

Analyse du décret wallon du 6 novembre 2008. Propositions d'améliorations du texte.

Avis du Centre interfédéral pour l'égalité des chances – Novembre 2015

1. Définitions :

Article 4

Le texte de l'article 4 3° définit le sous le vocable « Centre » : le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, créé par la loi du 15 février 1993.

Cette définition doit être actualisée compte tenu de la signature de l'accord de coopération conclu le 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés en vue de créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

Le Centre propose de définir le mot « Centre » comme suit : Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations créé par l'accord de coopération conclu le 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés en vue de créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

2. Champ d'application du décret :

Article 5

Le texte de l'article 5 9° prévoit que le décret s'applique à « l'accès et la fourniture des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre, y compris en matière de logement ».

Il est exact que la directive 2004/113 « égalité F/H dans les biens et services » vise dans son champ d'application les biens et services mis à la disposition du public et qui sont offerts en dehors de la sphère privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre (article 3).

Toutefois :

- La directive 2004/113 autorise les états membres à adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité que celles prévues dans la directive (article 7) ;
- Les autres niveaux de pouvoirs belges ont fait usage de la liberté offerte par l'article 7 de la directive 2004/113. Par conséquent, ils n'ont pas exclu les biens et services offerts dans le cadre de la sphère de la vie privée et familiale,

- La directive 2000/43 « directive race » ne permet pas d'exclure les biens et services offerts dans le cadre de la sphère privée et familiale. Les lois anti-discrimination autres que le genre ne prévoient donc pas cette exclusion.

Par conséquent, le Centre la précision « à la disposition du public » est suffisante et vient donc limiter la possibilité de sanctionner les transactions strictement privées. Le Centre suggère que le décret évite d'exclure les biens et services « offerts dans le cadre de la sphère privée et familiale » de son champ d'application.

Il y a donc lieu de supprimer les mots « et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale » du texte de l'article 5, 9° du décret.

Article 6 :

Le législateur décréte a voulu éviter toute interférence entre le décret wallon et la question du harcèlement moral et sexuel sur le lieu du travail qui relève du Code sur le bien-être au travail. Il a entendu par ailleurs agir dans un souci de cohérence avec le texte des lois fédérales anti-discrimination. Il a par conséquent entendu exclure du champ d'application rationae personae du décret les travailleurs et les personnes assimilées aux travailleurs qui ne peuvent se prévaloir simultanément des dispositifs de protection établis par le décret et par la loi bien-être au travail.

La formulation de l'article 6 du décret est toutefois équivoque à cet égard comme l'a souligné l'arrêt 35/2010 rendu par la Cour Constitutionnelle le 22 avril 2010. En effet, en renvoyant uniquement au point 1° de l'article 2§1^{er} de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être au travail, cet article laisse entendre que seuls les personnes assimilées aux travailleurs et non les travailleurs eux même sont exclus du bénéfice du décret au profit de la loi bien-être au travail. La Cour a donc annulé la référence au point 1° de l'article 2§1^{er} de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être au travail dans le décret précité, comme elle l'avait fait pour la loi fédérale du 10 mai 2007 dans son arrêt 64/2009 du 02 avril 2009

Pour le Centre, afin de garantir la sécurité juridique et pour se mettre en conformité avec l'arrêt précité, il y a lieu de reformuler la disposition de l'article 6 du décret comme suit :

« Les dispositions du présent décret ne sont pas applicables en cas de harcèlement dans les relations de travail vis-à-vis des personnes visées dans l'article 2, § 1er de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs dans l'exécution de leur travail. En cas de harcèlement dans le cadre des relations de travail, ces personnes peuvent seulement recourir aux dispositions de la loi précitée. »

3. Justification des distinctions directes

Exigence professionnelle essentielle

Le texte de l'article 8 du décret prévoit qu'en ce qui concerne l'orientation professionnelle, l'insertion socio-professionnelle, le placement des travailleurs, l'octroi d'aides et de primes à l'emploi et à la promotion de l'emploi, ou les relations d'emploi statutaires ou contractuelles ou sein de la fonction publique wallonne, seule une exigence professionnelle essentielle peut justifier une distinction directe de traitement fondée sur les motifs du sexe, de l'origine nationale ou ethnique, de l'âge, de l'orientation sexuelle, du handicap ou de la conviction religieuse ou philosophique.

