



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 74.006/2/V
du 17 août 2023

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'fixant les hypothèses et les conditions
de l'action positive'

Le 4 juillet 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits de Femmes de la Communauté française et le Vice-Président et Ministre du Budget, de la Fonction publique, de l'Égalité des chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles Enseignement de la Communauté française à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 18 août 2023, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 17 août 2023. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Stéphane TELLIER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 août 2023.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique 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 suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. La notification de la décision du Gouvernement de la Communauté française du 15 juin 2023 précise ce qui suit :

« [Le Gouvernement] charge le Ministre de l'Égalité des Chances et la Ministre des Droits des femmes de soumettre ce projet :

– à la négociation syndicale au sein du Comité de secteur XVII ;

– à l'avis de l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur, du Collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, du Conseil d'avis de l'Office de la Naissance et de l'Enfance (ONE), de la Commission consultative des organisations de jeunesse, du Forum des jeunes, du Conseil supérieur des sports et du Conseil supérieur de la culture ;

– à la concertation intra-francophone conformément à l'article 12, § 2, de l'accord de coopération cadre du 27 février 2014 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française relatif à la concertation intra-francophone en matière de santé et d'aide aux personnes et aux principes communs applicables en ces matières ».

À l'appui de la demande d'avis introduite auprès de la section de législation du Conseil d'État, aucun document attestant du bon accomplissement de ces formalités n'a été transmis ¹.

2. Dans la mesure où le projet à l'examen a pour objet de fixer les hypothèses et les conditions dans lesquelles des « employeurs » actifs dans les matières relevant de la compétence de la Communauté française peuvent mettre en œuvre des actions positives, celles-ci peuvent concerner les agents contractuels et statutaires de la Communauté française, de sorte que l'accord du ministre de la Fonction publique sur le projet doit également être obtenu, ce qui n'apparaît pas du dossier transmis à la section de législation.

¹ Seul le document relatif au « test genre » a été communiqué.

3. Interrogé à propos de l'absence de pièces attestant de l'accomplissement de ces formalités, le délégué de la Ministre a indiqué ce qui suit :

« Concernant l'accord du ministre de la fonction publique, veuillez noter que, conformément à l'arrêté de fonctionnement du Gouvernement, le présent projet n'entre pas dans les hypothèses pour lesquelles son avis est requis. Pour le surplus, le ministre de la Fonction publique est cosignataire du projet et en a eu l'initiative, avec la ministre des Droits des femmes, en sa qualité de ministre de l'Égalité des chances.

Pour le surplus, conformément à la notification, ces différents organes ont été saisis. Ils n'ont pas encore remis leurs avis à ce jour ».

Compte tenu de cette réponse et conformément à ce qui est observé ci-avant, dès lors que l'arrêté en projet est co-proposé par le Ministre en charge de l'Égalité des chances, il apparaît que ce Ministre n'a pas formellement donné son accord sur ce projet en tant que Ministre de la Fonction publique.

Il sera dès lors veillé au bon accomplissement de cette formalité.

Il sera également veillé au bon accomplissement de l'ensemble des formalités obligatoires visées dans la notification de la séance du Gouvernement de la Communauté française du 15 juin 2023.

4. Si le bon accomplissement de ces formalités visées dans la notification au Gouvernement devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État sur des points autres que de pure forme ou ne résultant pas également des suites réservées au présent avis, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à nouveau à l'avis de la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

5. L'accomplissement des formalités obligatoires sera visé au préambule.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. Ainsi qu'il ressort de la note au Gouvernement de la Communauté française, l'arrêté examiné a pour objet de déterminer, en exécution de l'article 6, § 5, du décret du 12 décembre 2008 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination', les hypothèses et conditions dans lesquelles « un employeur » peut mettre en œuvre une mesure d'action positive au sens de l'article 3, 10°, du même décret.

S'agissant des mesures d'action positive qui pourraient ainsi être envisagées par un employeur, il convient de rappeler que l'article 6, §§ 1^{er} et 2, du décret du 12 décembre 2008 dispose comme suit :

« § 1^{er}. La Communauté française peut maintenir ou adopter des actions positives.

Une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction résulte de la mise en œuvre d'une action positive.

§ 2. Une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre 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 but à promouvoir ;

3° La mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que le but visé est atteint ;

4° La mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui ».

