

Avis n° 23 du 13 mai 2011

**Du Conseil wallon de l'égalité
entre Hommes et Femmes**

**Relatif à l'avant-projet de décret modifiant le décret du 6 novembre
2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination**

I. RETROACTES

Le 27 mai 2004, le Parlement wallon adoptait le décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle.

Le 26 avril 2007, le Gouvernement wallon adoptait en première lecture un avant-projet de décret modifiant le décret du 27 mai 2004 pour lequel le Conseil wallon de l'égalité entre hommes et femmes fut invité à remettre un avis. Dans cet avis¹, le CWEHF insistait notamment sur la nécessaire cohérence des dispositions wallonnes avec les nouvelles lois fédérales du 10 mai 2007².

Le 20 décembre 2007, l'avant-projet de décret fut adopté en troisième lecture par le Gouvernement wallon. Cette version fut totalement revue dans sa structure et dans sa dénomination, ce projet s'intitulant dorénavant : «Avant-projet de décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, abrogeant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle». Compte tenu de ces importantes modifications formelles, le CWEHF fut à nouveau invité à remettre un avis³.

Le 6 novembre 2008, le Parlement wallon adoptait le décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, y compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle.

Le 19 mars 2009, ce décret fut à nouveau modifié en vue d'en élargir le champ d'application et de le rendre applicable à d'autres situations que celles de l'économie, l'emploi et la formation.

Le 22 avril 2010, la Cour Constitutionnelle rendait un arrêt portant sur le recours en annulation partielle du décret du 6 novembre 2008 tel que modifié par celui du 19 mars 2009. Dans cet arrêt, la Cour Constitutionnelle annulait certains articles du décret.

En date du 15 juillet 2010, la Ministre TILLIEUX fut chargée de déposer un projet de décret modifiant le décret du 6 novembre 2008 tel que modifié par le décret du 19 mars 2009 afin de répondre à l'arrêt de la Cour et de procéder à une simplification ainsi qu'une clarification du texte. Le projet de décret modificatif fut adopté en première lecture par le Gouvernement wallon le 3 mars 2011.

Le 1^{er} avril 2011, le CWEHF reçut une demande d'avis de la Ministre TILLIEUX à propos de l'avant-projet de décret modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, l'avis devant lui être communiqué dans un délai de 40 jours.

¹ Avis A.882 relatif à l'avant-projet de décret modifiant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle, entériné par le Bureau du CESRW le 9 juillet 2007.

² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

Loi du 10 mai 2007 adoptant le code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

³ Avis A. 908 relatif à l'avant-projet de décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, abrogeant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle, entériné par le Bureau du CESRW le 4 février 2008.

2. EXPOSE DU DOSSIER

Différentes modifications sont apportées au décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Les modifications proposées dans les points 2.1, 2.2 et 2.3 ci-dessous sont en réponse aux remarques formulées par la Cour Constitutionnelle dans son arrêt du 22 avril 2010.

2.1. Insertion du motif conviction syndicale

Dans son arrêt du 22 avril 2010 rendu par la Cour Constitutionnelle, celle-ci précise notamment que *«L'affiliation ou l'appartenance à une organisation syndicale et l'activité menée dans le cadre d'une telle organisation doivent être considérées comme des manifestations de l'opinion syndicale de la personne concernée. La victime d'une discrimination fondée sur son affiliation, son appartenance ou son activité syndicale est dès lors également victime d'une discrimination fondée sur ses convictions en matière syndicale, de sorte que les trois motifs de discrimination sont compris dans celui de la conviction syndicale»*.

Par conséquent, elle estime qu'il convient d'insérer à l'article 3, 3° du décret du 6 novembre 2008 tel que modifié par le décret du 19 mars 2009, le motif de la conviction syndicale.