Ce même texte prévoit dans son §4 que le gouvernement détermine une liste exemplative de situations dans lesquelles une caractéristique constitue une exigence essentielle.

Ce texte n'a, à ce jour jamais été adopté par le gouvernement wallon. La rédaction de cette liste se révélant en pratique être d'une grande complexité et inutile compte tenu du pouvoir du juge de déterminer au cas par cas si une distinction de traitement est adéquatement justifiée par une de ces exigences ou non.

Par conséquent, le Centre préconise,

Soit la suppression de cet article 8§4

Soit l'insertion du terme « peut » après le mot gouvernement et le remplacement du terme « détermine » par le mot « déterminer ».

4. Aménagements raisonnables

Le texte de l'article 13 du décret prévoit : « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables doivent être effectués. Cela signifie que l'opérateur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins, dans une situation concrète, notamment pour permettre qu'une formation ou toute aide à l'insertion socioprofessionnelle soient dispensées à une personne handicapée, ou encore pour permettre à celle-ci d'accéder à l'emploi, sauf si ces mesures imposent à l'opérateur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée en faveur de l'intégration et de la formation professionnelle des personnes handicapées.

Le Gouvernement est habilité à définir la notion d'aménagement raisonnable et à préciser les modalités d'application du principe contenu dans l'alinéa précédent. »

Pour le Centre, cette disposition est redondante avec les articles

- 4 13° qui définit les aménagements raisonnables comme :

"Aménagements raisonnables" : les mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et de

progresser dans les domaines pour lesquels le présent décret est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées.

- 15 6° qui précise que dans les matières qui relèvent du champ d'application du présent décret, toute forme de discrimination est interdite et qu'il y a notamment lieu d'entendre par discrimination :

« Un refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée ».

Par ailleurs, si elle est maintenue, cette disposition doit être complétée avec les autres champs d'application du décret car elle laisse entendre que l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables ne prévaut que pour les opérateurs de formation et d'insertion professionnelle.

Le Centre suggère de supprimer l'article 13 du décret.

5. Action positive

A l'instar de presque toutes les autres réglementations anti discrimination, le décret prévoit que c'est le gouvernement qui doit déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre (art 14).

En l'absence d'adoption d'un Arrêté du gouvernement, il n'est donc à priori pas possible de mettre en œuvre une action positive et de justifier de la sorte une distinction de traitement sur base d'un critère protégé.

Le Centre attire l'attention du gouvernement sur le fait qu'il est risqué de conditionner la validité d'une action positive à l'adoption d'un Arrêté. Le Centre a par exemple fait le constat qu'aucun Arrêté semblable n'a été à ce jour adopté par un gouvernement en Belgique, de telle sorte qu'aucune action positive n'est pour l'instant possible alors que certaines des réglementations existent déjà depuis 2007...¹

Une solution afin de permettre la mise en œuvre d'actions positive dans le cadre des compétences visées par le décret serait de donner au juge la possibilité de suppléer au manque de cadre réglementaire et d'exercer son pouvoir d'appréciation et de contrôle sur la réalisation des conditions des actions positives telles qu'elles sont décrites de manière générale au §2 de l'article 12 du décret conformément au prescrit de la Cour Constitutionnelle.

Le Centre recommande de modifier l'article 14 du décret **comme suit** :

*« Dans le respect des conditions fixées à l'article 12 §2, le Gouvernement **peut** déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre ».*

¹ On notera que décret flamand (Décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement) ne parle pas quant à lui d'arrêté d'exécution et il ne peut être soumis à l'adoption d'un AR au niveau fédéral. Dans les matières flamandes, des actions positives sont tout à fait possible (et cela se fait d'ailleurs dans le cadre, par exemple, du projet jobkanaal (qui n'a jamais été contesté), sans parler des mesures prises par les autorités à l'égard de groupes cibles.

Ajouter un paragraphe 2 dans le même article qui précise :

« En l'absence d'arrêté pris sur pied de l'alinéa précédent, il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, que les conditions visées au §2 sont respectées »

6. Action en cessation

L'article 20 du décret prévoit la possibilité d'une action en cessation.