Dans l'avis 49.473/AG 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', l'assemblée générale de la section de législation a formulé l'observation suivante :

« 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 ;

(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.

[...]

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 [...];

– 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.

[...]

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.

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

15. Ainsi, dans l'arrêt Badeck, la CJUE a considéré ce qui suit ³ :

‘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 [...].]

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’ [...] » ⁴⁻⁵.

1.2. Le texte à l'examen ne contient pas à proprement parler de disposition prévoyant une action positive, de sorte que la section de législation n'est pas en mesure de procéder à un examen d'une action positive qui serait adoptée sur la base de l'article 6 du décret du 12 décembre 2008 et de l'arrêté à l'examen, au regard des critères d'admissibilité dégagés par la Cour constitutionnelle pour ce qui concerne la mesure d'action positive portant sur un critère protégé visé à l'article 2 du même décret ⁶.

³ CJUE, C-158/97, arrêt du 28 mars 2000, *Badeck e.a.* ; voir également, sur cette thématique : CJUE, C-407/98, arrêt du 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*.

⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2010, n° 211, pp. 6 et 7 et 9 et 10.

⁵ Voir, sur la question de l'action positive et reprenant ces observations, le récent avis 73.345/2 donné le 25 mai 2023 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ‘modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 août 2017 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du personnel opérationnel du Service d'Incendie et d'Aide médicale urgente (SIAMU)’.

⁶ Soit :

« Art. 2. [...] :

1° La nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ;

2° L'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap ;

3° Le sexe et les critères assimilés que sont la grossesse, l'accouchement, la maternité, le changement de sexe, l'identité de genre et l'expression de genre ;

4° L'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale ».

La mise en œuvre de l'habilitation prévue à l'article 6, § 5, du décret du 12 décembre 2008, interprétée en ce sens que le Gouvernement n'est pas tenu d'énumérer les hypothèses précises dans lesquelles il prévoit de mettre en œuvre des actions positives, est admissible, comme l'a déjà observé comme suit la section de législation dans l'avis 64.406/1 donné le 8 novembre 2018 sur un projet devenu l'arrêté royal du 11 février 2019 'fixant les conditions de l'action positive' :

« Il faut déduire de ce qui précède que l'auteur du projet interprète les habilitations faites au Roi dans les dispositions légales précitées d'une manière telle qu'elles ne requièrent pas d'énumérer les hypothèses dans lesquelles des actions positives sont possibles, ni de déterminer les conditions spécifiques suivant lesquelles ces actions peuvent être organisées dans les hypothèses concernées, mais qu'il peut à cet égard suffire d'élaborer une procédure visant à soumettre les actions positives – au cas par cas – à approbation, étant entendu que les 'hypothèses' et les 'conditions' sont contenues dans le plan d'action positive à approuver (voir, en ce qui concerne ce dernier point, l'article 5 du projet).

Les hypothèses et les conditions (spécifiques) corrélatives, dont il est question dans les dispositions légales précitées, étant dans la pratique probablement très diverses, ce qui ne rend pas évidente une délimitation garantissant la sécurité juridique, il ne paraît pas déraisonnable d'interpréter les habilitations au Roi dans ces dispositions légales de la manière précitée, même si une autre lecture – plus stricte – est également possible. [...] ».

Ce ne sera qu'à l'occasion d'une mesure d'action positive adoptée par un « employeur » que ce contrôle au regard de ces critères d'admissibilité pourra être effectué.

1.3. La section de législation observe qu'il y a toutefois lieu de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE, selon laquelle une mesure d'action positive visant à promouvoir prioritairement des personnes relevant d'un critère protégé au sens de l'article 2 du décret du 12 décembre 2008, est considérée comme étant compatible avec le droit communautaire lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats.

En d'autres termes, si une mesure d'action positive peut faire intervenir une règle de « préférence » (par exemple pour le recrutement d'une personne de sexe déterminé) en présence de candidats de valeur égale, il faut encore prévoir de manière supplémentaire une « clause d'ouverture » : la règle de priorité ne peut intervenir que s'il résulte d'une comparaison préalable des titres et mérites que les deux candidats sont de valeur égale, et l'autorité investie du pouvoir de promotion doit encore avoir la possibilité de déroger à la règle de priorité sur la base d'éléments spécifiques supplémentaires, qui ne concernent plus les titres et mérites. Même à égalité de compétence, le critère protégé ne peut pas valoir de manière automatique.