2.2. Extension formelle de la protection contre le harcèlement

Dans son arrêt du 22 avril 2010, la Cour Constitutionnelle suggère de corriger le décret en vue de protéger les travailleurs eux-mêmes et non seulement les personnes assimilées aux travailleurs tel que stipulé dans le décret du 6 novembre 2008 en vue d'une égalité de traitement entre ces deux catégories de personnes. En effet, ledit décret, en se référant uniquement à l'article 2, §1^{er}, 1° de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail⁴, se limite à protéger uniquement les personnes assimilées aux travailleurs et non les travailleurs eux-mêmes, créant ainsi une différence de traitement entre ces deux catégories de personnes.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle propose de mettre fin à cette différence de traitement injustifiée en annulant la mention «1°» de l'article 6 du décret *«Les personnes qui ne sont pas visées à l'article 2, § 1er, 1°, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail peuvent recourir aux dispositions du présent décret»* afin que le renvoi à l'article 2 §1^{er} s'applique à l'ensemble des travailleurs.

⁴ Pour l'application de la présente loi sont assimilés aux travailleurs :

- a) les personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de travail, exécutent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne;
- b) les personnes qui suivent une formation professionnelle dont le programme de formation prévoit une forme de travail qui est effectué ou non dans l'établissement de formation;
- c) les personnes liées par un contrat d'apprentissage;
- d) les stagiaires;
- e) les élèves et les étudiants qui suivent des études pour lesquelles le programme d'étude prévoit une forme de travail qui est effectué dans l'établissement d'enseignement.

2.3. Nullité des dispositions contractuelles contraires au décret, même concomitantes ou postérieures à la discrimination

La Cour constitutionnelle annule, en partie, l'article 17 du décret actuel qui prévoit qu'un ou plusieurs contractants ne peuvent renoncer, dans un acte administratif ou via une clause contractuelle, par avance aux droits garantis par le décret. Or, selon la Cour, il y a lieu de ne pas limiter la nullité des clauses qui prévoient qu'une des parties renonce aux droits garantis par la loi à celles qui sont antérieures à la discrimination constatée et d'exclure de cette nullité les clauses par lesquelles une partie renoncerait à la protection de la loi concomitamment ou postérieurement à la discrimination.

Par conséquent, dans un souci de prévention d'insécurité juridique, les mots «par avance» sont supprimés dans l'article 17 du décret.

2.4. Sexe et critères apparentés

Le décret actuel distingue, dans plusieurs articles, les critères protégés (exemples : l'âge, la fortune, la conviction religieuse, ...) du critère sexe.

Afin d'éviter toute confusion, de procéder à une simplification ainsi qu'à une clarification du texte, le Gouvernement wallon propose d'insérer dans la liste des critères protégés le critère sexe ainsi que les critères qui y sont apparentés.

Par conséquent, l'article 4, 5° est modifié afin d'introduire dans la liste des critères protégés le sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement, la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe.

Par ailleurs, plusieurs articles du texte sont toilettés, supprimant ainsi toute référence spécifique au critère sexe.

2.5. Extension du champ d'application aux relations de travail contractuelles

Le Gouvernement wallon propose d'étendre le champ d'application du décret aux relations de travail contractuelles, son champ d'application actuel étant limité aux seules relations de travail statutaires.

En effet, l'autorité fédérale étant seule compétente pour le droit du travail, les Communautés et Régions ne sont pas compétentes et ceci même dans la matière de l'enseignement ou dans celle de la fonction publique. Toutefois, les lois fédérales du 10 mai 2007 excluent de la compétence de l'autorité fédérale toutes les relations de travail statutaires et contractuelles au sein de la fonction publique régionale et communautaire.

Par conséquent, ni le décret wallon et ni les lois fédérales du 10 mai 2007 ne peuvent être invoquées par les agents contractuels de la fonction publique régionale afin de garantir leur droit à la non-discrimination, reconnu par la Directive 2007/78/CE.