La mise en place d'une telle action en cessation nécessite une modification du Code Judiciaire. En effet, l'article 585 du Code Judiciaire qui précise la compétence du Président du Tribunal de première instance devrait être modifié afin de prévoir qu'il puisse également statuer sur les demandes en cessation formées en vertu du présent décret.

De même les articles 587 bis et 588 du Code Judiciaire devraient également être modifiés pour prévoir, respectivement, la compétence du Président du tribunal du travail et celle du Président du tribunal du commerce pour statuer sur les demandes en cessation formées sur base du présent décret.

Le Décret doit donc être complété par des articles prévoyant ces modifications du Code Judiciaire.

7. Conciliation

L'article 16 prévoit la possibilité de conciliation et habilite le gouvernement wallon à conclure un protocole avec le Centre pour préciser les modalités de collaboration sur ce point.

Le Centre s'interroge sur la nécessité de maintenir cette possibilité compte tenu de l'accord de coopération conclu le 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

8. Dispositifs de protection

Nullité des dispositions contraires au décret

L'article 17 prévoit que sont nulles les dispositions par lesquelles un ou plusieurs co-contractants renonceraient par avance à la protection du décret.

Dans son arrêt 35/2010 du 22 avril 2010 la Cour Constitutionnelle a jugé qu'il n'est pas justifié de 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 renoncera à la protection de la loi concomitamment ou postérieurement à cette discrimination.

Afin de se conformer à l'arrêt 35/2010 de la Cour Constitutionnelle, le Centre préconise de supprimer les mots « par avance » dans l'article 17 du décret.

Mesures de rétorsion

Le texte du décret prévoit de protéger la victime d'une discrimination ainsi que les témoins formels contre des mesures de rétorsion. La Commission européenne estime cette disposition insuffisante et a mis en demeure la Belgique le 29 avril dernier, en épingleant notamment cette problématique.

La modification prévoit donc d'élargir la protection contre les mesures de rétorsion à toutes personnes défendant une victime ou témoignant en sa faveur.
Le Centre préconise de supprimer à l'article 18§5 et à l'article 18/1 §9 du décret, les termes « qu'elles ont-elles-mêmes vus ou entendus ».

Action en cessation

Selon l'article 20 §4 du décret, l'action en cessation « est formée et instruite selon les formes du référé ».

Dans un souci de cohérence avec les autres législations et notamment avec les lois fédérales, de même que dans le souci de préciser de manière explicite que dans le cas de ce type d'action « le civil tient le criminel en état », le Centre propose de compléter le texte de l'article 20 §4 du décret comme suit :

« Elle peut être formée par requête, établie en quatre exemplaires et envoyée par lettre recommandée à la poste ou déposée au greffe de la juridiction compétente. Sous peine de nullité, la requête contient : 1° l'indication des jours, mois et année ; 2° les noms, prénoms, profession et domicile du requérant ; 3° les nom et adresse de la personne physique ou morale contre laquelle la demande est formée ; 4° l'objet et l'exposé des moyens de la demande. Le greffier du tribunal avertit sans délai la partie adverse par pli judiciaire, auquel est joint un exemplaire de la requête, et l'invite à comparaître au plus tôt trois jours, au plus tard huit jours après l'envoi du pli judiciaire. Il est statué sur l'action nonobstant toute poursuite exercée en raison des mêmes faits devant toute juridiction pénale. Lorsque les faits soumis au juge pénal font l'objet d'une action en cessation, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après qu'une décision coulée en force de chose jugée ait été rendue relativement à l'action en cessation. La prescription de l'action publique est suspendue pendant la surséance. Le jugement est exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution. Il est communiqué par le greffier de la juridiction, sans délai, à toutes les parties et au procureur du Roi ».

Et d'ajouter un §5 qui précise : « Les dispositions du présent article ne portent pas préjudice aux compétences du Conseil d'Etat, telles que définies par les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat. »

9. Instances compétentes

L'article 30 prévoit la conclusion d'un accord de coopération entre la Wallonie et l'état fédéral autorisant le Centre et l'Institut à agir en justice dans le cadre du décret.

Cet accord ayant été conclu le 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés en vue de créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, le Centre préconise la suppression des mots « le Centre et » dans l'article 30 du décret.

Pour être complet, la phrase suivante pourrait être ajoutée à l'article 30 : « En vertu de l'accord de coopération du 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés en vue de créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, le Centre est autorisé à agir en justice dans les litiges relatifs à l'application du présent décret ».

10. Points d'attention (ces points constituent des suggestions du Centre mais impliquent un positionnement politique du législateur wallon) :

- Absence de pénalisation des discriminations directes sur base des critères « raciaux »

Le Centre relève également que le décret ne reprend pas de dispositions visant à sanctionner pénalement les discriminations sur base des critères raciaux² ayant lieu dans l'emploi et dans l'accès et la fourniture de biens et services mis à la disposition du public. La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie prévoit quant à elle une telle pénalisation (art.24). Il y a donc une protection différente selon que le bien ou service en question relève de la compétence de l'autorité fédérale ou de la Région wallonne en l'occurrence. A titre exemplatif, refuser une personne dans une discothèque en raison de son origine pourrait être sanctionné pénalement mais pas un refus d'accès à un bus du TEC fondé sur le même motif.

Le Centre ne plaide pas spécialement pour la mise en place d'un dispositif pénal et laisse la région wallonne libre de décider de l'opportunité d'une telle pénalisation.

Le Centre attire simplement l'attention des autorités wallonnes sur ce fait pour qu'elles puissent se décider en pleine connaissance de cause.

A propos des critères de discrimination repris dans le décret :

- Origine sociale :

Le décret mentionne le critère protégé 'origine sociale'.

² On entend par critères « raciaux » : la prétendue race, l'ascendance, la couleur de peau et l'origine nationale ou ethnique.

Dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi fédérale 2722/1 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, il est précisé que l'origine sociale doit être comprise comme 'l'appartenance à une certaine classe sociale (par exemple la noblesse)'³. La portée de ce critère de discrimination semble dès lors relativement restreinte.

En revanche, le critère protégé 'condition sociale', auquel se réfèrent par exemple l'Accord de coopération (dans sa version néerlandaise) et le Décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement, est beaucoup plus large.

Lorsqu'un candidat à un emploi est par exemple écarté parce qu'il a un passé judiciaire alors qu'il n'y a aucune raison de le faire au vu de la nature de la fonction proposée et de la nature de ce passé judiciaire, le Centre n'est pas compétent si l'on fait une interprétation stricte des critères de la loi antidiscrimination. Il en va de même pour un délit de haine commis envers un sans-abri.

Selon le Centre, le critère protégé 'origine sociale' conserve son utilité, par exemple dans des situations de discrimination envers une personne originaire d'un certain quartier. Mais il serait préférable de l'étendre – et par la même occasion de l'harmoniser – à 'l'origine et la condition sociale' (ou le 'statut social'). Cette extension permettrait au Centre de traiter des signalements concernant des personnes qui ont un passé judiciaire, des sans-abris ou des demandeurs d'emploi, par exemple (au moyen du critère protégé 'condition sociale'). Mais le Centre pourrait aussi être compétent lorsque des candidats à un emploi sont refusés de prime abord parce qu'ils sont domiciliés dans un certain quartier (cf. certaines pratiques en France) ou lorsque des campagnes publicitaires évitent systématiquement certains quartiers (cf. certaines pratiques aux Pays-Bas), cette fois grâce au critère protégé 'origine sociale'.

- **État de santé actuel ou futur**

Le décret mentionne le critère '*état de santé actuel ou futur*'. L'Accord de coopération se réfère par exemple au critère protégé 'état de santé', tout comme le Décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement. La convention collective du travail n°95 d'octobre 2008 relative à l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail a repris le critère protégé de 'passé médical'. D'après l'expérience du Centre, la référence à l'état de santé actuel ou futur dans les lois antidiscrimination est trop restrictive et ne tient pas compte de l'état de santé antérieur.

C'est ainsi que lors de la réorganisation d'une grande entreprise, des critères de licenciement ont été définis en attribuant des points négatifs en fonction du nombre de journées d'absences pour maladie. La Cour du travail a jugé que la loi antidiscrimination ne s'appliquait pas parce que l'état de santé antérieur ne constituait pas un critère protégé dans cette loi⁴.

Pour le Centre, il vaudrait mieux harmoniser – et par conséquent remplacer – le critère protégé 'état de santé actuel ou futur' par l' « état de santé ».

³ Chambre des Représentants 2006-2007, Projet de loi 2722/001, p. 17-18.

⁴ C. trav. Anvers, 3 septembre 2008.