En ce sens, la CJUE a jugé :

« 23 Une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique 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 que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats (voir, en ce sens, arrêt du 28 mars 2000, Badeck e.a., C-158/97, Rec. p. I-1875, point 23) ».

Compte tenu de cette jurisprudence, l'arrêté en projet sera complété par un dispositif prévoyant que les conditions de mise en œuvre d'une action positive par un employeur seront assorties, le cas échéant, d'une clause d'ouverture.

2.1. L'article 2, alinéa 1^{er}, du projet, prévoit que « l'action positive peut être mise en œuvre par un employeur dans un domaine visé à l'article 4 du décret du 12 décembre 2008 [...] ».

La notion d'« employeur » est définie à l'article 7, 4°, du décret du 12 décembre 2008 comme suit :

« la personne qui occupe le titulaire de la fonction correspondant à une relation d'emploi visée à l'article 8, alinéa 1^{er} ».

Ces relations d'emploi visées à l'article 8, alinéa 1^{er}, sont les

« relations statutaires d'emploi qui se nouent au sein :

1° Des organismes visés à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, créés par la Communauté française ou dans lesquels elle prend des participations en capital ;

2° Des établissements d'enseignement en Communauté française, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, tels que visés par l'article 24, § 4, de la Constitution ;

3° De l'administration et des institutions dont dispose le Gouvernement, visées à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ».

Comme rappelé ci-avant, l'article 3, 11°, du décret définit cependant les « relations d'emploi » comme visant tant les relations statutaires que contractuelles. À propos des portées différentes données à la notion de « relation d'emploi » aux articles 3 et 8 du décret du 12 décembre 2008, la section de législation a observé ce qui suit dans l'avis 72.535/4 donné le 12 décembre 2022 sur un avant-projet de décret 'portant modification du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' ⁷ :

« L'article 15/1 en projet, inséré dans le titre II ('Dispositions spécifiques'), chapitre I^{er} ('Le domaine de l'emploi') du décret du 12 décembre 2008, vise les personnes 'engagé(es) dans une relation de travail au sens du présent chapitre'. Selon l'article 8 de ce décret, les dispositions du chapitre concerné ne sont applicables qu'aux relations 'statutaires' d'emploi qui se nouent au sein de l'un des organismes y visés, à l'exclusion, par conséquent, des relations 'contractuelles' d'emploi nouées avec ces organismes.

Pareille exclusion, qui conduirait à un résultat non conforme à la directive (UE) 2019/1158 ⁸, n'est pas cohérente au regard de la définition de la notion de 'Relations d'emploi' fournie par l'article 3, 11°, du décret du 12 décembre 2008, tel que modifié par le décret du 5 décembre 2013 'modifiant le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination'. Cet article 3, 11°, définit en effet la notion de 'Relations d'emplois' comme 'les relations d'emploi statutaires et contractuelles que la Communauté française peut régir en vertu des articles 9 et 87 de la loi spéciale 'de réformes institutionnelles' du 8 août 1980 et de l'article 127, § 1^{er}, 1°, de la Constitution, et ce à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, [...]'. Les travaux préparatoires du décret du 5 décembre 2013 ⁹, montrent que l'intention du législateur décréteur – en ajoutant dans la définition reprise à l'article 3, 11°, le qualificatif 'contractuelles' – a clairement été d'étendre la protection du décret du 12 décembre 2008, jusqu'alors limitée au seul personnel statutaire, à l'ensemble du personnel relevant de la compétence de la Communauté française, qu'il soit statutaire ou contractuel. Le champ d'application du chapitre 1^{er} du titre II de ce décret n'a toutefois pas été formellement modifié, son article 8 étant en effet demeuré inchangé.

En conséquence, et pour toute clarté, il conviendrait que :

– l'article 8 du décret du 12 décembre 2008 soit modifié pour y supprimer le qualificatif 'statutaires' ;

[...] ».

⁷ *Doc. Parl.*, Parl. Comm. fr., 2022-2023, n° 534/1, pp. 15 et 16.

