

A V I S N° 1.888

Séance du mardi 28 janvier 2014

- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes - Article 13, § 3 - Situation dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes - Article 16, § 3 - Mesure d'action positive
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination - Article 10, § 3 - Mesure d'action positive

x x x

2.677-1
2.678-1
2.679-1

A V I S N° 1.888

- Objet :
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes - Article 13, § 3 - Situation dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante
 - Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes - Article 16, § 3 - Mesure d'action positive
 - Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination - Article 10, § 3 - Mesure d'action positive
-

Par lettre du 6 décembre 2013, Madame J. Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis portant sur un projet d'arrêté royal fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou une activité professionnelle en exécution de l'article 13, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Cet article prévoit que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine les situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Par lettre du 9 décembre 2013, Madame J. Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances, a également saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis portant sur un projet d'arrêté royal fixant les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution de l'article 16, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Cet article prévoit que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

Enfin, par lettre du 9 décembre 2013, Madame J. Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances, a aussi saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis portant sur un projet d'arrêté royal fixant les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution de l'article 10, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Cet article prévoit que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

L'examen de ces trois dossiers a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Sur rapport de cette Commission, le Conseil a émis le 28 janvier 2014, l'avis unanime suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. INTRODUCTION

- A. Par lettre du 6 décembre 2013, Madame J. Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis portant sur un projet d'arrêté royal fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou une activité professionnelle en exécution de l'article 13, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (loi « genre »).

Cet article prévoit que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine les situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. L'article 13, § 3 susvisé a donc opté pour un système fermé d'exceptions. En d'autres termes, toutes les exigences professionnelles essentielles et déterminantes, fondées sur le sexe et non visées par la disposition réglementaire, sont considérées comme discriminatoires, à moins qu'elles ne tombent sous le coup d'une autre exception légale.

Le projet d'arrêté royal soumis pour avis remplace et abroge l'arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle, cet arrêté royal étant actuellement dépourvue de base légale suite à l'adoption de la loi « genre ».

- B. Par lettre du 9 décembre 2013, Madame J. Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances, a également saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis portant sur un projet d'arrêté royal fixant les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution de l'article 16, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Cet article prévoit que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

Par lettre du 9 décembre 2013, Madame J. Milquet, Vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances, a également saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis portant sur un projet d'arrêté royal fixant les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution de l'article 10, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Cet article prévoit que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

Ces projets d'arrêté royaux ne reposent pas sur une liste fermée d'exceptions mais sur une procédure ouverte. Ainsi, ils déterminent selon quelles conditions une mesure d'action positive est admissible et ils confient à une « Commission de recours des actions positives », la compétence de contrôler, a posteriori, les mesures d'actions positives adoptées en vertu de la loi « genre » et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

II. POSITION DU CONSEIL

Le Conseil a examiné les projets d'arrêtés royaux qui lui ont été soumis pour avis avec la plus grande attention. Lors de l'examen de ces projets de textes réglementaires, il a pu bénéficier de la collaboration de représentants de la cellule stratégique de la Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des chances.

A. Quant au projet d'arrêté royal fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou une activité professionnelle

En premier lieu, le Conseil constate que le projet d'arrêté royal qui lui est soumis pour avis a pour objet d'abroger et de remplacer l'arrêté royal du 8 février 1979 susvisé, celui-ci étant désormais dépourvu de base légale. En effet, cet arrêté royal avait été adopté sur la base de l'article 122 de la loi du 4 août 1978 (et pas 2008 comme erronément indiqué dans le Rapport au Roi) de réorientation économique. Or, cette loi a été abrogée par la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, cette dernière ayant été ensuite abrogée par la loi « genre ».

Le Conseil rappelle ensuite que l'arrêté royal du 8 février 1979 se place dans le cadre des suites à l'arrêt « Defrenne » de la Cour de justice des Communautés européennes du 8 avril 1976. Cependant, compte tenu des évolutions intervenues depuis lors au sein de la société et dans les mentalités et à la lumière de la loi "genre" du 10 mai 2007, le Conseil se demande si une approche via une liste fermée est bien la plus appropriée.

