, pourrait aboutir à contraindre l'autorité publique investie du pouvoir de nomination à choisir une personne d'un sexe déterminé par le seul motif qu'elle est de ce sexe⁹, c'est-à-dire indépendamment de ses titres et mérites.

14. La CJUE a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'examiner la validité d'actions positives prises dans le secteur public pour promouvoir une répartition équilibrée des sexes en matière d'emploi.

15. Ainsi, dans l'arrêt Badeck, la CJUE a considéré ce qui suit :

'22. (...) (L)a Cour a, au point 33 de l'arrêt Marschall, précité, jugé que, contrairement à la réglementation en cause dans l'affaire Kalanke, précitée, une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin.

23. Il s'ensuit qu'une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire

- lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et

- lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats'¹⁰.

La notion de clause d'ouverture est qualifiée, dans la jurisprudence de la CJUE, comme la 'clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur'¹¹.

L'application de cette jurisprudence à l'obligation faite, sans possibilité d'y déroger, de respecter un quota d'un tiers de femmes ou d'hommes dans un conseil d'administration tant dans le cas d'une entreprise publique économique que de la Loterie Nationale emporte le risque sérieux de se heurter aux principes d'admissibilité d'une action positive en faveur des personnes d'un sexe déterminé tels que les a dégagés la CJUE¹². En effet, le respect d'un tel quota peut conduire, dans certaines

⁹ *Note de bas de page 16 de l'avis cité* : La nomination d'un administrateur pourrait même être compromise par le défaut d'un candidat du sexe requis pour assurer le respect du quota.

¹⁰ *Note de bas de page 17 de l'avis cité* : CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, Badeck e.a., *Jur.* CJUE 2000, I, 1875, concl. A. SAGGIO. Voir également CJUE 17 octobre 1995, n° C-450/93, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, *Jur.* CJUE 1995, I, 3051, considérant 23, concl. G. TESAURO; CJUE, 11 novembre 1997, n° C-409/95, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen, *Jur.* CJUE. 1997, I, 6363, considérant 33, concl. F. JACOBS et CJUE 6 juillet 2000, n° C-407/98, Abrahamsson, *Jur.* CJUE 2000, I-05539, considérant 20.

¹¹ *Note de bas de page 18 de l'avis cité* : CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

¹² *Note de bas de page 19 de l'avis cité* : Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE, voir D. CUYPERS et C. VAN VYVE, « De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la*

situations, à choisir un administrateur du sexe requis pour l'unique raison que le quota n'est pas atteint. Ce choix se fera donc indépendamment d'une appréciation objective des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, une priorité devant, aux termes de la loi, être accordée à ce candidat même s'il est sous-qualifié par rapport à d'autres dès lors que ceux-ci sont de l'autre sexe¹³.

16. En conclusion, si le dispositif de la proposition de loi poursuit un objectif qui s'inscrit dans les prévisions de la notion d'action positive au sens où l'entendent tant le droit interne que le droit international et, plus particulièrement, européen, à savoir promouvoir une présence mieux équilibrée des femmes et des hommes dans les organes dirigeants des entreprises publiques économiques ainsi qu'à la Loterie Nationale, il n'en demeure pas moins que, pour assurer la conformité de la concrétisation de cet objectif aux normes supérieures de droit, il s'indiquerait d'adapter le dispositif de la proposition de loi en assortissant le quota, par exemple, d'une clause d'ouverture¹⁴. Ceci paraît d'autant plus indiqué que la sanction prévue du non-respect du quota est celle de la nullité de la nomination de l'administrateur opérée en méconnaissance de la règle du quota¹⁵.

Il convient de confronter l'avant-projet de décret examiné aux critères d'admissibilité dégagés par la Cour constitutionnelle¹⁶.

discrimination, Bruges, Die Keure, 2010, p. 272 ; M. DE VOS, « Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Bruges, Die Keure, 2008, p. 316.