⁸ *Note de bas de page n° 4 de l'avis cité* : Le tableau de transposition figurant au dossier montre au demeurant que l'auteur de l'avant-projet entend transposer la directive (UE) 2019/1158 tant vis-à-vis du personnel statutaire que du personnel contractuel (voir en effet le commentaire indiqué en marge de l'article 2 dans ce tableau).

⁹ *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité* : *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2013-2014, n° 561/3, p. 3.

Compte tenu de ces observations et de l'intention du législateur décrétal d'étendre la notion de « relations d'emploi » au sens du décret du 12 décembre 2008 aux relations contractuelles relevant de la compétence de la Communauté française, il y a lieu de poser comme principe que, malgré le libellé de l'article 8, alinéa 1^{er}, de ce décret, qui n'a pas été formellement modifié en ce sens, des actions positives peuvent être menées pour ce qui concerne des relations d'emploi de type contractuel. Partant, le champ d'application de l'arrêté du Gouvernement en projet doit également être considéré comme déterminant les hypothèses et conditions de l'action positive qui peuvent concerner de telles relations contractuelles.

2.2. L'auteur du projet semble cependant avoir l'intention de donner une portée plus large à la notion d'employeur, ce à la lecture de la note au Gouvernement de la Communauté française, qui précise à ce propos :

« Ce projet d'arrêté fixe les hypothèses et les conditions de l'action positive en général qu'elle soit mise en œuvre par la Communauté française ou par d'autres employeurs dans les matières qui relèvent de sa compétence ».

Cette précision laisse penser que l'intention est de viser d'autres employeurs que ceux visés à l'article 7, 4°, du décret du 12 décembre 2008 et de concerner d'autres relations d'emploi que celles déterminées à l'article 3, 11°, du même décret.

Eu égard aux dispositions existantes du décret et au regard des règles de répartition de compétence en matière d'emploi et de travail telles que déterminées dans la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' ¹⁰, le délégué de la Ministre a été invité à préciser la portée du mot « employeur » et à indiquer quels « employeurs » l'auteur du projet envisage de faire entrer dans le champ d'application de l'arrêté en projet. Il a répondu comme suit :

« Concernant la portée de la notion d'employeur, je vous confirme l'intention exprimée dans le passage de la note au Gouvernement que vous citez, à savoir régler les relations d'emploi qui relèvent de la compétence de la Communauté française. Il ne s'agit donc pas de régler les relations d'emploi du ressort d'autres collectivités ou la compétence du droit du travail qui ressort de l'autorité fédérale. L'article 8, alinéa 1^{er}, du décret énonce une série de relations d'emploi qui entrent dans les compétences de la Communauté française. À ce titre, elles entrent dans le champ d'application du projet (qui donc, s'agissant des hypothèses visées à l'article 8, alinéa 1^{er}, 1), englobe la RTBF, l'ONE, le CSA, etc., s'agissant de celles visées au 2), les écoles, les centres psycho-médico-sociaux, les universités et autres établissements d'enseignement supérieur, les établissements de promotion sociale, etc., et s'agissant du 3), les services du Gouvernement et quelques cas particuliers comme celui des sportifs de haut niveau engagés sous contrat de travail). Le projet va cependant plus loin puisqu'il ne se limite pas aux relations statutaires (à l'instar de l'article 8 du décret), mais vise aussi les relations contractuelles (dans le prolongement de la définition des relations d'emploi du décret). Il s'applique aussi à d'autres relations d'emploi de la compétence de la Communauté française. Ainsi en va-t-il des chercheuses et chercheurs engagés par le FNRS qui, sans être un organisme créé en application de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, n'est pas à proprement parler un établissement d'enseignement,

¹⁰ Plus particulièrement l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 2, 12°, et IX de la loi spéciale du 8 août 1980.

quoiqu'il intervient dans le domaine de la recherche scientifique laquelle relève de la compétence de l'enseignement visé à l'article 24 de la Constitution. La Communauté française est, en effet, compétente pour régler les relations d'emploi dans les établissements scientifiques (cfr. l'avis 62.666 donné le 30 janvier 2018) ».

Le rapport au Gouvernement reprendra ces éléments de réponse qui permettent de circonscrire la notion d'« employeur » et de considérer que le projet est admissible en ce que la Communauté française n'encadre les mesures d'action positive que dans sa sphère de compétence ¹¹.