Il souligne également qu'à l'égard des emplois listés par le projet d'arrêté royal (essentiellement des activités professionnelles relevant du domaine artistique), surgit le risque d'une discrimination indirecte vis-à-vis des transsexuels et transgenres. En effet, l'article 4, § 2 de la loi « genre » interdit la discrimination fondée sur le changement de sexe. En outre, le Conseil note que la ministre de l'Égalité des chances a saisi le Conseil de l'Égalité des chances entre hommes et femmes d'un avant-projet de loi visant à interdire la discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'expression du genre.

Enfin, le Conseil constate que selon le Rapport au Roi, l'objectif poursuivi par le texte réglementaire est « légitime et la distinction autorisée est proportionnée à cet objectif puisqu'aucune alternative réaliste et moins attentatoire aux droits des personnes de l'autre sexe n'est envisageable. Ne pas autoriser des distinctions fondées sur le sexe dans de telles circonstances rendrait impossible ou outrancièrement complexe la pratique de ces activités. ». Outre ses remarques susvisées quant à l'évolution des mentalités et aux transsexuels et transgenres, le Conseil souligne que dans certaines circonstances, une femme peut plus adéquatement interpréter un rôle masculin et vice-versa. Il pense ici notamment à certaines tessitures de voix pour l'interprétation d'un rôle dans le cadre d'un opéra.

Le Conseil demande qu'il soit tenu compte de ses remarques tant à l'égard du Rapport au Roi que de l'arrêté royal envisagé.

- B. Quant aux projets d'arrêtés royaux fixant les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution d'une part, de l'article 10, §3, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et d'autre part, de l'article 16, § 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

Le Conseil relève que les deux projets d'arrêtés royaux soumis pour avis ont pour objet de déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre, conformément aux dispositions légales contenues dans les lois du 10 mai 2007 précitées.

Il tient d'emblée à rappeler l'importance qu'il accorde à la lutte contre toutes les formes de discrimination en général et à la question des mesures d'actions positives en particulier.

Ainsi, la mesure d'action positive a fait l'objet d'une attention particulière lors de l'élaboration du code de conduite relatif à l'égalité de traitement annexé à la CCT n° 38 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, lors de sa dernière modification du 10 octobre 2008. Ce type de mesure y est expressément visé comme l'un des instruments qui sont disponibles pour oeuvrer dans les entreprises à une participation renforcée des groupes à risque au travail ainsi qu'à la diversité.

Dans son avis n° 1.654 du 10 octobre 2008 relatif aux actions positives, le Conseil avait également estimé qu'il devait être possible d'aller au-delà de l'égalité formelle en droit pour tendre, concrètement, vers une plus grande égalité en fait entre les personnes.

Il avait insisté à cette occasion sur la nécessité de permettre les politiques volontaires afin de prévenir ou compenser les désavantages auxquels certaines catégories de personnes continuent d'être confrontés sur le marché de l'emploi.

Le Conseil avait également souligné l'importance du rôle des partenaires sociaux pour la définition et la mise en œuvre de ces politiques. En particulier, il avait mis en lumière le rôle majeur que pouvaient jouer les secteurs dans le développement de plans de diversité qui comportent des mesures d'actions positives en faveur de certains groupes cibles désavantagés sur le marché de l'emploi.

Dans ce même avis, le Conseil avait mis en lumière l'insécurité juridique entourant les actions positives développées volontairement par les secteurs et les entreprises.