¹³ *Note de bas de page 20 de l'avis cité* : Voir, quant à la règle du quota appliquée au Conseil supérieur de la Justice, les constatations du Comité des droits de l'homme du 7 juillet 2004, *Jacobs c. Belgique*, n° 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

¹⁴ *Note de bas de page 20 de l'avis cité* : Ce faisant d'ailleurs, le texte répondra plus adéquatement aux déclarations faites, lors des travaux préparatoires, quant à la portée de la proposition de loi. En effet, à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « équivalence des personnes » conçues comme l'un des critères de compatibilité d'une action positive au regard du droit européen, la représentante de la vice-première ministre et ministre de l'Emploi et de l'Égalité des chances a expliqué qu'« il faut éviter de placer la barre plus bas pour certaines personnes, en exigeant de leur part des critères de qualification moindre. Il faut partir du principe que toutes les personnes sont équivalentes et qu'elles doivent donc aussi avoir des compétences comparables pour accéder à certaines fonctions », propos par ailleurs confirmés par différents députés en commission (rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 89 et 90). Voir, dans le même sens, le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 précité qui, en son article 5, prévoit la possibilité de déroger au quota d'un tiers lorsqu'il est impossible de le satisfaire. L'arrêté du Gouvernement flamand du 26 octobre 2007 fixant la procédure d'exception pour une participation plus équilibrée de femmes et d'hommes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande, précise la procédure à suivre pour obtenir une telle dérogation.

¹⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2010, n° 211/7, pp. 1-19. Cet avis a depuis été rappelé par la section de législation du Conseil d'État dans ses avis 51.766/1 donné le 18 septembre 2012 sur un avant-projet d'ordonnance de la Région bruxelloise 'visant à garantir la présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des organes de gestion des personnes morales nommées par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale' et 51.204/4 donné le 26 avril 2012 sur un projet devenu l'arrêté royal du 2 juin 2012 'modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État', publié avec le Rapport au Roi, M.B., 8 juin 2012.

¹⁶ Voir encore en ce sens l'avis 53.207/4 donné le 8 mai 2013 sur un avant-projet de la Communauté française 'visant à promouvoir une participation équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils d'administration des associations financées par la Communauté française'.

1) Existence d'une inégalité manifeste dont la disparition est l'objectif à promouvoir

En vertu de ses articles 3 et 8, l'avant-projet de décret s'applique aux conseils d'administration des établissements pour aînés qui bénéficient d'un titre de fonctionnement ou qui sont candidats à un titre de fonctionnement, à l'exception de ceux qui rencontrent les caractéristiques visées à l'article 3, §§ 3 et 4.

Selon l'exposé des motifs, « [l']instauration d'un système de mixité hommes-femmes est une mesure d'action positive destinée à réduire les inégalités existantes entre les sexes par une représentation plus équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de décision des établissements pour aînés disposant d'un titre de fonctionnement de la Région wallonne » et le choix d'imposer l'équilibre homme/femme « dans le cadre du secteur privé par opposition au secteur public relève d'un choix d'opportunité, notamment au regard des constats effectués en la matière qui témoignent d'un manque d'équilibre manifeste entre hommes et femmes dans les organes de décision du secteur privé ».

Ces constats ne figurent toutefois pas au dossier soumis au Conseil d'État. L'exposé des motifs doit établir qu'il existe une inégalité manifeste entre les sexes au sein des organes des établissements pour aînés qui entreront dans le champ d'application au décret.

Sur la détermination du champ d'application de l'avant-projet, il est renvoyé à l'observation B.

2) Mesure d'ordre temporaire

Sous réserve de l'observation qui sera formulée sous l'article 11 de l'avant-projet, il semble que le mécanisme d'évaluation prévu dans cet article combiné avec le constat que le dispositif de quota n'a plus lieu de sortir ses effets, a rencontré ce critère ¹⁷.