2.3. L'article 2 du projet prévoit encore que l'action positive peut être mise en œuvre « dans un domaine visé à l'article 4 du décret du 12 décembre 2008 [...] ».

Ces domaines sont, selon cet article 4:

« 1° Les relations d'emploi ;

2° L'enseignement ;

3° La politique de santé ;

4° Les avantages sociaux ;

5° L'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée par la Communauté française ;

6° L'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture.

7° l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public ».

Le titre II du décret du 12 décembre 2008 contient des dispositions spécifiques relatives à chacun de ces domaines, dont certaines prévoient les hypothèses dans lesquelles une distinction n'est pas constitutive d'une discrimination. Pour ce qui concerne les relations d'emploi (Titre II, chapitre 1^{er}), les articles 9 à 12 prévoient de telles hypothèses ; ce faisant, le décret prévoit déjà dans quelles conditions une action positive peut être mise en œuvre et l'article 13 est spécifique aux actions positives au sens de l'article 6, § 5, du décret.

Compte tenu de ces dispositions décrétales, il est observé, d'une part, que les conditions de l'action positive fixées dans l'arrêté ne projet n'apparaissent pas y déroger, ce qui ne serait d'ailleurs pas admissible.

¹¹ Voir, en ce sens, l'observation formulée par la section de législation dans l'avis 57.596/4 donné le 17 juin 2015 sur un avant-projet devenu le décret du 13 novembre 2015 'modifiant le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2015-2016, n° 182/1, pp. 12 à 17), selon laquelle :

« Afin d'éviter que la Communauté excède les compétences qui lui sont dévolues par les articles 127 et 129 de la Constitution, il convient de remplacer la notion 'd'emploi' par celle de 'relations d'emploi' qui est définie à l'article 3, 11°, du décret du 12 décembre 2008 ».

D'autre part, et compte tenu également de l'observation formulée sous le préambule du projet, dès lors que l'objet de l'arrêté en projet est relatif à la mise en œuvre d'actions positives par des employeurs, il y a lieu de considérer que ces actions ne peuvent être adoptées que dans le domaine des relations d'emploi visé à l'article 4, 1^o, du décret du 12 décembre 2008. À prévoir les hypothèses et les conditions de l'action positive dans d'autres domaines, le Gouvernement de la Communauté française outrepasserait l'habilitation qui lui est faite à l'article 6, § 5, du décret du 12 décembre 2008.

Il résulte de ce qui précède qu'à l'article 2, alinéa 1^{er}, du projet, il convient de ne viser que l'action positive mise en œuvre « en matière de relations d'emploi visées à l'article 4, 1^o, du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations ».

2.4. Ainsi que l'indique la note au Gouvernement de la Communauté française, les dispositions en projet sont principalement inspirées de celles de l'arrêté royal du 11 février 2019. Ainsi, à l'instar de ce qui est prévu dans cet arrêté royal, l'article 3 du projet à l'examen prévoit que l'employeur qui souhaite prendre une mesure d'action positive doit accompagner celle-ci d'un plan d'action qui est soumis à l'approbation du ministre ayant le secteur concerné dans ses attributions.

Il doit être relevé qu'au regard du champ d'application de l'arrêté royal du 11 février 2019, cette procédure d'approbation est adéquate dans la mesure où les employeurs visés par ce texte sont exclusivement des employeurs privés. En revanche, cette procédure d'approbation n'apparaît pas transposable aux relations d'emploi qui impliquent un employeur public relevant des compétences de la Communauté française. En effet, compte tenu des observations formulées ci-avant à propos de la notion d'« employeur », et plus particulièrement de l'article 3, 11^o, qui définit la notion de « Relations d'emplois » comme « les relations d'emploi statutaires et contractuelles que la Communauté française peut régir en vertu des articles 9 et 87 de la loi spéciale 'de réformes institutionnelles' du 8 août 1980 et de l'article 127, § 1^{er}, 1^o, de la Constitution », il apparaît que c'est par la voie réglementaire, soit par l'adoption d'un arrêté du Gouvernement de la Communauté française ¹², que l'action positive pourra être mise en œuvre.