Il avait appelé à ce qu'un cadre juridique adéquat soit mis en place qui permette d'assurer la pérennité et la sécurité juridique des mesures positives prises par les partenaires sociaux à tous les niveaux appropriés. Il avait enfin demandé à être consulté sur les projets d'arrêtés royaux qui devraient être adoptés pour mettre en place ce cadre juridique. Ce cadre juridique supposait de pouvoir disposer d'un instrument de mesure permettant d'objectiver les discriminations existantes sur le marché de l'emploi. Un projet d'instrument de mesure de la diversité socio-économique sur le marché du travail, développé par le Centre pour l'égalité des chances, a fait l'objet de l'avis 1.662 du 22 décembre 2008. Cet instrument a été depuis implémenté, ce qui permet enfin de mettre en œuvre les lois précitées du 10 mai 2007.

Le Conseil a eu l'occasion de procéder à un examen des projets d'arrêté royaux soumis pour avis.

Sans entrer dans le détail des dispositions proposées, il souhaite formuler les remarques suivantes :

- Quant au souci de sécurité juridique

Le Conseil estime tout d'abord que la définition de l'action positive, telle qu'elle est fournie dans les deux projets d'arrêtés royaux, ne comporte pas des critères suffisamment précis pour lever l'insécurité juridique qui entoure toujours, aujourd'hui, les actions positives mises en œuvre par les secteurs et les entreprises. Cette définition pose même certains problèmes de cohérence avec les conditions fixées par les lois précitées du 10 mai 2007.

- Quant à l'approche mise en œuvre

Le Conseil constate également que l'approche mise en œuvre dans les projets soumis pour avis est une approche globalisante consistant à confier à un seul organisme, à savoir la Commission de recours des actions positives, la compétence de contrôler à posteriori les initiatives d'action positive.

Il relève que cette approche ne laisse aucun rôle aux partenaires sociaux et plus particulièrement aux secteurs, alors que les actions positives se situent clairement dans le champ du dialogue social.

En cela, l'approche mise en œuvre s'écarte fondamentalement de celle préconisée par le Conseil dans son avis n° 1.654 précité, dans lequel il avait souligné l'importance du rôle des partenaires sociaux et plus particulièrement, des secteurs pour traiter de cette problématique.

Le Conseil ne souscrit pas à une approche a posteriori, dans laquelle une Commission administrative viendrait, en quelque sorte, sanctionner des pratiques qui auraient été négociées et acceptées entre partenaires sociaux.

Et ce d'autant que le fondement juridique, la composition (uniquement des fonctionnaires et aucune représentation des partenaires sociaux), ainsi que les règles de procédures qui sont en vigueur au sein de la Commission de recours posent, selon lui, de sérieuses questions tant en termes d'opportunité que de légalité de cette Commission.

Les textes soumis pour avis n'offrent donc pas, selon le Conseil, le cadre juridique adéquat auquel il avait appelé dans son avis n° 1.654 précité afin d'assurer la pérennité et la sécurité juridique des mesures prises par les partenaires sociaux à tous les niveaux appropriés.

Tout en soulignant à nouveau l'importance de disposer d'un cadre juridique adéquat aux mesures d'action positive, ces différentes considérations conduisent le Conseil à considérer que les textes soumis pour avis ne répondent pas aux préoccupations qu'il avait formulées dans son avis n°1.654 précité et l'amènent à porter sur ces textes une appréciation globalement négative.

Le Conseil réitère son soutien au principe d'actions positives comme un instrument pertinent pour renforcer la participation des groupes à risque au travail ainsi que la diversité sur le marché du travail. Il relève qu'il est toujours possible, avant d'introduire de telles mesures d'actions positives, de demander a priori l'avis du Centre pour l'égalité des chances ou de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

Il plaide à nouveau pour que soit mis en place un système incitatif dans lequel les partenaires sociaux, à tous les niveaux, puissent jouer leur rôle et que cela soit réalisé au travers d'un cadre juridique adéquat garantissant la sécurité juridique des actions menées sur le terrain par les secteurs et les entreprises.

Il demande en conséquence que les projets d'arrêtés royaux dont saisine ne soient pas adoptés en l'état et que de nouveaux textes lui soient soumis, textes qui prennent mieux en compte les considérations émises par lui dans son avis précité n° 1.654 et dans le présent avis.