3) Absence de restriction inutile des droits d'autrui

La lourdeur de la sanction envisagée aux articles 6 et 8, § 2, de l'avant-projet, à savoir le retrait du titre de fonctionnement ou le refus « d'accorder l'agrément [lire : le titre de fonctionnement] à un établissement pour aînés » se trouve compensée par plusieurs autres dispositions du décret, à savoir :

- les dispositions qui visent à permettre aux établissements disposant d'un titre de fonctionnement et aux établissements candidats ayant déposé une demande avant le jour de l'entrée en vigueur du décret, de se mettre en ordre, pendant une période de trois ans, suivie d'une seconde période de trois ans, pendant laquelle « le titre de fonctionnement perd son caractère illimité et devient d'office accordé pour une durée limitée de trois années » (articles 7, §§ 1^{er}, 2 et 4, et 9, §§ 1^{er} et 2, de l'avant-projet) ;

¹⁷ Voir en ce sens le commentaire **de l'article 11** de l'avant-projet.

- la disposition qui tend à permettre à chacun de ces établissements de solliciter une dérogation fondée sur la circonstance « que l'exercice même de son objet social implique ou a pour conséquence la non mixité » ainsi qu'une dérogation temporaire dès lors que « l'association démontre l'impossibilité de se conformer à la règle fixée à l'article 3, sur la base de données objectives, et des dispositions prises en vue d'accroître la participation équilibrée des femmes et des hommes dans son conseil d'administration » (articles 7, second § 4 – lire : § 5 –, et 9, § 2, de l'avant-projet) ;

- enfin, la mise en place d'une évaluation de la loi, dans le but d'apprécier l'opportunité d'en maintenir le dispositif (voir notamment l'article 10, § 2 de l'avant-projet et le commentaire des articles).

Au vu de ces éléments, il n'apparaît pas que les sanctions prévues méconnaissent le principe de proportionnalité.

Par contre, le texte en projet paraît emporter des effets disproportionnés et revêtir un caractère discriminatoire en ce que les candidats à un titre de fonctionnement dont la demande est concomitante ou postérieure à la date d'entrée en vigueur du présent décret, ne bénéficient pas du régime de dérogation mis en place par l'article 7, second § 4 (lire : § 5) de l'avant-projet, cette disposition ne leur étant pas rendue applicable, ainsi que cela ressort de l'article 9 de l'avant-projet. Le texte doit être revu et complété en vue d'échapper à ces griefs.

B. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'AVANT-PROJET

1. Aux termes de l'article 3, § 4, de l'avant-projet,

« Ne sont pas concernés par la règle visée au § 1^{er} du présent article [à savoir celle posant le principe d'une présence au sein du conseil d'administration¹⁸ des établissements pour aînés bénéficiant d'un titre de fonctionnement d'un maximum de deux tiers de membres de même sexe], les établissements pour aînés bénéficiant d'un titre de fonctionnement fondés ou administrés par une ou plusieurs personnes morales de droit public et les établissements pour aînés bénéficiant d'un titre de fonctionnement auxquels adhèrent celles-ci, directement ou par l'intermédiaire de mandataires et/ou de tiers agissant en qualité de représentant de la personne morale de droit public ».

Compte tenu également de l'article 3, § 3¹⁹, il en résulte que le champ d'application de l'avant-projet est limité aux établissements pour aînés qui bénéficient d'un titre de fonctionnement à cet effet et qui revêtent la qualité de personnes morales de droit

¹⁸ La notion de « conseil d'administration » devrait être remplacée dans l'ensemble de l'avant-projet par celle plus générale d'« organe de gestion », tous les établissements concernés n'ayant pas nécessairement pris la forme de sociétés commerciales dont l'organe de gestion est légalement dénommé « conseil d'administration ».

¹⁹ L'article 3, § 3, est rédigé comme suit :

« Ne sont concernés par la règle visée au § 1^{er} du présent article que les établissements pour aînés bénéficiant d'un titre de fonctionnement dont le conseil d'administration est composé d'au moins trois personnes physiques ».

privé (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas « fondés ou administrés par une ou plusieurs personnes morales de droit public ») dont l'organe de gestion se compose de plus de deux personnes physiques²⁰ et auxquels aucune personne morale de droit public n'a adhéré « directement ou par l'intermédiaire de mandataires et/ou de tiers agissant en qualité de représentant de la personne morale de droit public ».