Deux arguments plaident dès lors en faveur de cette modification du décret. D'une part, l'extension de la protection instaurée par le décret au personnel contractuel conformément à l'avis rendu par la section de Législation du Conseil d'Etat (SLCE) et à une partie de la doctrine soutenant qu'*«Il appartient exclusivement aux Communautés et aux Régions, chacune en ce qui les concerne, de mettre en place les dispositifs antidiscriminatoires applicables aux relations de travail»*. D'autre part, l'obtention d'une cohérence via l'instauration d'une même règle de référence pour les agents contractuels et statutaires au sein de la même administration wallonne.

Par conséquent, le Gouvernement wallon propose de modifier l'article 5 §2 afin d'instaurer cette protection pour les agents contractuels.

2.6. Modification du suivi et de l'évaluation du décret

Le suivi et l'évaluation du décret sont revus. Le Gouvernement wallon propose ainsi que le plan d'action couvre désormais toute la période de la législature et non plus une période de deux ans. Il en est de même pour le rapport d'évaluation qui sera présenté fin de législature par le Gouvernement au Parlement.

Les missions de l'IWEPS sont également redéfinies afin de correspondre à ses missions.

Par conséquent, l'article 33 prévoyant le suivi et l'évaluation du décret est modifié et l'article 35 est abrogé.

3. AVIS

Le CWEHF a pris connaissance des différentes modifications apportées au décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Il prend acte de l'ensemble de ces modifications qui permettent notamment de finaliser la mise en conformité des dispositions wallonnes avec les directives européennes relatives à l'égalité de traitement, en cohérence avec les lois fédérales du 10 mai 2007 relatives à la lutte contre les discriminations⁵. Il souhaite néanmoins formuler les remarques suivantes.

3.1. Sexe et critères apparentés

Le CWEHF prend acte du fait que le critère sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement, la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe sont insérés dans la liste des critères protégés. Il prend également acte du fait que toute référence spécifique au critère sexe est supprimée.

Le CWEHF souhaite rappeler que pour lui, le sexe/genre constitue une dimension transversale à tous les autres critères de discrimination énoncés dans le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Il considère en effet que les femmes et les hommes handicapés ou que les femmes et les hommes d'origine étrangère ne vivent pas les mêmes réalités, mettant ainsi en avant le risque de «double discrimination». Il estime néanmoins que l'insertion du critère sexe dans les critères protégés

⁵ Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

- Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.
- Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail;
- Directive 76/207/CEE 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 que modifiée par la Directive 2002/73/CE;
- Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes.
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.
- Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.
- Loi du 10 mai 2007 adoptant le code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

contribue à une meilleure couverture du critère sexe et évite ainsi toute confusion quant à la protection effective de ce critère.

3.2. Modification du suivi et de l'évaluation du décret

Le suivi et l'évaluation du décret sont revus. Le projet de décret modifie en effet l'article 33 §1^{er} du décret du 6 novembre 2008 qui prévoit désormais que : *«Le Gouvernement élabore, après concertation avec le CESRW et le CWEHF, un plan d'action couvrant la législature. Le Gouvernement assure le suivi du plan d'action. Il présente au Parlement wallon un rapport d'évaluation à la fin de la législature sur laquelle porte le plan d'action»*.

Par ailleurs, le projet de décret supprime l'article 35 du décret du 6 novembre 2008 qui stipule que : *«Le gouvernement remet, au Parlement wallon, annuellement et selon les modalités qu'il détermine, un rapport d'exécution du présent décret»*.

Le CWEHF prend acte de ces modifications. Néanmoins, il reste perplexe quant à l'élaboration d'un rapport d'évaluation à la fin de la législature sur laquelle porte le plan d'action. Il estime qu'une évaluation a posteriori, au bout d'une période de cinq ans (période actuelle d'une législature) ne permettra pas de modifier le plan, le cas échéant. Il invite dès lors le Gouvernement wallon à réaliser un rapport intermédiaire de ce plan.

Par ailleurs, le CWEHF recommande la mise en place d'un Comité de suivi afin d'assurer un suivi régulier de la bonne exécution des différentes mesures, et demande à y être associé. Il souhaite enfin recevoir le rapport d'évaluation qui sera présenté au Parlement.