¹² Soit de même nature que des dispositions statutaires : voir par exemple l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant 'statut des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française' ou l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 12 janvier 1998 'fixant le statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Office de la Naissance et de l'Enfance'. Ou encore, par exemple, de même nature que des dispositions applicables au personnel contractuel, soit de la Communauté française, soit d'un O.I.P. rattaché à la Communauté française : voir l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 15 avril 2014 'relatif aux conditions d'engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des services du Gouvernement de la Communauté française, du Conseil supérieur de l'audiovisuel et des organismes d'intérêt public qui relèvent du Comité de secteur XVII'.

Partant, dès lors que c'est le Gouvernement de la Communauté française qui adoptera ces dispositions réglementaires relatives à une action positive qu'il souhaite mettre en œuvre, il n'apparaît pas adéquat que celui-ci, en tant qu'employeur, doive encore soumettre le plan d'action qu'il doit établir en vertu de l'article 3 du projet, à l'approbation d'un ministre.

Par ailleurs, le Comité de direction et les Conseils d'administrations visés à l'article 4 du projet ne disposent pas de la compétence d'adopter des dispositions réglementaires relatives à une action positive.

Dès lors que, pour ce qui concerne les employeurs publics relevant des compétences de la Communauté française, la mesure d'action positive mise en œuvre sera de nature réglementaire :

– l'article 3 du projet sera fondamentalement revu en tenant compte de ce que c'est le Gouvernement de la Communauté française qui adoptera les mesures d'action positive ;

– l'article 4 du projet sera omis dans la mesure où le Comité de direction et les Conseils d'administration qui y sont visés ne disposent pas de la compétence d'adopter de telles dispositions réglementaires.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

Compte tenu de l'habilitation mise en œuvre, il doit expressément ressortir de l'intitulé de l'arrêté que celui-ci a pour unique objet de fixer « les hypothèses et les conditions de l'action positive dans les relations d'emploi ».

PRÉAMBULE

L'arrêté à l'examen se donne pour fondement juridique l'article 6 du décret du 12 décembre 2008.

Il ressort des articles 2 et 3 du projet que les actions positives définies à l'article 3, 10°, du décret du 12 décembre 2008, peuvent être mises en œuvre par « un employeur ». L'objet de l'arrêté en projet concerne dès lors les « relations d'emploi » telles que définies comme suit à l'article 3, 11°, du même décret :

« les relations d'emploi statutaires et contractuelles que la Communauté française peut régir en vertu des articles 9 et 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et de l'article 127, § 1^{er}, 1°, de la Constitution et ce, à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, qui incluent les conditions d'accès à la fonction y compris en matière de promotion, ainsi que les conditions d'exercice de ces fonctions, y compris les conditions dans lesquelles il y est mis un terme ainsi que la rémunération dont elles sont assorties ».

À la question de savoir si le fondement légal de l'arrêté n'est pas à trouver exclusivement à l'article 6, § 5, du même décret dès lors que le projet à l'examen a pour objet la mise en œuvre d'actions positives en matière de relations d'emploi, le délégué de la Ministre a répondu comme suit :

« Concernant le fondement juridique du projet, il nous a paru préférable de faire référence à l'article 6 du décret dans son entièreté, dans la mesure où, outre le paragraphe 5, les paragraphes 1 et 2 de cet article établissent le cadre dans lequel le Gouvernement intervient en l'espèce. Il est vrai, toutefois, que les paragraphes 3 et 4 de l'article 6 ne font pas partie des sources du projet ».

Dès lors que seule l'habilitation prévue par l'article 6, § 5, du décret du 12 décembre 2008 est mise en œuvre, à l'alinéa 1^{er} du préambule, seul cet article 6, § 5, sera visé, au titre de fondement juridique du projet ¹³.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Compte tenu de ce qu'il ne fait que rappeler l'obligation pour les destinataires de l'arrêté en projet de respecter des règles juridiques hiérarchiquement supérieures ainsi que les dispositions de l'arrêté, ce qui va de soi, l'article 1^{er} est dépourvu de portée juridique et sera omis

Article 3

À l'article 3, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet, il y a lieu d'écrire « sans » préjudice de l'article 34 de la loi du 30 juillet 2018.

Articles 6 et 7

Les articles 6 et 7 seront intervertis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Martine BAGUET

¹³ Voir, sur ce point et ci-après, les observations générales 2.1 à 2.3.