Cette disposition appelle les critiques suivantes.

2. L'examen de l'article 3, § 4, part de l'hypothèse selon laquelle la notion d'« établissement [...] fondé ou administré par une ou plusieurs personnes morales de droit public » épouse celle de « personne morale de droit public ».

Le commentaire de la disposition expose en effet que « le présent projet de décret vise prioritairement le secteur privé ».

La question se pose toutefois de savoir si, en faisant état notamment d'établissements « fondés ou administrés par une ou plusieurs personnes morales de droit public », l'exclusion prévue par cette partie du texte doit être lue – premier cas de figure – comme concernant les seules personnes morales dont les membres fondateurs sont exclusivement des personnes morales de droit public et celles dont l'organe de gestion est exclusivement composé de personnes morales de droit public ou – second cas de figure – comme se rapportant également aux personnes morales fondées par au moins une personne morale de droit public mais aussi par au moins une personne physique ou une personne morale de droit privé, ainsi qu'aux personnes morales dont l'organe de gestion se compose à la fois d'au moins une personne morale de droit public et au moins une personne physique ou une personne morale de droit privé.

Il semble qu'il faille privilégier la seconde interprétation, à défaut de quoi l'exclusion du champ d'application des établissements pour aînés pour le seul motif que leur organe de gestion compte un ou plusieurs membres représentant une personne morale de droit public, serait contradictoire.

3. Une autre difficulté, suscitée par une autre partie du texte à l'examen, vient de la nécessité de tenir compte de ce que la notion d'adhésion peut revêtir un sens particulier pour certaines personnes morales de droit privé.

Ainsi, en vertu de l'article 2^{ter} de la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations', « [l]es statuts de l'association peuvent fixer les conditions auxquelles des tiers qui ont un lien avec l'association peuvent être considérés comme membres adhérents de l'association. Les droits et obligations des membres, fixés par la présente loi, ne s'appliquent pas aux membres adhérents. Leurs droits et obligations sont fixés par les statuts ».

²⁰ Sur les questions suscitées par le fait que les organes de gestion concernés peuvent comprendre non seulement des personnes physiques mais aussi des personnes morales, il est renvoyé à l'observation générale C, ci-après.

Certaines associations sans but lucratif peuvent donc compter à la fois, d'une part, des membres à part entière, souvent qualifiés de « membres effectifs », disposant de l'ensemble des prérogatives attachées à cette qualité, ces membres pouvant l'être dès l'origine (membres fondateurs) ou l'être devenus après la naissance de l'association à la suite d'un processus d'admission, et, d'autre part, des « membres adhérents ».

La question se pose de savoir si, par l'usage du verbe « adhèrent », l'article 3, § 4, ne prend en considération que la catégorie des membres adhérents, au sens technico-juridique de ce terme, ou l'ensemble des membres, en ce compris les « membres effectifs », qui ont « adhéré » à la personne morale dans le sens courant donné à ce verbe. Dans la première hypothèse, les personnes morales de droit privé dont des personnes morales de droit public seraient des « membres effectifs » (« directement ou par l'intermédiaire de mandataires et/ou de tiers agissant en qualité de représentant ») entreraient dans le champ d'application de l'avant-projet ; dans la seconde hypothèse, dès qu'une personne morale de droit public a la qualité de « membre effectif » ou de « membre adhérent » d'une association sans but lucratif, celle-ci échappe au champ d'application de l'avant-projet.

Compte tenu du fait que l'avant-projet a vocation à s'appliquer à des établissements empruntant des formes sociétales ignorant la distinction exposée ci-avant entre les notions de « membre effectif » et de « membre adhérent », il semble que le verbe « adhèrent », dans le texte à l'examen, présente un caractère général et que c'est donc la seconde interprétation qui devrait être privilégiée. Il n'existe en outre aucune indication dans l'exposé des motifs selon lesquelles la notion d'adhésion aurait été prise dans le sens technico-juridique dont il est question ci-avant, qui ne paraît pas compatible avec l'économie générale du dispositif en projet.

4. Quoiqu'il en soit, indépendamment des importantes difficultés d'interprétation du texte qui résultent de l'insuffisante qualité de sa rédaction et quelle que soit l'ampleur de l'exclusion de certaines personnes morales du champ d'application de l'avant-projet, la section de législation du Conseil d'Etat, compte tenu de l'objectif poursuivi, qui paraît pouvoir être transversalement applicable à toutes les catégories d'établissements concernés, n'aperçoit pas le motif pertinent, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, pour lequel ces personnes morales échappent au champ d'application de l'avant-projet.

Compte tenu du renvoi fait à l'article 3, §§ 2 et 3, par l'article 8, § 3, la présente observation vaut également pour cette dernière disposition en tant qu'elle concerne les établissements pour aînés qui sont candidats à l'obtention d'un titre de fonctionnement.

C. LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES SEULES PERSONNES PHYSIQUES AU SEIN DE L'ORGANE DE GESTION

1. L'article 3, § 2, de l'avant-projet énonce ce qui suit :

« Pour déterminer le nombre maximum d'administrateurs de même sexe au sein des conseils d'administration des établissements pour aînés bénéficiant d'un titre de fonctionnement, seules sont prises en compte les personnes physiques, à l'exception des personnes morales de droit privé et de droit public.

Le fait que le conseil d'administration d'un établissement pour aînés bénéficiant d'un titre de fonctionnement soit composé à la fois de personnes physiques et de personnes morales ne le dispense pas, pour ce qui concerne les personnes physiques qui le composent, du respect de la règle visée au paragraphe 1^{er} »²¹.

Cette disposition s'expose aux critiques suivantes.

2. Un premier ordre de difficultés touche à l'interprétation et à la cohérence interne de l'avant-projet.

En excluant les personnes morales de droit public du calcul du quota des deux tiers de membres du même sexe des organes de gestion concernés, la disposition n'a de sens que si des établissements comprenant pareilles personnes morales parmi leurs membres effectifs entrent dans le champ d'application de l'avant-projet et seraient donc susceptibles de devenir membres de leur organe de gestion, c'est-à-dire dans la première des deux lectures de l'article 3, § 4, dont il est question dans l'observation n° 3 formulée sous le point B, ci-avant ; il y a été relevé que cette interprétation paraît ne pas devoir être retenue.

Dans l'autre lecture, qui paraît devoir être retenue, selon laquelle les établissements comptant au moins une personne morale de droit public parmi leurs membres sont exclus du champ d'application de l'avant-projet, il n'est en effet pas nécessaire d'envisager à l'alinéa 1^{er}, *in fine*, la présence de personnes morales de droit public parmi les membres de l'organe de gestion. L'alinéa 1^{er}, *in fine*, n'aurait un sens que si, à la suite de l'observation générale B formulée ci-avant, l'avant-projet était revu pour faire entrer dans son champ d'application les établissements comptant pareilles personnes morales parmi leurs membres.

L'alinéa 2 à l'examen n'ajoute par ailleurs rien à la règle énoncée à l'alinéa 1^{er}.

3. Ensuite, l'intention poursuivie n'apparaît pas clairement.

²¹ Aucune disposition analogue ne figure dans les avant-projets de décret à objet similaire dont la section de législation du Conseil d'État a eu à connaître ce jour, à savoir l'avant-projet de décret 'destiné à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils d'administration des organismes privés agréés par la Région wallonne, sur lequel la section de législation du Conseil d'État a donné l'avis 53.298/4, et l'avant-projet de décret 'destiné à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils d'administration des organismes privés agréés par la Région wallonne pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution', sur lequel la section de législation du Conseil d'État a donné l'avis 53.299/4.

L'article 3, § 2, peut être compris comme signifiant que, lorsqu'une personne morale a la qualité de membre de l'organe de gestion d'un établissement concerné, la personne physique qui la représente au sein de celui-ci entre dans le calcul du quota de présence de personnes de même sexe. Si telle est l'intention, la rédaction du texte doit être clarifiée en ce sens.

L'autre lecture du texte consiste à ne pas tenir compte du sexe des représentants de ces personnes morales pour le calcul du quota. En ce cas, le texte appelle l'observation fondamentale formulée ci-après.

4. Dans cette dernière lecture, le dispositif paraît ne pas tenir compte de ce que ces personnes morales seront nécessairement représentées au sein de l'organe de gestion par une ou plusieurs personnes physiques quelle que soit la longueur de la cascade de ces personnes morales.

Il ne devrait donc pas y avoir de difficulté juridique ou pratique à faire entrer ces représentants au sein de l'établissement pour aînés dans le calcul du quota des deux tiers. À défaut, il suffira aux personnes physiques dont la présence conduit à excéder ce quota d'agir en qualité de représentants d'une personne morale recevant la qualité de membre de l'organe de gestion de l'établissement concerné, ce qui anéantirait l'effectivité de l'avant-projet au regard de l'intention poursuivie de rétablissement d'un équilibre dans la représentation des femmes et des hommes au sein des organes de gestion de ce type d'établissement.

5. L'article 3, § 2, sera revu à la lumière de ces observations.

Compte tenu du renvoi fait à l'article 3, § 4, par l'article 8, § 3, les observations qui précèdent valent également pour cette dernière disposition en tant qu'elle concerne les établissements pour aînés qui sont candidats à l'obtention d'un titre de fonctionnement.

D. L'HABILITATION FAITE AU MINISTRE

Comme la section de législation l'a relevé à de multiples reprises, dans des dispositions décrétales, il convient de ne faire référence qu'au Gouvernement, auquel il revient, conformément aux articles 68 et 69 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, d'organiser son fonctionnement et de prévoir les délégations qu'il juge opportunes.

L'article 7, § 5, de l'avant-projet sera revu à la lumière de cette observation.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Chapitre 1^{er}

Le chapitre 1^{er} et son intitulé font défaut.

Article 1^{er}

L'article 1^{er} sera rédigé comme suit :

« Le présent décret règle, en application de l'article 138 de la Constitution, une matière visée à l'article 128 de celle-ci »²².

Article 2

Il conviendrait de préciser qu'il s'agit de l'article 334, 2°, du Code wallon de l'action sociale et de la santé.

Article 3

La notion de « conseil d'administration » devrait être remplacée par celle plus générale d'« organe de gestion », tous les établissements concernés n'ayant pas nécessairement pris la forme de sociétés commerciales dont l'organe de gestion est légalement dénommé « conseil d'administration ».

L'observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet.

Article 4

Les signes « § 1^{er} » sont inutiles et seront omis.

Article 6

Les mots « aux articles 4 et 5 » seront remplacés par les mots « à l'article 4 ».

Article 7

²² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 92 et formule 4-1-1-5.

1. L'article 7, second § 4 (lire : § 5), alinéa 1^{er}, fait état « du délai visé au paragraphe 2 » du même article. Le paragraphe 2 auquel il est ainsi renvoyé vise deux délais : « le délai de trois années visé au §1^{er} du présent article », soit le premier délai de trois ans, et « le nouveau délai de trois ans » durant lequel « le titre de fonctionnement perd son caractère illimité ». L'article 7, § 5, alinéa 1^{er}, doit être revu afin de préciser à quel(s) délai(s) il entend se référer.

2. Au second paragraphe 4 (lire : paragraphe 5), à l'alinéa 3, il y a lieu d'omettre les mots « Après avis de la Direction de légalité des chances », l'organisation des services du Gouvernement relevant des compétences de ce dernier, conformément à l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

3. Il découle du texte en projet et de son article 7, § 5, en particulier, qu'une demande de dérogation ne peut être introduite par « l'organisme privé agréé » (lire « l'établissement pour aînés ») qu'à « l'issue du délai visé au paragraphe 2 » du même article. Pour ce qui concerne la dérogation visée à l'article 7, § 5, alinéa 3, première phrase, vu le motif qui en justifie l'octroi à un établissement, à savoir « que l'exercice même de son objet social implique ou a pour conséquence la non mixité », il serait plus cohérent de consacrer la possibilité pour un établissement d'introduire cette demande de dérogation dès l'entrée en vigueur du décret, plutôt qu'à l'issue du premier ou du second délai de trois ans.

4. Concernant la dérogation temporaire visée à l'article 7, § 5, alinéa 3, deuxième phrase, il convient, si le délai visé au paragraphe 5, alinéa 1^{er}, est le second délai de trois ans, de compléter le texte par une disposition prévoyant la suspension de la procédure de retrait du titre de fonctionnement en cas d'introduction d'une demande de dérogation (la même règle devant aussi être prévue pour les demandes de dérogation visées à l'article 7, § 5, alinéa 3, première phrase, si le texte n'écarter pas la possibilité de solliciter cette dérogation à l'issue du second délai de trois ans).

Article 8

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu d'omettre les mots « outre remplir les conditions d'agrément prévues par d'autres dispositions légales, réglementaires ou statutaires ». Une telle exigence va de soi.

Article 10

L'article 10 prévoit la publication annuelle, sur un site internet spécifique, de la liste des organismes satisfaisant à l'exigence de mixité prévue à l'article 3, ainsi que des organismes qui, à l'inverse, se seront vus retirer ou refuser un agrément faute d'avoir satisfait à cette exigence de mixité. Selon le paragraphe 2, cette liste est communiquée au Gouvernement pour évaluation. À défaut de précision en sens contraire, on peut inférer du

terme « publication » utilisé par le paragraphe 1^{er} que le site internet concerné sera consultable par tout quiconque sans restriction, en sorte que la liste recevra la publicité la plus large qui se puisse.

Selon la Cour constitutionnelle, une telle mesure de publicité portant sur les « sanctions » dont une personne a fait l'objet en raison du non-respect des obligations que lui impose une règle de droit, doit être considérée comme une forme d'ingérence dans son droit au respect de la vie privée, tel que le consacre l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²³. Toujours selon la jurisprudence constitutionnelle, la circonstance qu'il s'agirait en l'occurrence de données relatives à des personnes morales, et non à des personnes physiques, ne semble pas empêcher que la protection offerte par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées trouve à s'appliquer. Selon la Cour constitutionnelle en effet, « Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales »²⁴.

Il s'en déduit qu'une mesure telle celle prévue par l'article 10 ne peut se révéler compatible avec les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que pour autant qu'elle poursuive une finalité légitime, et demeure proportionnée par rapport à celle-ci.

À s'en tenir au seul texte de l'article 10, l'établissement de la liste des organismes qui respectent, ou, tout au contraire, méconnaissent l'obligation de mixité, ne semble avoir d'autre objectif que d'informer le Gouvernement dans la tâche d'évaluation qui lui est impartie. Si telle était l'unique finalité envisagée par l'auteur de l'avant-projet, la publicité donnée à cette liste via un site internet consultable par tout quiconque apparaîtrait manifestement disproportionnée.

L'exposé des motifs de l'avant-projet et la note au Gouvernement figurant dans le dossier soumis à la section de législation semblent cependant mettre en avant une autre finalité, consistant à « valoriser les organismes [...] qui ont atteint l'objectif de mixité » ou encore à illustrer les « bonnes et les mauvaises pratiques ».

Si cette seconde finalité apparaît davantage en mesure de justifier par principe la publicité dont la liste est entourée, encore apparaît-il nécessaire, pour en admettre la proportionnalité, que diverses garanties soient ménagées au profit des organismes appelés à y figurer. Sur ce point, la section de législation constate que le décret en projet et son exposé des motifs laissent à ce stade une série de questions sans réponse. Ainsi n'est-il pas précisé par qui et comment la liste concernée est établie. Par ailleurs, l'exposé des motifs indique que la liste répertoriera l'ensemble des organismes concernés par la règle de la représentation minimale des deux tiers des membres du même sexe au sein de leur organe de gestion –

²³ Voir en effet, à propos de la publication sur un site internet de l'identité des sportifs majeurs ayant fait l'objet d'une mesure de suspension disciplinaire, C.C., 19 janvier 2005, n° 16/2005, B.5.1 « Publier des données personnelles d'une manière aussi générale constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution et par les dispositions conventionnelles susmentionnées ».

²⁴ C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, B.6.2 ; C.C., 10 mai 2007, n° 75/2007, B.4.

c'est-à-dire l'ensemble des organismes entrant dans le champ d'application du décret en projet – et les classera dans l'une des trois catégories visées à l'article 10, § 2, (organismes respectant l'exigence de mixité/organismes dont l'agrément a été retiré en raison du non-respect de l'exigence de mixité/organismes auxquels l'agrément a été refusé en raison du non-respect de l'exigence de mixité). La section de législation se demande toutefois si, et, dans l'affirmative, comment seront répertoriés, au sein de cette liste, les organismes auxquels le décret en projet est applicable mais qui n'entrent dans aucune des trois catégories précitées, à l'instar des organismes bénéficiaires de la période transitoire visée à l'article 7, §§ 1^{er} à 3, de l'avant-projet, des organismes bénéficiant du délai de mise en conformité de douze mois conformément à l'article 4 ou des organismes bénéficiaires de la dérogation visée à l'article 7, second § 4 (lire : § 5), alinéa 3. Enfin, il semble difficilement concevable que la liste ne fasse pas mention des éventuels recours juridictionnels qui seraient encore pendants à l'encontre d'un retrait ou d'un refus d'agrément.

Article 11

La disposition en projet se présente comme une double habilitation, ce que confirme son commentaire : « l'application *ratione temporis* du présent décret est laissée à l'appréciation du Gouvernement qui reste seul juge de l'opportunité de son maintien dans le temps au regard des mesures d'évaluation triennales réalisées et portées à sa connaissance sur la base de l'article 10 du présent décret ».

Telle qu'elle est rédigée, la disposition habiliterait d'abord le Gouvernement à suspendre indéfiniment l'entrée en vigueur du décret, ce qui constituerait une violation de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. La section de législation du Conseil d'État recommande fréquemment que le législateur lui-même fixe le terme auquel un décret entrera en vigueur si le Gouvernement n'est pas intervenu auparavant ²⁵.

Ensuite, une entrée en vigueur temporaire « pour une durée déterminée », telle qu'elle est conçue, est également critiquable. C'est au législateur qu'il appartient, en principe, d'abroger lui-même un décret, le Gouvernement pouvant saisir le Parlement d'un projet de décret en ce sens s'il y a lieu.

²⁵ Voir dans le même sens l'avis 49.847/2 donné le 13 juillet 2011 sur un avant-projet devenu le décret du 27 octobre 2011 'relatif au soutien à la création d'emploi en favorisant les transitions professionnelles vers le statut d'indépendant à titre principal' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2011-2012, n° 457/1, pp. 11-16) et l'avis 51.044/2 donné le 4 avril 2012 sur un avant-projet devenu la loi du 15 août 2012 'relative à la création et à l'organisation d'un intégrateur de services fédéral' (*Doc. parl.*, Parl. wall., Chambre, 2011-2012, n° 2223/1, pp. 55-56). Pour la rédaction de pareille disposition, voir les *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n°s 154 à 154.1.2.

Article 12

L'article 12 sera omis car il paraphrase inutilement l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY