

PARLEMENT
DE LA
COMMUNAUTÉ FRANÇAISE

Session 2008-2009

24 OCTOBRE 2008

PROJET DE DÉCRET

RELATIF À LA LUTTE CONTRE CERTAINES FORMES DE DISCRIMINATIONS

TABLE DES MATIÈRES

EXPOSÉ DES MOTIFS	7
1 Etat des lieux de la législation anti-discrimination en Communauté française et conformité au droit communautaire	7
2 Cadre légal de lutte contre les discriminations et harmonisation	8
3 Les critères protégés de discrimination	8
4 Définitions	8
5 Dispositifs pénaux et civils	9
6 Avis de la section de législation du Conseil d'Etat	9
6.1 Quant aux observations générales relatives à la répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les régions et les communautés	9
6.2 Quant à l'observation relative à l'article 2	15
6.3 Quant à la première observation relative à l'article 3	16
6.4 Quant à l'observation relative à l'article 6	16
6.5 Quant aux observations relatives aux articles 18 à 22	16
6.6 Quant aux observations relatives aux articles 36 et 37 de l'avant-projet, devenus les articles 37 et 38 du projet	16
6.7 Quant à l'observation relative à l'article 41 de l'avant-projet, devenu l'article 42 du projet	16
6.8 Quant à l'observation relative à l'article 50, devenu l'article 51 du projet	17
COMMENTAIRE DES ARTICLES	18
PROJET DE DÉCRET RELATIF À LA LUTTE CONTRE CERTAINES FORMES DE DISCRIMINATION	47
TITRE I Dispositions générales	47
CHAPITRE I Dispositions introductives	47
CHAPITRE II Définitions générales	47
CHAPITRE III Champ d'application général	49
CHAPITRE IV Interdiction de discriminer	49
CHAPITRE V Actions positives	50
TITRE II Dispositions spécifiques	50
CHAPITRE I Le domaine de l'emploi	50
SECTION I Définitions spécifiques	50
SECTION II Champ d'application spécifique	50

SECTION III Justifications admissibles à la distinction directe dans l'emploi	51
SOUS-SECTION I Justification objective et raisonnable	51
SOUS-SECTION II Exigence professionnelle essentielle et déterminante	51
SOUS-SECTION III Justification spécifique sur la base de la conviction religieuse ou philosophique	52
SOUS-SECTION IV Justification spécifique sur la base de l'âge	52
SECTION IV Action positive	52
SECTION V Disposition spécifique relative au harcèlement	52
SECTION VI Retour de congé de maternité, de paternité ou d'adoption	52
CHAPITRE II Le domaine de l'enseignement	52
SECTION I Définitions spécifiques	53
SECTION II Champ d'application spécifique	53
SECTION III Justifications admissibles à la distinction directe dans l'enseignement	53
SOUS-SECTION I Dans l'accès à et le suivi de l'enseignement correspondant à l'éducation	53
SOUS-SECTION II Dans l'accès à et le suivi de l'enseignement correspondant à la formation professionnelle	53
SECTION IV Disposition spécifique relative au harcèlement	54
CHAPITRE III Le domaine de la politique de santé	54
SECTION I Champ d'application spécifique	54
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe dans la politique de santé	54
CHAPITRE IV Le domaine des avantages sociaux	54
SECTION I Champ d'application spécifique	54
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe dans le domaine des avan- tages sociaux	54
CHAPITRE V Le domaine de l'affiliation à et de l'engagement dans toute organisation profes- sionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française	54
SECTION I Champ d'application spécifique	54
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe	55
CHAPITRE VI Le domaine de l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture	55
SECTION I Champ d'application spécifique	55
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe	55
SOUS-SECTION I Accès à et fourniture des biens et services en fonction de la natio- nalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique	55
SOUS-SECTION II Fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe	55
SOUS-SECTION III Justification objective et raisonnable	55
TITRE III Dispositions horizontales	56
CHAPITRE I Organismes autonomes de lutte contre la discrimination	56
CHAPITRE II Voies de recours et charge de la preuve	56

SECTION I Voies de recours	57
SECTION II Charge de la preuve	57
CHAPITRE III Dispositions protectionnelles et sanctionnelles de nature civile	57
SECTION I Conformité	57
SECTION II Protection contre les rétorsions	58
SECTION III Sanctions	59
SECTION IV Action en cessation	60
TITRE IV Dispositions pénales	61
TITRE V Dispositions finales	62
CHAPITRE I Conciliation	62
CHAPITRE II Surveillance et évaluation	62
CHAPITRE III Dispositions abrogatoires	62
 AVANT-PROJET DE DÉCRET RELATIF À LA LUTTE CONTRE CERTAINES FORMES DE DISCRIMINATION	 64
TITRE I Dispositions générales	64
CHAPITRE I Dispositions introductives	64
CHAPITRE II Définitions générales	64
CHAPITRE III Champ d'application général	65
CHAPITRE IV Interdiction de discriminer	66
CHAPITRE V Actions positives	66
TITRE II Dispositions spécifiques	67
CHAPITRE I Le domaine de l'emploi	67
SECTION I Définitions spécifiques	67
SECTION II Champ d'application spécifique	67
SECTION III Justifications admissibles à la différence de traitement directe dans l'emploi	68
SOUS-SECTION I Justification objective et raisonnable	68
SOUS-SECTION II Exigence professionnelle essentielle et déterminante	68
SOUS-SECTION III Justification spécifique sur la base de la conviction religieuse ou philosophique	68
SOUS-SECTION IV Justification spécifique sur la base de l'âge	69
SECTION IV Action positive	69
SECTION V Disposition spécifique relative au harcèlement	69
SECTION VI Retour de congé de maternité, de paternité ou d'adoption	69
CHAPITRE II Le domaine de l'enseignement	69
SECTION I Définitions spécifiques	69
SECTION II Champ d'application spécifique	69

SECTION III Justifications admissibles à la distinction directe dans l'enseignement	70
SOUS-SECTION I Dans l'accès à et le suivi de l'enseignement fondamental et secondaire général	70
SOUS-SECTION II L'accès à et le suivi de l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice	70
SECTION IV Disposition spécifique relative au harcèlement	70
CHAPITRE III Le domaine de la politique de santé	70
SECTION I Champ d'application spécifique	70
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe dans la politique de santé	70
CHAPITRE IV Le domaine des avantages sociaux	71
SECTION I Champ d'application spécifique	71
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe dans le domaine des avantages sociaux	71
CHAPITRE V Le domaine de l'affiliation à et de l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française	71
SECTION I Champ d'application spécifique	71
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe	71
CHAPITRE VI Le domaine de l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture	71
SECTION I Champ d'application spécifique	71
SECTION II Justifications admissibles à la distinction directe	72
SOUS-SECTION I Accès à et fourniture des biens et services en fonction de la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique	72
SOUS-SECTION II Fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe	72
SOUS-SECTION III Justification objective et raisonnable	72
TITRE III Dispositions horizontales	72
CHAPITRE I Organismes autonomes de lutte contre la discrimination	72
CHAPITRE II Voies de recours et charge de la preuve	73
SECTION I Voies de recours	73
SECTION II Charge de la preuve	73
CHAPITRE III Dispositions protectionnelles et sanctionnelles de nature civile	73
SECTION I Conformité	73
SECTION II Protection contre les rétorsions	74
SECTION III Sanctions	75
SECTION IV Action en cessation	76
TITRE IV Dispositions pénales	76

TITRE V Dispositions finales	78
CHAPITRE I Conciliation	78
CHAPITRE II Surveillance et évaluation	78
CHAPITRE III Dispositions abrogatoires	78
 ANNEXE AU PROJET DE DÉCRET	 79
 AVIS DU CONSEIL D'ETAT	 85

EXPOSÉ DES MOTIFS

La politique de lutte contre les discriminations est une composante de la protection des droits fondamentaux garantie par le droit international, et traduite en obligation positive par le droit européen. Les Communautés et les Régions sont responsables, pour les matières dans lesquelles ils exercent une compétence, de la protection des libertés et des droits fondamentaux. Il leur appartient dès lors de définir un cadre cohérent conforme à la réglementation européenne et de disposer d'instruments juridiques efficaces pour combattre sur le terrain des différences de traitement intolérable, pour ceux qui en sont les victimes comme pour la société.

1 Etat des lieux de la législation anti-discrimination en Communauté française et conformité au droit communautaire

Cet avant-projet de décret cadre abroge le décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement. Cette décision est notamment motivée par :

- La mise en demeure adressée à la Belgique le 23 mars 2007⁽¹⁾, la Commission européenne a relevé principalement trois domaines de non conformité de décret du 19 mai 2004 avec la directive 2000/78/CE. Tout d'abord, le décret du 19 mai 2004 ne contient pas un champ d'application des « aménagements raisonnables » pour personnes handicapées conforme à l'article 5 de la directive 2000/78/CE. Ensuite, le même décret ne prévoit pas de possibilité pour les associations reconnues de représenter les victimes en justice (non conformité à l'article 9.2 de la Directive 2000/78), ni de disposition relative à la protection contre les rétorsions ((non conformité à l'article 11 de la Directive 2000/78).
- Le courrier adressé par la Commission européenne à la Communauté française le 5 janvier 2005, des questions ont été adressées à cette dernière quant à la suffisance de différentes dispositions du décret du 19 mai 2004 pour atteindre les objectifs établis dans la directive

2000/43/CE. La Commission épingle l'insuffisance, à première vue, du décret aux regards des exigences européennes en matière de défense des droits (représentation des victimes en justice, art. 7 de la directive 2000/43/CE) et d'établissement de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives (art. 15 de la directive 2000/43/CE). Elle s'interroge en outre sur l'absence de dispositions relative au harcèlement, à la charge de la preuve et à la protection contre les rétorsions. Elle s'étonne enfin de l'utilisation de l'expression « exigence essentielle et déterminante » en dehors du domaine de l'emploi. Dans un avis motivé du 23 octobre 2007, la Commission européenne estime que, sur ce dernier point comme sur celui de l'absence d'organisme autonome de lutte contre les discriminations, la législation de la Communauté française n'est pas conforme à la directive 2000/43/CE⁽²⁾.

Suite à cette transposition partielle, cet avant-projet vise notamment à parachever la transposition des directives européennes ci-après mentionnées en matière de lutte contre les discriminations dans les domaines qui relèvent des compétences de la Communauté française :

- La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique ;
- La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;
- La directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 du 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 ;
- La directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de ser-

(1) Commission européenne, Mise en demeure de la Belgique, infraction n°2007/2007.

(2) Commission des Communautés européennes, Avis motivé du 23 octobre 2007, infraction n°2005/2353.

vices ;

- La directive 2006/54/CE, dite « refonte » du Parlement européen et du Conseil, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes en matière d'emploi et de travail, adoptée le 5 juillet 2006.

2 Cadre légal de lutte contre les discriminations et harmonisation

Outre la transposition des directives européennes, l'objectif de ce présent décret est double. D'une part, il s'agit de créer un cadre légal et transversal, de lutte contre les discriminations pour les domaines de compétence relevant de la Communauté française. D'autre part, il s'agit d'harmoniser celui-ci avec le cadre légal existant en Belgique.

- Le cadre légal posé par ce décret est destiné à transposer les cinq directives européennes précitées dans les matières relevant d'une compétence de la Communauté française. Par cadre légal il ne faut pas entendre de simples mesures d'habilitation, mais bien un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur les critères prohibés de distinction identifiés⁽³⁾. Ce choix méthodologique et légistique s'écarte en effet de celui adopté par le législateur fédéral qui a rédigé trois lois distinctes en fonction du critère discriminatoire contre lequel il convient de lutter : le sexe et les critères apparentés ; la prétendue race et les critères apparentés ; les autres critères protégés. Ce choix résulte de la volonté d'assurer, quel que soit le champ de compétence visé (Etat fédéral ou entités fédérées) une protection cohérente et similaire aux justiciables tant au niveau des critères protégés que des moyens de protections prévus dans les textes légaux. Il fixe donc un niveau de protection standard mais n'exclut en rien les possibilités de garantir à l'avenir un plus haut niveau de protection contre les discriminations en raison de l'un ou l'autre motif défini plus haut.

- L'harmonisation aux projets en cours la Région Wallonne et la Commission Communautaire

(3) Ce terme de « cadre général » est également utilisé dans les articles 3 respectifs des Lois fédérales du 10 mai 2007 : Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, M.B., 30 mai 2007, ci-après « loi anti-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, M.B., 30 mai 2007, ci-après « loi anti-racisme » ; Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 30 mai 2007, ci-après « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Française a aussi été visée et ceci afin de maintenir cette même cohérence entre les textes prohibant les discriminations et ce, afin de fournir aux justiciables une garantie effective de lutte contre les discriminations. Ainsi, les mêmes critères de discrimination sont listés dans les trois textes, et reprennent les critères recensés dans les lois fédérales du 10 mai 2007.

3 Les critères protégés de discrimination

L'avant-projet de décret comprend une liste limitative de motifs de discrimination protégés identique à celle qui figure dans les lois fédérales du 10 mai 2007 et reprend la quasi-totalité de la liste des critères visés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « laquelle constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination » (4).

Néanmoins, à l'instar des lois fédérales, le critère, contenu dans la Charte des droits fondamentaux, relatif aux « autres opinions » peut être estimé comme superflu dans la mesure où les convictions philosophiques et religieuses, d'une part, et les opinions politiques, d'autre part, recouvrent cette notion. Le motif d'« appartenance à une minorité nationale » est écarté car cette notion, bien qu'irréductible aux autres caractéristiques reprises dans l'avant-projet de décret (langue commune, identité ethnique ou conviction religieuse), ne peut s'apprécier sans recourir directement à l'une ou plusieurs de celles-ci et ne peut dès lors constituer un motif de discrimination distinct. Enfin, par souci de transparence et de sécurité juridique une liste limitative de critères de discrimination donnant lieu à une protection décrétable ; les autres formes de discrimination sont quant à elles interdites par les articles 10 et 11 de la Constitution.

4 Définitions

Les notions de discriminations directes et indirectes définies par le législateur fédéral dans les lois du 10 mai 2007 et inspiré du vocabulaire des directives communautaires 2000/43/CE et 2000/78/CE ont ici été reprises. Ainsi, il est établi explicitement une scission entre ce qui relève des distinctions de traitement directes ou indirectes et ce qui relève des discriminations proprement dites, directes ou indirectes.

(4) Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, Exposé des motifs, Doc. Parl. Ch. Repr., Doc 51 2722/001, pp. 17.

Le terme distinction a une connotation neutre et n'est pas nécessairement une discrimination. Le terme discrimination est quant à lui réservé à ce qui ne peut être justifié. Il en va de même pour des notions telles que l'aménagement raisonnable, l'exigence professionnelle essentielle, l'injonction de discriminer... Par ailleurs, les mêmes soucis de cohérence et d'efficacité ont conduit les Gouvernements francophones à prendre, pour ce qui concerne le harcèlement, les définitions contenues dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs, modifiée par la loi du 10 janvier 2007.

5 Dispositifs pénaux et civils

Enfin, les dispositifs pénaux et civils prévus dans les lois fédérales ont inspirés les dispositifs du présent projet : les procédures et les sanctions sont identiques quel que soit le domaine dans lequel la discrimination est commise.

6 Avis de la section de législation du Conseil d'Etat

Il a été tenu compte de l'ensemble des observations formulées dans l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. Certaines d'entre elles appellent toutefois des développements complémentaires.

6.1 Quant aux observations générales relatives à la répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les régions et les communautés

1° Parmi ses observations générales, la section de législation estime que doivent être énoncés les motifs justifiant que le décret en projet contienne des règles de droit civil et de droit judiciaire.

Comme point de départ à la démarche de l'auteur du projet, il y a les directives à transposer, lesquelles requièrent de la part de leurs destinataires qu'ils déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions adoptées en application des règles européennes d'égalité de traitement. Ces sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'une indemnisation à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Celles-ci peuvent être de nature pénale, administrative ou civile, ce qui ne va pas, en effet, sans poser de questions au regard de la répartition des compétences dans ces matières entre l'autorité fédérale et les entités fédérées.

Tel est également le cas des dispositifs inscrits dans les directives à transposer ou qui seraient le fruit de cette transposition, et qui ont trait au droit judiciaire. Il appartient, en effet, en principe exclusivement au législateur fédéral de définir les compétences des juridictions judiciaires, au titre des compétences que lui réservent les articles 145 et 146 de la Constitution, tels qu'interprétés de manière constante par la Cour constitutionnelle. L'action en cessation qu'instaure le projet à l'instar de ce qui a été fait au niveau fédéral, pose des difficultés à cet égard. De même, relève de la compétence – résiduaire cette fois – du législateur fédéral la définition des règles de procédure applicables devant les juridictions judiciaires. Cette règle a un impact sur le partage de la charge de la preuve et le droit d'action en justice des groupements d'intérêts que comporte le texte en projet.

Comme l'a expliqué Olivier de Schutter,

« Les incertitudes des Régions et des Communautés à propos de leur compétence à adopter des règles de procédure, en matière, par exemple, de sanctions (pénales ou civiles), du locus standi des organisations ou des pouvoirs du tribunal devant lequel une plainte est déposée pour discrimination supposée » ont créé « une situation dans laquelle la mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE du Conseil (est restée) insatisfaisante sur un certain nombre de points, relativement aux domaines relevant des compétences des Régions et des Communautés dans le système fédéral belge de répartition des compétences. » (« Rapport du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail - Résumé du chapitre 4 sur la Belgique », Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : législation dans quinze états membres de l'UE. »)

Par conséquent, les carences constatées par la Commission européenne, dues à l'époque aux doutes relatifs à la compétence de la Communauté française pour régler de telles questions, doivent, à l'occasion de l'adoption du décret en projet, et au terme d'une analyse actualisée, être rectifiées.

Des doutes s'étaient, donc, installés quant à la compétence des entités fédérées pour instaurer des dispositifs issus du droit communautaire dérivé ayant des implications en matière

de droit civil ou de droit.

L'avis du Conseil d'Etat, rendu sur la question à l'occasion des travaux préparatoires des lois fédérales anti-discrimination du 10 mai 2007(5), est le suivant :

« c. La compétence résiduelle fédérale en matière de droit civil

14. Le législateur fédéral est en principe compétent en matière de droit civil en vertu de sa compétence résiduelle. Les communautés et les régions ne peuvent élaborer de règles en la matière que dans la mesure où celles-ci peuvent être considérées comme s'inscrivant dans les compétences qui leur sont attribuées ou encore sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

15. Sa compétence résiduelle permet au législateur fédéral d'élaborer des règles générales en matière de droit des obligations, des contrats et de la responsabilité. L'autorité fédérale peut ainsi notamment porter des règles générales frappant de nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination ou instaurer un régime particulier de responsabilité en la matière. Ces règles s'appliquent alors aussi aux matières relevant de la compétence des communautés ou des régions, à tout le moins aussi longtemps que celles-ci n'ont pas elles-mêmes adopté des dispositions spécifiques fondées sur leurs compétences explicites ou implicites dès lors que les conditions pour ce faire sont remplies.

d. La compétence fédérale en matière de droit pénal

16. La compétence du législateur fédéral en matière de droit pénal est tout d'abord déterminée par l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui indique que les dispositions du livre premier du Code pénal relèvent en principe de sa compétence. Le législateur fédéral dispose en outre de la compétence résiduelle en matière pénale, ce qui implique qu'il peut élaborer des dispositions pénales ayant une portée générale ou des dispositions pénales concernant les matières restées fédérales.

17. En vertu de sa compétence résiduelle en matière pénale, le législateur fédéral peut adopter des dispositions pénales générales réprimant la discrimination ou l'incitation à la

discrimination, indépendamment de la matière dans laquelle se présente la discrimination. Ces règles trouvent alors également à s'appliquer dans des matières relevant de la compétence des communautés ou des régions, à tout le moins jusqu'à ce que ces dernières prennent des dispositions spécifiques sur le fondement de leurs compétences (article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980). »

S'attardant alors les mesures projetées par le législateur fédéral, la section de législation a évoqué l'alternative suivante :

« 18. (...) »

(...) si ces mesures sont conçues comme des règles générales de droit civil ou de droit pénal et que leur champ d'application est dès lors déterminé d'une manière autonome, ces dispositions s'inscrivent dans la compétence résiduelle fédérale en matière civile ou pénale et ne méconnaissent pas la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées. Dans cette hypothèse, elles ne privent en effet pas les communautés et les régions de la compétence de mener une politique de lutte contre la discrimination dans les limites de leurs compétences propres ou implicites. Si l'auteur des avant-projets vise effectivement pareilles règles de portée générale, la rédaction des avant-projets doit être adaptée. Les dispositions concernées auront alors en effet un champ d'application général tandis que les autres dispositions des lois actuellement en projet devront voir leur champ d'application limité aux matières relevant de la compétence du législateur fédéral. »

A la suite de cet avis, le législateur fédéral n'a pas opté pour la proposition ainsi faite par la section de législation du Conseil d'Etat puisque, en effet, l'article 6, § 1er, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes prévoit que :

« A l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions, la présente loi s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris aux organismes publics, en ce qui concerne :

- 1° L'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public ;
- 2° La protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé ;
- 3° Les avantages sociaux ;
- 4° Les régimes complémentaires de sécurité sociale ;
- 5° Les relations de travail ;
- 6° La mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal ;

(5) Avis n°40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 12 juin 2006 par le Conseil d'Etat, section de législation, sur un avant projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, un avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, un avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (Doc. parl., Chambre, sess. 2006-2007, n°51-2721/1, p.89, et les références jurisprudentielles citées) (« Avis »)

7° L'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations ;

8° L'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public. » (C'est l'auteur du projet qui souligne)

S'appliquant à des personnes, la loi exclut expressément les matières communautaires et régionales.

Redoublant de précaution, l'autorité fédérale a pris soin d'indiquer, à l'article 5 de la même loi, que :

« Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par :

1° Relations de travail : les relations qui incluent, entre autres, l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement, et ceci :

- Tant dans le secteur public que dans le secteur privé ;

- Tant pour le travail salarié, que pour le travail non salarié, le travail presté dans le cadre de conventions de stage, d'apprentissage, d'immersion professionnelle et de premier emploi ou le travail indépendant ;

- A tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle et pour toutes les branches d'activité ;

- Indépendamment du régime contractuel ou statutaire de la personne prestant du travail ;

- A l'exception toutefois des relations de travail nouées avec les organismes et institutions visées aux articles 9 et 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, et des relations de travail dans l'enseignement, visées à l'article 127, § 1er, 2°, de la Constitution » (c'est l'auteur du projet qui souligne) ».

A ce qu'elle estimait ne devoir être qu'une simple directive d'interprétation, elle a réservé une mention explicite « en écho à la remarque faite sur ce point par le Conseil d'Etat » et tout en précisant que « ce qui précède ne porte (...) pas atteinte au champ d'application de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail ».

Objectif affiché :

« (...) Les trois législations, et les procédures judiciaires qu'elles mettent en place, ne pourront trouver à s'appliquer que dans le domaine des compétences de l'Etat fédéral. Aucune de ces trois lois, par exemple, ne pourra trouver d'application en matière d'enseignement, dans les rapports entre les écoles et les élèves. Dans

un même ordre d'idées, les seuls « biens et services » visés par ces trois lois seront ceux qui se rattachent aux compétences fédérales (assurance, crédit à la consommation,...) et non ceux qui se rattachent à la compétence régionale, par exemple (transports – sous réserve d'exceptions -, etc...). » (C'est l'auteur du projet qui souligne)

Clairement, donc, le niveau fédéral laisse aux entités fédérées le soin d'intégrer dans leur ordre juridique propre les mécanismes relevant du droit civil et du droit pénal nécessaires à assurer une transposition complète des directives anti-discrimination dans les domaines de leur compétence principale (enseignement pour les communautés, par exemple, transports pour les régions, par exemple).

« A suivre cette intention », déclare la section de législation du Conseil d'Etat (avis, p. 98, note 42), « la loi du 30 juillet 1981 ne trouvera plus à s'appliquer dans l'avenir qu'aux procédures judiciaires afférentes à des matières relevant de la compétence de l'autorité fédérale et ne concernera plus, par exemple, les questions de racisme dans l'accès au logement, ce qui est le cas aujourd'hui. Il en ira de même, par exemple, quant à la compétence du Centre pour l'Egalité des chances et la lutte contre le racisme, qui se limitera dorénavant aux seules matières ressortissant à la compétence du seul Etat fédéral ».

La position de l'autorité fédérale se comprend dans la mesure où il peut paraître inapproprié qu'elle définisse les sanctions pénales réprimant des comportements discriminatoires qu'elle n'a pas la compétence de circonscrire.

D'ailleurs, exiger des entités fédérées qu'elles assument cette responsabilité en matière pénale, au moment d'instaurer des sanctions dissuasives à l'encontre des comportements discriminatoires qu'elles prohibent, ne pose guère de problème, puisque l'article 11, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 prévoit que « dans les limites des compétences des Communautés et des Régions, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements », précisant, depuis l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 16 juillet 1993, que « les dispositions du livre Ier du Code pénal s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières ».

Il résulte de cette disposition que la Communauté française, notamment, dispose du droit d'élaborer un droit pénal propre pour autant que la compétence ainsi mise en œuvre

constitue l'accessoire d'une compétence qui lui appartient en propre, ce qui est le cas lorsqu'elle intègre des dispositions interdisant, par exemple, la discrimination entre hommes et femmes dans le catalogue législatif élaboré au titre de ses compétences en matière culturelle, personnalisable ou relative à l'enseignement.

Poussée à le faire aux fins de traduire au mieux les exigences européennes d'effectivité de la sanction, la Communauté française se trouve d'ailleurs dans un cas où, contrairement à ce qu'indique l'article 11 de la spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, elle est même contrainte d'ériger en infraction les manquements à ses dispositions.

Le fait de renvoyer aux entités fédérées la charge de concevoir et de mettre en œuvre les dispositifs *civils* requis pour transposer les directives pose la question a priori plus délicate de l'usage de l'article 10 de la spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 dans le cadre de l'intégration du droit communautaire dérivé en droit interne.

Cette disposition, on le sait, confère aux régions et aux communautés des pouvoirs implicites, c'est-à-dire la faculté de régler des compétences qui ne leur sont en principe pas attribuées et ce, chaque fois que cela s'avère nécessaire à l'exercice de leurs propres compétences.

La Cour constitutionnelle estime depuis longtemps que, pour demeurer compatible avec le système de répartition de compétences exclusives dont l'existence est la règle en droit constitutionnel belge, le recours à l'article 10 n'est admissible qu'à la double condition que la matière réservée à l'Etat fédéral se prête à un règlement différencié et que l'impact sur la matière réservée ne soit que marginal. D'autre part, le recours à l'article 10 doit être nécessaire à l'exercice de la compétence principale que l'entité fédérée entend assortir de l'usage d'une compétence implicite.

Or, la doctrine relative à la transposition des directives en droit belge était, eu égard à la jurisprudence évoquée ci-dessus, réservée à ce propos :

« Pour être compatible avec la répartition des compétences aménagées par ou en vertu de la Constitution, le recours à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles n'est (...) admissible qu'à la condition que la matière réservée à une autre entité se prête à un « traitement différencié », lequel peut – logiquement – s'avérer difficilement conciliable avec l'objet et l'étendue de l'uniformisation recherchée par les instances

communautaires. » (6)

« En matière de transposition de directives, le recours aux compétences implicites (article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles) semble peu plausible. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage a précisé que ce principe ne trouvait application qu'à la triple condition que la règle adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la Région ou de la Communauté, que l'incidence des dispositions en cause sur cette matière ne soit que marginale et que la matière se prête à un régime différencié. Puisque les directives deviennent de plus en plus précises et ont pour but d'introduire des normes uniformes dans tous les Etats membres, il semble délicat de permettre, par le biais du système des compétences implicites, des traitements foncièrement dissimilaires dans les différentes collectivités fédérées. On évitera donc d'avoir recours aux compétences implicites pour régler les problèmes de répartition de compétences. » (7)

Certes, les pouvoirs implicites sont supposés permettre d'éviter que les décrets ne doivent être « complétés par le législateur national » qui, par là même, « pourrait ainsi exercer une tutelle sur les conseils » (8).

Cependant, l'autonomie à préserver étant, en l'espèce, réduite en raison de la précision accrue des directives à transposer, lesquelles sont destinées à recevoir une application uniforme et complète dans tous les Etats membres, indépendamment de leur structuration interne, il est permis de se demander quelle portée concrète les entités fédérées pourraient donner à des revendications d'autonomie dans une telle situation.

Cela est d'autant plus douteux en l'espèce qu'un droit fondamental défini par une norme supranationale n'est pas une matière au sens du droit constitutionnel belge de la répartition des compétences, mais un principe transversal appelant une réception identique dans toutes les entités de l'Etat fédéral belge – les directives en la matière laissant, certes, une marge de manœuvre, laquelle est devenue néanmoins étroite.

Etonnamment peut-être, le système suggéré par la section de législation du Conseil d'Etat, en ce qu'il a été suivi par le législateur fédé-

(6) P. GILLIAUX, Les directives européennes et le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 1997, 14.

(7) B. WILLEMOT, « La mise en œuvre normative du droit communautaire en Belgique », in Y. LEJEUNE (dir.), La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit européen. Aspects organisationnels et procéduraux, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 194.

(8) Doc. parl., Ch., sess. 1979-1980, n°434/10, p. 157.

ral lors de l'adoption des lois du 10 mai 2007, impose toutefois aux entités fédérées de faire usage de leurs compétences implicites en droit civil et judiciaire alors que non seulement le texte de l'article 10 leur laisse la faculté d'en user ou, au contraire, de ne pas en user mais qu'en outre, il paraît illusoire de démontrer que « la matière se prête à un traitement différencié » et que l'usage de la compétence implicite n'aura qu'une incidence « marginale » sur la matière en principe réservée à l'autorité fédérale.

Il n'y a cependant, semble-t-il, guère d'autre solution indiquée.

A nouveau, on doit constater que les directives européennes imposent en quelque sorte l'usage, par les entités fédérées, de compétences implicites. A défaut, en effet, il n'y aurait pas de solution praticable en raison de la transversalité des principes antidiscriminatoires à transposer.

Il est toutefois possible de mieux expliquer le débordement de compétence ainsi constaté.

En réalité, plus qu'à un usage explicite de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, c'est à une application implicite de la théorie des pouvoirs implicites que le droit européen invite à procéder en l'espèce, dès lors que les concepts à introduire en droit interne sont constitutifs de principes et non de matières, et sont donc l'accessoire des compétences principales dévolues aux diverses entités de l'Etat belge.

Les directives européennes permettraient en conséquence de justifier une coexistence de compétences dans le champ du droit civil pourtant résiduairement dévolu à l'autorité fédérale. L'immixtion de la Communauté française dans cette matière qui ne relève normalement pas de sa compétence serait autorisée, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁽⁹⁾, dès lors qu'elle serait proportionnée et ne rendrait pas impossible ou exagérément difficile l'exercice de cette compétence par l'autorité fédérale.

Cette dernière ayant expressément décliné la possibilité dont elle disposait de régler les questions de droit civil et judiciaire engendrées par les directives à transposer, on peut douter qu'il soit possible de mettre en cause l'intervention de la Communauté française en la matière.

(9) « Cette jurisprudence, marquée par le sceau du bon sens, se caractérise en réalité par la reconnaissance de la validité de certains débordements de compétences, sans qu'il soit fait application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, pour autant qu'ils ne rendent pas impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences d'un autre législateur » (M. UYTENDAELE, Précis de droit constitutionnel belge, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 948, et les références citées)..

Les exigences européennes, combinées à l'abandon de compétence manifesté par le législateur fédéral emportent en réalité la nécessité, pour le législateur communautaire, de causer les débordements de compétences engendrés par la définition de dispositifs civils et procéduraux assortissant les règles d'égalité de traitement instaurées par ses soins.

Ces empiètements demeureront proportionnés dès lors que, dans toute la mesure du possible, le présent projet tend plus à « arrimer » son système à celui qui a été créé par le législateur fédéral, sans chercher à s'en différencier inutilement et ce, toujours dans le souci de préserver les victimes de discriminations, à qui une protection cohérente et homogène doit être accordée, indépendamment de la répartition des compétences entre les diverses entités fédérées. Autrement dit, il n'est pas envisagé d'édicter des règles nouvelles, mais plutôt d'appliquer, sans les bouleverser, les dispositifs mis en place dans le cadre de l'adoption des lois fédérales de 2007 au droit communautaire de la non-discrimination.

Cette manière de procéder peut s'appuyer sur un arrêt de la Cour constitutionnelle n°105/2000 du 25 octobre 2000 dans laquelle il a été reconnu que, dans la mesure où la Région wallonne n'instituait pas un nouveau régime de société commerciale mais imposait à la Société wallonne du Logement qu'elle créait un régime conçu par le législateur fédéral en vertu de la compétence réservée à ce dernier en matière de droit commun des sociétés, aucun empiètement de compétence n'était à déplorer. On peut également avoir égard à un arrêt de la Cour constitutionnelle n°19/2001 du 14 février 2001, dans lequel elle a estimé que la Région flamande peut valablement confier à la Cour d'appel le soin de connaître d'un contentieux fiscal et partant intervenir dans les compétences fédérales de fixer les compétences des juridictions au motif que, de manière générale, le législateur fédéral a confié à cette juridiction le soin de connaître pareils contentieux. Le souci de cohérence poursuivi par le législateur flamand justifiait en l'occurrence le recours à la théorie des pouvoirs implicites⁽¹⁰⁾. Tel est également le cas pour ce qui concerne le présent projet.

- 2° Examinant les articles projetés relatifs au harcèlement et au harcèlement sexuel, le Conseil d'Etat se demande s'il existe une part de champ *ratione personae* non couverte par les dispositifs existants au niveau fédéral.

(10) voy. également C.A., n°85/2002 du 8 mai 2002 et C.A., n°71/2003 du 17 décembre 2003.

Encore une fois, l'auteur du projet est parti des directives à transposer.

Ainsi, dans le cadre de l'égalité de traitement dans les conditions d'emploi et de travail, les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE interdisent le harcèlement discriminatoire dans l'emploi.

Le huitième considérant de la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 souligne en outre que ces formes de discrimination – harcèlement lié au sexe d'une personne et harcèlement sexuel⁽¹¹⁾ – « se manifestent non seulement sur le lieu de travail, mais également à l'occasion de l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle ».

Il n'y a en revanche pas de considérant identique dans les directives 2000/43 et 2000/78, mais au regard du contenu général de ces directives, on peut estimer que, dans le domaine de l'emploi, le harcèlement discriminatoire est interdit tant sur le lieu de travail qu'à l'occasion de l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle.

Comme le Conseil d'Etat le rappelle lui-même, la Communauté française ne doit pas intervenir dans le domaine de la lutte contre le harcèlement discriminatoire lors de l'exécution du travail, dès lors que la protection du bien-être au travail qui est à son origine constitue une compétence réservée au fédéral.

S'agissant du harcèlement moral fondé sur un motif discriminatoire (européen) ou du harcèlement sexuel qui se déroulerait dans le hypothèses visées par les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE ou 2002/73/CE, mais qui ne sont pas couvertes par la loi du 4 août 1996 sur le bien-être au travail, la Communauté française doit assurer la transposition adéquate pour les problématiques tombant dans le champ de ses compétences.

Il en va le cas échéant ainsi du harcèlement

discriminatoire⁽¹²⁾ dans l'accès à l'emploi⁽¹³⁾ et la formation professionnelle dont le programme de formation ne prévoirait pas une forme de travail effectué ou non dans l'établissement de formation⁽¹⁴⁾, harcèlement prohibé par les directives précitées, mais non couvert par la loi du 4 août 1996 qui ne s'applique qu'au harcèlement commis dans le cadre de l'exécution du travail.

Se pose dès lors la question de l'interprétation à donner aux termes « formation professionnelle » visés dans les directives à transposer.

Le traité instituant la Communauté européenne consacre un Chapitre IX au thème « politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse » qui permet de constater que si l'amélioration de l'éducation et la formation professionnelle permettent de poursuivre les objectifs communautaires, et peuvent englober des réalités communes, ils sont formellement envisagés de manière distincte.

Si l'éducation entre, sans hésitation, dans le domaine des compétences de la Communauté française en matière d'enseignement, la formation professionnelle n'y est, à lire l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 16 février 1999, rendu sur le texte qui allait devenir 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, pas rattachée avec la même facilité.

En effet, constatant que le projet visait « entre autres la transposition de directives de la Communauté européenne mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans un nombre de matières sociales », elle a indiqué que celui-ci ne pouvait pas contenir « de dispositions concernant la politique de l'égalité des chances dans le domaine de la promotion sociale au sens de l'article 4, 15°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, de la formation professionnelle au sens de l'article 4, 16°, de cette loi, du statut du personnel des organismes publics dépendant des communautés et des régions (article 9 de cette loi), du personnel des gouver-

(11) « Selon le Conseil, le Parlement européen et la Commission, le harcèlement sexuel constitue une violation du principe de l'égalité de traitement et est un affront à la dignité des femmes et des hommes au travail. Le code de la Commission définit le harcèlement sexuel comme un comportement qui affecte la dignité de la femme et de l'homme au travail : 'Le harcèlement sexuel signifie un comportement intempestif à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe qui affecte la dignité de la femme et de l'homme au travail. Ces termes peuvent recouvrir tout comportement physique, verbal ou non verbal importun.' Cette définition est la base de celle qui a été employée aux propositions de directives basées sur l'article 13, où le harcèlement est considéré comme discrimination quand il est lié à d'autres motifs et domaines que le sexe. Pour des raisons de cohérence avec ces directives, la présente proposition définit le harcèlement sexuel de manière similaire. » (Exposé des motifs de la directive 2002/73/CE, COM (2000) 334 final, p.6).

(12) Par « harcèlement discriminatoire », on entend le harcèlement fondé sur les motifs de discrimination tels que visés par les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE.

(13) Domaine pour lequel la Communauté française est concernée.

(14) Domaine pour lequel la Communauté française est concernée dès lors que les termes « formation professionnelle » qui figurent dans les directives à transposer doivent être rattachés à ses compétences en matière d'enseignement.

nements communautaires et régionaux (article 87 de cette loi) ou des réglementations que les communautés peuvent adopter concernant le statut du personnel enseignant sur la base de l'article 127, § 1er, de la Constitution » (Avis du 16 février 1999, Doc. parl., Ch., sess. 1998-1999, n° 2057/1 et 2058/1, pp. 34-35).

Cet avis néglige toutefois le fait qu'« il n'y aurait pas de droit communautaire si les règles qui le constituent étaient appliquées selon des critères différents par chaque Etat membre » et que l'application des textes « doit se fonder sur des critères objectifs définis dans un cadre communautaire, non sur des notions variables selon les particularités de chaque droit national » (L. CARTOU, Communautés européennes, 10ème éd., Paris, Dalloz, p. 127).

Or, parmi les domaines visés dans les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE, celui de la « formation professionnelle » ne peut, dans son sens européen, être automatiquement confondu avec le domaine de la « formation professionnelle » au sens que peut revêtir ce dernier dans le droit constitutionnel belge de la répartition des compétences et, plus précisément, de l'article 4, 16°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

Il suffit d'ailleurs de se référer à un arrêt rendu le 2 février 1988 par la Cour de justice des Communautés européennes, en réponse à une question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Liège (aff. 24/86), pour se rendre compte que relève de la formation professionnelle, au sens du traité – et donc du droit qui en est dérivé – toute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude particulière à leur exercice.

La Cour de justice a précisé à cette occasion qu'en ce qui concernait l'enseignement universitaire, il relevait de la formation professionnelle non seulement si l'examen de fin d'études conférait la qualification immédiate pour l'exercice d'une profession, d'un métier ou d'un emploi déterminé présupposant cette qualification, mais également dans la mesure où ces études confèrent une aptitude particulière dont l'étudiant a besoin pour l'exercice d'une profession, d'un métier ou d'un emploi, même si l'acquisition de ces connaissances n'était pas prescrite, pour cet exercice, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives.

La définition communautaire des termes « formation professionnelle », éclairée par un seul arrêt, permet déjà de comprendre qu'en réa-

lité, il appartient bien à la Communauté française de transposer les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE au titre de ses compétences en matière d'enseignement, dès que l'accès à celui-ci est destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice.

Puisqu'à la notion de « formation professionnelle » doit se rattacher à l'enseignement en tant qu'il mène à l'emploi, la Communauté française est concernée et doit veiller à prévenir et réprimer selon les termes des directives toute forme de harcèlement discriminatoire qui surviendrait dans le domaine de l'« accès à la formation professionnelle » au sens européen du terme.

Par ailleurs, hormis le harcèlement sexuel ou moral fondé sur un motif discriminatoire et se déroulant sensu stricto lors de l'exécution du travail – relevant du fédéral –, de telles discriminations, si elles sont liées aux rapports d'emploi que la Communauté française peut régir.

6.2 Quant à l'observation relative à l'article 2

Le Conseil d'Etat a émis une observation en faveur de l'inclusion de l'« appartenance à une minorité nationale » dans la liste fermée des « critères protégés ».

Dans un souci d'harmonisation, de sécurité juridique et de cohérence politique, le projet de décret maintient toutefois exactement les mêmes « critères protégés », ni plus ni moins, que ceux introduits par le triptyque législatif fédéral du 10 mai 2007 : à savoir, le sexe et la prétendue race, ainsi que les motifs qui y sont apparentés, l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale.

Le critère d'« appartenance à une minorité nationale » ne jouit, certes, d'aucun équivalent explicite ou implicite dans la liste retenue par le projet de décret. Ce critère est en effet irréductible à la simple possession commune d'une ou plusieurs caractéristiques reprises dans le projet de décret telles que la langue commune et/ou l'appartenance ethnique commune et/ou la religion commune (voy. en ce sens, l'avis du Conseil d'Etat du 9 juillet 2008, qui reprend l'observation identique faite dans son avis du 11 juillet 2006 sur l'avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations) : à cet élément objectif constitutif de la minorité nationale, s'ajoute ainsi

une dimension subjective généralement appréhendée comme la volonté de perpétuer, en commun, ce qui crée la singularité du groupe (voy. dans le même sens, projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, Exposé des motifs, Doc. Parl. Ch. Repr., Doc 51 2722/001, p. 19). Pratiquement toutefois, il y a une justification objective et raisonnable à l'exclusion du critère de l'« appartenance à une minorité nationale » dans la liste des critères du projet de décret. En effet, c'est tantôt l'aspect linguistique, tantôt l'aspect religieux ou ethnique qui justifie la qualification de minorité nationale (voy. par exemple les minorités nationales que sont les habitants de la Communauté germanophone de Belgique, d'une part, les Roms, d'autre part). Or, le droit européen ne protège pas de la même manière contre la discrimination linguistique (régime de justification souple), la discrimination religieuse (régime sévère) et la discrimination ethnique (régime très sévère). Il n'est donc pas praticable de construire l'appartenance à une minorité nationale en catégorie juridique à part entière, dotée d'un régime unique.

6.3 Quant à la première observation relative à l'article 3

Si certains doubles emplois mis en exergue par le Conseil d'Etat ont été supprimés, d'autres ont été maintenus ou, simplement, mieux articulés.

Il apparaît, en effet, utile, que le décret rassemble le plus de définitions possibles au niveau de ses dispositions introductives, afin d'en faciliter la lecture.

S'agissant de la définition des relations d'emploi, elle est d'autant plus utile à cet endroit en ce qu'elle n'est pas uniquement visée dans le chapitre consacré au domaine de l'emploi.

6.4 Quant à l'observation relative à l'article 6

Malgré les réserves du Conseil d'Etat, cette disposition est maintenue en l'état pour les motifs énoncés dans les commentaires relatifs aux articles 3, 10°, et 6 du projet de décret.

6.5 Quant aux observations relatives aux articles 18 à 22

Il a été pleinement tenu compte de l'ensemble des observations formulées dans l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat quant à ces différents articles qu'il faut désormais lire en regard de l'article 3, 13° à 15° du projet du décret.

Le régime des justifications admissibles à la distinction directe fondée sur un critère protégé dans l'enseignement a été établi en s'alignant sur une stricte transposition des directives européennes d'égalité de traitement. En d'autres termes, là où elle semblait possible, la géométrie variable résultant des directives a été rigoureusement exploitée.

6.6 Quant aux observations relatives aux articles 36 et 37 de l'avant-projet, devenus les articles 37 et 38 du projet

Il a été tenu compte des remarques de la section de législation du Conseil d'Etat.

Le Centre et l'Institut sont expressément désignés, pour les raisons évoquées dans le commentaire de l'article 37.

Leurs missions ont été définies en s'inspirant de la liste des tâches qui leur incombent en vertu de leur loi organique respective. Elles contiennent celles qui sont requises par les directives à transposer.

6.7 Quant à l'observation relative à l'article 41 de l'avant-projet, devenu l'article 42 du projet

Le Conseil d'Etat émet l'observation selon laquelle les mécanismes de mise en œuvre du renversement de la charge de la preuve, tel qu'envisagé dans le présent article, devraient être plus soigneusement encadrés par le législateur.

La formulation de la présente disposition est néanmoins conservée en l'état. La nécessité du maintien d'une souplesse dans les mécanismes de mise en œuvre du renversement de la charge de la preuve a été soulignée dans le commentaire article par article. La volonté actuelle du législateur décréte revient à ce que les faits générateurs de l'acte de répartition du fardeau probatoire soient assurément pluriels, leur administration flexible (pour faire face à la grande variété et l'hétérogénéité des situations), et la place du juge centrale.

En effet, dès lors qu'il a pour objectif de faciliter la tâche pour les victimes de discrimination de faire constater un acte de discrimination par un juge, l'article 41 doit impérativement être interprété et appliqué avec la flexibilité nécessaire : un encadrement légal trop strict des faits permettant de présumer la discrimination, au travers d'une liste limitative de ceux-ci et d'une définition exagérément précise, placerait la Belgique en contradiction avec les directives européennes d'égalité

de traitement en ce que la législation édictée ferait obstacle à ce que les victimes soient suffisamment outillées.

6.8 Quant à l'observation relative à l'article 50, devenu l'article 51 du projet

Le Conseil d'Etat émet l'observation selon laquelle la question reste posée de savoir comment on peut intentionnellement inciter à une « pratique apparemment neutre » ou à commettre un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par le désavantage particulier qui peut en résulter. Il soulève la question de la compatibilité, avec l'exigence de prévisibilité, de l'incrimination de l'incitation à la discrimination indirecte fondée sur la prétendue race (ou sur un critère assimilé).

La formulation de la présente disposition est néanmoins conservée en l'état. En effet, dès lors que seule la discrimination indirecte intentionnelle est envisagée dans cet article, l'incrimination d'une incitation à pareille discrimination n'est en aucun cas incompatible avec le principe de prévisibilité en matière pénale.

Notons, pour rappel, que la différence entre, d'une part, l'injonction de discriminer et, d'autre part, l'incitation à discriminer est que pour être pénalement réprimée, seule cette dernière doit s'accomplir dans les conditions fixées par l'article 444 du Code pénal, à savoir être manifestée publiquement, en dehors de la sphère strictement privée.

La « pratique apparemment neutre » sur laquelle se fonde l'incitation de discrimination indirecte peut, en réalité, s'adosser sur des critères a priori tellement suspects que l'intention de discriminer à la racine de la pratique ne fait aucun doute : ainsi par exemple, l'exhortation publique de recourir à des critères de proximité géographique, pour la sélection de candidats à un emploi, peut être utilisé par le recruteur pour écarter d'emblée les candidats provenant de telle « cité » à forte densité de personnes d'origine étrangère . . .

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1er

En énonçant expressément les directives européennes que le projet de décret transpose, l'article 1 se conforme à l'exigence de transparence formulée dans l'article 16 al. 2 de la directive 2000/43/CE, l'article 18 al. 3 de la directive 2000/78/CE, l'article 2. 1. al. 2 de la directive 2002/73/CE, l'article 17. 1. al. 2 de la directive 2004/113/CE et l'article 33 al. 2 de la directive 2006/54/CE.

Bien que la directive 76/207/CEE, modifiée par la directive 2002/73/CE, a été abrogée par sa refonte dans la directive 2006/54/CE, elle est encore mentionnée à des fins identificatoires : en effet, le juge national qui voudrait référer à de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes ne trouvera vraisemblablement, à ce stade, pas encore d'arrêts fondés sur la directive 2006/54/CE.

Art. 2

Cet article énonce l'objectif du projet qui consiste à créer un cadre général de lutte contre certaines formes de discrimination. L'énumération limitative, en quatre temps, des « critères protégés » permet d'identifier et de distinguer entre :

- Ceux repris dans la directive 2000/43/CE, à savoir la prétendue race et l'origine ethnique, auxquels sont assimilés, à l'instar de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, les critères apparentés que sont la couleur de peau, l'ascendance et l'origine nationale et, dans une moindre mesure, la nationalité ;
- Ceux recensés dans la directive 2000/78/CE, à savoir l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap ;
- Ceux que concernent les directives 76/207/CEE (modifiée par la directive 2002/73/CE), 2004/113/CE et 2006/54/CE, à savoir le sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le changement de sexe ;
- Ceux qui ont été ajoutés aux précédents dans la législation fédérale du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, à savoir l'état civil, la naissance, la for-

tune, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale.

Il importe de préciser que l'adjonction du qualificatif de « prétendue » au terme de race a pour vocation d'indiquer que le concept de race ne correspond à aucune réalité scientifique.

Quant au critère du « sexe », c'est le droit et la jurisprudence de l'Union européenne qui impose aux Etats d'englober dans celui-ci des critères qui lui sont indissociablement liés : la Cour de Justice des Communautés européennes a ainsi de longue date estimé que le traitement défavorable sur la base de la grossesse, de l'accouchement et de la maternité (refus d'embauche, licenciement, ...) devait être considéré comme une discrimination directe liée au sexe de la candidate (voy. notamment C.J.C.E., 8 novembre 1990, C-177/88, Dekker, Rec., I-3441 ; C.J.C.E., 30 avril 1998, C-136/95, Thibault, Rec., I-2011. Plus récemment, C.J.C.E., 30 mars 2004, aff. C-147/02, Alabaster, Rec. I-3101). Cette assimilation a également été introduite dans les directives européennes (voy. par exemple l'article 4 de la directive 2004/113/CE). De la même façon, il a progressivement été admis que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, mais devait également s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne (C.J.C.E., 30 avril 1996, aff. 13/94, P et S ; C.J.C.E., 27 avril 2006, aff. 423/04, Sara Margaret Richards ; point 3 de l'exposé des motifs de la directive 2006/54/CE).

Art. 3

Cette disposition porte les définitions des concepts généraux mobilisés dans le projet de décret. Les concepts spécifiques, à savoir attenant exclusivement à l'un ou l'autre domaine d'application du décret (tel que l'emploi, l'enseignement, ...), sont définis dans les chapitres respectifs du Titre II qui leur sont réservés.

1° Critères protégés

Par « critères protégés », on vise les critères que ce projet de décret entend protéger (les bases de discrimination). Le choix de critères discriminatoires énumérés limitativement s'inscrit au

sein de balises constitutionnelles et internationales.

2° Distinction directe

Il est mis en place, de manière tout à fait explicite, une scission entre ce qui relève des « distinctions de traitement » directes ou indirectes, d'une part, et des « discriminations » directes ou indirectes, d'autre part, à l'instar notamment de ce qui a été fait par le législateur fédéral. Le terme de « discrimination » sera réservé pour désigner ce qui ne peut être justifié en vertu du présent décret, tandis que le terme « distinction » aura une connotation neutre en termes de licéité ou d'illicéité. En d'autres termes, dans la systématique proposée, une « distinction » de traitement directe » ou « indirecte » n'est pas nécessairement une « discrimination ». Pareille scission est nécessaire : non seulement permet-elle d'éviter les confusions conceptuelles, mais en plus permet-elle de mettre en place un « vocabulaire commun » pour les législations des différentes entités du pays : dans une matière telle que celle-ci, il est en effet essentiel de garantir une lisibilité pour les citoyens. La définition qui est donnée aux termes de « distinction » et de « discrimination » est quant à elle empruntée au vocabulaire des directives communautaires, tel que le recommande la Commission européenne.

La définition de la distinction directe a été reprise directement des Directives européennes (art. 2§2 directive 2000/78). Le concept est composé de trois éléments :

1. Une différence de traitement (traitement moins favorable)
2. Entre personnes se trouvant dans une situation comparable et
3. Un lien causal entre le traitement moins favorable et le critère protégé.

3° Discrimination directe

La définition de la discrimination directe est directement inspirée des directives européennes d'égalité de traitement (voy. art. 2.2. a) des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, art. 2.1. a) de la directive 2004/113/CE, et art. 2.1. a) de la directive 2006/54/CE).

Le concept de discrimination directe est composé de quatre éléments :

- Une différence de traitement (traitement moins favorable, y compris la ségrégation) ;
- Entre personnes se trouvant dans une situation comparable ;
- Un lien causal entre le traitement moins favorable et le critère protégé ;
- Une absence de justification à cette différence de traitement sur la base de l'un des motifs de

justification repris explicitement au titre II du projet de décret, lorsque la possibilité de pareille justification est conforme aux directives européennes d'égalité de traitement.

Au stade de l'opération de la comparaison, l'inclusion du conditionnel (« ne le serait ») se justifie dès lors que la référence à un « comparateur existant » n'est pas toujours nécessaire, voire est incongrue dans certaines situations. Il en va ainsi pour la discrimination sur base de la maternité ou de la conversion sexuelle : lorsque, par exemple, une femme enceinte subit un traitement défavorable du fait de sa grossesse, la discrimination sera établie sans bien entendu qu'il faille, par l'impossible, établir qu'un homme dans une situation analogue subirait un traitement plus favorable.

4° « Distinction indirecte »

La définition de la notion « distinction indirecte » est directement empruntée à la Directive européenne (article 2, § 2). Il est question d'une distinction indirecte lorsqu'une disposition, une mesure ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés.

5° Discrimination indirecte

La définition de la discrimination indirecte est directement reprise de deux des directives européennes d'égalité de traitement (voy. art. 2.2. b) des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE).

La discrimination indirecte cherche les conséquences et effets réels d'un acte neutre en soi sur un groupe protégé. Elle remplit une double fonction. D'une part, ce concept peut traquer des discriminations (directes) dites « masquées », lesquelles surviennent lorsque un critère neutre est utilisé afin de contourner l'interdiction de la discrimination directe. Ainsi, par exemple, un employeur exigerait des candidats à l'embauche la possession d'un permis de conduire – un critère neutre – avec une intention « couverte » d'écarter les personnes souffrant d'un handicap (handicap moteur, cécité, ...). Dès lors que la « mesure neutre » est susceptible de désavantager les personnes handicapées, l'employeur sera coupable de discrimination indirecte s'il ne parvient à prouver que la détention du permis est nécessaire pour accomplir la tâche professionnelle.

D'autre part, la discrimination indirecte permet d'identifier, à partir de l'outil statistique, les mesures qui défavorisent structurellement telle catégorie protégée, sans que l'auteur n'ait pu avoir conscience de pareil effet. Ainsi par

exemple, sera suspecte de constituer une discrimination indirecte à l'égard des femmes une mesure qui n'accorde des avantages particuliers qu'aux travailleurs à temps plein, dès lors que des statistiques révéleraient que les femmes demeurent sur-représentées dans les postes à temps partiel de l'entreprise.

Le constat d'un « désavantage particulier » sur un groupe protégé entraîne un soupçon d'une discrimination indirecte. Il n'y aura toutefois pas de discrimination si le traitement neutre (disposition, mesure ou pratique) est objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

La formule « est susceptible d'entraîner (...) un désavantage particulier (...) » signifie qu'il suffit que la mesure, neutre en apparence, soit de nature à produire potentiellement un effet discriminatoire, peu importe le nombre de personnes effectivement touchées négativement (en ce sens, voy. à titre exemplatif, C.J.C.E., 7 décembre 2000, aff. C-79/99, Rec., 2000, I-10997 : la Cour de Justice précise qu'« il n'est pas nécessaire d'analyser les conséquences concrètes de l'application de la disposition. Il suffit de constater que, en accordant une priorité aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire, les dispositions litigieuses révèlent, par elles-mêmes, une discrimination indirecte dès lors que, en vertu du droit national applicable, les femmes ne sont pas soumises à l'obligation du service militaire... »).

Il importe de souligner ici que les directives 2004/113/CE (art. 2, b) et 2006/54/CE (art. 2.1. b) substituent, aux termes d'« est susceptible d'entraîner » ceux de « désavantagerait particulièrement » : l'usage de cette dernière formule, en ce qu'elle implique un désavantage significatif avéré, révèle peut-être la difficulté pour l'U.E. de renoncer à la dimension statistique de la notion de discrimination indirecte en matière d'égalité hommes/femmes.

En tout état de cause, l'option choisie dans le projet de décret demeure toutefois conforme aux directives 2004/113/CE et 2006/54/CE. En effet, tout en adoptant une définition plus souple de la discrimination indirecte, le projet n'écarte pas pour autant la possibilité de recourir à l'outil statistique (voy. infra, article 43). Le but de l'assouplissement de la définition de discrimination indirecte consiste en réalité à faciliter la tâche des victimes de discrimination indirecte en ne restreignant pas les modalités de preuve disponibles aux seuls outils statistiques : des « faits de connaissance

générale », tout comme des recherches sociologiques qualitatives (et non plus seulement quantitatives), peuvent désormais être utilisées pour établir la discrimination indirecte.

6° « Harcèlement »

7° « Harcèlement sexuel »

Pour l'application du décret, de manière générale, il est donné une définition du harcèlement et du harcèlement sexuel conforme aux directives à transposer. Afin d'assurer une liaison plus simple entre la loi fédérale du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs et le décret dans les cas où le premier texte exclut le second, il est toutefois prévu de donner une définition du harcèlement et du harcèlement sexuel conforme à celle qu'a choisie le législateur fédéral dans les domaines pertinents, soit celui de l'emploi et celui de l'enseignement.

Il faut, en effet, favoriser une homogénéité des définitions dans les domaines précités, afin de permettre à une victime de harcèlement ou de harcèlement sexuel dans le cadre de son travail ou de son cursus, de reconnaître sa souffrance tant dans la définition légale que décrétales. Ensuite, il suffira d'examiner si l'attitude dont elle est victime se produit dans le cadre de l'exécution de son travail ou dans le cadre d'une formation qui prévoirait une forme de travail pour actionner la clause du décret renvoyant à la loi fédérale sur le bien-être.

C'est la raison pour laquelle les définitions générales produites ici comportent la mention selon laquelle elles existent « sans préjudice des définitions propres aux domaines de l'emploi et de l'enseignement visés dans le présent décret ».

8° « Injonction de discriminer »

La définition de l'injonction de discriminer est empruntée aux directives européennes d'égalité de traitement (voy. art. 2.4. des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, art. 4.4. de la directive 2004/113/CE).

Pratique une injonction de discriminer l'employeur, par exemple, qui enjoint à ses travailleurs de traiter différemment les clients selon leur apparence physique, ou un chef de service qui charge un organisme public de placement ou une agence d'intérim de ne présenter leur offre d'emploi qu'aux autochtones.

Le concept d'injonction de discriminer permettra de veiller à ce que le comportement discriminatoire soit neutralisé à la racine.

9° « Aménagements raisonnables »

Sur la répartition de compétences en la matière La loi fédérale du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, qui

opère transposition de la directive 2000/78/CE (directive cadre), intègre, en diverses de ses dispositions, l'idée européenne selon laquelle le fait de ne pas prévoir d'aménagements raisonnables en faveur de personnes handicapées doit, par principe, être assimilé à une discrimination sur la base du handicap.

Le législateur fédéral a rappelé les difficultés en matière de répartition des compétences qui avaient pu surgir à propos de la détermination du législateur compétent pour régler la question des aménagements raisonnables au profit de la personne handicapées : « s'agit-il d'une matière en soi, de compétence communautaire (sous réserve des transferts opérés par application de l'article 138 de la Constitution), ou simplement d'un aspect de la lutte contre la discrimination sur base du handicap, qu'il appartient à chaque législateur de régler dans le domaine de ses compétences (compétence partagée) ? » (Exposé des motifs, voy. not. Doc. parl., Ch., sess. 2006-2007, p.9).

Examinant cette question dans son triple avis relatif aux lois fédérales anti-discrimination de mai 2007⁽¹⁵⁾, la section de législation du Conseil d'Etat s'est prononcée comme suit :

8.2. (...) ce sont les autorités compétentes en matière de politique des handicapés, soit, compte tenu de l'article 5, §1er, II, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (...), celles qui sont compétentes dans cette matière communautaire, qui sont habilitées à garantir le principe de non-discrimination à l'égard des handicapés.

Il est renvoyé sur ce point aux avis 40.469/VR, 40.620/VR et 40.621/VR donnés par les chambres réunies de la section de législation du Conseil d'Etat, qui précisent toutefois :

« Outre les exceptions figurant à l'article 5, §1er, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, la compétence de principe des communautés en matière de politique des handicapés ne peut être limitée qu'en vertu d'autres attributions de compétences, compte tenu du système de répartition en vigueur en Belgique. Les autorités compétentes sont, sur la base de ces autres attributions, habilitées à prévoir de manière advenue des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences,

qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières. »

La section de législation invoque, à titre d'exemple, le fait que « les législateurs compétents en matière d'urbanisme ou de télécommunications peuvent adopter en principe des dispositions s'adressant, dans ces matières, aux handicapés ».

A l'estime de l'auteur du projet, il va de soi que chaque législateur, quel qu'il soit, est habilité à prévoir que, dans les matières qui ressortissent à sa compétence, nul ne peut être discriminé sur la base de son éventuel handicap.

Il revient donc, en principe, aux autorités compétentes pour mettre en place les aménagements raisonnables en faveur des handicapés, dans le sens européen du terme, de transposer le principe issu de la directive « cadre » selon lequel le fait de ne pas prévoir d'aménagements raisonnables à leur égard est constitutif d'une discrimination.

L'enjeu consiste dès lors à rechercher quelle est l'autorité compétente pour exiger la mise en place des aménagements raisonnables requis par la directive « cadre » et pour décider que le fait qu'il n'y en ait pas est constitutif d'une discrimination au sens de la directive cadre.

La loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 attribue (en son article 5, §1er, II, 4°), aux Communautés, la compétence de principe de déterminer la politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnel des handicapés, l'autorité fédérale demeurant compétente pour régler le financement des allocations aux handicapés et pour fixer les règles relatives à l'intervention financière pour la mise au travail de travailleurs handicapés, octroyée aux employeurs occupant des handicapés.

L'attribution de compétences est large, dans la même mesure, semble-t-il, que l'attribution de compétences réalisée en faveur de la Communauté française en matière d'enseignement.

Cependant, en application de l'article 138 de la Constitution, l'exercice des compétences ainsi dévolues à la Communauté française a été transféré à la Région wallonne et à la COCOF, habilitées depuis à régler, chacune sur leur aire territoriale de compétence respective, l'aide aux personnes visées à l'article 5, §1er, II, de la loi spéciale précitée, à l'exception, notamment, des normes déterminant les catégories de handicapés pris en charge (article 3, septies du décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Commu-

(15) Avis n°40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 12 juin 2006 par le Conseil d'Etat, section de législation, sur un avant projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, un projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, un projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (Doc. parl., Chambre, sess. 2006-2007, n°51-2721/1, p.89, et les références jurisprudentielles citées) (« Avis »)

nauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française).

Les entités fédérées précitées sont donc matériellement compétentes pour transposer à tout le moins les principes résultant de la directive « cadre », selon lesquels ne pas faire en sorte, en temps qu'employeur, de prendre « les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée » (article 5 de la directive cadre) est contraire au droit à l'égalité de traitement dont celle-ci doit bénéficier.

On pourrait donc conclure qu'il n'appartient, en principe, pas à la Communauté française d'intégrer dans le décret en préparation des dispositions tendant à définir ce qu'est un aménagement raisonnable.

Il faut néanmoins encore se pencher sur la deuxième partie de l'extrait de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat précité :

« Les autorités compétentes sont, sur la base de ces autres attributions, habilitées à prévoir de manière adéquate des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières. »

Il résulte de cette affirmation que la Communauté française peut, bien évidemment, dans le cadre de ses compétences propres, instaurer des normes qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, dans la mesure où l'empiètement ainsi opéré sur les compétences de la COCOF et de la Région wallonne répondrait aux conditions posées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle lorsqu'elle applique implicitement la théorie des pouvoirs implicites.

L'auteur du projet propose dès lors de faire expressément référence aux aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, tout en ayant égard à la compétence dévolue à la Région wallonne et à la COCOF en la matière.

Sur l'obligation de mettre en œuvre des aménagements raisonnables en dehors du domaine de l'emploi

Pour rappel, la directive 2000/78/CE n'impose de prévoir des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées que dans le domaine de l'emploi. Il n'existe pas d'obligation équivalente en ce qui concerne notamment l'accès aux biens et services ou dans le domaine de l'enseignement.

Sous réserve d'un empiètement exagéré sur les compétences de la Région Wallonne et de la COCOF en la matière, l'auteur du projet a toutefois prévu, à l'instar de la loi fédérale du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations et dans un souci de cohérence juridique, l'obligation de mettre en œuvre des aménagements raisonnables au-delà de la sphère professionnelle.

Premièrement, cette option permet à l'auteur du projet d'anticiper sur ses obligations internationales qui découleront de la Convention des Nations Unies pour les droits de l'homme des personnes handicapées, signée le 30 mars 2007 par la Belgique et aujourd'hui en cours de ratification. Cette Convention impose en effet aux Etats parties de prendre des mesures spécifiques afin de promouvoir et protéger l'ensemble des droits humains des personnes handicapées et de faire en sorte qu'elles en jouissent de façon pleine et équitable. Dans cette perspective, la Convention couvre un certain nombre de domaines clés comme l'accessibilité, la liberté de mouvement, la santé, l'éducation, l'emploi, l'adaptation et la réadaptation, la participation à la vie politique, ainsi que l'égalité et la non-discrimination. Dans son article 5.3, la Convention stipule qu'« afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les Etats Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ». Plus spécifiquement, en application des articles 9.2 et 24.2 et de cette Convention consacrés respectivement à l'accessibilité des services, bâtiments et lieux publics et à l'éducation, les Etats parties doivent adopter des mesures appropriées notamment :

- Pour faire en sorte que les organismes privés qui offrent des installations ou des services qui sont ouverts ou fournis au public prennent en compte tous les aspects de l'accessibilité par les personnes handicapées ;

- Pour mettre à disposition des formes d'aide humaine ou animale et les services de médiateurs, notamment guides ou interprètes professionnels en langue des signes, afin de faciliter l'accès aux bâtiments ou autres installations ouverts au public ;

Dans l'éducation, la Convention prévoit

- Qu'il soit procédé à des aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun ;

- Que les personnes handicapées bénéficient, au sein du système d'enseignement général, de l'accompagnement nécessaire pour faciliter leur éducation effective ;

- Des mesures d'accompagnement individuel

lisé efficaces soient prises dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la socialisation, conformément à l'objectif de pleine intégration.

Les dispositions légales de la Convention réfèrent donc explicitement à la notion d'aménagements raisonnables tant en matière de biens et services offerts au public que d'éducation.

Deuxièmement, l'extension proposée est conforme aux préoccupations déjà exprimées par la Communauté française à travers le décret mission du 24 juillet 1997 et la circulaire n° 1341 qui vise à l'intégration des personnes présentant un handicap ou des maladies chroniques dans l'enseignement obligatoire.

Sur la notion d'aménagements raisonnables

La définition qui est proposée s'inspire utilement de celle que le législateur fédéral a lui-même introduite dans le cadre de sa réforme du 10 mai 2007, lors de laquelle il a défini les aménagements raisonnables comme des « mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application (et donc pas uniquement dans l'emploi, ndla), 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 » (16). Tout agent (économique) qui renoncerait à mettre en œuvre pareil aménagement raisonnable se verrait coupable de discrimination. Ce dispositif est complémentaire à celui des actions positives.

La définition fédérale est conforme à celle prévalant à l'article 5 de la directive 2000/78/CE, moyennant une adaptation introduite dans la législation belge, ajout rendu nécessaire vu son champ d'application matériel plus large que celui prévu dans la directive européenne : l'obligation d'aménagement raisonnable s'applique en effet dans les autres sphères publiques que la sphère de l'emploi (17).

(16) Art. 4, 12° de la loi « anti-discrimination ».

(17) L'article 5 de la Directive 2000/78 définit l'aménagement raisonnable comme suit :

« Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée.

Il faut encore relever ici que, dans un Protocole récemment conclu entre différents niveaux de pouvoir (18), et signé par la Communauté française, des efforts ont été accomplis par l'Etat fédéral et les entités fédérées pour donner un contenu plus concret encore à cette notion d'aménagement raisonnable.

L'article 2 § 1 du Protocole prévoit « qu'un aménagement est une mesure concrète pouvant neutraliser l'impact limitatif d'un environnement non adapté sur la participation d'une personne handicapée ».

Il est précisé que les aménagements peuvent être de nature matérielle ou non-matérielle, collective ou individuelle (19).

Conformément à l'article 2 § 2 du Protocole, l'« aménagement raisonnable » doit répondre à quatre critères : il doit être efficace et permettre une participation égale, autonome et garantissant la sécurité (dans son installation et son utilisation) de la personne handicapée (20). L'aménagement sera jugé « efficace » s'il permet effectivement – au-delà d'une simple amélioration limitée – à la personne handicapée de participer à une activité. Ensuite, les personnes handicapées doivent pouvoir utiliser de façon égale les facilités et les services de l'entreprise (21) (par ex. avoir la possibilité de déjeuner avec leurs collègues au restaurant de l'entreprise plutôt que dans un local séparé ou leur bureau). Le degré d'autonomie est également un facteur déterminant : les amé-

Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'Etat membre concerné en faveur des personnes handicapées ».

(18) Protocole sur la notion d'aménagements raisonnables, conclu lors de la conférence interministérielle du 11 octobre 2006, entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-capitale, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française en faveur des personnes en situation de handicap. Il doit, à ce jour, encore être signé par quelques unes de ces entités. Le protocole tend à fixer entre l'Etat fédéral, les Communautés et Régions des critères qui leur serviront de guide pour l'interprétation du concept d'aménagements raisonnables.

(19) Le Protocole cite comme aménagements non-matériels : l'emploi d'une langue simplifiée pour les personnes déficientes mentales, l'admission d'un chien d'assistance dans un restaurant, l'accompagnement d'une personne aveugle, la modification d'un examen oral en examen écrit en cas de déficience orale, la possibilité pour une personne qui a du mal à rester debout de s'asseoir en attendant son tour dans une file au guichet, une traduction gestuelle pour les sourds et malentendants, etc.

(20) Voy. également Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, Clés pour les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées au travail, mars 2005, p.17. La Brochure est disponible à l'adresse suivante : <http://www.meta.fgov.be/> (45 p.)

(21) Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, Clés pour les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées au travail, mars 2005, p.18.

nagements qui permettent aux personnes handicapées de participer à la vie active sans l'aide de tiers sont préférables.

Le Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, précise pour sa part, dans une étude publiée en mars 2005, qu'un « aménagement raisonnable » du poste de travail ou du lieu de travail doit avoir un rapport avec l'exécution du travail(22). Ainsi, l'employeur ne devra pas intervenir dans l'achat d'une chaise roulante, dès lors qu'elle sera également utilisée par le travailleur dans la sphère privée. En revanche, si le travailleur a besoin d'un nouveau matériel pour pouvoir effectuer certaines des tâches de sa fonction, l'employeur devra couvrir les dépenses même si ce nouveau matériel peut être utilisé tant dans la sphère privée que dans la sphère professionnelle(23).

Conformément à la définition en vigueur dans la directive 2000/78/CE, un aménagement est considéré comme raisonnable lorsque sa réalisation ne représente pas une charge financière et organisationnelle exagérée pour l'employeur ou autre (selon la capacité financière (chiffre d'affaire, marge bénéficiaire) de l'organisme recruteur par exemple)(24), ou que les coûts qui en découlent sont suffisamment compensés par des mesures existantes. Le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale précise que le potentiel d'avantages directs et indirects qui en découle sera pris en compte lors de cette évaluation : en effet, certains aménagements peuvent représenter une aide pour un plus grand groupe de travailleurs et/ou pour des visiteurs externes. Ainsi, l'installation d'un ascenseur améliore l'accès pour les personnes en chaise roulante mais augmente également le confort des autres travailleurs et des visiteurs. Il est par ailleurs précisé que le coût d'un aménagement nécessaire pour une intégration de qualité d'une personne handicapée dépasse rarement 500 € (25). En outre, les in-

terventions des différentes institutions régionales pour des aménagements de postes de travail, par exemple, de même que les interventions des compagnies d'assurance dans les coûts d'aménagement raisonnable après un accident, peuvent fortement réduire les frais engendrés(26).

Enfin, le caractère raisonnable d'un aménagement doit également être évalué à la lumière de la fréquence et de la durée prévues de son utilisation par les personnes en situation de handicap, de son impact sur l'environnement et les autres utilisateurs et de l'absence ou non d'alternatives équivalentes. Il importera aussi de prendre en compte l'impact qualitatif sur la vie des personnes intéressées : un impact quantitatif plutôt limité mais largement compensé sur le plan qualitatif fera basculer la balance vers le raisonnable(27).

L'obligation de prévoir des aménagements raisonnables implique, par exemple, de prévoir les dispositions qui s'imposent dans les cahiers spéciaux des charges pour de nouvelles infrastructures ou lors de travaux importants de rénovation à venir. En revanche, est constitutif de charge disproportionnée, car économiquement impossible à supporter pour la Communauté française, le fait d'imposer ces aménagements pour toutes les infrastructures existantes de la Communauté française.

10° « Actions positives »

La définition de l'action positive posée dans le projet de décret est partiellement empruntée aux directives européennes (art. 5 de la directive 2000/43/CE ; art. 7.1. de la directive 2000/78/CE ; art. 6 de la directive 2004/113/CE ; art. 3 de la directive 2006/54/CE). Ainsi, en ne les prévoyant qu'exclusivement pour « compenser » une inégalité manifeste et non la « prévenir », l'action positive ne peut être, en Communauté française, que curative d'une inégalité constatée, et non préventive de la survenance d'une inégalité (elles sont donc toujours instituées backward-looking et non forward-looking). Les directives européennes d'égalité de traitement se contentant d'autoriser les actions positives sans les imposer, elles ne s'opposent pas à ce qu'un Etat et ses entités fédérées soit, en raison d'exigences constitutionnelles qui lui sont propres, plus restrictif quant à la manière dont il autorise les actions positives.

Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire de l'article 6.

(22) Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, *Clés pour les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées au travail*, mars 2005, p.17. La Brochure est disponible à l'adresse suivante : <<http://www.meta.fgov.be/>> (45 p.)

(23) op cit., pp.23-24.

(24) Aux Etats-Unis, la charge financière n'est généralement pas jugée disproportionnée lorsque son montant ne dépasse pas 10 % de la rémunération brute de l'employé handicapé. Voy. O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. « Travail & Société », Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt/M., New York, Oxford, Wien, éd. P.I.E. Peter Lang, 2001, pp. 189 et s.

(25) Elle se réfère aux études tant américaines qu'européennes (par exemple, les calculs du bureau d'étude américain « Job Accomodation Network » (Site Internet : <<http://janweb.icdi.wvu.edu/>>) ou les études du CRETH) - op cit., p. 20.

(26) op cit., p. 21.

(27) Protocole, p. 7.

11° « Relations d'emploi »

La définition des relations d'emploi est effectuée aux fins de permettre la compréhension du champ d'application du décret en tant qu'il s'applique au « domaine de l'emploi » en Communauté française.

Elle tend également à incorporer les domaines visés par les directives à transposer dans les cas où celles-ci s'appliquent dans l'emploi, avec toutes les inclusions que ce domaine implique (conditions d'accès à la fonction, conditions d'exercice de ces fonctions).

Sont, donc, visées les relations d'emploi que la Communauté française peut régir en vertu de l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et de l'article 127, §1er, 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.

Pour rappel, si l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 attribue au seul décret la vocation de régler le fonctionnement des organismes qu'il vise, et donc aussi celle d'y prohiber les discriminations visées dans les directives européennes, par contre, l'article 87 de la même loi spéciale réserve aux seuls Gouvernements communautaires et régionaux la compétence de fixer les règles relatives au statut de leur personnel.

En effet, l'article 87, §3, qui dispose que « les Communautés et les Régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire, à l'exception des règles relatives aux pensions », doit être lu en combinaison avec les paragraphes qui le précèdent, lesquels constituent le miroir de l'article 107 de la Constitution qui, au niveau fédéral, réserve au Roi la compétence de nommer aux emplois d'administration générale et donc – selon l'interprétation constante de cette disposition – de régler le statut du personnel ainsi nommé.

Il en résulte qu'il appartient au seul Gouvernement de la Communauté française de déterminer, par arrêté, le statut de son personnel et, donc, de prévoir que celui-ci ne pourrait commettre les discriminations visées par les directives européennes.

Pour les relations d'emploi nouées au sein des Services du Gouvernement, il faudra donc que ce dernier prévienne que lesdites relations ne peuvent être entachées des discriminations

prohibées par le Chapitre du présent décret relatif au domaine de l'emploi. Dans ces conditions, le décret ne doit (ne peut) pas prévoir, dans son champ d'application relatif au domaine de l'emploi, qu'il s'applique aux relations d'emploi qui se nouent au sein des Services du Gouvernement.

Enfin, l'auteur du projet souligne le fait qu'il propose une définition adaptée au fait qu'à son estime, seules les relations de type statutaire ont vocation à être réglées par la Communauté française en vertu des dispositions précitées. En effet, la Communauté française doit transposer les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE en tant qu'elles s'appliquent aux « conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion », ainsi qu'aux « conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que la rémunération, comme le prévoit la directive 75/117/CEE ». Cependant, eu égard à la réserve de compétence fédérale en matière de droit du travail, seules les relations statutaires qui se nouent au sein des services et établissements visés par le décret en projet sont concernées. Les termes de la directive sont donc adaptés à cette réalité.

12° « Enseignement »

La transposition des directives concerne tout l'enseignement en Communauté française, ce que la définition proposée a pour objet de traduire.

13° Education

14° Formation professionnelle

15° « Politique de santé »

Tout comme pour la définition du mot « enseignement », celui de la « politique de santé », en ce qu'il renvoie aux matières pour lesquelles la Communauté française est compétente en vertu de l'article 5, §1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980, n'est jamais que le résultat, simple en apparence, de la détermination du champ d'action de la Communauté française dans les domaines visés par les directives à transposer.

Cette définition doit être lue sans oublier le rappel fait à l'article 2 du projet selon lequel il faut ne pas perdre de vue que la Communauté française a pu transférer l'exercice de certaines compétences en application de l'article 138 de la Constitution. Il est renvoyé au commentaire de l'article 23.

16° « Avantages sociaux »

La directive 2000/43/CE concerne les « avantages sociaux ».

Comme le législateur fédéral l'a fait observer dans l'exposé des motifs des quatre lois fédérales⁽²⁸⁾, la définition de ces termes, issus du règlement CEE n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté, ne résulte que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, éminemment casuistique en la matière.

La Cour a, cependant, fourni une définition générique dans son arrêt *Even* n°207/78 du 31 mai 1979. Il en résulte que l'expression « avantages sociaux » visée à l'article 7, §2, du règlement précité vise « tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national ».

L'exposé des motifs de la proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de prétendue race ou d'origine ethnique (COM(1999) 566 final, p. 8) définit plus concrètement encore ce concept, en se référant, sans la viser précisément, à la jurisprudence de la Cour de justice. Il en résulte que les avantages sociaux sont toutes prestations à caractère économique ou culturel accordées dans les Etats membres par les pouvoirs publics ou par des organismes privés : « ce sont par exemple les conditions de faveur pour les déplacements dans les transports publics, les réductions de prix pour l'accès à des manifestations culturelles ou autres ou encore les repas subventionnés pour les enfants de familles à faible revenu ». Les avantages sociaux ont une nature ou une finalité similaire à celle de la protection sociale, hormis le fait qu'ils ont souvent un caractère discrétionnaire.

Il n'est, cependant, guère confortable d'user, dans un décret de transposition, des termes « avantages sociaux » issus du droit européen alors qu'en droit belge, ces mêmes mots recouvrent une autre réalité, réglée actuellement en Communauté française par le décret du 7 juin 2001 relatif aux avantages sociaux. Cette législation communautaire vise à préserver l'égalité entre réseaux d'enseignement pour ce qui concerne l'octroi d'avantages propres à ce domaine, énumérés à l'article 2 du décret du 7 juin 2001, précité.

Toutefois, l'obligation de respecter, dans toute

la mesure du possible, le vocabulaire européen, combinée à la crainte de l'auteur du projet de proposer une dénomination alternative inconsciemment restrictive, qui aurait pour effet de soustraire à l'application du décret des « avantages sociaux » que le droit européen entendrait soumettre aux règles de non-discrimination qu'il prescrit, conduit à utiliser, malgré tout, le concept d'avantages sociaux dans le présent projet.

Le présent commentaire a néanmoins pour objet d'écarter tout risque de confusion en la matière.

17° « Biens »

18° « Services »

Les biens et services sont définis assez sobrement, par référence aux dispositions du Traité instituant la Communauté européenne que les travaux préparatoires des directives à transposer en la matière visent eux-mêmes.

L'aptitude de la Communauté française pour prévoir que son décret s'appliquera à toute personne fournissant des biens et des services au public, dans les domaines qui ressortissent à ses compétences matérielles et territoriales, ne fait guère de doute : il en va ainsi des matières culturelles dont, par exemple, l'accès aux bibliothèques et aux musées.

En matière de contenu des médias et de la publicité, l'interdiction de la discrimination sexuelle en ces domaines est explicitement écartée par la directive 2004/113/CE. L'auteur du projet entend maintenir cette exclusion dans le décret en projet.

Art. 4

Cette disposition a pour objet de décrire le champ d'application général du décret eu égard aux compétences matérielles de la Communauté française.

Il est, donc, prévu que, dans le respect des compétences de la Communauté française, le décret s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en tant qu'il contient des dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement, dans les domaines suivants :

- Les relations d'emploi ;
- L'enseignement ;
- La politique de santé ;
- Les avantages sociaux ;

(28) Par ex. Doc. parl., Ch., sess. 2006-2007, n°2721/1, pp. 41 et 43.

- L'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée par la Communauté française ;
- L'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture, dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française.

Un choix a, à cet égard, été opéré dans la manière dont les directives seront transposées, puisque le projet vise indistinctement les différents champs d'application matériels des différents textes européens pour lesquels la Communauté française est compétente alors que, parmi eux, par exemple, seule la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 (directive « race ») s'applique aux domaines de l'éducation et des soins de santé, rattachés, en termes de compétences de la Communauté française, à l'enseignement et, en partie du moins, à la politique des soins de santé.

De même, seule la directive « race » et la directive 2004/113/CE concernant la discrimination sexuelle visent l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture, alors que la directive « cadre » ne comporte pas ces domaines dans son champ d'application matériel.

Face à ce droit communautaire dérivé à géométrie variable sur le plan du champ d'application matériel, l'auteur du projet propose, à l'instar de ce qu'a fait le législateur fédéral, que soit conféré à l'ensemble des directives à transposer un champ d'application matériel le plus englobant qui soit, ce qui reviendra à prohiber toutes les discriminations qu'elles visent dans tous les domaines couverts par la directive « race », c'est-à-dire celle dont le champ d'application est a priori le plus étendu.

Art. 5

La disposition du premier alinéa interdit la discrimination dans les limites du champ d'application matériel et personnel du projet de décret.

La disposition du second alinéa prévoit que, sauf disposition contraire dans ce projet de décret, il faut entendre par le terme « discrimination » utilisé dans le présent projet, la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement, le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée, et l'injonction de discriminer. Cette assimilation de termes est prévue dans les directives européennes d'égalité de traitement (art. 2.2. des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, art. 4.3. et 4. de la directive 2004/113/CE, et art. 2.2. de la

directive 2006/54/CE).

L'interdiction de l'injonction de discriminer doit également être lue en liaison avec l'article 56 du projet. Cet article est relatif à l'incrimination des comportements discriminatoires commis par un officier ou fonctionnaire public agissant dans l'exercice de ses fonctions : il prévoit notamment, dans son alinéa 3, que « si l'inculpé justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, les peines sont appliquées seulement aux supérieurs qui ont donné l'ordre ». En définitive, lorsque le supérieur hiérarchique donne l'injonction à son subordonné au sein de la fonction publique de pratiquer une discrimination, ce dernier se trouve exonéré, mais c'est en revanche comme auteur que le supérieur ayant donné l'ordre sera poursuivi.

Le second alinéa précise qu'une distinction directe basée sur un critère protégé ne pourra être justifiée que dans les cas où le projet de décret prévoit expressément cette possibilité : dans ces hypothèses, les distinctions directes ne constitueront dès lors pas une discrimination directe. Dans un régime « fermé », il n'est en principe pas autorisé de justifier une distinction directe basée sur un critère protégé, sous réserve d'exceptions limitées, ponctuelles et stipulées par avance dans la législation, telle l'exigence professionnelle essentielle et déterminante dans le domaine de l'emploi. C'est le système sur lequel s'adosent largement les directives communautaires d'égalité de traitement à transposer. Dans un système « ouvert », une différence de traitement fondée sur un critère déterminé peut en revanche toujours recevoir une « justification objective et raisonnable », non autrement précisée a priori, et laissée à l'appréciation finale du juge.

Dans le souci d'élaborer une législation qui demeure praticable et qui ne soit pas source d'effets inattendus, le projet de décret repose sur un système mixte. Il introduit un régime de justification « fermé » chaque fois que les directives communautaires l'exigent, et dans la mesure où elles l'exigent. Il maintient un système de justification « ouvert » dans les autres cas – à savoir, au sujet des critères de discrimination prohibés non recensés dans les directives européennes ou encore, lorsque la discrimination directe sur la base des critères protégés européens est interdite au-delà du champ d'application matériel des directives elles-mêmes (ainsi, par exemple, l'interdiction de la discrimination directe sur la base du handicap dans le domaine de l'accès à et de la fourniture des biens et services accessibles au public).

Le projet de décret précise dans son Titre II, pour chaque domaine d'application matériel respectivement, le régime de justification admissible à la distinction directe selon le critère protégé sur la base duquel elle est fondée.

Le troisième alinéa précise que le régime de justifications des distinctions indirectes basées sur un critère protégé est un régime ouvert. Le test de justification à mettre en œuvre est celui prescrit par les directives européennes. Concrètement, la personne qui met en place la disposition, la mesure ou la pratique apparemment neutre, qui crée une distinction indirecte entre groupes protégés, doit démontrer que l'usage de cette disposition, mesure ou pratique neutre est justifié par un but légitime et que les moyens mis en œuvre afin d'atteindre ce but sont appropriés et nécessaires.

Dès lors, le juge doit premièrement contrôler si l'objectif poursuivi par l'auteur de la mesure suspecte mérite une protection. Dans le domaine des relations d'emploi, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes enseigne que le juge devra examiner si les moyens choisis (critères neutres) répondent aux besoins réels de l'entreprise (voy. C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. 170/84) et ne reposent pas sur des considérations discriminatoires.

Le juge doit ensuite examiner si la disposition, la mesure ou la pratique neutre est appropriée pour atteindre l'objectif légitime poursuivi ou, en d'autres termes, si elle contribue à la réalisation de ce dernier. Dans la négative, la disposition, la mesure ou la pratique est jugée discriminatoire et ne peut pas être maintenue. Dans l'affirmative, le juge doit pratiquer la troisième étape du raisonnement : l'examen de la nécessité de la disposition, la mesure ou la pratique neutre pour atteindre l'objectif légitime poursuivi.

Dans le cadre du contrôle de nécessité, le juge doit vérifier si l'objectif en question ne pourrait pas être atteint avec d'autres moyens qui n'entraînent pas la distinction indirecte épinglée. Le juge effectue dès lors une « balance des intérêts » entre l'intérêt du groupe désavantagé (victime de la distinction indirecte) et l'intérêt de la personne qui recourt critère neutre.

Ce contrôle de justification classique et général est valable pour tous les critères protégés, et quel que soit le domaine d'application matériel de l'interdiction de discrimination indirecte. Il ne fait donc l'objet d'aucune précision complémentaire dans le Titre II du projet de décret.

Lorsqu'une disposition, mesure ou pratique neutre en apparence crée indirectement une dis-

tinction au préjudice des personnes souffrant d'un handicap, l'auteur de la mesure suspecte peut invoquer un motif de justification alternatif : s'il prouve que des aménagements raisonnables ne peuvent pas être apportés dans une situation concrète parce que pareils aménagements seraient déraisonnables, aucun effet discriminatoire indirect ne pourra être constaté. Cette disposition est prise en analogie avec l'article art. 2.2. b.ii de la directive européenne 2000/78/CE.

Le dernier alinéa empêche les conflits entre le présent décret et d'autres décrets ou réglementations qui imposent une distinction de traitement sur base des critères protégés. En vertu de ce paragraphe, une personne ne commet aucune discrimination défendue par le décret, si cette personne agit en conformité avec la législation ou la réglementation qui organise la distinction sur la base des critères protégés.

Cette disposition garantit la sécurité juridique. Elle empêche qu'un citoyen doive faire un choix entre les normes qu'il doit respecter (le présent décret) ou le décret qui organise la distinction.

Cette disposition d'exception ne porte bien entendu pas préjudice à la possibilité dont dispose la victime d'une discrimination prétendue de faire vérifier la compatibilité de la norme qui organise la distinction en vertu des critères protégés par rapport au principe constitutionnel d'égalité qui devra, le cas échéant, être interprété de manière conforme aux directives européennes.

Art. 6

§ 1er – De manière constante, les directives européennes d'égalité de traitement prônent l'admissibilité des actions positives, mais non leur obligatorité. Les Etats membres sont par conséquent libres de les mettre ou non en œuvre.

L'action positive n'est pas présentée, dans le projet, comme une exception à l'interdiction de discriminer, mais bien comme une mesure complémentaire à l'interdiction de discrimination pour assurer concrètement une pleine égalité entre les différentes catégories de personnes. Cette présentation est plus conforme à la tendance européenne actuelle en la matière (voy. notamment l'article 3 de la directive 2006/54/CE).

§ 2 – Conformément à l'exigence du Conseil d'Etat dans son avis du 11 juillet 2006 précédant les lois fédérales du 10 mai 2007, cette disposition précise que la licéité d'une action positive est subordonnée au respect de quatre conditions cumulatives, énoncée par la Cour constitutionnelle en 1994 (Cour constitutionnelle, arrêt n° 9/94 du

27 janvier 1994).

La Cour de justice des Communautés européennes s'est également prononcée, à travers cinq arrêts rendus entre 1995 et 2004, sur les exigences auxquelles les mesures d'action positive doivent satisfaire. Selon cette jurisprudence, les mesures d'action positive sont autorisées à la condition qu'elles poursuivent l'égalité des chances (plutôt que l'égalité du résultat), qu'elles recherchent un objectif précis (qu'elles visent notamment à supprimer et/ou réduire les problèmes qui sont à la base de la défavorisation du groupe désavantagé) et qu'elles répondent à un test de proportionnalité (cela veut dire que les mesures doivent être appropriées et nécessaires vis-à-vis de l'objectif poursuivi). La jurisprudence européenne en la matière est exclusivement relative aux actions positives au bénéfice des femmes dans le domaine de l'emploi (voy. C.J.C.E., 17 oct. 1995, *Kalanke v. Land de Brême*, aff. C. 450/93, Rec., 1995, p. I-3051 ; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, Rec., 1997, p. I-6363 ; C.J.C.E., 28 mars 2000, *Badeck e.a.*, C-158/97, Rec., 2000, p. I-1875 ; C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Abrahamsson e.a.*, C-407/98 ; C.J.C.E., 19 mars 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99 ; C.J.C.E., 30 septembre 2004, *Serge Briheche contre Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, C-319/03). Les arrêts *Marshall* (1997) et *Badeck* (2000), qui posent des enseignements qui demeurent d'actualité, concernaient respectivement des normes instituant des politiques de promotion prioritaire des femmes dans certains secteurs publics où elles étaient sous-représentées. La Cour jugea qu'en l'espèce, le respect du principe d'égalité était garanti, vu que les conditions suivantes étaient réunies :

- La promotion prioritaire n'était accordée aux femmes qu'à condition qu'elles puissent faire valoir une qualification équivalente à celle des individus de l'autre sexe ;
- Le dispositif n'attribuait pas aux femmes une priorité absolue, automatique et inconditionnelle sur leurs concurrents de sexe opposé dès lors qu'il contenait une « clause d'ouverture » : la priorité en faveur des femmes cesse si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur.

La Cour de Justice précisa ainsi, à l'issue de chacune des deux affaires, que les candidatures ne doivent cesser de faire l'objet d'une appréciation objective prenant en considération les situations particulières d'ordre personnel de tous les candi-

dats. Ainsi, par exemple, à qualification égale, une femme ne pourrait être d'emblée préférée à un concurrent masculin si ce dernier a traversé une période de chômage de longue durée ou s'il a de nombreux enfants à charge et que son épouse est sans emploi.

§ 3 – Les politiques d'action positive émanent des autorités publiques. En conséquence, les acteurs privés ne peuvent mettre en œuvre des actions positives que s'il y a organisation expresse de celles-ci via arrêté du Gouvernement qui en fixe le cadre. Le Gouvernement précise ainsi dans quels cas les personnes privées peuvent ou, le cas échéant, doivent introduire de telles mesures.

L'auteur du projet a en effet considéré qu'un directeur de centre d'activités sportives, par exemple, ne peut avoir qu'une connaissance microscopique, et non globale, de la répartition ethnique, sexuée, ... des bénéficiaires du secteur d'activité dans lequel il s'inscrit. Seule l'autorité publique peut offrir une vision panoramique, et stimuler le cas échéant les acteurs privés à mettre en œuvre une politique d'action positive qui satisfasse aux conditions de licéité fixées par la Cour constitutionnelle.

Art. 7

Cette disposition définit les concepts qui n'ont vocation à être mobilisés que dans le cadre du chapitre relatif au domaine de l'emploi.

1° « Rémunération »

Il s'agit de la définition de la rémunération au sens de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne et de l'article 2, §1er, e), de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 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 (refonte) ;

La Communauté française doit transposer les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE et pour autant que de besoin, la directive 2006/54/CE, en tant qu'elles s'appliquent aux « conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion », ainsi qu'aux « conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que la rémunération, comme le prévoit la directive 75/117/CEE ». Eu égard à la réserve de compétence fédérale en matière de

droit du travail, seules les relations statutaires qui se nouent au sein des services et établissements visés dans le chapitre du décret relatif au domaine de l'emploi doivent être visées. Les termes de la directive sont donc adaptés à cette réalité.

2° « Harcèlement »

3° « Harcèlement sexuel »

Les définitions du harcèlement et du harcèlement moral sont reprises – moyennant adaptation aux compétences de la Communauté française –, de la loi fédérale du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Si elles ne reprennent littéralement les termes des définitions européennes, elles en sont néanmoins respectueuses. L'homogénéité des définitions fédérale et communautaire permet de mieux construire et visualiser les relations entre les deux types de législation. Il résulte, en effet, de la réserve fédérale en matière de protection du travail et de la loi du 11 juin 2002 adoptée au titre de cette compétence, que le champ d'action de la Communauté française en ce qui concerne la prohibition du harcèlement au travail est limité. Dans ces conditions, le lien entre le décret et la loi du 11 juin 2002 doit être clair.

4° « Employeur »

Cette définition n'appelle pas de commentaire.

Art. 8

Cette disposition a pour objet de définir le champ d'application spécifique du chapitre du décret relatif au domaine de l'emploi.

Le premier paragraphe détermine les relations d'emploi que la Communauté française a vocation à régir par la voie décrétole. Seules sont concernées, par conséquent, les relations d'emploi qui se nouent au sein des organismes et institutions visés à l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et dans les établissements d'enseignement relevant de la Communauté française.

Les termes « relations d'emploi » sont, pour rappel, définis à l'article 3, 8° du décret.

Le deuxième paragraphe précise, pour les besoins de la bonne compréhension du chapitre relatif au domaine de l'emploi, quel type de réalité peuvent recouvrir les « conditions d'accès à la fonction » qu'impliquent les relations d'emploi. Il est précisé à cette occasion que le décret s'applique sans préjudice de la compétence dévolue à Selor en vertu de l'article 87, §2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

On notera d'ailleurs la mention, par exemple dans le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (Doc. parl., Ch., n°2721/001, p. 38), selon laquelle « L'activité du Selor prévue à l'article 87, §2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles n'est pas visée à l'article 4, 1°, 5ème tiret de la présente loi ».

L'article 87, §2, précité, prévoit que « Chaque Gouvernement fixe le cadre du personnel de son administration et procède aux nominations, (...). Ce personnel est recruté par l'intermédiaire du Secrétariat permanent de recrutement du personnel de l'Etat ». La Communauté française n'a pas compétence pour régir l'activité de Selor. Toutefois, rien ne l'empêche, voire ne la dispense de faire en sorte, là où elle le peut, de mettre activement en place les dispositifs destinés à garantir l'effectivité des directives à transposer dans le cadre du recrutement de ses agents.

Le troisième paragraphe poursuit le même objectif que le deuxième en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération.

Enfin, le quatrième paragraphe exprime la règle, conforme à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, selon laquelle la protection du décret, en tant qu'il concerne les conditions dans lesquelles il est mis fin à une relation d'emploi, s'applique également aux mesures prises à la suite de la rupture de la relation d'emploi.

Art. 9

Cette disposition prévoit, dans le domaine des relations d'emploi, un système de justification « ouvert » aux distinctions directes sur les critères protégés *non recensés* dans les directives européennes.

Ainsi, une distinction directe basée sur des convictions politiques ne constitue pas une discrimination directe dans le cas où elle peut être objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens d'atteindre ce but sont appropriés et nécessaires. Par exemple, cette situation peut se présenter lorsqu'une organisation subventionnée par la Communauté française, dont le fondement repose sur une idéologie politique, souhaite recruter des personnes qui auraient envers elle une attitude de bonne foi et de loyauté.

Art. 10

Le premier paragraphe dispose que, dans le domaine des relations d'emploi et sans préjudice des dispositifs prévus aux articles 11 à 13 du pro-

jet de décret, une distinction directe basée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, ne peut être justifiée que sur la base des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Dans certains cas, il est en effet socialement souhaitable que l'on puisse, dans les relations d'emploi, faire une distinction sur la base des critères protégés ou des caractéristiques qui y sont liées.

Ce système fermé de justification est imposé par les directives européennes d'égalité de traitement dans l'emploi (voy. art. 4 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE et art. 14.2 de la directive 2006/54/CE).

Le deuxième paragraphe détermine, en pleine conformité avec les directives européennes précitées, les conditions auxquelles les exigences professionnelles essentielles et déterminantes doivent satisfaire.

En tant que règle d'exception, la règle des exigences professionnelles essentielles et déterminantes doit être appliquée avec parcimonie – elles sont d'interprétation stricte – et uniquement pour les exigences professionnelles qui sont strictement nécessaires afin d'exercer les activités en question. A l'instar des directives européennes, le projet de décret exige qu'il s'agisse d'activités professionnelles spécifiques, ce qui signifie que la nécessité de fixer l'exigence devra toujours dépendre des activités concrètes réalisées par un (candidat) travailleur. Si le critère demandé pour une catégorie de travailleurs déterminée est nécessaire dans certains cas et non dans d'autres, le critère ne pourra être imposé d'office à la catégorie complète des travailleurs.

Le projet exige par ailleurs que l'usage des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes » soit justifié : les exigences professionnelles essentielles et déterminantes doivent être basées sur un objectif légitime et proportionnées vis-à-vis de l'objectif poursuivi.

Ont été jugés légitimes, par la Cour de Justice des Communautés européennes dans sa jurisprudence relative à l'égalité des sexes dans l'emploi, les objectifs consistant en la protection de la vie privée; le respect de la sensibilité du patient (la patiente pouvant dès lors exiger d'être soignée par une femme, par exemple); la sécurité publique; le maintien de la force de combat dans l'armée (qui peut justifier que seuls des hommes soient recrutés dans telle force armée de combat). Voy. notamment C.J.C.E., Commission c. France, 30 juin 1988; Angela Maria Sirdar contre The Army

Board et Secretary of State for Defence, 26 octobre 1999, affaire C-273/97; Johnston, 15 mai 1986, aff. 222/84; Kreil, 19 janvier 2000, aff. C-285/98.

Plus généralement, on peut considérer que sont légitimes les objectifs poursuivant la protection des droits fondamentaux, la garantie de la liberté artistique ou de l'authenticité dans le monde culturel (ceci permettra, par exemple, qu'une personne africaine soit recrutée pour jouer le personnage d'Othello), la garantie, dans le monde commercial, de la publicité visant certains groupes cibles (ceci autorisera, par exemple, qu'une personne d'un âge déterminée soit engagée dans tel cas d'espèce pour l'efficacité du message publicitaire) ou encore la sécurité (sécurité dans l'entreprise; sécurité publique). En revanche, l'objectif légitime ne peut évidemment pas être lié à des motifs discriminatoires telle la volonté de répondre à la préférence discriminatoire des clients ou d'autres travailleurs.

Dans un deuxième temps, il est nécessaire de contrôler si l'exigence professionnelle essentielle et déterminante est proportionnée à l'objectif légitime. A l'enseigne du droit européen, ce contrôle de proportionnalité comprend un contrôle de l'adéquation et de la nécessité de l'exigence professionnelle vis-à-vis de l'objectif poursuivi (C.J.C.E., arrêt Johnston, 222/84, 15 mai 1986, considérant 38 : le refus de renouveler le contrat de Mme Johnston, en sa qualité de femme, dans les forces de police d'Irlande du Nord, fondé sur des arguments de sûreté de l'Etat (équipement armé lourd pour faire face aux attentats fréquents), avait été jugé proportionné).

Le troisième paragraphe prévoit que la liste des emplois pour lesquels le sexe peut être une exigence professionnelle essentielle et déterminante est fermée, à savoir fixée dans un arrêté. A titre illustratif, il faut rappeler ici, à l'échelon fédéral, 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 (M.B., 16 février 1979). Cet arrêté prévoit, en son article 1er, que le sexe peut constituer une condition déterminante :

- Pour les personnes qui exercent les emplois ou activités professionnelles d'acteur, actrice, chanteur, chanteuse, danseur, danseuse et d'artiste appelé à jouer un rôle de personnage masculin ou féminin; de mannequin qui doit revêtir des vêtements en vue de les présenter; de modèle pour les peintres, sculpteurs, photographes, instituts de beauté;
- Les emplois ou les activités professionnelles qui

s'exercent à l'étranger dans des pays tiers aux pays membres de la Communauté économique européenne et où les lois et coutumes imposent qu'ils soient exercés par des personnes d'un sexe déterminé.

L'exigence d'un texte réglementaire énumérant les emplois devant être exercés exclusivement par l'un ou l'autre sexe postule que seule la rigidité de l'encadrement de cette problématique permettrait de mettre un terme à la perpétuation des « préjugés sexistes ». Ainsi, on considérerait auparavant, à travers la jurisprudence, qu'en tout état de cause, les femmes n'étaient pas habilitées à porter des charges lourdes, ou encore que seules des femmes pouvaient prodiguer des cours de gymnastiques à des élèves de sexe féminin. Il est intéressant de relayer ici deux recours datant des années 1980, dirigés contre le Ministère de l'éducation nationale devant le Conseil d'Etat de Belgique, par lesquels les demandeurs prétendaient que leur droit à l'égalité de traitement n'avait pas été respecté parce l'offre d'emploi exigeait que les candidats soient de sexe féminin. Dans la première affaire, les conseillers rappelaient que « [...] le sexe n'est pas un critère de distinction qui soit absolument interdit; que dans des situations où il est raisonnablement permis de considérer que la constitution de l'homme et de la femme, comme telle, peut soit engendrer, généralement parlant, une inaptitude à accomplir certaines tâches, soit mettre manifestement en danger l'intégrité physique ou morale, il est tout aussi permis d'attribuer certaines tâches de préférence ou en exclusivité aux hommes ou aux femmes, ou de prendre des mesures générales en faveur du groupe exposé; que comme éléments de la condition féminine interviennent, parmi d'autres, une force physique moins grande en moyenne, et les menaces qui pèsent sur son intégrité sexuelle – en particulier celle de l'adolescente [...] » (voy. Cons. d'État (Belg.), 22 juillet 1980, n°20.514, Storms, Recueil Arr., 1980, p. 984. Dans le même sens : Cons.d'État (Belg.), 8 juin 1982, Van de Velde, n°22.316, Rec.Arr., 1982, pp. 941-942). Cette jurisprudence n'est plus d'actualité.

Le quatrième paragraphe prévoit qu'en dehors du critère du sexe, il incombe en principe au juge de déterminer, au cas par cas, s'il est question d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes au sens du projet de décret. Il faudra ici veiller à ce que la contextualisation constante via la méthode casuistique, si elle permet d'envisager une pléthore de situations, y compris les plus imprévisibles, ne conduise toutefois pas à une « staticité » peu souhaitable des mentalités : il en irait ainsi si le juge ne prend pas suffisamment distance

avec les représentations sociales circulant dans la société, en entérinant dès lors facilement un choix fondé sur un critère protégé.

Aux fins de transparence des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, et dans un souci de sécurité juridique, le Gouvernement de la Communauté française peut néanmoins, par le biais d'un arrêté, dresser une liste exemplative des situations dans lesquelles une caractéristique spécifique (telle la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap), constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Cette liste exemplative est alors contraignante pour le juge dans les cas qu'elle mentionne. Cependant, rien ne s'oppose à ce que le juge, pour les hypothèses qui ne sont pas repris dans la liste, examine de manière autonome si les conditions des exigences professionnelles essentielles et déterminantes ont été remplies.

Art. 11

Cet article relatif aux « entreprises de tendance », c'est à dire les organisations dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, transpose explicitement l'article 4.2. de la directive-cadre 2000/78/CE.

La notion d'entreprise de tendance couvre à la fois :

- Les organisations qui ont pour objectif direct et essentiel de promouvoir une religion ou une conviction ;
- Les organisations qui se fondent simplement sur une éthique à travers la manière dont elles conduisent leurs activités.

Le critère de conviction est assimilé à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Les entreprises de tendance pourront dès lors exiger des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. La conviction du (candidat) travailleur ne peut être prise en considération que quand elle est en lien avec la fonction exercée ou à pourvoir, sa nature et son contexte. En conséquence, les éléments propres à la vie privée d'un individu ne peuvent pas influencer son recrutement ou son licenciement.

La jurisprudence étrangère fournit quelques exemples intéressants. Ainsi, en Allemagne, fut contestée devant les tribunaux la pratique d'une organisation chrétienne allemande en charge de

l'intégration de personnes immigrées subordonnant l'engagement d'une assistante sociale à sa conversion à la chrétienté. Le Tribunal du travail de Hambourg jugea, dans une décision du 31 janvier 2008, que l'appartenance religieuse ne pouvait pas être une exigence professionnelle essentielle pour un poste d'assistant social chargé de l'intégration des personnes étrangères. En France, une association française de chrétiens traditionalistes licencia, dans les années 90, un sacristain dont on avait appris, suite à une indiscretion, qu'il était homosexuel. La Cour de cassation française jugea le licenciement illégal car le comportement personnel du sacristain n'avait pas constitué un trouble caractérisé au sein de l'entité (Cass. fr. (soc.), 17 avril 1991, *Painsecq c. Association Fraternité Saint Pie X*). De même, cela fait un temps certain que le licenciement, au sein d'écoles catholiques, de professeurs du fait de leur divorce, n'est plus admis, dès lors que la séparation relève de leur vie privée.

Art. 12

Cette disposition transpose le système de justification prévu à l'article 6.1. de la directive-cadre 2000/78/CE qui stipule que les différences de traitement fondées sur l'âge peuvent être justifiées dans certains cas.

Plusieurs exemples de différences de traitement fondées sur l'âge passibles de justification sont mentionnés explicitement à l'article 6.1. de la directive 2000/78/CE, en guise d'illustration :

- La mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ;
- La fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ;
- La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

On se référera utilement à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes pour identifier les justifications objectives et raisonnables en ce domaine. On peut renvoyer à l'ar-

rêt Mangold (C.J.C.E., 22 novembre 2005, affaire C-144/04, p.s.).

Art. 13

Cette disposition n'appelle aucun commentaire complémentaire à celui développé sous l'article 6.

Art. 14

Cette disposition permet de renvoyer aux seules dispositions de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs en cas de harcèlement et de harcèlement sexuel survenant dans les relations d'emploi.

L'alinéa 2 permet au décret de s'appliquer néanmoins lorsque les faits de harcèlement et de harcèlement sexuel surviennent non pas lors de l'exécution du travail mais dans le cadre de l'accès à celui-ci, dans la mesure où la Communauté française doit veiller à couvrir les hypothèses que ne rencontre pas la loi fédérale du 4 août 1996 et que les directives imposent d'assortir du même dispositif de protection.

Art. 15

Cette disposition transpose les articles 15 et 16 de la directive-cadre 2006/54/CE.

Art. 16

Cette disposition définit les concepts qui n'ont vocation à être mobilisés que dans le cadre du chapitre relatif au domaine de l'enseignement.

1° « Harcèlement »

2° « Harcèlement sexuel »

Les définitions du harcèlement et du harcèlement moral sont reprises – moyennant adaptation aux compétences de la Communauté française –, de la loi fédérale du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Si elles ne reprennent littéralement les termes des définitions européennes, elles en sont néanmoins respectueuses. L'homogénéité des définitions fédérale et communautaire permet de mieux construire et visualiser les relations entre les deux types de législation. Il résulte, en effet, de la réserve fédérale en matière de protection du travail et de la loi du 11 juin 2002 adoptée au titre de cette compétence, que le champ d'action de la Communauté française en ce qui concerne la prohibition du harcèlement au travail est limité. Dans ces conditions, le lien entre le décret et la loi du 11 juin 2002 doit être clair.

Art. 17

Il est renvoyé aux commentaires généraux relatifs au champ d'application matériel du décret en projet.

Art. 18

Cet article transpose les articles 2 et 3.1.g. combinés de la directive 2000/43/CE en ce qu'ils formulent une interdiction absolue de toute discrimination raciale ou ethnique dans le domaine de l'éducation, qui doit être compris, dans le cadre de ce projet de décret, comme l'enseignement prodigué en Communauté française, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, pour ce qui concerne l'accès à et le suivi de cet enseignement.

Art. 19

Le projet de décret introduit ici un système de justification « ouvert » dans le domaine de l'enseignement primaire et secondaire général, dès lors que l'interdiction de discriminer dans ce domaine, sur la base des critères protégés identifiés dans cet article, n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement. Nous vous renvoyons également au commentaire de l'article 5.

Art. 20

Cette disposition transpose les articles 2 et 3.1.b. combinés des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, ainsi que l'article 14.1.b. de la directive 2006/54/CE, en ce qu'ils formulent une interdiction de toute discrimination directe sur la base du sexe, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, dans l'accès à la formation professionnelle, qui doit être comprise comme l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice, à savoir tous réseaux confondus, et mis à part le fondamental et le secondaire général : enseignement CEFA, université,....

Art. 21

Les directives européennes d'égalité de traitement prévoient néanmoins qu'une distinction directe basée sur un des critères protégés précités peut être justifiée par des exigences de la formation essentielles et déterminantes. Sur la portée de ce concept, il est renvoyé au commentaire de l'article 10.

Art. 22

Le projet de décret introduit ici un système de justification « ouvert » dans le domaine de l'accès à et le suivi de l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice, dès lors que l'interdiction de discriminer dans ce domaine, sur la base des critères protégés identifiés dans cet article, n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement. Nous vous renvoyons également au commentaire de l'article 5.

Art. 23

Dans la même perspective que celle qui a présidé à la rédaction de l'article 14, cette disposition a pour objet de permettre un renvoi aux seules dispositions de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs en cas de harcèlement et de harcèlement sexuel survenant dans l'enseignement.

Toutefois, dès lors que la loi fédérale précitée ne s'applique pas aux étudiants dont la formation ne comprendrait aucune forme de travail, les nécessités de la transposition des directives imposent à la Communauté française de prévoir que ses dispositions s'appliquent dans une telle situation. Tel est donc la finalité poursuivie par l'alinéa 2 de cette disposition.

Art. 24

Le domaine de la politique de santé est appelé à couvrir, dans le champ de compétence de la Communauté française, les exigences résultant des directives à transposer en matière de protection sociale au sens large y compris les soins de santé (au sens de la directive 2000/43/CE).

Selon la section de législation du Conseil d'Etat, la « protection sociale » peut inclure des matières personnalisables confiées aux Communautés (Avis, page 93), sous réserve de l'article 138 de la Constitution.

Le domaine des soins de santé, visé à l'article 3.1 au point e) de la directive 2000/43/CE, entre donc pour partie dans les compétences de la Communauté française, et le décret en projet veille à exclure de son champ d'application les matières relevant des compétences dont l'exercice a été transféré en application de l'article 138 de la Constitution.

La « politique de la santé » est constituée en Belgique de deux volets : le volet de la médecine curative et le volet de la médecine préventive et

de l'éducation sanitaire. Aux termes de l'article 5, §1er, I, de la loi spéciale du 8 août, ces deux volets relèvent de la compétence des Communautés, sous réserve des aspects qui continuent à relever de la compétence de l'Etat fédéral.

Concernant le volet de la médecine curative, la loi spéciale dispose plus précisément que les soins de santé dispensés dans ou en dehors d'institutions de soins tombent sous le coup des compétences de la Communauté. Cela vise « les hôpitaux universitaires ou ordinaires (en ce compris les maisons de soins psychiatriques), les services de soins à domicile, les services de santé mentale, les maisons de repos et de soins pour personnes âgées et les services de télé accueil » (cf R.BORN « Bilan de l'exercice des compétences transférées par la Communauté française », *Courrier hebdomadaire C.R.I.S.P.*, 2002, n° 1783-1784, p.40). La loi spéciale réserve toutefois à l'Etat fédéral un pan important de compétences relativement à ces institutions. Celles-ci concernent la législation organique y relative (article 5 §1er, I, 1°, a de la loi spéciale), le financement de leur exploitation (article 5 §1er, I, 1°, b), les règles de base relatives à la programmation (article 5 §1er, I, 1°, d) et celles relatives au financement de leur exploitation (article 5 §1er, I, 1°, b), les règles de base relatives à la programmation (article 5 §1er, I, 1°, d) et celles relatives au financement de l'infrastructure (article 5 §1er, I, 1°, e) l'assurance maladie-invalidité (article 5 §1er, I, 1°, c), les normes nationales d'agrément uniquement dans la mesure où celles-ci peuvent avoir une répercussion sur les compétences visées aux b/, c), d) et e) ci-dessus (article 5 §1er, I, 1°, f) et la détermination des conditions et de la désignation comme hôpital universitaire conformément à la législation sur les hôpitaux (article (§1er, I, 1°, g).

Concernant le volet préventif, l'article 5 §1er, I, 2° de la loi spéciale précitée dispose que l'éducation sanitaire et les activités et services de médecine préventive relèvent des compétences communautaires. Ces matières touchent principalement la « politique de la prévention des maladies sexuellement transmissibles ou des toxicomanies, les campagnes d'éducation à la santé, les mesures de contrôle médico-sportif, certaines missions confiées à l'ONE et l'inspection médicale scolaire ». Une réserve de compétence au profit de l'Etat fédéral est cependant émise. Elle vise « les mesures prophylactiques, la réglementation des denrées alimentaires et la réglementation de la publicité en faveur du tabac ».

Par delà la répartition de compétence opérée par la loi spéciale entre les Communautés et l'Etat fédéral, l'on ne perdra pas de vue, qu'en application de l'article 138 de la Constitution, la Commu-

nauté française a transféré à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, l'exercice de certaines de ses compétences en matière de politique de la santé. Ces matières, dont l'exercice ne relève plus de la Communauté française et par rapport auxquelles le décret de la Communauté ne devra donc pas transposer la directive race, sont visées par l'article 3, 6° du décret spécial du 19 juillet 1993. Il s'agit principalement des compétences relevant du volet de la médecine curative, à l'exception des hôpitaux universitaires et de l'Académie royale de médecine de Belgique, le volet préventif échappant, quant à lui, totalement au transfert de compétences visé.

Enfin, il faut encore rappeler, qu'en application de l'article 128 §2 de la Constitution, les décrets de la Communauté française en matière de soins de santé ne peuvent s'appliquer à Bruxelles qu'à l'égard des institutions qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté. S'agissant des institutions pour lesquelles aucun rattachement exclusif, soit à la Communauté flamande, soit à la Communauté française ne peut être opéré, la compétence de légiférer appartient en la matière à la Commission communautaire commune.

Tous ces éléments imposent de délimiter soigneusement le champ d'application du décret en matière de soins de santé.

Art. 25

Cet article transpose les articles 2 et 3.1.e. combinés de la directive 2000/43/CE en ce qu'ils formulent une interdiction absolue de toute discrimination raciale ou ethnique dans le domaine de la politique de santé.

Art. 26

Le projet de décret introduit ici un système de justification « ouvert » dans le domaine de la politique de la santé, dès lors que l'interdiction de discriminer dans ce domaine, sur la base des critères protégés identifiés dans cet article, n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement. Nous vous renvoyons également au commentaire de l'article 5.

Art. 27

Il est renvoyé aux commentaires de l'article 3, 16°.

Art. 28

Cet article transpose les articles 2 et 3.1.f. combinés de la directive 2000/43/CE en ce qu'ils formulent une interdiction absolue de toute discrimination raciale ou ethnique dans le domaine des avantages sociaux.

Art. 29

Le projet de décret introduit ici un système de justification « ouvert » dans le domaine des avantages sociaux, dès lors que l'interdiction de discriminer dans ce domaine, sur la base des critères protégés identifiés dans cet article, n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement. Nous vous renvoyons également au commentaire de l'article 5.

Art. 30

Le domaine de l'affiliation à et de l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française est destiné à recevoir, dans le droit de la Communauté française, les directives à transposer en ce qu'elles concernent l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisation.

Il est vrai que les matières concernées par ces termes européens semblent a priori toutes relever de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale et ne pas requérir de transposition de la part de la Communauté française.

Il paraît, cependant, à l'auteur du projet que des associations professionnelles de droit privé dont les membres exerceraient un métier rattachable à une matière relevant de la compétence de la Communauté française, et qui bénéficieraient de subsides de cette dernière, devraient être assujettis à l'obligation de principe de ne pas discriminer dans le recrutement de leurs membres.

Comme le signale, en effet, Sébastien Van Drooghenbroeck, non seulement « la jurisprudence de la Cour européenne énonce (...) que les actes d'un acteur privé subventionné par les pouvoirs publics, peuvent être directement imputés à ces derniers » mais, en outre, « la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à la liberté d'enseignement laisse quant à elle apercevoir qu'il est légitime qu'un acteur privé faisant appel au subventionnement public, renonce, pour partie, à la plénitude des droits et libertés (vie privée et liberté d'association – ndr) qu'il eût pu faire valoir s'il n'y

avait pas fait appel » (29).

C'est dans cette perspective que, par exemple, le décret-cadre du 10 avril 2003 relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la scène (Mon. b., 19 mai 2003), prévoit, en son article 3, §2, que :

« sans préjudice des dispositions particulières qui y sont relatives, la reconnaissance et le subventionnement ne pourront pas intervenir au bénéfice, d'une part, des personnes morales ou, d'autre part, des personnes physiques qui appartiennent à un organisme ou une association dont il est établi par une décision de justice coulée en force de chose jugée qu'ils ne respectent pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation des génocides commis par le régime national-socialiste pendant la seconde guerre mondiale ou toute autre forme de génocide ».

Une disposition générique tendant à imposer aux fédérations professionnelles ressortissant à la compétence de la Communauté française, reconnues et subsidiées par elle – songeons, par exemple, à la FAR, fédération de compagnies professionnelles des Arts de la rue, des Arts du cirque et des Arts forains – le respect des règles d'égalité et de non-discrimination visées par la directive à transposer, paraît donc de nature à en assurer l'exécution complète.

Art. 31

Cet article transpose les articles 2 et 3.1.d. combinés des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, ainsi que l'article 14.1.d. de la directive 2006/54/CE, en ce qu'ils formulent une interdiction absolue de toute discrimination dans le domaine de l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisation.

Art. 32

Le projet de décret introduit ici un système de justification « ouvert » dès lors que l'interdiction de discriminer dans ce domaine, sur la base des

(29) S. Van Drooghenbroeck, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une « horizontalisation » des droits de l'homme », A.P.T., 2003, liv. 3-4, p. 231 et les références citées.

critères protégés identifiés dans cet article, n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement. Nous vous renvoyons également au commentaire de l'article 5.

Art. 33

Il est renvoyé aux commentaires de l'article 3, 17° et 18°.

On vise donc l'accès et fourniture des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, 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, dans la mesure où ces biens et services se rattachent aux compétences matérielles et territoriales de la Communauté française.

Les services non payants, d'intérêt général sont également visés et visent notamment :

Les matières culturelles telles que les beaux-arts, les bibliothèques, les centres d'expression et de créativité, le patrimoine culturel, les musées, la musique, la danse, les arts de la scène, les centres culturels, les arts des lettres, le sport, l'éducation permanente, et l'animation culturelle, la jeunesse, etc.

Art. 34

Cet article transpose les articles 2 et 3.1.h. combinés de la directive 2000/43/CE en ce qu'ils formulent une interdiction absolue de toute discrimination raciale ou ethnique dans le domaine de l'accès à et la fourniture des biens et services accessibles au public.

Art. 35

Cet article transpose l'article 4.5 de la directive 2004/113/CE, et est directement inspiré de l'article 9 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

Les différences de traitement fondées sur le sexe dans la fourniture de biens et services ne peuvent être acceptées que lorsqu'elles sont justifiées par un objectif légitime. Peuvent par exemple être considérées comme un objectif légitime :

- La protection des victimes de violences à caractère sexuel (dans le cas de la création de foyers unisexes) ;
- Des considérations liées au respect de la vie pri-

vée et à la décence (lorsqu'une personne met à disposition un hébergement dans une partie de son domicile) ;

- La promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes (par des organismes bénévoles unisexes par exemple) ;
- La liberté d'association (dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes) ;
- L'organisation d'activités sportives (manifestations sportives unisexes).

Toute limitation devra toutefois être appropriée et nécessaire, conformément aux critères tirés de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Il est ajouté, dans le préambule de la Directive 2004/113/CE, que le principe de l'égalité de traitement dans la fourniture des biens et services n'exige pas que les installations fournies soient toujours partagées entre les hommes et les femmes, pour autant que cette fourniture ne soit pas plus favorable aux membres d'un sexe. Il est précisé aussi qu'une discrimination directe ne se produit que lorsque, pour des raisons liées au sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne dans une situation comparable. Dès lors, par exemple, des différences entre les hommes et les femmes en matière de fourniture de services de santé, qui résultent des différences physiques entre hommes et femmes, ne se rapportent pas à des situations comparables et ne constituent donc pas une discrimination (Exposé des motifs de la directive 2004/113/CE, (10)).

En raison du caractère vague et circulaire de la clause d'exception prévue dans cet article 34, il a été jugé prudent de confier au Gouvernement de la Communauté française le soin de définir, de manière limitative, les biens et services concernés.

Art. 36

Le projet de décret introduit ici un système de justification « ouvert » dès lors que l'interdiction de discriminer dans le domaine de l'accès à et la fourniture des biens et services accessibles au public, sur la base des critères protégés identifiés dans cet article, n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement. Nous vous renvoyons également au commentaire de l'article 5.

Concrètement, une personne homosexuelle par exemple pourra invoquer la protection du projet de décret pour combattre les discriminations qu'elle subit à l'inscription dans un club de sport :

si le refus d'inscription du fait de l'orientation sexuelle du candidat ne reçoit pas de justification objective et raisonnable, il sera jugé discriminatoire.

Art. 37

Cet article reconnaît la compétence des organismes publics autonomes désignés par le Gouvernement d'agir en justice dans le cadre des litiges auxquels ce projet de décret peut donner lieu, à l'exception des litiges basés sur une discrimination fondée sur la langue. En effet, les organismes autonomes de lutte contre la discrimination précités ne sont pas compétents pour traiter les discriminations fondées sur ce dernier critère protégé.

Art. 38 et 39

Cet article reconnaît un droit d'action collectif à d'autres associations et établissements d'utilité publique que les organismes désignés en vertu de l'article 37.

Ces organes disposent de cette compétence quand un préjudice a été porté aux objectifs statutaires qu'ils poursuivent.

Art. 40

Cet article n'appelle aucun commentaire.

Art. 41

Cet article précise que le mécanisme particulier relatif au déplacement de la charge de la preuve est d'application dans toutes les procédures juridictionnelles (y compris dans le cas d'une procédure devant le Conseil d'État), à l'exception des procédures pénales. Ce partage probatoire en dehors des procédures pénales constitue une transposition des directives européennes d'égalité de traitement (voy. art. 8 de la directive 2000/43/CE, 10 de la directive 2000/78/CE, 9 de la directive 2004/113/CE et 19 de la directive 2006/54/CE).

Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, « dans l'hypothèse où le renversement de la charge de la preuve, appliqué dans une affaire civile, pourrait influencer ultérieurement la preuve dans une affaire pénale [...], le juge pénal serait néanmoins tenu d'apprécier concrètement les éléments de preuve et de respecter la présomption d'innocence du prévenu » (B 84). Les juges devront traditionnellement appliquer les règles de preuve respectives de chaque procédure. Par exemple, la production de statistiques pourra entraîner un basculement de la charge probatoire dans une procédure civile mais ne constituera au pénal qu'un élément

du faisceau de preuves exigé.

Art. 42

Cette disposition est directement inspirée de l'article 28 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et des dispositions équivalentes dans la loi « anti-racisme » et la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Le paragraphe premier de l'article 42 formule le principe du déplacement de la charge de la preuve, par dérogation à l'adage *actor incumbit probatio*. Il ne s'agit pas d'un renversement de la charge probatoire puisque dans un premier temps, c'est à la victime qu'il revient d'amener des éléments de nature à supposer l'existence d'une discrimination sur la base des critères protégés. Le demandeur en justice « doit créer un doute dans l'esprit du juge : la situation n'est pas pleinement rationnelle. Il existe une anomalie qui incite à poursuivre la recherche » (M. Miné, « Le régime probatoire de la discrimination », intervention dans le cadre d'une formation en droit communautaire organisée par l'Académie de droit européen, 2 octobre 2004, p. 5, publié sur le site de l'Académie (<http://www.era.int/web/de/resources/5_1095_3049_file_en.4428.pdf>). Ce n'est que lorsqu'« une présomption de discrimination » est avérée (*prima facie* case) que le fardeau de la preuve bascule vers la partie mise en cause, à qui il appartient alors d'établir que son comportement était fondé sur des considérations légitimes.

Le second paragraphe de l'article 42 énumère, à titre purement exemplatif, les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé : elle évoque ainsi ce qu'il conviendra d'appeler le « test de récurrence » et le « test de comparabilité ».

Dans le cadre du test de récurrence, la présomption de discrimination est suscitée à la lumière de données « stockées » dont ressort un « canevas de traitement quasi-systématiquement défavorable » à l'encontre de personnes partageant le même critère protégé que la personne prétendument discriminée. En démontrant qu'il existe chez un certain individu (employeur, ...) ou une instance (service, organisme, école, ...) une telle récurrence caractérisée, on fait naître la présomption que le traitement défavorable d'un travailleur homosexuel, par exemple, est vraisemblablement fondé sur son orientation sexuelle, et non le fruit du hasard ou d'affinités légitimes. En d'autres termes, le « canevas de traitement défavorable » fournit du matériel informationnel qui rend ad-

missible le lien de causalité entre le traitement inégal et le critère protégé.

Pour constater une récurrence de traitement défavorable, il peut être tenu compte des faits ou données antérieurs, simultanés ou postérieurs à la commission de la discrimination présumée. Concrètement, une telle récurrence pourra entre autre être constatée par des témoignages de personnes partageant le même critère protégé que celui de la victime, et qui déclarent avoir été soumises à un traitement défavorable comparable; des témoignages d'individus ayant pu constater le traitement défavorable d'autres personnes partageant le même critère protégé que celui de la victime; ou encore, de données générales ou spécifiques (telles des statistiques) révélant un traitement défavorable de personnes partageant un critère déterminé. On citera aisément comme exemple une victime présumée de discrimination raciale à l'inscription d'une école non saturée (des places restent disponibles) qui allègue, à travers divers témoignages collectés, que les personnes d'origine maghrébine sont quasi-systématiquement refusées à l'inscription.

Par souci de flexibilité des modes de preuve, le projet de décret ne précise toutefois pas l'intensité exigée de la répétition du comportement prétendument discriminatoire, le nombre significatif de signalements devant être enregistrés ou leur séquence : il appartiendra au juge d'éclaircir ces questions.

Le « test de comparabilité » consiste pour sa part à apporter des éléments suffisamment convaincants afin d'établir la comparabilité des situations entre la prétendue victime de discrimination et une « personne de référence » (celle-ci ne partageant pas le critère protégé) : en prouvant en détail la comparabilité de ces deux personnes, on élimine tous les facteurs qui auraient légitimement permis de justifier une différence de traitement entre elles. En supprimant ces facteurs, il ne reste plus qu'une seule variable explicative de l'inégalité de traitement, soit une différence fondée sur un critère protégé (genre, race, ...). Pour illustrer cette méthode, on peut utilement se référer aux arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) concernant l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, tel l'arrêt Brunnhofer (C-381/99, 26 juin 2001). Dans ce dernier, la C.J.C.E. a classiquement jugé qu'il existe une présomption de discrimination, lorsqu'un travailleur prouve (i) qu'il/elle reçoit une rémunération inférieure à celle de la personne de référence (de l'autre sexe) et (ii) qu'il/elle effectue en réalité un travail égal ou équivalent

à celui de la personne de référence.

Bien que n'étant pas explicitement cité parmi les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, le recours au « test de situation » (testing) n'est nullement exclu. L'intersection des tests de récurrence et de comparabilité, respectivement, avec le test de situation est certaine. Le premier met l'accent, par le biais du caractère répétitif, sur le traitement systématiquement défavorable du groupe minoritaire, le second sur le traitement significativement plus favorable du « groupe majoritaire », tandis que le test de situation les synthétise par la présentation – idéalement réitérée – de « couples fictifs mixtes ». Les tests de comparabilité et de récurrence présentent l'avantage de la souplesse.

Le troisième paragraphe de l'article 41 énumère, à titre purement exemplatif, les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé.

Tant les statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie, que du matériel statistique élémentaire révélant un traitement défavorable, sont des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte. Les statistiques générales sont celles produites au niveau macro-économique (national ou régional, ...). La méthode fondée sur de telles données est souvent reconnue par la Cour de Justice, à tout le moins implicitement. Voy., par exemple, C.J.C.E., 6 février 1996, Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. c. Johanna Lewark, aff. C-457/93, § 29-30. Dans cette affaire, le juge fait référence aux statistiques officielles en matière d'emploi et en matière sociale, selon lesquelles à la fin du mois de juin 1991, en Allemagne, 93,4 % de l'ensemble des employés à temps partiel étaient des femmes et 6,6 % des hommes.

Par « données statistiques élémentaires », on entend celles qui ne fournissent pas de preuve exhaustive de l'impact disproportionné d'un dispositif, d'une mesure ou d'une procédure neutre, mais qui permettent d'en présumer l'existence (« comme des données générales révélant un préjudice particulier »). La présomption de discrimination indirecte peut également naître de statistiques concrètes plus ciblées concernant le groupe dont la victime fait partie (par exemple au niveau d'un établissement scolaire).

Les données statistiques n'ont toutefois jusqu'à ce jour jamais été invoquées devant les juridictions belges en matière de discrimination. Les questions méthodologiques et juridiques soulevées

par ce procédé (protection des données sensibles, telle l'origine ethnique, ..., que la méthode statistique impose de recueillir) sont en effet nombreuses. Il est utile de rappeler ici l'enseignement général de la C.J.C.E., dans son arrêt Enderby : « Le juge appliquant le principe de l'égalité de traitement évaluera si les statistiques présentées à lui sont valides, c.-à-d. si elles se réfèrent à un nombre suffisant d'individus, elles ne reflètent pas des phénomènes purement fortuits, supposés ou hypothétiques, et qu'elles semblent être d'une importance significative » (C.J.C.E., 27 octobre 1993, Enderby, aff. C-127/92). Pour le surplus, il faudra se référer à la jurisprudence étrangère ainsi qu'à la doctrine (Voy. notamment O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail*..., op. cit., 2001, p. 100. Sur les difficultés de cette méthode, voy. p. 102 et s.)

Par « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte », l'article 43 § 3 cite encore les faits de connaissance générale et les critères intrinsèquement suspects.

Dans certaines circonstances, la notoriété de fait - c'est-à-dire une donnée relevant de la connaissance générale, du 'sens commun' - créera une présomption de discrimination indirecte. Il ne fait, par exemple, aucun doute que si une offre d'emploi dans un service technique (ne comportant pourtant aucun contact avec les usagers), exige une maîtrise parfaite de la langue nationale, les nouveaux migrants seront potentiellement désavantagés en comparaison avec les candidats dont c'est la langue maternelle.

Enfin, en matière de discrimination indirecte toujours, le choix de certains critères peut paraître a priori tellement suspect - calculé pour produire un effet discriminatoire - qu'il entraîne à lui seul le basculement du fardeau de la preuve : ainsi par exemple, le recours à des critères de proximité géographique, pour la sélection de candidats à un emploi, peut être utilisé par le recruteur pour écarter d'emblée les candidats provenant de telle « cité » à forte densité de personnes d'origine étrangère ; l'exigence imposée à un candidat à une fonction publique de se présenter à un entretien le jour d'une fête religieuse importante, juive ou musulmane par exemple, pourrait écarter les candidats de telle obédience religieuse, ... Dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes, la Cour de Justice des Communautés européennes a relevé, à propos de la législation du Land de Hesse, qu'« en accordant aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire une priorité d'admission au stage préparatoire à un emploi dans la fonction publique, des dispositions nationales révélaient, par elles-mêmes, une discrimination indi-

recte dès lors que, en vertu du droit national applicable, les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire et ne peuvent donc bénéficier de la priorité prévue par ces dispositions ». (Schnorbus (C-79/99, 7 décembre 2000 - la Cour a toutefois considéré en l'espèce que la différence de traitement était objectivement justifiée par le souci de compenser le retard pris dans les études en raison du service militaire obligatoire).

Dès lors qu'il a pour objectif de faciliter la tâche pour les victimes de discrimination de faire constater un acte de discrimination par un juge, l'article 43 doit être appliqué avec la flexibilité nécessaire : un encadrement légal trop strict des faits permettant de présumer la discrimination, au travers d'une liste limitative et d'une définition exagérément précise, placerait la Belgique en contravention avec les directives européennes d'égalité de traitement en ce que la législation édictée ferait obstacle à ce que les victimes soient suffisamment outillées.

Parmi d'autres éléments pouvant constituer une présomption de discrimination, on peut citer les « smoking gun statements » (questions non pertinentes lors d'un entretien de sélection, remarques vexatoires précédant un licenciement, ...), ou encore le manque de transparence du processus décisionnel d'un employeur ou un directeur d'école par exemple (C.J.C.E. Danfoss (C - 109/88, 17 octobre 1989)) : quand l'auteur d'une différence de traitement n'est pas explicite au moment des faits en ce qui concerne les critères qu'il utilise afin de différencier, le déplacement de la charge de la preuve doit être accepté relativement rapidement. La Cour de justice des Communautés européennes sera en outre bientôt amenée à se prononcer très concrètement sur ce qu'il faut entendre par « les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ». Dans un recours préjudiciel introduit le 6 février 2007 (Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn, aff. C-54/07, J.O. C 82 du 14 avril 2007, p. 21-23), la Cour du travail de Bruxelles a, en effet, posé plusieurs questions à la juridiction européenne susceptibles de clarifier plus encore cette question.

Enfin, il faut préciser clairement que le principe de l'aménagement de la charge de la preuve ne suppose pas que l'auteur de la différence de traitement rapporte une preuve négative : la présomption de discrimination doit être réfutée simplement en indiquant les critères légitimes en vertu desquels la décision incriminée a été prise. Il incombera au défendeur donc, soit de réfuter les faits précis qui lui sont reprochés, soit, dans les hypothèses qui le permettent, de justifier la rupture du

principe de l'égalité de traitement par des considérations étrangères à toute politique discriminatoire. Concrètement, le défendeur pourra ainsi démontrer que la différence de traitement n'a pas eu lieu sur la base d'un critère protégé mais est fondée sur un motif acceptable (le postulant à l'emploi n'a pas le diplôme requis), ou établir que la prétendue victime n'a pas subi une différence de traitement car elle n'était pas dans une situation comparable à celle d'autres personnes (les résultats au test écrit du candidat retenu pour le poste étaient meilleurs que ceux du candidat évincé) ou encore invoquer une justification légale (l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, par exemple).

Ainsi, dans l'arrêt *Brunnhöfer* précité, la Cour de justice des Communautés européennes a classiquement jugé que s'il existe une « apparence de discrimination » lorsqu'une employée établit qu'elle reçoit un salaire mensuel inférieur à celui versé à un collègue masculin engagé pour effectuer un travail comparable au sien, l'employeur peut bien évidemment réfuter cette allégation en montrant que les niveaux de salaire sont identiques ou en établissant que les activités réellement exercées par les deux travailleurs ne sont en fait pas similaires. En l'espèce, l'employeur peut aussi se dégager de sa responsabilité en justifiant la différence de rémunération constatée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination, à la condition, qu'ils répondent à un besoin véritable de l'entreprise, qu'ils soient aptes à atteindre cet objectif et nécessaires à cet effet.

Art. 43

La sanction de nullité, prévue dans cet article, pour les dispositions discriminatoires, consiste en une nullité impérative partielle expresse. Ceci signifie que seule la différence de traitement discriminatoire est annulée et non la disposition discriminatoire complète.

Cette sanction a donc pour conséquence que si, via la clause litigieuse, un avantage est accordé en faveur de certains groupes au détriment d'un groupe défavorisé, et que la différence de traitement ainsi faite est discriminatoire, le groupe défavorisé peut revendiquer l'avantage du groupe favorisé.

Cette nullité impérative partielle expresse est imposée en vertu du droit européen (C.J.C.E., arrêt *Defrenne* 2, 43/75, 8 avril 1976, considérant 15 ; C.J.C.E., arrêt *Coloroll*, C-200/91, 28 septembre 1994, considérant 30) et est conforme à la jurisprudence de cassation belge (Cass. 17 janvier 1994, *Soc. Kron*, 1994, 75, note J. Jacquemain).

Il s'agit d'une nullité absolue. En effet, le pro-

jet traduit un droit fondamental (le droit à l'égalité de traitement) dans les relations horizontales et verticales. Ce projet de décret touche, par conséquent, à l'ordre public.

Le projet prévoit en outre une nullité des clauses qui stipulent qu'une ou plusieurs parties contractantes renoncent par avance aux droits garantis par le projet de décret. Cela signifie qu'on ne peut renoncer a priori contractuellement à l'application des dispositions de ce projet.

Art. 44

Cet article organise, conformément aux exigences des directives européennes d'égalité de traitement (voy. art. 9 de la directive 2000/43/CE, art. 11 de la directive 2000/78/CE, art. 10 de la directive 2004/113/CE, art. 24 de la directive 2006/54/CE), la protection contre les représailles envers une personne qui a introduit une plainte en raison d'une prétendue discrimination. Cette disposition est directement inspirée de l'article 16 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et des dispositions équivalentes dans la loi « anti-racisme » et la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

L'article concerne toutes les relations visées par le projet de décret à l'exception des relations d'emploi, telles que visées à l'article 3, 11°, pour lesquelles une disposition spéciale est consacrée (voy. article 45).

Dès qu'une plainte est introduite en raison d'une prétendue discrimination, aucune mesure préjudiciable ne peut être prise contre la personne qui a introduit la plainte ou au profit de laquelle une plainte a été introduite, sauf pour des raisons qui ne sont pas liées à l'introduction de cette dernière.

Pendant une période de 12 mois succédant à l'introduction de la plainte, il existera une présomption réfragable que les mesures préjudiciables prises à l'encontre de la personne qui a introduit la plainte ou au bénéfice de laquelle la plainte a été introduite, sont liées à l'introduction de la plainte. Ce délai de 12 mois est prorogé lorsqu'une action en justice est entamée.

Si toutefois on prend des mesures préjudiciables qui sont liées à la plainte, la victime peut alors revendiquer, selon son propre choix, soit une indemnisation forfaitaire, soit une compensation pour le dommage réellement subi.

En application du droit européen précité, la protection contre les mesures de représailles s'applique également aux témoins. Toutefois, contrai-

rement aux lois fédérales du 10 mai 2007, l'article 45 § 5 le projet de décret ne limite pas la protection aux témoins qui ont daté et signé un document relatif à la plainte. Conformément à l'exigence de la Commission européenne, la protection s'étend dès lors témoins « plus informels », ainsi par exemple aux collègues agissant en qualité de conseil ou de soutien de la victime (voy. en ce sens l'Avis motivé de la Commission des Communautés européennes adressé au Royaume de Belgique, 17 octobre 2007, C(2007)4798).

Art. 45

Cet article règle la protection contre les représailles dans le cadre des relations d'emploi. Cette disposition, largement similaire à l'article précédent, est directement inspirée de l'article 17 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et des dispositions équivalentes dans la loi « anti-racisme » et la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Toutefois, outre le dispositif prévu à l'article 44, l'article organise également une possibilité de réintégration du travailleur évincé.

Le dispositif protège contre les représailles, la personne qui introduit, dans le cadre des relations d'emploi, une plainte en raison d'une prétendue discrimination. La plainte est introduite auprès de l'organisme ou du service qui emploie le travailleur. Elle portera souvent sur des faits de discrimination qui sont commis par l'employeur. Dans certains cas toutefois (en cas d'harcèlement, par exemple), la plainte qui est introduite auprès de l'employeur peut également concerner des faits qui sont commis vis-à-vis du travailleur par des collègues de ce dernier.

Ces mesures de représailles peuvent consister entre autres en la cessation de la relation d'emploi ou en la modification des conditions de travail. Le dispositif prévoit qu'une fois la plainte déposée, de telles mesures préjudiciables peuvent être prises uniquement pour des raisons étrangères à la plainte.

Le dispositif de protection contre les représailles prévoit une réglementation propre de la charge de la preuve.

Quand le travailleur estime que les mesures préjudiciables ont été prises pour des raisons qui sont liées la plainte ou à l'action en justice, il doit alors demander la réintégration ou le rétablissement dans les conditions de travail initiales. Sauf dans les cas exceptionnels, cette demande est déterminante pour obtenir une indemnisation. Si

l'employeur prend une décision positive vis-à-vis de la demande du travailleur, celui-ci est repris dans l'organisme ou dans le service ou rétabli dans les conditions de travail initiales. Si l'employeur refuse la demande de réintégration ou de le rétablir dans les conditions de travail initiales, et pour autant qu'il soit jugé que les mesures ont été motivées par des raisons qui ne sont pas étrangères à la plainte ou à l'action en justice, l'employeur doit payer une indemnisation au travailleur. Au choix du travailleur, cette indemnisation peut être forfaitairement évaluée, ou fixée en fonction du préjudice réellement subi. Dans ce dernier cas, l'employé doit prouver l'étendue du préjudice subi. Quand il choisit l'estimation forfaitaire, l'indemnisation correspond à un salaire brut de six mois.

Encore faut-il préciser, quant au délai de 30 jours endéans lequel la demande de réintégration doit être formulée, qu'un délai identique est prévu dans d'autres dispositifs qui sont fort comparables au dispositif en matière de protection contre les représailles du présent projet de décret. On fera référence en particulier à l'article 32terdecies, § 3 de la Loi du 4 août 1996 relative au bien-être (harcèlement) qui prévoit un délai de réintégration de 30 jours, ayant des conséquences potentielles pour l'indemnisation financière à laquelle le travailleur peut prétendre s'il ne demande pas sa réintégration à temps.

Enfin et en conformité avec le droit européen, le projet prévoit expressément que la protection contre les représailles vaut également à l'égard des mesures qui seraient prises après la cessation de la relation de travail. La protection vaut aussi à l'égard des témoins, moyennant le même commentaire que celui formulé sous l'article 43.

Art. 46

Cet article prévoit, pour la victime, deux possibilités d'obtenir une indemnisation, du chef des actes de discrimination subis, mais aussi en réparation des mesures préjudiciables qui lui seraient infligées après le dépôt d'une plainte (voy. articles 453 et 44). Cette disposition est directement inspirée de l'article 18 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et des dispositions équivalentes dans la loi « anti-racisme » et la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

La victime peut désormais choisir soit une indemnisation forfaitaire, soit une compensation pour le dommage réellement subi (en application du droit commun de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle) si elle estime le dommage forfaitaire insuffisant ; cette seconde option

suppose toutefois l'existence de preuves de l'étendue du préjudice subi.

Les dommages et intérêts forfaitaires peuvent être octroyés non seulement par la juridiction ordinaire saisie en application du droit commun de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, mais également par le juge de la cessation (voy. article 49).

Le régime élaboré en matière d'indemnisation forfaitaire est à mettre en relation avec l'exigence des directives européennes d'égalité de traitement selon lesquelles les sanctions prévues par les États membres, en cas de contravention à la législation qui en assure la transposition, doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » (voy. art. 15 de la directive 2000/43/CE, art. 17 de la directive 2000/78/CE, art. 14 de la directive 2004/113/CE, art. 25 de la directive 2006/54/CE). Il s'agit là d'une obligation de résultat, et non de moyens : les États demeurent libres de déterminer les modalités de sa mise en oeuvre (sous réserve du respect du principe de l'équivalence juridictionnelle). Or, c'est parce que la pratique belge a montré que les juges se montrent trop réservés lors de l'octroi de dommages et intérêts, que le projet prévoit désormais la possibilité d'indemnisations forfaitaires. Ce système s'impose d'autant plus qu'à présent, la discrimination est sanctionnée principalement par le biais de voies de droit civil.

La Cour de Justice des Communautés européennes a développé, dans le droit de la discrimination fondée sur le sexe, les standards minimaux auxquels doit satisfaire une indemnisation quant à son étendue.

Cette jurisprudence enseigne entre autres :

- Qu'on ne peut pas faire dépendre le droit à l'indemnisation de la preuve d'une faute : une violation de l'interdiction de discrimination suffit ;
- Qu'une indemnisation doit être en rapport adéquat avec le préjudice subi ;
- Qu'une indemnisation ne peut pas être limitée à une compensation purement symbolique ;
- Qu'une indemnisation maximale à concurrence de trois salaires mensuels ne suffit généralement pas comme sanction pour la discrimination lors des étapes précédant le recrutement.

En matière de mécanismes de sanction, s'impose en outre la règle du droit européen selon laquelle un État membre doit respecter le principe de l'équivalence de protection juridictionnelle

lors du choix et de la détermination des sanctions (C.J.C.E., arrêt Rewe, 33/76, 16 décembre 1976, considérant 5). Selon ce principe, la protection juridique qui est offerte par un État membre au citoyen lors de la violation des normes européennes (et/ou les normes nationales de mise en oeuvre) doit être équivalente par rapport à la protection juridique qui est prévue pour les violations des normes (purement) nationales. Ce principe a été confirmé expressément dans le cadre du droit antidiscriminatoire européen (C.J.C.E., arrêt Draehmpaehl, C-180/95, 22 avril 1997, considérant 29).

Ainsi, en ce qui concerne les relations d'emploi, on remarque plus particulièrement que le système développé trouve sa légitimation explicite, en matière d'indemnisation forfaitaire, dans la jurisprudence européenne de la Cour de Justice (C.J.C.E., arrêt Draehmpaehl, C-180/95, 22 avril 1997), mais aussi dans la pratique qui consiste à sanctionner, en général, les violations des « protections contre le licenciement » nationales par le paiement d'une compensation correspondant à 6 mois de salaire (application du principe de droit européen de l'équivalence des sanctions). Le système exorbitant d'indemnisation forfaitaire qui prévaut pour les relations d'emploi peut, en outre, être justifié en raison de l'impact social important que la discrimination dans les relations d'emploi implique.

Art. 47

Le juge peut condamner une personne qui a commis une discrimination au paiement d'une astreinte, pour le cas où il ne serait pas mis fin à cette discrimination, et ce, conformément aux règles générales du code judiciaire relatives aux astreintes.

L'article évoque également l'intervention, dans les litiges civils, du Ministère public ou, selon la nature de l'acte, de l'Auditorat du travail, qui ont l'opportunité de lancer la procédure en saisissant le juge. Ce mécanisme spécifique et original vise à permettre que la société soit présente et défende, lors des procédures en matière de discrimination, ses valeurs et intérêts aux côtés des victimes.

Art. 48

Cet article n'appelle aucun commentaire.

Art. 49

Cet article s'inspire de l'ancien article 10 du décret du 19 mai 2004. Il n'appelle pas de commentaire.

Art. 50

Cet article, qui prévoit une action de cessation, est directement inspiré de l'article 20 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et des dispositions équivalentes dans la loi « anti-racisme » et la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

La victime d'une prétendue discrimination peut introduire auprès du le président du tribunal de première instance, ou, selon la nature de l'acte, le président du tribunal du travail ou du tribunal de commerce, une demande tendant à ce qu'il soit ordonné la cessation des pratiques discriminatoires. La procédure est caractérisée par sa célérité puisqu'elle est formée et instruite selon les formes du référé.

Contrairement au législateur fédéral, l'auteur du projet n'a pas prévu la possibilité pour le juge de lever la cessation s'il est prouvé qu'il a été mis fin au comportement discriminatoire. A première vue, l'auteur du projet estime en effet que prévoir une telle possibilité pourrait mettre à mal l'effectivité de l'infraction de « contempt of court » (voy. infra) en réduisant le délai durant lequel la récidive sera pénalement sanctionnée.

En pleine conformité avec son choix de favoriser le volet civil de la lutte contre les discriminations, l'auteur du projet renforce, à l'instar du législateur fédéral, l'utilité de l'action en cessation au moyen de trois dispositifs :

- L'action en cessation peut être initiée par le Ministère public, ou, le cas échéant, par l'Auditorat du travail ;
- Le non-respect de la décision du juge de la cessation sera érigé en infraction, le délit de « Contempt of court » tel que prévu à l'article 58 du projet ;
- Le juge de cessation peut accorder l'indemnisation forfaitaire telle que prévue à l'article 46 du projet.

L'indemnisation forfaitaire au terme d'une action en cessation consolide considérablement l'effectivité de la loi, dès lors qu'elle offre à la victime la possibilité d'être dédommagée de son préjudice à l'issue d'une procédure rapide : la forfaitarisation du dommage implique en effet une économie substantielle de débats compatible avec la procédure du référé. L'indemnisation de droit commun ne pourra en revanche être réclamée que devant le juge ordinaire dès lors qu'elle ne pourra se trancher au travers de débats succincts. En d'autres

termes, si la cessation de l'acte s'impose et que les dommages et intérêts forfaitaires ne suffisent pas à réparer le préjudice réel, deux procédures devront être successivement introduites : une action en cessation (sans demande de dédommagement) et une action de droit commun. Le caractère discriminatoire des faits ayant été constaté par le juge de la cessation, la deuxième procédure portera uniquement sur l'évaluation du dommage.

Outre l'imposition d'une astreinte (comme prévu à l'article 47 du projet), le juge de cessation peut aussi ordonner que sa décision soit rendue publique selon les modalités prévues à l'article 50. Il est indiqué que les mesures de publicité ne peuvent toutefois être imposées que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets : la publicité, comme mécanisme de sanction, a donc un caractère curatif plutôt que répressif. Il ne faut toutefois pas minimiser le caractère dissuasif de pareilles sanctions additionnelles dès lors qu'elles entachent la réputation des auteurs de discrimination.

Il faut encore préciser qu'il peut être statué sur la demande introduite auprès du juge de la cessation, nonobstant l'existence de poursuites à raison des mêmes faits devant toute autre juridiction pénale. Il s'agit d'un renversement du principe « le criminel tient le civil en état ». Cette disposition a pour but de garantir qu'on puisse réagir rapidement contre des faits discriminatoires.

Art. 51

Dans son arrêt du 6 octobre 2004, la Cour constitutionnelle avait clairement indiqué que seule la répression pénale des discriminations intentionnelles pouvait être admise.

Malgré cette exigence d'intentionnalité, la discrimination indirecte est aussi retenue comme une forme de discrimination qui peut donner lieu à l'application des dispositions pénales du projet.

La discrimination indirecte peut, en effet, revêtir deux formes différentes : une involontaire et une intentionnelle. Vu que la discrimination indirecte se caractérise par un effet discriminatoire dont on peut parfois estimer probable qu'il adienne en fonction de l'expérience commune, il devient parfaitement concevable qu'une discrimination indirecte soit « anticipable », et donc, puisse être « intentionnelle » dans le chef de celui qui la commet.

Les premières affaires dans lesquelles la Cour de Justice des Communautés européennes fut confrontée à des phénomènes de discrimination indirecte entre hommes et femmes, étaient

d'ailleurs des affaires où l'auteur des mesures querellées cherchait intentionnellement à contourner l'interdiction de discrimination directe entre homme et femme comminée par le droit communautaire (voy. notamment C.J.C.E., Jenkins c. Kinsgate, Rec., 1981, p. 911). De la même manière, le fait d'exiger un bilinguisme parfait de la part d'un candidat à un poste de la Communauté française alors même que la fonction n'entraîne aucun contact avec des usagers néerlandophones révélerait probablement un choix délibéré visant à écarter les migrants.

Art. 52

Conformément à l'arrêt de la Cour constitutionnelle (Cour constitutionnelle n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.51), un « dol spécial » est requis pour l'application de cette disposition : une volonté particulière d'inciter à la discrimination, la haine ou la violence doit dès lors être constatée.

Art. 53 et 54

Ces articles reproduisent respectivement des articles 21 et 22 de la Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

Ces dispositifs pénaux ne concernent ici que les critères raciaux et apparentés, et non l'ensemble des autres critères protégés. Dans son arrêt 157/2004 du 6 octobre 2004, la Cour constitutionnelle a considéré que « lorsque le législateur opte pour la voie pénale, il relève de son pouvoir d'appréciation de déterminer quels sont les comportements qui méritent d'être pénalement sanctionnés » (B. 19), mais que, dans l'édification du dispositif pénal, « les choix (posés par le législateur) (...) (devraient être) raisonnablement justifiés » (B. 19) afin de ne pas être jugées contraires au principe « d'égalité des égalités ».

La justification de la non extension de cette incrimination aux autres critères protégés puise sa source dans les obligations internationales qui lient la Communauté française en matière de discrimination raciale, et en particulier, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 décembre 1965 qui impose aux Etats parties, à travers son article 4, de déclarer pénalement sanctionnable « toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale » ainsi que « la participation aux organisations, aux activités de propagande organisée et à tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale

et qui l'encouragent ». L'abondance d'instruments internationaux qui tendent à réprimer le racisme atteste qu'il constitue une menace constante pour la société et pour le bon fonctionnement des institutions démocratiques, le refus du racisme étant consubstantiel à l'idée démocratique.

Le délit prévu à l'article 56 n'exige pas un dol spécial : un dol général est suffisant. Il suffit que les prévenus appartiennent ou accordent leur coopération sciemment à une association qui prône de manière manifeste et répétée la discrimination ou la ségrégation dans les circonstances visées à l'article 444 du Code pénal (voy. aussi Cass. 9 novembre 2004).

Art. 55

Cet article prévoit la répression pénale des discriminations commises lors de l'exercice de ses fonctions par un agent public. Il est directement inspiré de l'article 23 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, lui-même repris de l'article 4 actuel de la loi « antiracisme ».

Tout agent public, tout dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet une discrimination sur base de l'un des critères protégés, est passible de poursuites pénales.

Tant la discrimination vis-à-vis d'une personne que vis-à-vis d'un groupement, d'une communauté ou de ses membres est érigée en infraction pénale. Si l'inculpé justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs – qui aurait dès lors formulé une « injonction de discriminer » (voy. art. 5 § 2 du projet) – pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, les peines sont appliquées seulement aux supérieurs qui ont donné l'ordre.

A son alinéa 4, cet article prévoit également qu'il incombe donc au responsable (hiérarchique) de mettre fin – s'il prétend que son ordre autorisant ou facilitant (la discrimination) a été surpris – à l'acte récusé et d'indiquer le coupable. Si la personne concernée manque de le faire, elle sera poursuivie personnellement.

Art. 56

Cet article condense les articles 24 et 25 de la Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

L'incrimination de la « discrimination raciale et ethnique » dans les domaines des relations d'emploi, et de l'accès aux biens et aux services qui

sont à la disposition du public ainsi que leur fourniture, fut justifiée, à l'échelon fédéral, notamment par le risque que la dépénalisation de ces comportements interdits par les anciens articles 2 et 2bis de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie soit interprétée comme un recul symbolique et social dans l'interdit édicté. Il faut rappeler en outre que la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) recommande explicitement aux États de sanctionner pénalement les discriminations sur la base de la race, dans le domaine de l'emploi.

Pour le surplus, nous vous renvoyons au commentaire édicté sous les articles 53 et 54.

Art. 57

Ce nouveau délit, le « Contempt of court », est directement repris de l'article 24 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et des dispositions équivalentes dans la loi « anti-racisme » et la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Il s'agit de l'incrimination du comportement consistant à ne pas se plier aux injonctions adressées par le juge de la cessation, que la personne poursuivie n'ait pas respecté l'injonction du juge de faire publier le jugement par voie de presse ou, qu'ayant récidivé le comportement discriminatoire, elle ait brisé l'ordre de cessation.

Art. 58

Cet article n'appelle aucun commentaire.

Art. 59

Cet article n'appelle aucun commentaire.

Art. 60

Cet article prévoit qu'un service de conciliation peut être créé par le Gouvernement.

Ce service de conciliation accomplit des missions de médiation entre les parties, à savoir un service d'écoute, de conseil et d'assistance administrative aux victimes de discriminations commises en violation du présent projet de décret.

Art. 61

L'ensemble du dispositif décretal anti-discrimination devra faire l'objet d'une évaluation parlementaire tous les cinq ans. L'évaluation portera sur l'application et l'effectivité de la législation. Elle sera précédée d'une audition des

organismes désignés en vertu de l'article 36 et se basera sur un rapport rédigé par une commission d'experts.

Art. 62

Cet article n'appelle aucun commentaire.

PROJET DE DÉCRET

RELATIF À LA LUTTE CONTRE CERTAINES FORMES DE DISCRIMINATION

TITRE PREMIER

Dispositions générales

CHAPITRE PREMIER

Dispositions introductives

Article 1er

Le présent décret transpose :

- 1° La directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique ;
- 2° La directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;
- 3° La directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 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 professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 modifiant la directive du Conseil 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 professionnelle, et les conditions de travail ;
- 4° La directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services ;
- 5° La directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

Art. 2

Le présent décret a pour objectif de créer un cadre général et harmonisé pour lutter contre la discrimination fondée sur :

- 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 apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le changement de sexe ;
- 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.

CHAPITRE II

Définitions générales

Art. 3

Pour l'application du présent décret, on entend par :

- 1° « Critères protégés » : la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap, le sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le changement de sexe, 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 ;
- 2° « Distinction directe » : la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ;
- 3° « Discrimination directe » : la distinction directe, à moins que, et uniquement dans les cas où le présent décret prévoit expressément cette possibilité dans le cadre du Titre II, cette distinction soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires ;
- 4° « Distinction indirecte » : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des

personnes caractérisées par l'un des critères protégés ;

- 5° « Discrimination indirecte » : la distinction indirecte, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ;
- 6° « Harcèlement » : sans préjudice de définitions propres aux domaines de l'emploi et de l'enseignement visés dans le présent décret, la situation dans laquelle un comportement non désiré qui est lié à l'un des critères protégés d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 7° « Harcèlement sexuel » : sans préjudice de définitions propres aux domaines de l'emploi et de l'enseignement visés dans le présent décret, la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 8° « Injonction de discriminer » : tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base de l'un des critères protégés, à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de l'un de leurs membres ;
- 9° « Aménagements raisonnables » : sans préjudice de la définition donnée par l'autorité compétente en la matière en vertu de l'article 5, §1er, II, 4°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, combinée à l'article 3, septies du décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, les aménagements raisonnables sont des 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 visés à l'article 4, 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 ;
- 10° « Actions positives » : mesures spécifiques telles que visées au Chapitre V du présent Titre, destinées à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ;
- 11° « Relations d'emploi » : les relations d'emploi statutaires 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, §1er, 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 ;
- 12° « Enseignement » : l'enseignement prodigué en Communauté française, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, réglé par elle au titre des compétences qui lui sont dévolues en la matière en vertu de l'article 127, §1er, 2°, de la Constitution, dans la mesure où cet enseignement correspond à l'éducation visée à l'article 149 du Traité instituant la Communauté européenne et à la formation professionnelle visée à l'article 150 du même Traité ;
- 13° « Education » : l'éducation au sens de l'article 149 du Traité instituant la Communauté européenne, soit l'enseignement prodigué en Communauté française, tous réseaux confondus, et comprenant, d'une part, l'enseignement fondamental visé à l'article 2 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre et, d'autre part, l'enseignement secondaire visé à l'article 3 du même décret, à l'exclusion de celui qui correspond à de la formation professionnelle ;
- 14° « Formation professionnelle » : la formation professionnelle au sens de l'article 150 du Traité instituant la Communauté européenne, soit l'enseignement prodigué en Communauté française, tous réseaux confondus, destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer une aptitude particulière à leur exercice, à l'exclusion de l'enseignement correspondant à l'éducation. Correspondent à tout le moins à de la formation professionnelle la section de qualification de l'enseignement secondaire visée à l'article 4, alinéa 5 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, l'enseignement secondaire en alternance organisé par le décret du 3

juillet 1991 et l'enseignement supérieur visé à l'article 1er, § 3, de la loi du 7 juillet 1970 relative à la structure générale de l'enseignement supérieur ;

- 15° « Politique de santé » : la politique de santé au sens de l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;
- 16° « Avantages sociaux » : les avantages sociaux au sens de l'article 7, § 2, du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté, à savoir dans le cadre du présent décret, toutes prestations à caractère économique ou culturel dans la mesure où, liées ou non à un contrat d'emploi, elles sont accordées par des pouvoirs publics ou des organismes privés relevant des compétences de la Communauté française ;
- 17° « Biens » : biens et marchandises au sens des dispositions du Traité instituant la Communauté européenne relatives à la libre circulation des biens et des marchandises ;
- 18° « Services » : services d'intérêt général y compris les services au sens de l'article 50 du Traité instituant la Communauté européenne.

CHAPITRE III

Champ d'application général

Art. 4

Le présent décret s'applique, dans chacun des domaines mentionnés ci-après, dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution, à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en tant qu'il contient des dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement :

- 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.

CHAPITRE IV

Interdiction de discriminer

Art. 5

Toute discrimination fondée sur l'un des critères protégés est interdite.

Dans le cadre du présent décret, le terme « discrimination » inclut, sauf disposition contraire :

- 1° La discrimination directe, étant entendu que tout traitement moins favorable d'une femme liée à la grossesse, l'accouchement ou la maternité, ou encore le changement de sexe, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ;
- 2° La discrimination indirecte ;
- 3° Le harcèlement et le harcèlement sexuel, ainsi que tout traitement moins favorable reposant sur le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci ;
- 4° Le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée, sans préjudice des règles édictées en la matière par l'autorité compétente en vertu de l'article 5, § 1er, II, 4°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, combinée à l'article 3, septies du décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française ;
- 5° L'injonction de discriminer.

Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe sauf si, et uniquement dans les cas où le présent décret prévoit cette possibilité dans le cadre du Titre II, cette distinction est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

Toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte,

- 1° A moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ; ou,
- 2° A moins que, en cas de distinction indirecte sur la base d'un handicap, il soit démontré qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place.

Une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée par le présent décret lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu d'un décret.

L'alinéa précédent ne préjuge cependant en rien de la conformité des distinctions directes ou indirectes imposées par ou en vertu d'une loi avec la Constitution, le droit de l'Union Européenne et le droit international en vigueur en Belgique.

CHAPITRE V

Actions positives

Art. 6

§ 1er. 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.

§ 3. Dans le respect des conditions fixées au § 2, le Gouvernement détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

TITRE II

Dispositions spécifiques

CHAPITRE PREMIER

Le domaine de l'emploi

SECTION PREMIÈRE

Définitions spécifiques

Art. 7

Pour l'application du présent chapitre, on entend par :

- 1° « Rémunération » : le traitement ordinaire de base ou minimal, et tout autre avantage, payé directement ou indirectement, en espèces ou en nature, dont bénéficie le titulaire de la fonction correspondant à une relation d'emploi visée à l'article 8, alinéa 1er en raison de celle-ci.
- 2° « Harcèlement » : les conduites indésirables, abusives et répétées, se manifestant dans les relations d'emploi visées au présent chapitre, et se traduisant notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'une personne concernée par lesdites relations d'emploi, ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 3° « Harcèlement sexuel » : toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, se manifestant dans les relations d'emploi visées au présent chapitre, dont celui qui s'en rend coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux de travail.
- 4° « Employeur » : la personne qui occupe le titulaire de la fonction correspondant à une relation d'emploi visée à l'article 8, alinéa 1er.

SECTION II

Champ d'application spécifique

Art. 8

Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux 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.

En ce qui concerne les conditions d'accès à la fonction, le présent décret s'applique, sans préjudice de la compétence dévolue à Selor en vertu de l'article 87, §2 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, entre autres, mais pas exclusivement à ou aux :

- 1° Offres d'emploi ou annonces d'emploi et de possibilités de promotion, et ceci indépendamment de la façon dont celles-ci sont publiées ou diffusées ;
- 2° La fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisés dans le processus de recrutement ;
- 3° La fixation et l'application des critères de recrutement utilisés lors du recrutement ou de la nomination ;
- 4° La fixation et l'application des critères utilisés lors de la promotion.

En ce qui concerne les conditions de travail et la rémunération, le présent décret s'applique entre autres, mais pas exclusivement à ou aux :

- 1° Régimes statutaires de droit administratif ;
- 2° La durée du travail et les horaires de travail ;
- 3° La classification des professions et des fonctions.

En ce qui concerne les conditions dans lesquelles il est mis un terme aux relations d'emploi, le présent décret s'applique entre autres, mais pas exclusivement, aux mesures qui sont prises suite à la rupture de la relation d'emploi.

SECTION III

Justifications admissibles à la distinction directe dans l'emploi

SOUS-SECTION PREMIÈRE

Justification objective et raisonnable

Art. 9

Une distinction directe fondée sur la nationalité, 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 ne constitue pas une discrimination si cette distinction est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

SOUS-SECTION II

Exigence professionnelle essentielle et déterminante

Art. 10

§ 1er. Sous réserve des dispositifs prévus aux articles 11 à 13, une distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, peut, pour ne pas constituer une discrimination, uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque :

- 1° La caractéristique en cause est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et ;
- 2° L'exigence repose sur un but légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci.

§ 3. Le Gouvernement détermine les situations dans lesquelles le sexe constitue, conformément aux conditions visées au paragraphe 2 de la présente disposition, une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

En ce qu'ils concernent le secteur public, les arrêtés adoptés en application de l'alinéa précédent sont adoptés, selon les cas, après consultation du comité de concertation ou de négociation compétent, prévu par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels cette dernière loi ne s'applique pas.

A défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif.

§ 4. Pour les critères protégés visés au § 1er et autres que le sexe, il appartient en principe au juge de vérifier, au cas par cas, si telle caractéristique donnée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Le Gouvernement peut néanmoins établir, après consultation des organes visés au §3, alinéa 2, une liste exemplative de situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue, conformément au § 2, une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

A défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif.

SOUS-SECTION III

Justification spécifique sur la base de la conviction religieuse ou philosophique

Art. 11

Par dérogation à l'article 10, dans le cas des activités professionnelles des organisations publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation.

Sur la base de la présente disposition, aucune autre distinction directe fondée sur un autre critère protégé ne peut être justifiée, à moins qu'elle ne le soit en application d'une autre disposition du titre II du présent décret.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, le présent décret ne porte pas préjudice au droit des organisations publiques ou privées dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation.

SOUS-SECTION IV

Justification spécifique sur la base de l'âge

Art. 12

Par dérogation à l'article 10 et sans préjudice des autres dispositions du présent chapitre, une distinction directe fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objective-

ment et raisonnablement justifiée, par un but légitime, notamment par des buts légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre but légitime comparable, et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

SECTION IV

Action positive

Art. 13

Dans le domaine des relations d'emploi, les arrêtés adoptés en application de l'article 6, § 3, sont soumis préalablement, pour ce qui concerne le secteur public, à la consultation des organes visés à l'article 10, §3, alinéa 2.

A défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif.

SECTION V

Disposition spécifique relative au harcèlement

Art. 14

Le harcèlement et le harcèlement sexuel sont prohibés en application du présent chapitre lorsqu'ils se manifestent dans le cadre de l'accès à une fonction 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, §1er, 1°, de la Constitution, en ce compris en ce qui concerne les conditions d'accès à cette fonction.

SECTION VI

Retour de congé de maternité, de paternité ou d'adoption

Art. 15

Un parent, engagé dans une relation d'emploi visée au présent chapitre, en congé de maternité, de paternité ou d'adoption a le droit, au terme de ce congé, de retrouver sa fonction ou une fonction équivalente à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle il aurait eu droit durant son absence.

CHAPITRE II

Le domaine de l'enseignement

SECTION PREMIÈRE

Définitions spécifiques

Art. 16

Pour l'application du présent chapitre, on entend par :

- 1° « Harcèlement » : les conduites indésirables, abusives et répétées, se traduisant notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un bénéficiaire de l'enseignement visé à l'article 17, ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 2° « Harcèlement sexuel » : toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, se manifestant dans le domaine de l'enseignement, dont celui qui s'en rend coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux où est prodigué cet enseignement.

SECTION II

Champ d'application spécifique

Art. 17

Les dispositions du présent chapitre sont invocables dans l'enseignement visé à l'article 3, 12°, pour ce qui concerne l'accès à et le suivi de cet enseignement.

SECTION III

Justifications admissibles à la distinction directe dans l'enseignement

SOUS-SECTION PREMIÈRE

Dans l'accès à et le suivi de l'enseignement correspondant à l'éducation

Art. 18

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible en ce domaine.

Art. 19

Une distinction directe fondée sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 18, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

SOUS-SECTION II

Dans l'accès à et le suivi de l'enseignement correspondant à la formation professionnelle

Art. 20

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, n'est admissible en ce domaine.

Art. 21

§ 1er. Sous réserve de l'article 6, une distinction directe fondée sur le sexe, peut uniquement être justifiée par des exigences de la formation essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence de la formation essentielle et déterminante que lorsque :

- 1° La caractéristique en cause est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités de formation spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et ;
- 2° L'exigence repose sur un but légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci.

Art. 22

Une distinction directe fondée sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés aux articles 20 et 21, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée

sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

SECTION IV

Disposition spécifique relative au harcèlement

Art. 23

Le harcèlement et le harcèlement sexuel subis par un bénéficiaire de l'enseignement visé à l'article 17 sont prohibés en application du présent chapitre lorsqu'ils se manifestent dans le cadre d'un enseignement prodigué sans que le programme d'étude ne prévoie une forme de travail effectué dans l'établissement d'enseignement.

CHAPITRE III

Le domaine de la politique de santé

SECTION PREMIÈRE

Champ d'application spécifique

Art. 24

Les dispositions du présent chapitre sont invocables par les bénéficiaires de toute politique de santé au sens de l'article 3, 15°, du présent décret.

SECTION II

Justifications admissibles à la distinction directe dans la politique de santé

Art. 25

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible dans le domaine de la politique de santé.

Art. 26

Dans le domaine de la politique de santé, une distinction directe fondée sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 25, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

CHAPITRE IV

Le domaine des avantages sociaux

SECTION PREMIÈRE

Champ d'application spécifique

Art. 27

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à tous les « avantages sociaux » au sens de l'article 3, 16°, du présent décret.

SECTION II

Justifications admissibles à la distinction directe dans le domaine des avantages sociaux

Art. 28

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible dans le domaine des avantages sociaux.

Art. 29

Dans le domaine des avantages sociaux, une distinction directe fondée sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 28, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

CHAPITRE V

Le domaine de l'affiliation à et de l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française

SECTION PREMIÈRE

Champ d'application spécifique

Art. 30

Le présent chapitre est applicable à toute association dont les membres exercent une même profession, dont l'objet social consiste à défendre les intérêts professionnels de ses membres et qui est

subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française.

SECTION II

Justifications admissibles à la distinction directe

Art. 31

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, n'est admissible dans le domaine visé par le présent chapitre.

Art. 32

Dans le domaine visé par le présent chapitre, une distinction directe fondée sur l'un des autres critères protégés visés à l'article 3, 1^o du présent décret que ceux visés à l'article 31, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

CHAPITRE VI

Le domaine de l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture

SECTION PREMIÈRE

Champ d'application spécifique

Art. 33

Le présent chapitre est applicable à toute personne fournissant des biens et services, qui sont à la disposition du public, indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, 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.

SECTION II

Justifications admissibles à la distinction directe

SOUS-SECTION PREMIÈRE

Accès à et fourniture des biens et services en fonction de la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique

Art. 34

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction directe fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible dans le domaine visé par le présent chapitre.

SOUS-SECTION II

Fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe

Art. 35

Sous réserve de l'article 6, une distinction directe fondée sur le sexe peut être faite si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

Le Gouvernement détermine de manière limitative les biens et services qui peuvent être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe.

En l'absence d'arrêté pris sur pied de l'alinéa précédent, il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, que les distinctions visées à l'alinéa 1er peuvent être objectivement justifiées par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

SOUS-SECTION III

Justification objective et raisonnable

Art. 36

Dans le domaine visé par le présent chapitre, une distinction directe fondée sur l'un des autres critères protégés que ceux énumérés aux articles 34 et 35, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

L'alinéa premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

TITRE III

Dispositions horizontales

CHAPITRE PREMIER

Organismes autonomes de lutte contre la discrimination

Art. 37

§1er. L'Institut, lorsque la discrimination est fondée sur le sexe et est prohibée en application du présent décret, est habilité, sans préjudice des missions qui lui sont dévolues par la loi du 16 février 2002, à :

- 1° Faire, développer, soutenir et coordonner les études et recherches en matière de genre et d'égalité des femmes et des hommes et évaluer l'impact en terme de genre des politiques, programmes et mesures mis en oeuvre ;
- 2° Adresser des recommandations aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration des décrets et réglementations émanant du Gouvernement de la Communauté française ;
- 3° Adresser des recommandations aux pouvoirs publics et aux personnes et institutions privées sur la base des résultats des études et des recherches visées au 1° ;
- 4° Aider, dans les limites de son objet, toute personne sollicitant une consultation sur l'étendue de ses droits et obligations. Cette aide permet à son/sa bénéficiaire d'obtenir des informations et des conseils sur les moyens de faire valoir ses droits ;
- 5° A ester en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application du présent décret ;
- 6° Produire et fournir toute information, documentation, et archives utiles dans le cadre de son objet ;
- 7° Recueillir et publier, sans possibilité d'identification des parties en cause, les données statistiques et les décisions juridictionnelles utiles à l'évaluation des décrets et réglementations émanant du Gouvernement de la Communauté française relatifs à l'égalité des femmes et des hommes ;
- 8° Demander à l'autorité compétente lorsque l'Institut invoque des faits qui permettent de présumer l'existence d'un traitement discriminatoire, prohibé en application de décrets et réglementations de la Communauté française relatifs à l'égalité des femmes et des hommes, de s'informer et de tenir informé celui-ci des

résultats de l'analyse des faits dont il est question.

L'autorité informe l'Institut de manière motivée des suites qui y sont réservées.

§2. Le Centre, lorsque la discrimination est prohibée en application du présent décret et est fondée sur les motifs autres que la langue, l'affiliation syndicale et le sexe et visés à l'article 3, 1° du présent décret, est habilité, sans préjudice des missions qui lui sont dévolues par la loi du 15 février 1993 :

- 1° A effectuer toutes les études et recherches nécessaires à l'accomplissement de sa mission ;
- 2° A adresser des avis et recommandations aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration de la réglementation émanant du Gouvernement de la Communauté française ;
- 3° A adresser des recommandations aux pouvoirs publics et aux personnes et institutions privées sur la base des résultats des études et des recherches visées sous le 1° ;
- 4° A aider, dans les limites de son objet, toute personne sollicitant une consultation sur l'étendue de ses droits et obligations. Cette aide permet au bénéficiaire d'obtenir des informations et des conseils sur les moyens de faire valoir ses droits ;
- 5° A assurer, dans le cadre de ses missions, un soutien et une guidance à des institutions, organisations et dispensateurs d'assistance juridique ;
- 6° A ester en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application du présent décret ;
- 7° A produire et fournir toute information et toute documentation utiles dans le cadre de sa mission ;
- 8° A recueillir et publier sans possibilité d'identification des parties en cause, les données statistiques et les décisions jurisprudentielles utiles à l'évaluation ;
- 9° A demander à l'autorité compétente, lorsque le Centre invoque des faits qui permettent de présumer l'existence d'un traitement discriminatoire prohibé en application de décrets et réglementations de la Communauté française relatifs, de s'informer et de tenir le Centre informé des résultats de l'analyse des faits dont question. Les autorités informent le Centre de manière motivée des suites qui y sont réservées.

CHAPITRE II

Voies de recours et charge de la preuve

SECTION PREMIÈRE

Voies de recours

Art. 38

Peuvent ester en justice dans les litiges auxquels l'application du présent décret donnerait lieu, à l'exception des litiges basés sur une discrimination fondée sur la langue, les organes visés à l'article 37.

Le Gouvernement désigne l'organe qui sera compétent pour les discriminations fondées sur la langue.

Art. 39

Peuvent ester en justice dans les litiges auxquels l'application du présent décret donnerait lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins statutaires qu'ils se sont donnés pour mission de poursuivre, les groupements d'intérêts suivants :

- 1° Tout établissement d'utilité publique et toute association, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins trois ans à la date des faits, et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination ;
- 2° Les organisations représentatives au sens de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ;
- 3° Les organisations syndicales représentatives au sein de l'organe de concertation syndicale désigné pour les administrations, services ou institutions pour lesquels la loi du 19 décembre 1974 réglant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités n'est pas d'application.

Art. 40

Lorsque la victime de la discrimination est une personne physique ou une personne morale identifiée, l'action des organes visés à l'article 37 et des groupements d'intérêts visés à l'article 39 ne sera recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime.

SECTION II

Charge de la preuve

Art. 41

Les dispositions de la présente section sont applicables à toutes les procédures juridictionnelles,

à l'exception des procédures pénales.

Art. 42

Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, les organes visés à l'article 37 ou l'un des groupements d'intérêts visés à l'article 39, invoquent devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.

Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

- 1° Les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé ; entre autres, différents signalements isolés faits auprès des organes visés à l'article 37 ou l'un des groupements d'intérêts ; ou
- 2° Les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

- 1° Des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale ; ou
- 2° L'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect ; ou
- 3° Du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable.

CHAPITRE III

Dispositions protectionnelles et sanctionnelles de nature civile

SECTION PREMIÈRE

Conformité

Art. 43

Sont nulles les dispositions qui sont contraires au présent décret, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent par avance aux droits garantis par le présent décret.

Au sens du présent article, on entend par dispositions les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale.

SECTION II

Protection contre les rétorsions

Art. 44

§ 1er. Lorsqu'une plainte est introduite par ou au bénéfice d'une personne en raison d'une violation du présent décret intervenue dans un autre domaine que celui de l'emploi, celui ou celle contre qui la plainte est dirigée ne peut prendre une mesure préjudiciable à l'encontre de la personne concernée, sauf pour des raisons qui sont étrangères à cette plainte.

Pour l'application du présent article, on entend par « mesure préjudiciable », toute mesure défavorable ou désavantageuse infligée à l'auteur de la plainte visée à l'alinéa 1er.

§ 2. Au sens du § 1er, il y a lieu d'entendre par plainte :

- 1° Une plainte motivée introduite par la personne concernée auprès de l'organisation ou de l'institution contre laquelle la plainte est dirigée, conformément aux procédures en vigueur ;
- 2° Une plainte motivée introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article 39, ou par les organes visés à l'article 37, ;
- 3° Une action en justice introduite par la personne concernée ;
- 4° Une action en justice introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article 39, ou par les organes visés à l'article 37.

La plainte motivée visée à l'alinéa 1er, 1° et 2°, est datée, signée et notifiée par lettre recommandée à la poste, dans laquelle sont exposés les griefs adressés à l'auteur de la discrimination alléguée.

§ 3. Lorsqu'une mesure préjudiciable est adoptée vis-à-vis de la personne concernée dans un délai de douze mois suivant l'introduction de la plainte, il appartient à celui ou celle contre qui la plainte est dirigée de prouver que la mesure préjudiciable a été adoptée pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

Lorsqu'une action en justice a été introduite par ou au bénéfice de la personne concernée, le dé-

lai visé à l'alinéa 1er, est prolongé jusqu'à échéance d'un délai de trois mois suivant le jour où la décision intervenue est passée en force de chose jugée.

§ 4. Lorsqu'il a été jugé qu'une mesure préjudiciable a été adoptée en contravention au § 1er, l'auteur de la mesure doit verser à la personne concernée des dommages et intérêts dont le montant correspond, au choix de cette personne, soit à l'indemnisation forfaitaire visée à l'article 47, soit au dommage que celle-ci a réellement subi. Dans ce dernier cas, il appartient à la personne concernée de prouver l'étendue du préjudice qu'elle a subi.

§ 5. La protection visée dans le présent article est également d'application aux personnes qui interviennent comme témoins des faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte visée au § 2 ou par le fait qu'elles interviennent en tant que témoins en justice.

§ 6. A la demande de la partie défenderesse, le juge saisi de la demande visée au § 2 peut décider d'abréger les délais visés au § 3.

Art. 45

§ 1er. Lorsqu'une plainte est introduite par ou au bénéfice d'une personne en raison d'une violation du présent décret survenue dans le domaine de l'emploi visé au chapitre I du Titre II du présent décret, l'employeur ne peut adopter une mesure préjudiciable à l'encontre de cette personne, sauf pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

§ 2. Au sens du présent article, une mesure préjudiciable s'entend notamment de la rupture de la relation d'emploi, de la modification unilatérale des conditions de travail ou de la mesure préjudiciable intervenue après la rupture de la relation d'emploi.

§ 3. Au sens du présent article, il y a lieu d'entendre par plainte :

- 1° Une plainte motivée introduite par la personne concernée au niveau du service qui l'occupe, conformément aux procédures en vigueur ;
- 2° Une plainte motivée introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article 39 ou par les organes visés à l'article 37 auprès du service qui l'occupe ;
- 3° Une action en justice introduite par la personne concernée ;
- 4° Une action en justice introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements

d'intérêts visés à l'article 39 ou par les organes visés à l'article 37.

La plainte motivée visée à l'alinéa 1er, 1° et 2°, est datée, signée et notifiée par lettre recommandée à la poste, dans laquelle sont exposés les griefs adressés à l'auteur de la discrimination alléguée.

§ 4. Lorsque l'employeur adopte une mesure préjudiciable vis-à-vis de la personne concernée dans un délai de douze mois suivant l'introduction de la plainte, il appartient à celui ou celle contre qui la plainte est dirigée de prouver que la mesure préjudiciable a été adoptée pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

Lorsqu'une action en justice a été introduite par ou au bénéfice de la personne concernée, le délai visé à l'alinéa 1er, est prolongé jusqu'à échéance d'un délai de trois mois suivant le jour où la décision intervenue est passée en force de chose jugée.

§ 5. Lorsque l'employeur adopte une mesure préjudiciable à l'encontre de la personne concernée en contravention au § 1er, cette personne ou le groupement d'intérêts auquel elle est affiliée demande sa réintégration dans le service ou de lui laisser exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment.

La demande est introduite par lettre recommandée à la poste dans les trente jours qui suivent la date de la notification de la décision par laquelle il est mis un terme à la fonction ou par laquelle celle-ci est suspendue, ou dans les trente jours de la modification unilatérale des conditions de travail.

L'employeur qui réintègre la personne dans son précédent service ou lui laisse exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment est tenu de payer la rémunération perdue en raison de la suspension ou de la cessation des fonctions ou encore de la modification des conditions de travail et de verser les cotisations des employeurs et des travailleurs afférentes à cette rémunération.

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque la mesure préjudiciable intervient après la cessation de la relation d'emploi.

§ 6. A défaut de réintégration ou de lui laisser exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment suivant la demande visée au § 5, alinéa 1er, et lorsque la mesure préjudiciable a été jugée contraire aux dispositions du § 1er, l'employeur doit payer à la personne concernée une indemnité égale, selon le choix de cette personne, soit à un montant forfaitaire correspondant à la rémunération brute de six mois, soit au préjudice réellement subi par la personne concernée,

à charge pour celle-ci de prouver l'étendue de ce préjudice, dans ce dernier cas.

§ 7. L'employeur est tenu de payer la même indemnité, sans que la personne ou le groupement d'intérêts auquel elle est affiliée doive introduire la demande visée au § 5 tendant à sa réintégration dans le service ou tendant à exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment lorsque la juridiction compétente a considéré comme établis les faits de discrimination qui forment l'objet de la plainte.

§ 8. Lorsque la mesure préjudiciable intervient après la cessation de la relation de travail et qu'elle est jugée contraire au § 1er, l'employeur est tenu de payer à la victime l'indemnité visée au § 6.

§ 9. La protection visée dans le présent article est également d'application aux personnes qui interviennent comme témoins des faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte visée au § 3 ou par le fait qu'elles interviennent en tant que témoins en justice.

§ 10. Les dispositions du présent article sont également d'application aux personnes autres que des employeurs qui occupent des personnes dans le cadre de relations de travail, ou qui leur assignent des tâches.

SECTION III

Sanctions

Art. 46

§ 1er. En cas de discrimination, la victime peut réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle.

Dans les circonstances ci-après visées, la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, soit à une somme forfaitaire fixée conformément au § 2, soit au dommage réellement subi par la victime. Dans ce dernier cas, la victime doit prouver l'étendue du préjudice par elle subi.

§ 2. Les dommages et intérêts forfaitaires visés au § 1er sont fixés comme suit :

1° Le montant de l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral est fixé à 1.300 € dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres cir-

constances, telles que la gravité du préjudice moral subi ; hors cette hypothèse, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 € ;

- 2° Si la victime réclame l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi du fait d'une discrimination dans le cadre des relations d'emploi définies à l'article 3, 9°, l'indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute, à moins que l'employeur ne démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination ; dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation forfaitaire pour le préjudice matériel et moral est limitée à trois mois de rémunération brute ; si le préjudice matériel résultant d'une discrimination dans le cadre des relations d'emploi définies à l'article 3, 11° peut néanmoins être réparé par le biais de l'application de la sanction de nullité prévue à l'article 43, les dommages et intérêts forfaitaires sont fixés selon les dispositions du point 1°.

Art. 47

Le juge peut, à la demande de la victime de la discrimination, des organes visés à l'article 37, de l'un des groupements d'intérêts visés à l'article 39, du ministère public ou de l'auditorat du travail lorsqu'il a lui-même saisi la juridiction, condamner au paiement d'une astreinte l'auteur de la discrimination pour le cas où il ne serait pas mis fin à celle-ci. Le juge statue conformément aux articles 1385bis à 1385nonies du Code judiciaire.

Art. 48

Toute discrimination commise par un membre du personnel statutaire peut en outre donner lieu à une procédure disciplinaire conformément aux dispositions applicables au personnel statutaire.

Art. 49

Le Gouvernement peut suspendre ou retirer la subvention, l'agrément ou la reconnaissance des associations visées à l'article 30 du présent décret lorsqu'il constate que cette association a commis une discrimination.

Cette suspension ou ce retrait s'effectue conformément aux dispositions décrétales ou réglementaires relatives à la reconnaissance, à l'agrément ou au subventionnement de ces associations.

SECTION IV

Action en cessation

Art. 50

§ 1er. A la demande de la victime de la discrimination, des organes visés à l'article 37, de l'un des groupements d'intérêts visés à l'article 39, du ministère public ou, selon la nature de l'acte, de l'auditorat du travail, le président du tribunal de première instance, ou, selon la nature de l'acte, le président du tribunal du travail ou du tribunal de commerce, constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant un manquement aux dispositions du présent décret.

§ 2. A la demande de la victime, le président du tribunal peut octroyer à celle-ci l'indemnisation forfaitaire visée à l'article 46 § 2.

§ 3. Le président du tribunal peut prescrire l'affichage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige, pendant le délai qu'il détermine, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur des établissements du contrevenant ou des locaux lui appartenant, et ordonner la publication ou la diffusion de son jugement ou du résumé de celui-ci par la voie de journaux ou de toute autre manière, le tout aux frais du contrevenant.

Ces mesures de publicité ne peuvent être prescrites que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

§ 4. L'action fondée sur le § 1er est formée et instruite selon les formes du référé.

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 nom, 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 surseance.

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.

§ 5. 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.

TITRE IV

Dispositions pénales

Art. 51

Pour l'application du présent titre, la discrimination s'entend de toute forme de discrimination directe intentionnelle, de discrimination indirecte intentionnelle, d'injonction de discriminer ou de harcèlement intentionnel, fondée sur un critère protégé visé à l'article 3, 1°.

Art. 52

Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement :

- 1° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination à l'égard d'une personne, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;
- 2° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, en raison de l'un de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;
- 3° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination ou à la ségrégation à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;
- 4° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;

Art. 53

Quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, diffuse des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement.

Art. 54

Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement, quiconque fait partie d'un groupement ou d'une association qui, de manière manifeste et répétée, prône la discrimination ou la ségrégation fondée sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, ou lui prête son concours.

Art. 55

Est puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans, tout fonctionnaire ou officier public, tout dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1°.

Les mêmes peines sont applicables lorsque les faits sont commis à l'égard d'un groupe, d'une communauté et de leurs membres, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1°.

Si l'inculpé justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, les peines sont appliquées seulement aux supérieurs qui ont donné l'ordre.

Si les fonctionnaires ou officiers publics prévenus d'avoir ordonné, autorisé ou facilité les actes arbitraires susmentionnés prétendent que leur signature a été surprise, ils sont tenus en faisant, le cas échéant, cesser l'acte, de dénoncer le coupable ; sinon, ils sont poursuivis personnellement.

Si l'un des actes arbitraires susmentionnés est commis au moyen de la fausse signature d'un fonctionnaire public, les auteurs du faux et ceux qui, méchamment ou frauduleusement, en font usage sont punis de la réclusion de dix ans à quinze ans.

Art. 56

Quiconque, dans les domaines des relations d'emploi, et de l'accès aux biens et aux services qui

sont à la disposition du public ainsi que leur fourniture, dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la discrimination est commise à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou leurs membres en raison de l'un des critères protégés énumérés à l'alinéa 1er.

Art. 57

Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui ne se conforment pas à un jugement ou un arrêt rendu en vertu de l'article 50 à la suite d'une action en cessation.

Art. 58

En cas d'infraction aux articles 52 à 57, le condamné peut, en outre, être condamné à l'interdiction conformément à l'article 33 du Code pénal.

Art. 59

Toutes les dispositions du livre premier du Code pénal, sans exceptions du chapitre VII et de l'article 85, sont applicables aux infractions visées à la présente loi.

TITRE V

Dispositions finales

CHAPITRE PREMIER

Conciliation

Art. 60

Le Gouvernement crée un service de conciliation auquel toute personne qui s'estime victime d'une discrimination visée par le présent décret peut faire appel. La mission principale de ce service consiste à recevoir les plaintes des requérants et à s'efforcer de concilier leur point de vue avec celui des personnes ou des services mis en cause.

Le service de conciliation fait, aux parties concernées, toute recommandation ou toute proposition qui lui paraissent de nature à régler les

difficultés dont il est saisi et, à défaut de conciliation, conseille, le cas échéant, le requérant sur les démarches administratives ou judiciaires à entreprendre.

Le service de conciliation adresse au Gouvernement un rapport annuel de ses activités, dans lequel l'identité des requérants ainsi que des personnes incriminées ne peut apparaître. En outre, il peut communiquer des rapports intermédiaires s'il l'estime utile. Ces rapports peuvent contenir toute proposition susceptible d'améliorer l'égalité de traitement dans les domaines visés à l'article 4.

Le service de conciliation peut refuser de traiter une plainte lorsque celle-ci apparaît comme manifestement non fondée ou en dehors de ses compétences ou lorsque les faits se sont produits plus d'un an avant l'introduction de la plainte ou encore lorsqu'une action civile ou une procédure pénale portent sur l'objet de celle-ci.

CHAPITRE II

Surveillance et évaluation

Art. 61

Tous les cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du présent décret, le Parlement de la Communauté française procède à l'évaluation de l'application et de l'effectivité du présent décret.

Cette évaluation a lieu, après audition des organes visés à l'article 37, sur la base d'un rapport présenté au Parlement par une commission d'experts.

Le Gouvernement fixe les règles plus précises en matière de composition de la commission des experts, de leur désignation et de la forme et du contenu concret du rapport. Lors de la composition, il sera veillé à ce que la commission soit composée d'un nombre de membres égal de chaque sexe et qu'une répartition équilibrée soit garantie entre les représentants de la magistrature, du barreau et d'autres acteurs ayant une connaissance et des expériences spécifiques en matière de la lutte contre la discrimination.

CHAPITRE III

Dispositions abrogatoires

Art. 62

Le décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement est abrogé.

Le Titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation professionnelle est abrogé.

Bruxelles, le 10 octobre 2008.

Par le Gouvernement de la Communauté française,

Le Ministre-Président,

Rudy DEMOTTE

AVANT-PROJET DE DÉCRET

RELATIF À LA LUTTE CONTRE CERTAINES FORMES DE DISCRIMINATION

TITRE PREMIER

Dispositions générales

CHAPITRE PREMIER

Dispositions introductives

Article 1er

Le présent décret transpose, au niveau de la Communauté française :

- La directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique ;
- La directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; la directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 modifiant la directive du Conseil relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail ;
- La directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services ;
- La directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

Art. 2

Le présent décret a pour objectif de créer, dans chacun des domaines qu'il vise, et dans la mesure où ces

domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution, un cadre général et harmonisé pour lutter contre la discrimination fondée sur :

- La nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ;
- L'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap ;
- Le sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le changement de sexe ;
- 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 ;

CHAPITRE II

Définitions générales

Art. 3

Pour l'application du présent décret, on entend par :

- 1° « Critères protégés » : la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap, le sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le changement de sexe, 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 ;
- 2° « Distinction directe » : la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable
- 3° « Discrimination directe » : la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sauf si,

et uniquement dans les cas où le présent décret prévoit cette possibilité dans le cadre du Titre II, cette distinction est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires ;

- 4° « Distinction indirecte » : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés
- 5° « Discrimination indirecte » : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ;
- 6° « Harcèlement » : sans préjudice de définitions propres aux domaines de l'emploi et de l'enseignement visés dans le présent décret, la situation dans laquelle un comportement non désiré qui est lié à l'un des critères protégés d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 7° « Harcèlement sexuel » : sans préjudice de définitions propres aux domaines de l'emploi et de l'enseignement visés dans le présent décret, la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 8° « Injonction de discriminer » : tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base de l'un des critères protégés, à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de l'un de leurs membres ;
- 9° « Aménagements raisonnables » : sans préjudice de la définition donnée par l'autorité compétente en la matière en vertu de l'article 5, § 1er, II, 4°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, combinée à l'article 3, septies du décret H du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, les aménagements raisonnables sont des mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et 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 ;
- 10° « Actions positives » : mesures spécifiques telles que visées au Chapitre V du présent Titre, destinées à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ;
- 11° « Relations d'emploi » : les relations d'emploi statutaires que la Communauté française peut régir en vertu de l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et de l'article 127, § 1", 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 ;
- 12° « Enseignement » : l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, au titre des compétences qui lui sont dévolues en la matière en vertu de l'article 127, § 1er, 2°, de la Constitution ;
- 13° « Politique de santé » : la politique de santé au sens de l'article 5, § 1", I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;
- 14° « Avantages sociaux » : les avantages sociaux au sens de l'article 7, § 2, du Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté, à savoir dans le cadre du présent décret, toutes prestations à caractère économique ou culturel dans la mesure où, liées ou non à un contrat d'emploi, elles sont accordées par des pouvoirs publics ou des organismes privés relevant des compétences de la Communauté française ;
- 15° « Biens » : biens et marchandises au sens des dispositions du Traité instituant la Communauté européenne relatives à la libre circulation des biens et des marchandises ;
- 16° « Services » : service d'intérêt général y compris les services au sens de l'article 50 du Traité instituant la Communauté européenne ;
- 17° « Groupements d'intérêts » : les organisations, associations ou groupements visés à l'article 40 du présent décret ;
- 18° « Le Gouvernement » : le Gouvernement de la Communauté française.

CHAPITRE III

Champ d'application général

Art. 4

Dans le respect des compétences de la Communauté française, le présent décret s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en tant qu'il contient des dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement, dans les domaines suivants :

- Les relations d'emploi ;
- L'enseignement ;
- La politique de santé ;
- Les avantages sociaux ;
- L'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée par la Communauté française ;
- L'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture, dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française.

CHAPITRE IV

Interdiction de discriminer

Art. 5

§ 1er. Dans les domaines qui relèvent du champ d'application du présent décret, toute discrimination fondée sur un critère protégé est interdite.

§ 2. Dans le cadre du présent décret, le terme « discrimination » inclut, sauf disposition contraire :

- La discrimination directe, étant entendu que tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse, l'accouchement ou la maternité, ou encore le changement de sexe, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ;
- La discrimination indirecte ;
- Le harcèlement et le harcèlement sexuel, ainsi que tout traitement moins favorable reposant sur le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci ;
- Le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée, sans

préjudice des règles édictées en la matière par l'autorité compétente en vertu de l'article 5, § 1er, II, 4°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, combinée à l'article 3, septies du décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française ;

- L'injonction de pratiquer à l'encontre de personnes une discrimination ;

§ 3. Toute distinction directe fondée sur un critère protégé constitue une discrimination directe sauf si, et uniquement dans les cas où le présent décret prévoit cette possibilité dans le cadre du Titre II, cette distinction est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 4. Toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte,

- A moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ; ou,
- A moins que, en cas de distinction indirecte sur la base d'un handicap, il soit démontré qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place.

§ 5. Une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée par le présent décret lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu d'un décret.

L'alinéa 1er ne préjuge cependant en rien de la conformité des distinctions directes ou indirectes imposées par ou en vertu d'une loi avec la Constitution, le droit de l'Union européenne et le droit international en vigueur en Belgique.

CHAPITRE V

Actions positives

Art. 6

§ 1er. 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 oeuvre d'une action positive.

§ 2. Une mesure d'action positive ne peut être mise

en oeuvre que moyennant le respect des conditions suivantes :

- Il doit exister une inégalité manifeste ;
- La disparition de cette inégalité doit être désignée comme un but à promouvoir ;
- La mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que le but visé est atteint ;
- La mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

§3. Dans le respect des conditions fixées au § 2, le Gouvernement détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en oeuvre.

TITRE II

Dispositions spécifiques

CHAPITRE PREMIER

Le domaine de l'emploi

SECTION PREMIÈRE

Définitions spécifiques

Art. 7

Pour l'application du présent Chapitre, on entend par :

- 1° « Rémunération » : le traitement ordinaire de base ou minimal, et tout autre avantage, payé directement ou indirectement, en espèces ou en nature, dont bénéficie le titulaire de la fonction visée à l'article 8, § 1er en raison de celle-ci.
- 2° « Harcèlement » : les conduites indésirables, abusives et répétées, se manifestant dans les relations d'emploi visées au présent Chapitre, et se traduisant notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'une personne concernée par lesdites relations d'emploi, ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 3° « Harcèlement sexuel » : toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, se manifestant dans les relations d'emploi visées au présent Chapitre, dont celui qui s'en rend

coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux de travail.

- 4° « Employeur » : la personne qui occupe le titulaire de la fonction visée à l'article 8, présent décret.

SECTION II

Champ d'application spécifique

Art. 8

§1er. Les dispositions du présent Chapitre sont applicables aux relations statutaires d'emploi qui se nouent au sein :

- 1° Des organismes et institutions visés à l'article 9 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.

§ 2. En ce qui concerne les conditions d'accès à la fonction, le présent décret s'applique, sans préjudice de la compétence dévolue à Selor en vertu de l'article 87, §2 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, entre autres, mais pas exclusivement à ou aux :

- Offres d'emploi ou annonces d'emploi et de possibilités de promotion, et ceci indépendamment de la façon dont celles-ci sont publiées ou diffusées ;
- La fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisés dans le processus de recrutement ;
- La fixation et l'application des critères de recrutement utilisés lors du recrutement ou de la nomination ;
- La fixation et l'application des critères utilisés lors de la promotion.

§ 3. En ce qui concerne les conditions de travail et la rémunération, le présent décret s'applique entre autres, mais pas exclusivement à ou aux :

- Régimes statutaires de droit administratif ;
- La durée du travail et les horaires de travail ;
- La classification des professions et des fonctions.

§ 4. En ce qui concerne les conditions dans lesquelles il est mis un terme aux relations d'emploi, le

présent décret s'applique entre autres, mais pas exclusivement, aux mesures qui sont prises suite à la rupture de la relation d'emploi.

SECTION III

Justifications admissibles à la différence de traitement directe dans l'emploi

SOUS-SECTION PREMIÈRE

Justification objective et raisonnable

Art. 9

§ 1er. Une distinction fondée directement sur la nationalité, 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 ne constitue pas une discrimination si cette distinction est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

SOUS-SECTION II

Exigence professionnelle essentielle et déterminante

Art. 10

§ 1er. Sous réserve des dispositifs prévus aux articles II à 13 du décret, une distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque :

- La caractéristique en cause est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et ;
- L'exigence repose sur un but légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci.

§ 3. Le Gouvernement détermine les situations dans lesquelles le sexe constitue, conformément aux conditions visées au paragraphe 2 de la présente disposition, une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

En ce qu'ils concernent le secteur public, les arrêtés visés à l'alinéa précédent sont adoptés, après consultation du comité de concertation ou de négociation compétent, prévu par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels cette dernière loi ne s'applique pas.

A défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif.

§ 4. Pour les critères protégés visés au § 1er et autres que le sexe, il appartient en principe au juge de vérifier, au cas par cas, si telle caractéristique donnée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Le Gouvernement peut néanmoins établir, après consultation des organes visés au § 3, alinéa 2, une liste exemplative de situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue, conformément au § 2, une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Quant aux organes visés, il s'agit, selon les cas, du comité de concertation ou de négociation compétent, visé à la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels la loi précitée ne s'applique pas.

A défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif.

SOUS-SECTION III

Justification spécifique sur la base de la conviction religieuse ou philosophique

Art. 11

Par dérogation à l'article 10, dans le cas des activités professionnelles des organisations publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, une distinction fondée directement sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation.

Sur la base de la présente disposition, aucune autre distinction fondée directement sur un autre critère protégé ne peut être justifiée, à moins qu'elle ne le soit en

application d'une autre disposition du titre II du présent décret.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, le présent décret ne porte pas préjudice au droit des organisations publiques ou privées dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation.

SOUS-SECTION IV

Justification spécifique sur la base de l'âge

Art. 12

Par dérogation à l'article 10 et sans préjudice des autres dispositions du présent chapitre, une distinction fondée directement sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée, par un but légitime, notamment par des buts légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre but légitime comparable, et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

SECTION IV

Action positive

Art. 13

Par dérogation à l'article 10, dans le domaine des relations d'emploi, les arrêtés visés à l'article 6, § 3, sont adoptés pour ce qui concerne le secteur public, après consultation, selon les cas, du comité de concertation ou de négociation compétent, visé à la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels la loi précitée ne s'applique pas.

SECTION V

Disposition spécifique relative au harcèlement

Art. 14

En cas de harcèlement et de harcèlement sexuel survenant dans les relations d'emploi, seules s'appliquent les dispositions de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le harcèlement et le harcèlement sexuel sont prohibés en application du présent Chapitre lorsqu'ils se manifestent dans le cadre de l'accès à une fonction que la Communauté française peut régir en vertu de l'article 9 de la loi spéciale de

réformes institutionnelles du 8 août 1980 et de l'article 127, § 1er, 1^o, de la Constitution, en ce compris en ce qui concerne les conditions d'accès à cette fonction.

SECTION VI

Retour de congé de maternité, de paternité ou d'adoption

Art. 15

Un parent en congé de maternité, de paternité ou d'adoption a le droit, au terme de ce congé, de retrouver sa fonction ou une fonction équivalente à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle il aurait eu droit durant son absence.

CHAPITRE II

Le domaine de l'enseignement

SECTION PREMIÈRE

Définitions spécifiques

Art. 16

Pour l'application du présent Chapitre, on entend par :

- 1^o « Harcèlement » : les conduites indésirables, abusives et répétées, se traduisant notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un bénéficiaire visé à l'article 14, ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- 2^o « Harcèlement sexuel » : toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, se manifestant dans le domaine de l'enseignement, dont celui qui s'en rend coupable, sait ou devrait savoir, qu'il affecte la dignité de femmes et d'hommes sur les lieux où est prodigué cet enseignement.

SECTION II

Champ d'application spécifique

Art. 17

Les dispositions du présent Chapitre sont invocables dans l'enseignement prodigué en Communauté française, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, pour ce qui concerne l'accès à et le suivi de cet enseignement.

SECTION III

Justifications admissibles à la distinction directe dans l'enseignement

SOUS-SECTION PREMIÈRE

Dans l'accès à et le suivi de l'enseignement fondamental et secondaire général**Art. 18**

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible en ce domaine.

Art. 19

§ 1er. Une distinction fondée directement sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 18, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

SOUS-SECTION II

L'accès à et le suivi de l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice**Art. 20**

§ 1er. Sous réserve de l'article 6, une distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, peut uniquement être justifiée par des exigences de la formation essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence de la formation essentielle et déterminante que lorsque :

- La caractéristique en cause est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités de formation spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et ;
- L'exigence repose sur un but légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci.

Art. 21

§ 1er. Une distinction fondée directement sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 20, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

SECTION IV

Disposition spécifique relative au harcèlement**Art. 22**

En cas de harcèlement et de harcèlement sexuel survenant dans les relations d'emploi, seules s'appliquent les dispositions de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le harcèlement et le harcèlement sexuel subis par un bénéficiaire de l'enseignement visé à l'article 17 sont prohibés en application du présent Chapitre lorsqu'ils se manifestent dans le cadre d'un enseignement prodigué sans que le programme d'étude ne prévoie une forme de travail effectué dans l'établissement d'enseignement.

CHAPITRE III

Le domaine de la politique de santé

SECTION PREMIÈRE

Champ d'application spécifique**Art. 23**

Les dispositions du présent Chapitre sont invocables par les bénéficiaires de toute politique de santé au sens de l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

SECTION II

Justifications admissibles à la distinction directe dans la politique de santé**Art. 24**

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible dans le domaine de la politique de santé.

Art. 25

§ 1er. Une distinction dans le domaine de la politique de santé, fondée directement sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 24, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

CHAPITRE IV**Le domaine des avantages sociaux****SECTION PREMIÈRE****Champ d'application spécifique****Art. 26**

Les dispositions du présent Chapitre sont applicables à tous les « avantages sociaux » au sens de l'article 3, 12° du présent décret.

SECTION II**Justifications admissibles à la distinction directe dans le domaine des avantages sociaux****Art. 27**

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible dans le domaine des avantages sociaux.

Art. 28

§ 1er. Une distinction dans le domaine des avantages sociaux, fondée directement sur l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret, à l'exception de ceux énumérés à l'article 27, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

CHAPITRE V**Le domaine de l'affiliation à et de l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française****SECTION PREMIÈRE****Champ d'application spécifique****Art. 29**

Le présent Chapitre est applicable à toute association dont les membres exercent une même profession, dont l'objet social consiste à défendre les intérêts professionnels de ses membres et qui est subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française.

SECTION II**Justifications admissibles à la distinction directe****Art. 30**

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, n'est admissible dans le domaine visé par le présent chapitre.

Art. 31

§ 1er. Une différence de traitement, fondée directement sur l'un des autres critères protégés visés à l'article 3, 1° du présent décret que ceux visés à l'article 30, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

CHAPITRE VI**Le domaine de l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture****SECTION PREMIÈRE****Champ d'application spécifique****Art. 32**

Le présent Chapitre est applicable à toute personne fournissant des biens et services, qui sont à la disposi-

tion du public, indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, 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, dans la mesure où ces biens et services se rattachent aux compétences matérielles et territoriales de la Communauté française.

SECTION II

Justifications admissibles à la distinction directe

SOUS-SECTION PREMIÈRE

Accès à et fourniture des biens et services en fonction de la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique

Art. 33

Sous réserve de l'article 6, aucune justification à la distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, n'est admissible dans le domaine visé par le présent Chapitre.

SOUS-SECTION II

Fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe

Art. 34

§ 1er. Sous réserve de l'article 6, une distinction fondée directement sur le sexe peut être faite si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le Gouvernement de la Communauté française, détermine de manière limitative les biens et services qui peuvent être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe.

§ 3. En l'absence d'arrêté pris sur pied du paragraphe précédent, il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, que les distinctions visées au paragraphe 1er peuvent être objectivement justifiées par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

SOUS-SECTION III

Justification objective et raisonnable

Art. 35

§ 1er. Toute distinction dans le cadre du présent chapitre, fondée directement sur l'un des autres critères protégés que ceux énumérés aux articles 33 et 34, ne constitue pas une discrimination si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

§ 2. Le paragraphe premier ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction fondée directement sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne.

TITRE III

Dispositions horizontales

CHAPITRE PREMIER

Organismes autonomes de lutte contre la discrimination

Art. 36

§ 1er. Le Gouvernement peut désigner, un ou plusieurs organes publics autonomes pour :

- Assurer la formation, l'information, la sensibilisation et fournir au Gouvernement des avis et recommandations en matière d'égalité des chances ;
- Apporter son expertise dans le soutien aux victimes et les procédures de conciliation informelle ;
- Et/ou intervenir pour ester en justice dans les litiges auxquels l'application du présent décret donnerait lieu.

§ 2. En application de l'article 92bis, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, inséré par la loi du 8 août 1988, un accord de coopération peut être conclu avec l'État en ce qui concerne la gestion et le financement conjoints du Centre pour l'égalité des Chances et la lutte contre le racisme et de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes pour l'exercice des missions dévolues à ces organismes en application du présent décret.

§ 3. Tant que l'accord de coopération visé au paragraphe 2 n'est pas conclu, le Gouvernement de la Communauté française peut en vertu de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 conclure des protocoles d'accord avec le Centre pour l'Égalité des chances et la lutte contre le racisme et l'Institut pour l'Égalité entre les femmes et les hommes.

CHAPITRE II

Voies de recours et charge de la preuve

SECTION PREMIÈRE

Voies de recours

Art. 37

§ 1er. Peuvent ester en justice dans les litiges auxquels l'application du présent décret donnerait lieu, à l'exception des litiges basés sur une discrimination fondée sur la langue, les organes visés à l'article 36.

§ 2. Le Gouvernement désigne l'organe qui sera compétent pour les discriminations fondées sur la langue.

Art. 38

Peuvent ester en justice dans les litiges auxquels l'application du présent décret donnerait lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins statutaires qu'ils se sont donnés pour mission de poursuivre, les groupements d'intérêts suivants :

- 1° Tout établissement d'utilité publique et toute association, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins trois ans à la date des faits, et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination ;
- 2° Les organisations représentatives au sens de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ;
- 3° Les organisations syndicales représentatives au sein de l'organe de concertation syndicale désigné pour les administrations, services ou institutions pour lesquels la loi du 19 décembre 1974 réglant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités n'est pas d'application.

Art. 39

Lorsque la victime de la discrimination est une personne physique ou une personne morale identifiée, l'action des organes visés à l'article 36 et des groupements d'intérêts visés à l'article 38 ne sera recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime.

SECTION II

Charge de la preuve

Art. 40

Les dispositions de la présente section sont applicables à toutes les procédures juridictionnelles, à l'ex-

ception des procédures pénales.

Art. 41

§ 1er. Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, les organes visés à l'article 36 ou l'un des groupements d'intérêts visés à l'article 38 invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.

§ 2. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

- 1° Les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé ; entre autres, différents signalements isolés faits auprès des organes visés à l'article 36 ou l'un des groupements d'intérêts ; ou
- 2° Les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

- 1° Des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale ; ou
- 2° L'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect ; ou
- 3° Du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable.

CHAPITRE III

Dispositions protectionnelles et sanctionnelles de nature civile

SECTION PREMIÈRE

Conformité

Art. 42

Sont nulles les dispositions qui sont contraires au présent décret, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent par avance aux droits garantis par le présent décret.

Au sens du présent article, on entend par dispositions les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale.

SECTION II

Protection contre les rétorsions

Art. 43

§ 1er. Lorsqu'une plainte est introduite par ou au bénéfice d'une personne en raison d'une violation du présent décret intervenue dans un autre domaine que celui de l'emploi, celui ou celle contre qui la plainte est dirigée ne peut prendre une mesure préjudiciable à l'encontre de la personne concernée, sauf pour des raisons qui sont étrangères à cette plainte.

Pour l'application du présent article, l'on entend par « mesure préjudiciable », toute mesure défavorable ou désavantageuse infligée à l'auteur de la plainte visée au § 1er.

§ 2. Au sens du § 1er, il y a lieu d'entendre par plainte :

- Une plainte motivée introduite par la personne concernée auprès de l'organisation ou de l'institution contre laquelle la plainte est dirigée, conformément aux procédures en vigueur ;
- Une plainte motivée introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article XX, ou par les organes visés à l'article 36, ;
- Une action en justice introduite par la personne concernée ;
- Une action en justice introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article, ou par les organes visés à l'article 36. Centre ou par l'Institut.

La plainte motivée visée à l'alinéa 1", premier et second tirets, est datée, signée et notifiée par lettre recommandée à la poste, dans laquelle sont exposés les griefs adressés à l'auteur de la discrimination alléguée.

§ 3. Lorsqu'une mesure préjudiciable est adoptée vis-à-vis de la personne concernée dans un délai de douze mois suivant l'introduction de la plainte, il appartient à celui ou celle contre qui la plainte est dirigée de prouver que la mesure préjudiciable a été adoptée pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

Lorsqu'une action en justice a été introduite par ou au bénéfice de la personne concernée, le délai visé à l'alinéa 1er, est prolongé jusqu'à échéance d'un délai de trois mois suivant le jour où la décision intervenue est passée en force de chose jugée.

§ 4. Lorsqu'il a été jugé qu'une mesure préjudiciable a été adoptée en contravention au § 1er, l'auteur de la mesure doit verser à la personne concernée des

dommages et intérêts dont le montant correspond, au choix de cette personne, soit à l'indemnisation forfaitaire visée à l'article 47, soit au dommage que celle-ci a réellement subi. Dans ce dernier cas, il appartient à la personne concernée de prouver l'étendue du préjudice qu'elle a subi.

§ 5. La protection visée dans le présent article est également d'application aux personnes qui interviennent comme témoins des faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte visée au § 2 ou par le fait qu'elles interviennent en tant que témoins en justice.

§ 6. A la demande de la partie défenderesse, le juge saisi de la demande visée au § 2 peut décider d'abréger les délais visés au § 3.

Art. 44

§ 1er. Lorsqu'une plainte est introduite par ou au bénéfice d'une personne en raison d'une violation du présent décret survenue dans le domaine de l'emploi visé au Chapitre 1 du Titre II du présent décret, l'employeur ne peut adopter une mesure préjudiciable à l'encontre de cette personne, sauf pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

§ 2. Au sens du présent article, une mesure préjudiciable s'entend notamment de la rupture de la relation d'emploi, de la modification unilatérale des conditions de travail ou de la mesure préjudiciable intervenue après la rupture de la relation d'emploi.

§ 3. Au sens du présent article, il y a lieu d'entendre par plainte :

- Une plainte motivée introduite par la personne concernée au niveau du service qui l'occupe, conformément aux procédures en vigueur ;
- Une plainte motivée introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article ou par les organes visés à l'article 36 auprès du service qui l'occupe ;
- Une action en justice introduite par la personne concernée ;
- Une action en justice introduite au bénéfice de la personne concernée par un des groupements d'intérêts visés à l'article XX ou par les organes visés à l'article 36..

La plainte motivée visée à l'alinéa 1er, premier à troisième tirets, est datée, signée et notifiée par lettre recommandée à la poste, dans laquelle sont exposés les griefs adressés à l'auteur de la discrimination alléguée.

§ 4. Lorsque l'employeur adopte une mesure préjudiciable vis-à-vis de la personne concernée dans un délai de douze mois suivant l'introduction de la plainte, il appartient à celui ou celle contre qui la plainte est dirigée de prouver que la mesure préjudiciable a été adoptée pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte.

Lorsqu'une action en justice a été introduite par ou au bénéfice de la personne concernée, le délai visé à l'alinéa 1er, est prolongé jusqu'à échéance d'un délai de trois mois suivant le jour où la décision intervenue est passée en force de chose jugée.

§ 5. Lorsque l'employeur adopte une mesure préjudiciable à l'encontre de la personne concernée en contre-venant au § 1er, cette personne ou le groupement d'intérêts auquel elle est affiliée demande sa réintégration dans le service ou de lui laisser exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment.

La demande est introduite par lettre recommandée à la poste dans les trente jours qui suivent la date de la notification de la décision par laquelle il est mis un terme à la fonction ou par laquelle celle-ci est suspendue, ou dans les trente jours de la modification unilatérale des conditions de travail.

L'employeur qui réintègre la personne dans son précédent service ou lui laisse exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment est tenu de payer la rémunération perdue en raison de la suspension ou de la cessation des fonctions ou encore de la modification des conditions de travail et de verser les cotisations des employeurs et des travailleurs afférentes à cette rémunération.

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque la mesure préjudiciable intervient après la cessation de la relation d'emploi.

§ 6. A défaut de réintégration ou de lui laisser exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment suivant la demande visée au § 5, alinéa 1er, et lorsque la mesure préjudiciable a été jugée contraire aux dispositions du § 1er, l'employeur doit payer à la personne concernée une indemnité égale, selon le choix de cette personne, soit à un montant forfaitaire correspondant à la rémunération brute de six mois, soit au préjudice réellement subi par la personne concernée, à charge pour celle-ci de prouver l'étendue de ce préjudice, dans ce dernier cas.

§ 7. L'employeur est tenu de payer la même indemnité, sans que la personne ou le groupement d'intérêts auquel elle est affiliée doive introduire la demande visée au § 5 tendant à sa réintégration dans le service ou tendant à exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment lorsque la juridiction compétente a considéré comme établis les faits de discrimination qui forment l'objet de la plainte.

§ 8. Lorsque la mesure préjudiciable intervient après la cessation de la relation de travail et qu'elle est jugée contraire au § 1er, l'employeur est tenu de payer à la victime l'indemnité visée au § 6.

§ 9. La protection visée dans le présent article est également d'application aux personnes qui interviennent comme témoins des faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte visée au § 3 ou par le fait qu'elles interviennent en tant que témoins en justice.

§ 10. Les dispositions du présent article sont également d'application aux personnes autres que des employeurs qui occupent des personnes dans le cadre de relations de travail, ou qui leur assignent des tâches.

SECTION III

Sanctions

Art. 45

§ 1er. En cas de discrimination, la victime peut réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle.

Dans les circonstances ci-après visées, la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, soit à une somme forfaitaire fixée conformément au § 2, soit au dommage réellement subi par la victime. Dans ce dernier cas, la victime doit prouver l'étendue du préjudice par elle subi.

§ 2. Les dommages et intérêts forfaitaires visés au § 1er sont fixés comme suit :

- 1° Le montant de l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral est fixé à 1.300 € dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telles que la gravité du préjudice moral subi ; hors cette hypothèse, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 € ;
- 2° Si la victime réclame l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi du fait d'une discrimination dans le cadre des relations d'emploi définies à l'article 3, 9°, l'indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute, à moins que l'employeur ne démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination ; dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation forfaitaire pour le préjudice matériel et moral est limitée à trois mois de rémuné-

ration brute ; si le préjudice matériel résultant d'une discrimination dans le cadre des relations d'emploi définies à l'article 3, 9° peut néanmoins être réparé par le biais de l'application de la sanction de nullité prévue à l'article 47, les dommages et intérêts forfaitaires sont fixés selon les dispositions du point P.

Art. 46

Le juge peut, à la demande de la victime de la discrimination, du Centre, de l'Institut, de l'un des groupements d'intérêts, ou du ministère public ou de l'auditorat du travail lorsqu'il a lui-même saisi la juridiction, condamner au paiement d'une astreinte l'auteur de la discrimination pour le cas où il ne serait pas mis fin à celle-ci. Le juge statue conformément aux articles 1385bis à 1385nonies du Code judiciaire.

Art. 47

Toute discrimination commise par un membre du personnel statutaire peut en outre donner lieu à une procédure disciplinaire conformément aux dispositions applicables au personnel statutaire.

Art. 48

Le Gouvernement peut suspendre ou retirer la subvention, l'agrément ou la reconnaissance des associations visées à l'article 29 du présent décret lorsqu'il constate que cette association a commis une discrimination.

Cette suspension ou ce retrait s'effectue conformément aux dispositions décrétales ou réglementaires relatives à la reconnaissance, à l'agrément ou au subventionnement de ces associations.

SECTION IV

Action en cessation

Art. 49

§ 1er. A la demande de la victime de la discrimination, des organes visés à l'article 36, de l'un des groupements d'intérêts visés à l'article 40, du ministère public ou, selon la nature de l'acte, de l'auditorat du travail, le président du tribunal de première instance, ou, selon la nature de l'acte, le président du tribunal du travail ou du tribunal de commerce, constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant un manquement aux dispositions du présent décret.

§ 2. A la demande de la victime, le président du tribunal peut octroyer à celle-ci l'indemnisation forfaitaire visée à l'article 47 § 2.

§ 3. Le président du tribunal peut prescrire l'affi-

chage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige, pendant le délai qu'il détermine, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur des établissements du contrevenant ou des locaux lui appartenant, et ordonner la publication ou la diffusion de son jugement ou du résumé de celui-ci par la voie de journaux ou de toute autre manière, le tout aux frais du contrevenant.

Ces mesures de publicité ne peuvent être prescrites que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

§ 4. L'action fondée sur le § 1er est formée et instruite selon les formes du référé.

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 nom, 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.

§ 5. 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.

TITRE IV

Dispositions pénales

Art. 50

Pour l'application du présent titre, la discrimination s'entend de toute forme de discrimination directe intentionnelle, de discrimination indirecte intentionnelle, d'injonction de discriminer ou de harcèlement intentionnel, fondée sur un critère protégé visé à l'article 3, 1°.

Art. 51

Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement :

- 1° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination à l'égard d'une personne, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;
- 2° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, en raison de l'un de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;
- 3° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination ou à la ségrégation à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1° ;
- 4° Quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1°.

Art. 52

Quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, diffuse des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement.

Art. 53

Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement, quiconque fait partie d'un groupement ou d'une association qui, de manière manifeste et répétée, prône la discrimination ou la ségrégation fondée sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, ou lui prête son concours.

Art. 54

Est puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans, tout fonctionnaire ou officier public, tout dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1°.

Les mêmes peines sont applicables lorsque les faits sont commis à l'égard d'un groupe, d'une communauté et de leurs membres, en raison de l'un des critères protégés visés à l'article 3, 1°.

Si l'inculpé justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, les peines sont appliquées seulement aux supérieurs qui ont donné l'ordre.

Si les fonctionnaires ou officiers publics prévenus d'avoir ordonné, autorisé ou facilité les actes arbitraires susmentionnés prétendent que leur signature a été surprise, ils sont tenus en faisant, le cas échéant, cesser l'acte, de dénoncer le coupable ; sinon, ils sont poursuivis personnellement.

Si l'un des actes arbitraires susmentionnés est commis au moyen de la fausse signature d'un fonctionnaire public, les auteurs du faux et ceux qui, méchamment ou frauduleusement, en font usage sont punis de la réclusion de dix ans à quinze ans.

Art. 55

Quiconque, dans les domaines des relations d'emploi, et de l'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public ainsi que leur fourniture, dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la discrimination est commise à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou leurs membres en raison de l'un des critères protégés énumérés à l'alinéa 1er.

Art. 56

Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 € à 1000 €, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui ne se conforment pas à un jugement ou un arrêt rendu en vertu de l'article 51 à la suite d'une action en cessation.

Art. 57

En cas d'infraction aux articles 53 à 58, le condamné peut, en outre, être condamné à l'interdiction conformément à l'article 33 du Code pénal.

Art. 58

Toutes les dispositions du livre premier du Code pénal, sans exceptions du chapitre VII et de l'article 85, sont applicables aux infractions visées à la présente loi.

TITRE V**Dispositions finales****CHAPITRE PREMIER****Conciliation****Art. 59**

§ 1er. Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination visée par le présent décret peut faire appel à un service de conciliation. La mission principale de ce service consiste à recevoir les plaintes des requérants et à s'efforcer de concilier leur point de vue avec celui des personnes ou des services mis en cause.

Le service de conciliation fait, aux parties concernées, toute recommandation ou toute proposition qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, à défaut de conciliation, conseille, le cas échéant, le requérant sur les démarches administratives ou judiciaires à entreprendre.

Le service de conciliation adresse au Gouvernement un rapport annuel de ses activités, dans lequel l'identité des requérants ainsi que des personnes incriminées ne peut apparaître. En outre, il peut communiquer des rapports intermédiaires s'il l'estime utile. Ces rapports peuvent contenir toute proposition susceptible d'améliorer l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle.

Le service de conciliation peut refuser de traiter une plainte lorsque celle-ci apparaît comme manifestement non fondée ou en dehors de ses compétences ou lorsque les faits se sont produits plus d'un an avant l'introduction de la plainte ou encore lorsqu'une action civile ou une procédure pénale portent sur l'objet de celle-ci.

CHAPITRE II**Surveillance et évaluation****Art. 60**

La surveillance des dispositions du présent décret et, le cas échéant, de ses arrêtés d'exécution sont exercés

par les services que le Gouvernement désigne.

Art. 61

§ 1er. Tous les cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du présent décret, le Parlement de la Communauté française procède à l'évaluation de l'application et de l'effectivité du présent décret.

§ 2. Cette évaluation a lieu, après audition du Centre et de l'Institut, sur la base d'un rapport présenté au Parlement par une commission d'experts.

§ 3. Le Gouvernement fixe les règles plus précises en matière de la composition de la commission des experts, de leur désignation et de la forme et du contenu concret du rapport. Lors de la composition, il sera veillé à ce que la commission soit composée d'un nombre de membres égal de chaque sexe et qu'une répartition équilibrée soit garantie entre les représentants de la magistrature, du barreau et d'autres acteurs ayant une connaissance et des expériences spécifiques en matière de la lutte contre la discrimination.

CHAPITRE III**Dispositions abrogatoires****Art. 62**

§ 1er. Le décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement est abrogé.

§ 2. Le Titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation professionnelle est abrogé pour ce qui concerne la Communauté française.

Le Ministre-Président de la Communauté française,

Rudy DEMOTTE

ANNEXE AU PROJET DE DÉCRET

Tableau de transposition*Remarques liminaires*

Le présent tableau ne vise que les correspondances entre les dispositions du décret et les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE, à l'exclusion de la directive 76/207/CEE. Il est, en effet, renvoyé au tableau de correspondance dressé en annexe II de la directive 2006/54/CE et qui permet de vérifier à quelles dispositions de la directive 76/207/CEE correspondent celles de la directive 2006/54/CE.

Le présent tableau constitue un outil permettant de déterminer à quelles dispositions des directives correspondent les articles du décret. Il va sans dire que, pour les raisons exprimées dans l'exposé des motifs et le commentaire article par article, le décret peut, en certains endroits, aller au-delà de l'exigence européenne, le législateur adoptant des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues dans les directives à transposer, comme ces dernières le lui permettent d'ailleurs expressément (article 6, paragraphe 1er, de la directive 2000/43/CE ; article 8, paragraphe 1er de la directive 2000/78/CE ; article 7, paragraphe 1er de la directive 2004/113/CE ; article 27, paragraphe 1er de la directive 2006/54/CE). Dans ces cas, il n'y a pas simple transposition de la disposition de la directive en question.

Décret	2000/43/CE	2000/78/CE	2004/113/CE	2006/54/CE
Article 1	art.16, al.2	art.18, al.3	art.17, §1, al.2	art.33, al.2
Article 2	art.1 + art. 2	art.1 + art.2	art.1 + art.4, §1	art.1 + art.2
Article 3, 1°	art.1	art.1	art.1	art.1
Article 3, 2°	art.2, §2, a)	art.2, §2, a)	art.2, a)	art.2, §1, a)
Article 3, 3°	art.2, §2, a)	art.2, §2, a)	art.2, a)	art.2, §1, a)
Article 3, 4°	art.2, §2, b)	art.2, §2, b)	art.2, b)	art.2, §1, b)
Article 3, 5°	art.2, §2, b)	art.2, §2, b)	art.2, b)	art.2, §1, b)
Article 3, 6°	art.2, §3	art.2, §3	art.2, c)	art.2, §1, c)
Article 3, 7°	/	/	art.2, d)	art.2, §1, d)
Article 3, 8°	art.2, §4	art.2, §4	art.4, §4	art.2, §2, b)
Article 3, 9°	/	art.5	/	/
Article 3, 10°	art.5	art.7, §1	art.6	art.3
Article 3, 11°	art.3, §1, a) + art.3, §1, c)	art.3, §1, a) + art.3, §1, c)	/	art.14, §1, a) + art.14, §1, c)
Article 3, 12°	art.3, §1, b) + art.3, §1, g)	art.3, §1, b) + art.3, §1, g)	/	art.14, §1, b)

Article 3, 13°	art.3, §1, g)	art.3, §1, g)	/	/
Article 3, 14°	art.3, §1, b)	art.3, §1, b)	/	art.14, §1, b)
Article 3, 15°	art.3, §1, e)	art.3, §1, e)	/	/
Article 3, 16°	art.3, §1, f)	art.3, §1, f)	/	/
Article 3, 17°	art.3, §1, h)	art.3, §1, h)	art.3, §1	/
Article 3, 18°	art.3, §1, h)	art.3, §1, h)	art.3, §1	/
Article 4	art.3, §1, a), b), c), d), e), f), g), h)	art.3, §1, a), b), c), d)	art.3, §1	art.14, §1, a), b), c), d)
Article 5, al.1	art.1 + art.2	art.1 + art.2	art.1 + art. 2 + art.4	art.14
Article 5, al.2	art.2	art. 2 + art.5	art. 2 + art.4, §§1 à 4	art.2
Article 5, al.3	art.2, §2, a)	art.2, §2, a)	art.2, a)	art.2, §1, a)
Article 5, al.4	art.2, §2, b)	art.2, §2, b) + art.5	art.2, b)	art.2, §1, b)
Article 5, al.5	/	/	/	/
Article 5, al.6	art.14, a)	art.16, a)	art.13, a)	art.23, a)
Article 6	art.5	art.7, §1	art.6	art.3
Article 7, 1°	art.3, §1, c)	art.3, §1, c)	/	art.2, §1, e) + art.14, §1, c)
Article 7, 2°	art.2, §3	art.2, §3	art.2, c)	art.2, §1, c)
Article 7, 3°	/	/	art.2, d)	art.2, §1, d)
Article 7, 4°	/	/	/	/
Article 8, al.1	art.3, §1, a) + art.3, §1, c)	art.3, §1, a) + art.3, §1, c)	/	art.14, §1, a) + art.14, §1, c)
Article 8, al.2	art.3, §1, a)	art.3, §1, a)	/	art.14, §1, a)

Article 8, al.3	art.3, §1, c)	art.3, §1, c)	/	art.14, §1, c)
Article 8, al.4	art.3, §1, c)	art.3, §1, c)	/	art.14, §1, c)
Article 9	/	/	/	/
Article 10	art.4 + art.11	art.4, §1 + art.13	/	art.14, §2 + art.21
Article 11	/	art.4, §2	/	/
Article 12	/	art.6	/	/
Article 13	art.11	art.13	/	art.21
Article 14	/	/	/	/
Article 15	/	/	/	art.15 + art.16
Article 16, 1°	art.2, §3	art.2, §3	art.2, c)	art.2, §1, c)
Article 16, 2°	/	/	art.2, d)	art.2, §1, d)
Article 17	art.3, §1, b) + art.3, §1, g)	art.3, §1, b) + art.3, §1, g)	/	art.14, §1, b)
Article 18	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, g) + art.3, §2	/	/	/
Article 19	/	/	/	/
Article 20	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, b) + art.3, §2	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, b) + art.3, §2	/	/
Article 21	/	/	/	art.14, §1, b) + art.14, §2
Article 22	/	/	/	/
Article 23	/	/	/	/
Article 24	art.3, §1, e)	art.3, §1, e)	/	/
Article 25	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, e) + art.3, §2	/	/	/
Article 26	/	/	/	/
Article 27	art.3, §1, f)	art.3, §1, f)	/	/
Article 28	art.2, §1 et 2, a) + art.3, §1, f) + art.3, §2	/	/	/
Article 29	/	/	/	/

Article 30	art.3, §1, d)	art.3, §1, d)	/	art.14, §1, d)
Article 31	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, d) + art.3, §2	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, d) + art.3, §2	/	art.14, §1, d)
Article 32	/	/	/	/
Article 33	art.3, §1, h)	/	art.3, §1	/
Article 34	art.2, §1 et §2, a) + art.3, §1, h) + art.3, §2	/	/	/
Article 35	/	/	art.4, §5	/
Article 36	/	/	/	/
Article 37, §1	/	/	art.12	art.20
Article 37, §2	art.13	/	/	/
Article 38	art.13, §2, 1er tiret	/	art.12, §2, a)	art. 20, §2, a)
Article 39	art.7, §2	/	art.8, §3	17, §2
Article 40	/	/	/	/
Article 41	art.8, §3	art.10, §3	art.9, §3	art.19, §5
Article 42	art.8	art.10	art.9	art.19
Article 43	art.14, b)	art.16, b)	art.13, b)	art.23, b)
Article 44	art.3, §1, b), d), e), f), g) et h) + art.9	art.3, §1, b) et d) + art.11	art.10	art.14, §1, b) et d) + art.24
Article 45	art.3, §1, a) et c) + art.9	art.3, §1, a) et c) + art.11	/	art.14, §1, a) et c) + art.24
Article 46	art.7, §1 + art.7, §2 + art.15	art.9, §1 + art.9, §2 + art.17	art.8, §1 + art.8, §2 + art.14	art.17, §1 + art.17, §2 + art.25
Article 47	art.7, §1 + art.7, §2 + art.15	art.9, §1 + art.9, §2 + art.17	art.8, §1 + art.8, §2 + art.14	art.17, §1 + art.17, §2 + art.25
Article 48	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 49	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 50	art.7, §1 + art.7, §2 + art.15	art.9, §1 + art.9, §2 + art.17	art.8, §1 + art.8, §1 + art.14	art.17, §1 + art.17, §2 + art.25
Article 51	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 52	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 53	art.15	/	/	/
Article 54	art.15	/	/	/

Article 55	art.15	art. 17	art. 14	art. 25
Article 56	art.15 + art. 3, §1, a), c), h)	/	/	/
Article 57	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 58	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 59	art.15	art.17	art.14	art.25
Article 60	art.7, §1	art.9, §1	art.8, §1	art.17, §1
Article 61	art.17	art.19	art.16	art.31

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.742/4
DU 9 JUILLET 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française, le 16 juin 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 2 et 9 juillet 2008 a donné l'avis suivant :

KV

44.742/4

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 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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Portée de l'avant-projet de décret

1. L'avant-projet de décret élaboré par le Gouvernement et présentement examiné a pour objet de transposer de manière complète et adéquate, pour ce qui concerne divers domaines qui relèvent des compétences de la Communauté française, cinq directives européennes en matière de lutte contre les discriminations ⁽¹⁾. Il est, à cet

⁽¹⁾ Il s'agit :

- de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique, ci-après la "directive 2000/43/CE";
- de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ci-après la "directive 2000/78/CE";
- de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services, ci-après la "directive 2004/113/CE";
- de la directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 modifiant la directive du Conseil relative à la mise en oeuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail, ci-après la "directive 76/207/CE";
- ainsi que de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), ci-après la "directive 2006/54/CE".

Comme l'indique son intitulé, la directive 2006/54/CE consiste, pour partie, en une refonte des dispositions de plusieurs directives antérieures, dont la directive 76/207/CE, laquelle est, en conséquence, abrogée, avec effet au 15 août 2009, en application de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE. En vertu du paragraphe 2 du même article, les références faites aux dispositions de la directive 76/207/CEE doivent s'entendre comme faites à la directive 2006/54/CE et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe II de la directive.

.../...

KV

44.742/4

égard, fait état dans l'exposé des motifs qui accompagne l'avant-projet de décret⁽²⁾ de ce que la Commission européenne a relevé que le décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement, que l'article 62, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret abroge, pose problème au regard de diverses dispositions des directives précitées⁽³⁾.

Il est également observé dans l'exposé des motifs⁽⁴⁾ qu'il a été veillé à assurer une harmonie entre les dispositions de l'avant-projet de décret et, d'une part, le cadre légal récemment adopté par le législateur fédéral en ce qui concerne les domaines qui relèvent de ses compétences⁽⁵⁾ et, d'autre part, les projets en cours au niveau de la Région wallonne⁽⁶⁾ et de la Commission communautaire française. L'objectif est ainsi de maintenir la cohérence entre les différents textes adoptés en la matière par chacun des législateurs compétents et ce, afin de fournir aux justiciables une garantie effective de lutte contre les discriminations.

⁽²⁾ Point 1 de la partie générale.

⁽³⁾ Sont ainsi visés, notamment, divers manquements par rapport aux articles 5, 9.2 et 11 de la directive 2000/78/CE et aux articles 7, 8, 9 et 15 de la directive 2000/43/CE.

⁽⁴⁾ Point 2 de la partie générale.

⁽⁵⁾ Sont ainsi visées :

- la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, ci-après la "loi antidiscrimination - «racisme»";
- la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, ci-après la "loi antidiscrimination «genre»";
- la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, ci-après la "loi antidiscrimination «cadre général»",
- la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

Il est ainsi fait état, dans les points 4 et 5 de la partie générale de l'exposé des motifs, de ce que les dispositions de l'avant-projet sont inspirées de diverses notions définies par le législateur fédéral, ainsi que des dispositifs pénaux et civils mis en place par ce dernier dans les lois du 10 mai 2007 précitées.

⁽⁶⁾ À cet égard, la section de législation a donné le 7 juillet 2008, l'avis 44.710/2 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "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".

.../...

KV

44.742/4

2.1. Toutefois, plutôt que d'adopter, comme au niveau fédéral, des législations distinctes, en fonction du ou des critères de discrimination contre lequel ou lesquels il convient de lutter, il a été opté pour la création d'un cadre légal unique et transversal de lutte contre les discriminations et, donc, pour l'adoption d'un seul décret visant, pour ce qui concerne les "domaines de compétences" de la Communauté française énumérés à l'article 4 de l'avant-projet de décret, les divers critères de discrimination.

2.2. Ainsi conçu, l'avant-projet de décret contient :

- un titre premier, consacré aux dispositions générales à vocation transversale, à savoir : des dispositions introductives (chapitre premier), des définitions générales (chapitre II), une description du champ d'application général du décret (chapitre III), une affirmation de principe de l'interdiction de discriminer dans les différents domaines qui relèvent du champ d'application du décret (chapitre IV) et la possibilité pour la Communauté française de maintenir ou d'adopter des actions positives (chapitre V);
- un titre II, reprenant les dispositions spécifiques propres à chacun des domaines de compétence matérielle de la Communauté française expressément visés par l'avant-projet de décret, à savoir : l'emploi (chapitre premier), l'enseignement (chapitre II), la politique de santé (chapitre III), les avantages sociaux (chapitre IV), l'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée, agréée ou reconnue par la Communauté française (chapitre V) et l'accès aux biens et aux services ainsi que leur fourniture (chapitre VI). Certaines de ces dispositions établissent une distinction entre, d'une part, les critères de discrimination expressément prévus par les différentes directives que l'avant-projet de décret transpose et, d'autre part, les critères de discrimination complémentaires également prévus par l'avant-projet de décret, à l'instar de ce qui a été réalisé au niveau fédéral par les lois du 10 mai 2007 précitées;

.../...

KV

44.742/4

- un titre III, consacré aux dispositions horizontales ayant vocation à s'appliquer quels que soient le ou les critères de discrimination en cause et le domaine de compétence de la Communauté française concerné, à savoir : les organismes autonomes de lutte contre la discrimination (chapitre premier), la détermination des personnes, physiques ou morales, habilitées à exercer les voies de recours, l'instauration d'un mécanisme de renversement de la charge de la preuve dans les procédures juridictionnelles civiles (chapitre II), et les dispositions protectionnelles et sanctionnelles de nature civile (chapitre III). Ces dispositions portent sur la nullité des dispositions ou clauses contractuelles contraires au décret, sur la mise en place d'un mécanisme de protection contre les rétorsions à la suite du dépôt d'une plainte ou de l'introduction d'une action en justice, sur l'instauration d'un système d'indemnisation spécifique dans lequel la victime peut choisir entre une réparation forfaitaire du dommage ou la réparation du dommage réellement subi, sur la possibilité de solliciter une astreinte lorsque l'auteur de la discrimination ne met pas fin à celle-ci, sur la faculté d'intenter des poursuites disciplinaires à l'égard d'un membre du personnel statutaire ou de suspendre ou retirer la subvention, l'agrément ou la reconnaissance à l'égard d'une association qui a commis une discrimination, ainsi que sur la possibilité d'introduire auprès du juge compétent une action en cessation formée et instruite selon les formes du référé;
- un titre IV, relatif aux sanctions pénales;
- ainsi qu'un titre V, intitulé "Dispositions finales", et comprenant, outre une disposition abrogatoire (chapitre III), d'une part, des dispositions relatives à la conciliation par le biais d'un recours à un service de conciliation (chapitre premier), et, d'autre part, des dispositions concernant la surveillance et l'évaluation des dispositions du décret (chapitre II).

2.3. Compte tenu de ce que nombre de ses dispositions reproduisent dans une large mesure la structure des quatre lois fédérales du 10 mai 2007, l'avant-projet de décret appelle les observations qui suivent, lesquelles sont en grande partie inspirées des observations précédemment formulées par l'assemblée générale de la section de

.../...

KV

44.742/4

législation du Conseil d'État dans l'avis 40.689/AG ⁽⁷⁾ - 40.690/AG ⁽⁸⁾ - 40.691/AG ⁽⁹⁾, ci-après l'"avis 40.689-40.690-40.691/AG", donné le 11 juillet 2006, sur les avant-projets de loi devenus les lois du 10 mai 2007 précitées ⁽¹⁰⁾. Dès lors que ces dispositifs n'ont pas fait l'objet d'observations dans ledit avis, il n'en sera pas fait davantage dans le présent avis. Il est cependant rappelé que, dans cet avis, le Conseil d'État avait fait observer que :

"le silence gardé dans l'avis sur certains aspects de l'avant-projet ne saurait signifier qu'aucune autre observation que celles formulées dans le présent avis ne se justifierait; de même, ce silence ne saurait servir d'élément d'interprétation des avant-projets".

Outre ce qui sera observé ci-après au sujet des directives européennes, il serait utile que le Gouvernement joigne au projet lors de son dépôt au Parlement un tableau de correspondance entre les dispositions de l'avant-projet et celles des quatre lois fédérales du 10 mai 2007.

Observation préalable

Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé ⁽¹¹⁾, la nécessité d'assurer correctement la transposition de directives européennes et celle d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en oeuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives

⁽⁷⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n° 2720/1.

⁽⁸⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n° 2721/1.

⁽⁹⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n° 2722/1.

⁽¹⁰⁾ Voir également l'avis 41.417/AG à 41.420/AG, donné le 6 octobre 2006 sur les mêmes avant-projets de loi (*Doc. parl.* Chambre, 2006/2007, n°s 2720/1, 2721/1, 2722/1 et 2723/1) et l'avis 42.399/AG à 42.401/AG, donné le 6 mars 2007 sur des amendements à ces projets (*Doc. parl.*, Chambre, 2006/2007, n°s 2720/1, 2721/1, 2722/1).

⁽¹¹⁾ Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n°s 15 à 17 (www.conseildetat.be).

.../...

KV

44.742/4

en cause et des dispositions de l'avant-projet⁽¹²⁾, dans les deux sens, figurent à la suite de l'exposé des motifs⁽¹³⁾. Ceci permet aussi d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres.

Il en va d'autant plus ainsi dans le cas d'espèce que l'avant-projet de décret transpose en même temps cinq directives européennes et ce, dans un cadre juridique qui se caractérise par la technicité juridique de la matière, par le fait que les compétences de la Communauté française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et par la circonstance que la Commission européenne a déjà adressé en la matière divers courriers, dont une mise en demeure et un avis motivé, qui mettent en cause un défaut de transposition adéquate, au niveau de la Communauté française notamment, de diverses dispositions des directives susmentionnées.

Il eût également été souhaitable de communiquer ces tableaux à la section de législation du Conseil d'État dans le dossier joint à la demande d'avis.

À défaut, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition des cinq directives ait pu être mené.

C'est sous cette réserve que les observations suivantes sont formulées.

⁽¹²⁾ Il conviendra, à cet égard, de prendre en considération le tableau de correspondance qui figure à l'annexe II de la directive 2006/54/CE, auquel il a déjà été fait allusion lors de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret.

⁽¹³⁾ Voir, également, le considérant (41) de la directive 2006/54/CE en vertu duquel "(...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics".

.../...

KV

44.742/4

Observation générale :la répartition des compétences entre l'État fédéral, les régions et les communautésI. Compétence des communautés et des régions pour mener une politique de non-discrimination.

1. Il est fait usage dans l'avant-projet de décret de différentes expressions, telles que :

- à l'article 1^{er} : "au niveau de la Communauté française",
- à l'article 2 : "dans chacun des domaines qu'il vise, et dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution",
- à l'article 3, 9° : "dans les domaines pour lesquels le présent décret est d'application",
- à l'article 4 : "[d]ans le respect des compétences de la Communauté française" et "dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française",
- à l'article 5, § 1^{er} : "[d]ans les domaines qui relèvent du champ d'application du présent décret",
- à l'article 32 : "dans la mesure où ces biens et services se rattachent aux compétences matérielles et territoriales de la Communauté française",
- à l'article 55 : "dans les matières rattachables aux compétences de la Communauté française",
- à l'article 62, § 2 : "pour ce qui concerne la Communauté française".

.../...

KV

44.742/4

2. À ce sujet, dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a résumé comme suit les règles de répartition de compétences en matière de non-discrimination :

"8.1. Tant la Cour d'arbitrage, que le Conseil d'État, section de législation, ont jugé qu'il appartenait à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures⁽¹⁴⁾, dans les matières qui lui ont été attribuées.

⁽¹⁴⁾ *Note infrapaginale 18 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 54/96, 3 octobre 1996, B.9; Cour d'arbitrage, n° 124/99, 25 novembre 1999, B.4.4; Cour d'arbitrage, n° 124/2000, 29 novembre 2000, B.4.2; pour les avis du Conseil d'État, voir notamment l'avis 25.131/VR des 18 novembre et 13 mai 1997 sur une proposition de décret "garantissant le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs", (*Doc. parl.*, Parl. fl., S.E. 1995, n° 82/2); avis 28.197/1, donné le 16 février 1999 sur un avant-projet, devenu 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" (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, nos 2057/1 et 2058/1); avis 30.462/2, donné le 16 novembre 2000 sur l'avant-projet devenu la loi du 25 février 2003 "tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme" (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1341/1); avis 40.469/VR donné le 22 juin 2006 sur un avant-projet de loi "visant à autoriser l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public" et sur un accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française "concernant l'accès des chiens d'assistance aux lieux ouverts au public"; avis 40.620/VR et 40.621/VR donné à la même date sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public" et un avant-projet de décret "relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution".

.../...

KV

44.742/4

Il s'ensuit que l'autorité fédérale ne peut mener une politique de lutte contre la discrimination que dans les matières relevant de sa compétence⁽¹⁵⁾ et ne peut par conséquent adopter les règles nécessaires à la transposition des directives européennes que dans ces matières. Sous réserve des observations sous les numéros 12 à 18 du présent avis, il appartient en revanche en principe exclusivement aux communautés et aux régions⁽¹⁶⁾ de mettre en oeuvre le principe de non-discrimination respectivement dans les matières culturelles, les matières personnalisables et l'enseignement, et dans les matières régionales. Cela vaut également pour le statut du personnel des organismes publics qui relèvent de la compétence des communautés et des régions (article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles), au statut du personnel des gouvernements

⁽¹⁵⁾ *Note infrapaginale 19 de l'avis cité* : En ce sens, les avis suivants : 28.197/1, 16 février 1999, précité; 30.462/2, 16 novembre 2000, précité; 36.415/2, donné le 11 février 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone "relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail" (*Doc.*, Parl. Comm. germ., 2003-2004, n° 166/1); 36.788/2, donné le 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Communauté française "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement" (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 543/1); 36.797/2, donné le 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle" (*Doc.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 708/1); 39.682/1, donné le 31 janvier 2006 sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale "portant la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi" (*Doc.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2004-2005, n° A-138/2); 40.469/VR, 22 juin 2006, précité; 40.620/VR et 40.621/VR, 22 juin 2006, précité.

⁽¹⁶⁾ *Note infrapaginale 20 de l'avis cité* : Lorsque, dans le présent avis, il est question des communautés et des régions, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune peuvent également être considérées comme concernées en fonction des attributions de compétence résultant des articles 135 et 138 de la Constitution et des textes législatifs et décrets adoptés sur la base de ces dispositions, soit principalement les articles 60, alinéa 4, et 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, ainsi que l'article 3 commun au décret de la Communauté française n° II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française et au décret de la Commission communautaire française n° III du 22 juillet 1993 portant le même intitulé. De même, lorsque seront mentionnées les dispositions attributives de compétence aux communautés et aux régions, ceci visera, dans les limites des articles 127, § 2, et 128, § 2, de la Constitution, les dispositions énoncées ci-avant de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989 et des décrets précités des 19 et 22 juillet 1993, ainsi que, en ce qui concerne la région de langue française, l'article 3 du décret de la Région wallonne n° II du 22 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, et, en ce qui concerne la région de langue allemande, les décrets de transfert de compétence de la Région wallonne à la Communauté germanophone pris sur la base de l'article 139 de la Constitution.

.../...

KV

44.742/4

communautaires et régionaux (article 87 de cette loi) ⁽¹⁷⁾ ou aux règles en matière de statut du personnel enseignant que l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de la Constitution permet aux communautés d'adopter. Dans tous ces domaines, il revient à l'autorité communautaire ou régionale compétente de mener une politique de lutte contre la discrimination et d'adopter les dispositions nécessaires pour transposer les directives européennes. En effet, la concrétisation même du principe de l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte relève de chacune des autorités compétentes en ce qu'il s'agit de l'assurer dans les différentes phases de la relation de travail, c'est-à-dire au moment de la sélection et du recrutement, du déroulement de la carrière professionnelle et de la fin de celle-ci".

3.1. Il résulte de cet avis que la Communauté française est, en principe, exclusivement compétente pour adopter l'avant-projet de décret présentement examiné.

La circonstance que diverses dispositions de cet avant-projet sont rédigées de manière telle qu'elles pourraient donner à penser qu'elles outrepassent les compétences de la Communauté française peut s'expliquer tant par la technicité juridique de la matière que par le contexte institutionnel dans le cadre duquel chacun des législateurs compétents est amené à intervenir.

Il peut dès lors se comprendre, au regard de l'avis précité de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, que le législateur communautaire, plutôt que de tenter de recourir à une énumération précise et fastidieuse de ses divers "domaines de compétence" et ce, de manière telle que soient bien visés tous les domaines sans qu'il y ait par ailleurs empiètement sur les compétences des autres législateurs compétents, préfère au contraire circonscrire, dans l'une ou l'autre disposition, "l'aire de compétence matérielle et territoriale" qui sera couverte par le décret ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ *Note infrapaginale 21 de l'avis cité* : En matière de fonction publique, l'autorité fédérale pourrait imposer aux communautés et régions le respect de certaines règles dans le cadre des principes généraux fixés par le Roi en vertu de l'article 87, § 4, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

⁽¹⁸⁾ Le législateur fédéral a, pour sa part, agi de la sorte dans les lois du 10 mai 2007, en prévoyant chaque fois que ces lois s'appliquent "À l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions" (article 5, § 1^{er}, de la loi antidiscrimination - "racisme", article 6, § 1^{er}, de la loi antidiscrimination - "genre" et article 5, § 1^{er}, de la loi antidiscrimination - "cadre général").

.../...

KV

44.742/4

Cette façon de procéder peut ainsi être admise pour l'article 4 de l'avant-projet, relatif au champ d'application du décret ⁽¹⁹⁾.

Par contre, dans les autres dispositions de l'avant-projet, de telles précisions sont inutiles et doivent être omises, car il va de soi que les compétences de la Communauté française ne s'exercent par décret que conformément aux articles 127 à 129 de la Constitution et aux dispositions de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ⁽²⁰⁾ et que toute disposition décrétable en la matière ne peut se lire que conformément à ces dispositions ⁽²¹⁾.

II. La compétence en matière de droit civil

1. Il résulte de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret que diverses dispositions de celui-ci contiennent des règles de droit civil, notamment en matière de nullités, de mécanisme d'indemnisation forfaitaire et de règles relatives au renversement de la charge de la preuve.

⁽¹⁹⁾ Il est par ailleurs renvoyé à l'observation particulière formulée sous cet article.

⁽²⁰⁾ Voir, notamment, l'avis 31.505/2/V, donné le 5 avril 2001, sur un avant-projet devenu le décret du 15 novembre 2001 portant assentiment à l'Accord de coopération entre, d'une part, la République libanaise et, d'autre part, la Communauté française de Belgique, la Région wallonne et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, et à l'Annexe, faits à Bruxelles le 26 septembre 2000 (*Doc.*, Parl. Com. fr., 2000-2001, n° 203/1) et l'avis 31.582/4, donné le 27 juin 2001, sur un avant-projet devenu le décret du 15 novembre 2001 portant assentiment à l'Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes, aux annexes I, II et III audit Accord, au Protocole sur les résidences secondaires au Danemark et au Protocole concernant les Îles Aland et à l'Acte final, faits à Luxembourg le 21 juin 1999 (*Doc.*, Parl. Com. fr., 2000-2001, n° 198/1).

⁽²¹⁾ Voir, à ce sujet, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 56/2000 du 17 mai 2000, B.5.

.../...

KV

44.742/4

Comme l'a observé la section de législation dans son avis 44.710/2, précité :

"Le droit civil est une compétence résiduelle de l'État fédéral. Dans l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG, précité, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a précisé ce qui suit :

«14. Le législateur fédéral est en principe compétent en matière de droit civil en vertu de sa compétence résiduelle. Les communautés et les régions ne peuvent élaborer de règles en la matière que dans la mesure où celles-ci peuvent être considérées comme s'inscrivant dans les compétences qui leur sont attribuées ⁽²²⁾ ou encore sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

15. Sa compétence résiduelle permet au législateur fédéral d'élaborer des règles générales en matière de droit des obligations, des contrats et de la responsabilité. L'autorité fédérale peut ainsi notamment porter des règles générales frappant de nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination ou instaurer un régime particulier de responsabilité en la matière. Ces règles s'appliquent alors aussi aux matières relevant de la compétence des communautés et des régions, à tout le moins aussi longtemps que celles-ci n'ont pas elles-mêmes adopté des dispositions spécifiques fondées sur leurs compétences explicites ou implicites dès lors que les conditions pour ce faire sont remplies».

Il résulte des articles 5 et 14 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie que le législateur fédéral n'a pas fait usage de cette possibilité d'élaborer des règles générales de droit civil mais a prévu la nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination, un mécanisme d'indemnisation forfaitaire et un système de renversement de la charge de la preuve pour les seules matières fédérales, abandonnant aux communautés et aux régions le soin d'adopter de tels mécanismes dans le cadre de leurs compétences respectives ⁽²³⁾.

Dans l'avis 43.835/1 donné le 20 décembre 2007, sur un avant-projet de décret "houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid" ⁽²⁴⁾, la section de législation a examiné des dispositions similaires à celles contenues dans les articles 17 et 19 de l'avant-projet à l'examen.

⁽²²⁾ *Note infrapaginale 9 de l'avis cité* : Voir C.C., n° 51/93, 1^{er} juillet 1993, B.1.6; avis 33.334/VR du 24 juin 2003 sur une proposition d'ordonnance "relative à l'assainissement des sols", Doc. parl., CRBC, 2000-01, n° A-221/1; voir également C.C., n° 27, 22 octobre 1987, 3.B.3.1 à 3.B.3.4.

⁽²³⁾ *Note infrapaginale 10 de l'avis cité* : Voir l'avis 43.574/2, précité [donné le 1^{er} octobre 2007, sur un avant-projet de décret wallon "modifiant le décret du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle"].

⁽²⁴⁾ *Note infrapaginale 11 de l'avis cité* : Doc. VI. Parlement, 2007-2008, n° 1578/1.

.../...

KV

44.742/4

Après avoir rappelé le passage susmentionné de l'avis 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG précité, elle a considéré ce qui suit ⁽²⁵⁾ :

«S'il peut cependant être inféré de cette jurisprudence que la Région flamande et la Communauté flamande peuvent adopter des dispositions de droit civil spécifiques en vertu de leurs compétences inhérentes ou implicites, l'exposé des motifs n'en fait pas mention de sorte qu'aucun élément n'est apporté qui justifie que les dispositions concernées sont inhérentes aux compétences régionales ou communautaires ou qu'il serait satisfait aux conditions de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. En vertu de cette dernière disposition, les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les parlements concernés ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leurs compétences. À cet effet, il faut en outre que la matière concernée se prête à une réglementation différenciée et que l'incidence des dispositions adoptées par le législateur décréteur sur cette matière ne soit que marginale ⁽²⁶⁾.

En vertu des articles 5 et 14 de la loi antidiscrimination, les dispositions similaires de cette loi ne s'appliquent pas aux matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions. La transposition correcte des directives européennes semble donc requérir de telles dispositions. Les auteurs du projet devront en tout état de cause en apporter la justification et établir qu'il est également satisfait aux deux autres conditions précitées.

Il est recommandé par conséquent d'intégrer cette justification dans l'exposé des motifs.»

Une observation similaire peut être faite pour l'avant-projet examiné".

2. La même observation doit être formulée à l'égard du présent avant-projet de décret.

⁽²⁵⁾ *Note infrapaginale 12 de l'avis cité* : Traduction libre.

⁽²⁶⁾ *Note infrapaginale 13 de l'avis cité* : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, p. ex. arrêt n° 87/2006, 24 mai 2006, B.7, et jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'État, p. ex. av. C.E. n° 42.319/3, 13 mars 2007, sur un avant-projet de décret "houdende de opheffing van artikel 76 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987", *Doc. parl.*, Parl. fl., 2006-2007, n° 1191/1, 15-16.

KV

44.742/4

III. La compétence en matière de droit judiciaire

1. Il résulte de l'examen de la portée de l'avant-projet de décret que diverses dispositions de celui-ci contiennent des règles de droit judiciaire, notamment en ce que ces dispositions organisent une action en cessation, prévoient la possibilité d'assortir la condamnation d'une astreinte ou permettent l'action en justice de diverses organes ou groupements.

Comme l'a observé la section de législation dans son avis 44.710/2, précité :

"La fixation des compétences des juridictions judiciaires relève de la compétence fédérale en vertu des articles 145 et 146 de la Constitution. Les autres règles de droit judiciaire relèvent de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale.

La loi du 10 mai 2007, précitée, contient des règles similaires à celles prévues par les articles 20, 21, 30 et 31 de l'avant-projet qui, conformément aux articles 5 et 14 de la loi, ne s'appliquent qu'aux seules matières fédérales, laissant aux communautés et aux régions le soin d'adopter de tels mécanismes dans le cadre de leurs compétences respectives ⁽²⁷⁾.

Dans l'avis 43.835/1 précité, la section de législation a estimé, à propos de dispositions similaires ce qui suit ⁽²⁸⁾ :

«Il résulte de la jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'État que tant la réglementation de la compétence des juridictions que la détermination des procédures à suivre devant ces juridictions sont des matières qui relèvent de la compétence de l'État fédéral.

Ainsi que déjà observé, en vertu de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, les décrets peuvent toutefois sous certaines conditions porter des dispositions relatives à des matières pour lesquelles les parlements concernés ne sont pas compétents.

L'exposé des motifs se réfère certes expressément à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour motiver l'adoption de ces dispositions, mais il n'apporte pas de justification indiquant qu'il est satisfait aux conditions d'application de cet article. Les auteurs du projet devront toutefois également pouvoir justifier à cet égard le recours à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette justification gagnerait dès lors à être inscrite dans l'exposé des motifs».

⁽²⁷⁾ *Note infrapaginale 14 de l'avis cité* : Voir l'avis 43.574/2, précité.

⁽²⁸⁾ *Note infrapaginale 15 de l'avis cité* : Traduction libre.

KV

44.742/4

Une observation similaire peut être faite pour l'avant-projet examiné, dès lors que l'auteur entend recourir à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles".

2. La même observation doit être formulée à l'égard du présent avant-projet de décret.

IV. La compétence en matière de harcèlement et de harcèlement sexuel

1. Comme l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État l'a relevé dans son avis 40.689-40.690-40.691/AG :

"13. L'article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 confirme que le droit du travail relève de la compétence du législateur fédéral. En ce qui concerne plus particulièrement les matières du statut des agents régionaux et communautaires et de l'enseignement [...], les limites des compétences des communautés ou des régions doivent dès lors être tracées au regard de cette compétence [...]. À ce sujet, il faut observer que certaines règles relevant du droit du travail s'appliquent également aux catégories de personnel précitées, telles notamment celles relatives à la protection de la rémunération, au bien-être au travail ou à la protection de la maternité. [...] Dans ces domaines, il appartient à l'autorité fédérale de mettre en oeuvre le principe de non-discrimination, également à l'égard de ces catégories."

Dans un avis 43.574/2 précité, la section de législation a, sur la même question, observé que :

"La problématique du harcèlement et du harcèlement sexuel ne peut être abordée par la Région wallonne que pour les matières pour lesquelles elle est compétente [...], à savoir, pour ce qui concerne l'avant-projet, celle de l'emploi et de la formation professionnelle, telles que ces notions ont été circonscrites par la loi spéciale précitée du 8 août 1980 et les décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993[...] et telles qu'elles sont précisées par les articles 8 et 9 du décret précité du 27 mai 2004 [...], ainsi que les personnes concernées dans ce cadre.

Or, il semble que ces personnes qui pourraient être victimes ou auteurs de faits de harcèlement dans des situations liées aux matières ressortissant de la compétence de la Région wallonne, sont déjà concernées, par le biais de la législation relative au bien-être au travail, par la loi précitée du 4 août 1996, soit directement en qualité de travailleurs, soit indirectement en qualité de «personnes autres que celles visées à l'article 2, § 1^{er} [de la loi précitée du 4 août 1996], qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail».

.../...

KV

44.742/4

Il paraît dès lors douteux qu'il y ait encore une part de champ *rationae personae* non couverte par les dispositifs existants au niveau fédéral, relevant de l'autorité fédérale, et autorisant la Région wallonne à légiférer en la matière. En tout état de cause, si la Région wallonne estimait devoir encore intervenir, il lui appartiendrait de le faire en précisant clairement dans l'exposé des motifs les situations qu'elle envisage et qui ne seraient et ne pourraient être rencontrées par la législation de compétence fédérale sur le bien-être au travail.

L'article 3 en projet (article 3 de l'avant-projet) sera réexaminé à la lumière de la présente observation. Il en ira de même en ce qui concerne les dispositions relatives au harcèlement et au harcèlement sexuel figurant à l'article 4 en projet (article 5 de l'avant-projet)."

2. La même observation s'applique à la Communauté française.

Comme il n'appartient pas à un décret de la Communauté française de rappeler le champ d'application d'une loi fédérale, il convient, dès lors, aux articles 14 et 22 de l'avant-projet, d'omettre le premier alinéa de ces dispositions et, dans le second alinéa, d'omettre les mots "Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, ".

Observations particulières

Dispositif

Article 2

L'avant-projet de décret énumère de manière limitative les "critères protégés". Parmi ces critères figurent non seulement les critères fixés par les directives visées à l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret mais aussi d'autres critères inspirés de ceux qui figurent dans la législation fédérale applicable aux matières dans lesquelles l'autorité fédérale est seule compétente, à savoir la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (loi antidiscrimination "cadre général").

.../...

KV

44.742/4

Sur la détermination, ouverte ou fermée, d'une liste de critères de discriminations prohibées, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, dans son avis sur l'avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 ⁽²⁹⁾, s'est exprimée comme suit :

"19. L'article 3 de l'avant-projet de loi générale dispose que ce projet a pour objectif

«de créer, dans les matières visées à l'article 5, un cadre général pour lutter contre la discrimination sur base de l'âge, de l'orientation sexuelle, de l'état civil, de la naissance, de la fortune, de la conviction religieuse ou philosophique, de la conviction politique, de la langue, de l'état de santé actuel ou futur, d'un handicap et d'une caractéristique physique ou génétique».

Il ressort de l'exposé des motifs que l'article 3 comporte une «liste fermée» de critères, ce qui implique qu'on ne pourra pas lutter contre les discriminations reposant sur d'autres critères en vertu de la loi en projet, sous la réserve bien entendu des motifs de discrimination prohibée par les deux autres avant-projets à l'examen.

L'avant-projet implique ainsi une inégalité de traitement tant des auteurs d'actes discriminatoires que de leurs victimes.

Cette inégalité de traitement doit se justifier au regard de l'interdiction de discrimination consacrée par les articles 10 et 11 de la Constitution. À plus forte raison lorsque le législateur entend lutter contre les discriminations, il serait fort paradoxal que la loi soit elle-même source de discrimination. C'est pourquoi il est légitime de poser des exigences sévères concernant la «justification objective et raisonnable» de la sélection des motifs de discrimination, effectuée à l'article 3 de l'avant-projet.

Dans l'exposé des motifs, l'auteur de l'avant-projet soutient que la sélection de critères opérée repose sur le principe qu'il s'agit de "critères importants" expressément mentionnés dans les instruments internationaux garantis de l'égalité et de la non-discrimination. L'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a manifestement servi de fil conducteur sur ce point.

Le Conseil d'État se doit de formuler les observations suivantes concernant cette justification.

20. Pour être conforme à l'interdiction de discrimination consacrée par les articles 10 et 11 de la Constitution, une loi contre la discrimination ne doit pas nécessairement lutter de la même manière contre toutes les discriminations. C'est ce qui ressort de l'arrêt n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 sur la loi du 25 février 2003. Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage annule la liste des motifs de discrimination figurant dans cette loi qui excluait entre autres les critères de la «langue» et de la «conviction politique». Selon la Cour, la loi violait les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour a motivé sa décision non seulement par une

⁽²⁹⁾ Avis 40.689-40.690-40.691/AG.

KV

44.742/4

référence à l'objectif général de la loi, mais encore par l'absence de justification objective et raisonnable particulière pour exclure la «langue» et la «conviction politique» de la liste des critères.

21. Dans la mesure où l'avant-projet entend transposer en droit interne la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, il apparaît au Conseil d'État que le recours exclusif aux critères mentionnés dans cette directive pourrait certainement être considéré comme une «justification objective et raisonnable» pour exclure d'autres critères, pour autant que le champ d'application de la loi concerne le champ d'application de la directive. Les mêmes considérations valent pour les critères figurant dans les directives dont la transposition est envisagée par les deux autres avant-projets à l'examen.

La question se pose de savoir si peut également être considéré en soi comme une «justification objective et raisonnable» le fait de seulement prendre en compte les «critères importants», qualifiés comme tels parce qu'ils figurent dans les instruments internationaux concernant les droits de l'homme.

22. Tout d'abord, il importe de souligner la différence fondamentale qui existe entre une «liste ouverte» et une «liste fermée» de critères. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽³⁰⁾, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, contiennent une «liste ouverte» de critères. Comme le précise l'auteur dans l'exposé des motifs, la liste figurant dans ces textes a uniquement pour objectif de mentionner les critères «dont l'importance est a priori la plus grande» et dont l'utilisation est par conséquent «la plus suspecte». Le seul fait qu'un critère ne soit pas mentionné expressément dans cette liste n'a toutefois pas pour conséquence qu'une victime de discrimination sur la base de ce critère ne serait pas protégée par les dispositions conventionnelles. En revanche, la reproduction des critères figurant dans la "liste ouverte" des conventions dans la «liste fermée» dressée à l'article 3 du projet a des effets nettement plus décisifs. La protection de la loi ne pourra pas être invoquée contre une discrimination fondée sur un critère ne figurant pas dans la liste. Même si le législateur peut partir du principe que les critères figurant dans les conventions sont importants et «les plus suspects», encore doit-il, dans sa justification, expressément prendre en compte les conséquences de l'inégalité de traitement qu'il instaure, notamment au regard du principe de proportionnalité. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de compléter la justification sur ce point.

23. En ce qui concerne le choix des critères utilisés dans les conventions internationales des droits de l'homme, le Conseil d'État suggère en outre de prendre en considération les éléments suivants :

a) Il ressort de l'arrêt susmentionné de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004 que ce sont tout d'abord les critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui doivent être pris en considération. Toutefois, l'auteur

⁽³⁰⁾ *Note infrapaginale 44 dans l'avis cité* : Dans la suite de l'avis : la Convention européenne des droits de l'homme.

KV

44.742/4

de l'avant-projet paraît manifestement s'inspirer surtout de l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce traité n'est pas encore entré en vigueur pour l'heure. L'article II-81 correspond certes à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais celle-ci n'a quant à elle pas de force obligatoire en droit. L'auteur de l'avant-projet justifie sa méthode en soutenant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne «constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination». On peut admettre qu'il s'agit d'un motif suffisant pour également prendre en compte les critères mentionnés à l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en plus des critères mentionnés à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

b) En tout état de cause, la justification stricte qui doit être donnée à l'inégalité de traitement des auteurs et des victimes de discrimination requiert également que les critères que l'auteur de l'avant-projet avance lui-même soient appliqués de manière cohérente, à moins qu'il y ait une justification particulière pour ne pas le faire. C'est ce qui résulte de l'arrêt précité n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage dans lequel elle énonce expressément que, dans le cadre de l'examen du moyen pris de la violation du principe d'égalité en raison de la limitation des motifs de discrimination, on doit vérifier

«si le législateur, en établissant une différence de traitement selon le motif sur lequel repose la discrimination, a pris une mesure qui peut résister au contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les dispositions conventionnelles qui garantissent le principe d'égalité et de non-discrimination, et en particulier l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...)» (B.9).

Ensuite, la Cour constate que les critères de la «langue» et de la «conviction politique» figurent à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que

«rien ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur un motif tel que la conviction politique ou la langue ne puisse faire l'objet des mesures civiles prévues par la loi entreprise» (B.14).

On peut déduire de cet arrêt que l'exclusion de critères qui apparaissent dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est possible que pour autant qu'y soit donnée une justification particulière.

c) Lorsque l'on compare la liste figurant à l'article 3 de l'avant-projet à la liste de critères figurant dans les trois dispositions conventionnelles - l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe - et si l'on tient également compte des

.../...

KV

44.742/4

critères mentionnés dans les deux autres avant-projets soumis au Conseil d'État⁽³¹⁾, on constate que les critères suivants ne sont pas repris de :

- l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : «toutes autres opinions», l'«origine sociale», l'«appartenance à une minorité nationale»;
- l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : «toute autre opinion», l'«origine sociale», la «fortune», la «naissance ou (...) toute autre situation»;
- l'article II-81 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : «les origines sociales», «toute autre opinion», l'«appartenance à une minorité nationale».

L'exclusion de ces critères requiert une «justification objective et raisonnable» convaincante.

Dans l'exposé des motifs, l'auteur de l'avant-projet justifie uniquement l'exclusion de deux des critères figurant à l'article II-81, à savoir le critère des «origines sociales», qui figure également à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et le critère «appartenance à une minorité nationale», qui se trouve également à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(...)"

Le présent avant-projet de décret vise à lutter contre la discrimination fondée notamment sur "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".

Dans la partie générale de l'exposé des motifs, sous le point 3, intitulé "Les motifs de discrimination prohibés", il est précisé :

"L'avant-projet de décret comprend une liste limitative de motifs de discrimination protégés identique à celle qui figure dans les lois fédérales du 10 mai 2007 et reprend la quasi-totalité de la liste des critères visés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, «laquelle constitue l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination».

Néanmoins, à l'instar des lois fédérales, le critère, contenu dans la Charte des droits fondamentaux, relatif aux «autres opinions» peut être estimé comme

⁽³¹⁾ *Note infrapaginale 45 de l'avis cité* : Il s'agit du critère "sexe" dans le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et des critères "nationalité, prétendue race, couleur de peau, ascendance ou origine nationale ou ethnique" à l'article 3 du projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

.../...

KV

44.742/4

superflu dans la mesure où les convictions philosophiques et religieuses, d'une part, et les opinions politiques, d'autre part, recouvrent cette notion. Le motif d'«appartenance à une minorité nationale» est écarté car cette notion, bien qu'irréductible aux autres caractéristiques reprises dans l'avant-projet de décret (langue commune, identité ethnique ou conviction religieuse), ne peut s'apprécier sans recourir directement à l'une ou plusieurs de celles-ci et ne peut dès lors constituer un motif de discrimination distinct. Enfin, par souci de transparence et de sécurité juridique une liste limitative de critères de discrimination donnant lieu à une protection décrétable; les autres formes de discrimination sont quant à elles interdites par les articles 10 et 11 de la Constitution."

Or, pour ce qui concerne spécialement le critère "minorité nationale", la section de législation du Conseil d'État ne peut que réitérer l'observation faite dans l'avis 40.689-40.690-40.691/AG :

"26. En ce qui concerne le critère «minorité nationale», l'exposé des motifs donne à penser que l'absence de ce critère à l'article 3 de l'avant-projet serait compensée par les critères «langue», «religion» et «origine ethnique». Le Conseil relève toutefois à cet égard qu'il existe dans la notion de minorité un élément d'identification collective faisant défaut dans les notions d'origine ethnique, de langue ou de religion, qui lui confère donc une portée autonome, indépendamment du fait que le rattachement à une minorité ne résulte pas nécessairement des seuls trois éléments précités. (...)".

Article 3

1. Les définitions des notions d'"actions positives", de "relations d'emploi", d'"enseignement", de "politique de santé" et de "groupements d'intérêts" (article 3, 10°, 11°, 12°, 13° et 16° (lire : 17°) de l'avant-projet de décret) sont inutiles dans la mesure où elles font double emploi avec les articles 6, 8, 17, 23 et 40 (lire : 38), de l'avant-projet de décret.

2. L'article 3, 17° (lire 18°) ⁽³²⁾, définit "le Gouvernement" comme "le Gouvernement de la Communauté française". Une telle définition est inutile et doit être omise. En effet, un décret de la Communauté française ne peut émaner que de son

⁽³²⁾ L'article 3 de l'avant-projet, après le 13°, reprend la numérotation à 12°; une erreur semblable s'est produite dans le commentaire des articles à partir du 5°; il appartient à l'auteur de l'avant-projet de corriger ces erreurs lors du dépôt du projet sur le bureau du Parlement.

KV

44.742/4

Parlement et ne concerner ou habiliter que son Gouvernement sans qu'il faille le définir ou le préciser davantage. Cela va de soi.

Par ailleurs, l'article 34, § 2, appelle la même observation en tant que l'habilitation précise que le Gouvernement est celui "de la Communauté française".

Article 4

Compte tenu de l'observation générale I.3.1. et afin d'éviter toute redondance dans le dispositif du décret, il est suggéré de rédiger cette disposition comme suit :

"Art. 4. Le présent décret s'applique, dans chacun des domaines mentionnés ci-après, dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution, à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en tant qu'il contient des dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement :

- 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."

.../...

KV

44.742/4

Article 6

Le paragraphe 3 de l'article 6 de l'avant-projet de décret précise que le Gouvernement détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en oeuvre, dans le respect des conditions fixées au paragraphe 2.

Selon le commentaire de l'article,

"Les politiques d'action positive émanent des autorités publiques. En conséquence, les acteurs privés ne peuvent mettre en oeuvre des actions positives que s'il y a organisation expresse de celles-ci via arrêté du Gouvernement qui en fixe le cadre. Le Gouvernement précise ainsi dans quels cas les personnes privées peuvent ou, le cas échéant, doivent introduire de telles mesures.

L'auteur de l'avant-projet a en effet considéré qu'un directeur de centre d'activités sportives, par exemple, ne peut avoir qu'une connaissance microscopique, et non globale, de la répartition ethnique, sexuée, ... des bénéficiaires du secteur d'activité dans lequel il s'inscrit. Seule l'autorité publique peut offrir une vision panoramique, et stimuler le cas échéant les acteurs privés à mettre en oeuvre une politique d'action positive qui satisfasse aux conditions de licéité fixées par la Cour constitutionnelle."

Dans son avis 40.689-40.690-40.691/AG, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a, au sujet de dispositions comparables figurant dans les trois avant-projets de loi devenus les lois du 10 mai 2007 ⁽³³⁾, relevé à ce sujet :

"(...), les dispositions à l'examen appellent les observations suivantes :

a) d'une part, ces dispositions sont en défaut de fixer les conditions auxquelles les personnes privées pourraient être autorisées à prendre des mesures d'action positive et d'organiser les éléments essentiels de ce nouveau régime.

Les habilitations conférées au Roi à cet égard sont beaucoup trop larges.

En effet, s'agissant de régimes dérogatoires aux dispositifs législatifs anti-discriminatoires mis en place par les trois avant-projets à l'examen, c'est au législateur lui-même qu'il appartient de déterminer les conditions et éléments essentiels de ces régimes dérogatoires et de s'assurer que ceux-ci seront, dans leur principe et dans leur mise en oeuvre par les intéressés, conformes aux conditions auxquelles la Cour d'arbitrage estime que de telles mesures peuvent être admises.

⁽³³⁾ La loi antidiscrimination "racisme", la loi antidiscrimination "genre" et la loi antidiscrimination "cadre général".

KV

44.742/4

Il en va d'autant plus ainsi que, tant les dispositifs anti-discriminatoires que les éventuels régimes dérogatoires à ceux-ci, sont, comme le mentionnent les commentaires des articles, de nature à porter atteinte, d'une manière ou d'une autre, à des libertés fondamentales garanties par des instruments juridiques de droit international et que la Constitution charge le pouvoir législatif lui-même de protéger. Il en va notamment ainsi des droits économiques, sociaux et culturels, visés à l'article 23 de la Constitution, tels le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, ainsi que le droit à l'épanouissement culturel et social.

b) d'autre part, et en tout état de cause, compte tenu des conditions strictes posées par la Cour d'arbitrage à la mise en place d'un régime de mesures d'action positive, l'on aperçoit difficilement comment, le législateur ayant organisé un système d'autorisation remplissant lesdites conditions, il pourrait encore demeurer au libre choix des personnes privées, notamment des employeurs, d'appliquer ou non des mesures d'action positive, comme semble pourtant le souhaiter l'auteur de l'avant-projet.

On pense ici spécialement aux conditions a) et b) rappelées par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 157/2004.

c) Les dispositions à l'examen doivent être fondamentalement revues afin de répondre à ces objections."

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour le paragraphe 3 de l'article 6 de l'avant-projet de décret.

Article 8

1. Tant l'article 3, 11°, que l'article 8, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret excluent du champ d'application du décret les services du Gouvernement visés à l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le commentaire de l'article 3 consacré aux "relations d'emploi" apporte les précisions suivantes :

"Pour rappel, si l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 attribue au seul décret la vocation de régler le fonctionnement des organismes qu'il vise, et donc aussi celle d'y prohiber les discriminations visées dans les directives européennes, par contre, l'article 87 de la même loi spéciale réserve aux seuls Gouvernements communautaires et régionaux la compétence de fixer les règles relatives au statut de leur personnel.

.../...

KV

44.742/4

En effet, l'article 87, § 3, qui dispose que «les Communautés et les Régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire, à l'exception des règles relatives aux pensions», doit être lu en combinaison avec les paragraphes qui le précèdent, lesquels constituent le miroir de l'article 107 de la Constitution qui, au niveau fédéral, réserve au Roi la compétence de nommer aux emplois d'administration générale et donc - selon l'interprétation constante de cette disposition - de régler le statut du personnel ainsi nommé.

Il en résulte qu'il appartient au seul Gouvernement de la Communauté française de déterminer, par arrêté, le statut de son personnel et, donc, de prévoir que celui-ci ne pourrait commettre les discriminations visées par les directives européennes."

En principe, l'immixtion du législateur dans l'organisation des services de l'administration générale n'est compatible avec la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif que si elle concerne des dispositions qui, en vertu de la Constitution, ne peuvent être édictées que par le législateur ou que si elle est justifiée par des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

Comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'État dans un avis récent ⁽³⁴⁾ :

"Selon son article 3, alinéa 1^{er}, 2°, le texte en projet s'applique aux «services bruxellois et aux agents des services publics bruxellois, leurs dispositions et conditions de travail». Sur la base des articles 9 et 87 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, combinés avec l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989, la Région de Bruxelles-Capitale est compétente pour fixer les conditions de travail du personnel des services régionaux et des organismes publics dépendant de la région. Même s'il se déduit de l'article 87 précité de la loi spéciale du 8 août 1980 que seul le Gouvernement est compétent pour fixer les modalités de son fonctionnement et régler l'organisation et le fonctionnement de ses services, donc à l'exclusion, comme en l'espèce, du législateur régional bruxellois [...], il est admis que dans cette matière, l'organe législatif peut édicter certaines règles, notamment lorsque la matière réglée relève de «la sphère de compétence naturelle du législateur». Tel est le cas notamment lorsque les règles concernent la mise en oeuvre d'un droit fondamental"[...]. Le législateur ordonnancier est compétent, par conséquent, pour rendre les dispositions en projet aussi applicables aux agents des services publics qui dépendent de la Région de Bruxelles-Capitale."

⁽³⁴⁾ Avis 39.682/1, donné le 31 janvier 2006, sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale "portant participation proportionnelle sur le marché de l'emploi" (*Doc.*, Parl. R.B.C., 2004-2005, n° A-138/2).

.../...

KV

44.742/4

Rien n'empêche dès lors d'étendre le champ d'application du titre II, chapitre I^{er}, de l'avant-projet de décret aux services visés à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il serait d'ailleurs préférable de procéder de la sorte pour assurer une uniformité en la matière ⁽³⁵⁾.

2. Conformément à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le décret peut accorder aux organismes visés à l'article 9, alinéa 1^{er}, de cette loi spéciale la personnalité juridique. Ces personnes morales de droit public qui dépendent de la Communauté française sont soumises à l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et leur personnel est donc, en principe, statutaire.

Il n'en est pas de même pour les "organismes et institutions" dans lesquels la Communauté française prend des participations en capital, sauf lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit public créées par accord de coopération en vertu de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

À l'article 8, § 1^{er}, 1°, de l'avant-projet de décret, il convient dès lors de remplacer les mots "et institutions visés à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, créés par la Communauté française ou dans lesquels elle prend des participations en capital" par les mots "visés à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980".

Article 16

Il convient de remplacer les mots "visé à l'article 14" par les mots "d'un bénéficiaire de l'enseignement visé à l'article 17".

⁽³⁵⁾ Voir en ce sens, l'avis 41.541/1, donné le 16 mars 2006, sur un avant-projet d'ordonnance "betreffende de gelijke kansen en de strijd tegen de discriminatie bij aanwerving en bij tewerkstelling" (Voir l'observation 2 sous la "Compétence de la Région de Bruxelles-Capitale") (*Doc.*, Parl. R.B.C., 2006-2007, A-402/1).

KV

44.742/4

Articles 18 à 21

1. Selon les deux sous-intitulés ⁽³⁶⁾ insérés dans le titre II, chapitre II, section 3, de l'avant-projet de décret, les articles 18 et 19 de l'avant-projet de décret s'appliquent à "l'enseignement fondamental et secondaire général" et les articles 20 et 21 de l'avant-projet de décret s'appliquent à "l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice".

Dès lors que les intitulés n'ont pas de valeur normative, il convient de déterminer le champ d'application respectif, d'une part, des articles 18 et 19, et d'autre part, des articles 20 et 21 de l'avant-projet de décret, en les complétant.

2. En vertu de l'article 20, § 1^{er}, de l'avant-projet de décret, une distinction fondée directement sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, pourrait être justifiée par des "exigences de la formation essentielles et déterminantes".

Dans le commentaire de l'article 20, il est précisé :

"Cette disposition transpose les articles 2 et 3.1.b combinés des directives 2003/43/CE et 2000/78/CE, ainsi que l'article 14.1.b. de la directive 2006/54/CE, en ce qu'ils formulent une interdiction de toute discrimination directe sur la base du sexe, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, dans l'accès à la formation professionnelle, qui doit être comprise comme l'enseignement destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice, à savoir tous réseaux confondus, et mis à part le fondamental et le secondaire général : enseignement CEFA, université, ...

⁽³⁶⁾ Qu'il conviendrait de qualifier de sous-sections 1^{ère} et 2.

.../...

KV

44.742/4

Les directives européennes d'égalité de traitement prévoient néanmoins qu'une distinction directe basée sur un des critères protégés précités peut être justifiée par des exigences de la formation essentielles et déterminantes. Sur la portée de ce concept, il est renvoyé au commentaire de l'article 10." ⁽³⁷⁾

Seule la directive 2006/54/CE dispose que les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée (article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE).

S'agissant d'une règle d'exception (comme le précise le commentaire de l'article 10), il ne peut être admis que l'avant-projet de décret étende le champ d'application *ratione materiae* de l'article 4 de la directive 2000/43/CE et de l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/78/CE - lesquels ne visent que "l'activité professionnelle" ou "les conditions de son exercice", et non "la formation professionnelle" - en s'inspirant de celui de l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE. En conséquence, la seule dérogation qui est admissible à l'article 20 au titre "des exigences de la formation professionnelle essentielles et déterminantes" ne peut viser qu'une caractéristique liée au sexe, conformément à la directive 2006/54/CE.

Article 23

Sous réserve de l'observation faite sous l'article 3 de l'avant-projet de décret, il convient d'omettre les mots "au sens de l'article 5, § 1^{er}, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles".

⁽³⁷⁾ L'enseignement universitaire et l'enseignement technique relèvent en effet de la formation professionnelle au sens du droit européen (voir notamment l'avis 32.759/2, donné le 24 février 2003, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 19 avril 2004 relatif à la transmission des connaissances linguistiques et à l'emploi des langues dans l'enseignement (*Doc.*, Parl. Com. germ., 2003-2004, n° 146/1, pp. 41 et 42)).

.../...

KV

44.742/4

Article 26

Sous réserve de l'observation faite sous l'article 3 de l'avant-projet de décret, il faut remplacer les mots "l'article 3, 12" par les mots "l'article 3, 14".

Articles 36 et 37

1. En vertu de l'article 13 de la directive 2000/43/CE, de l'article 12 de la directive 2004/113/CE et de l'article 20 de la directive 2006/54/CE, les États membres doivent désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement.

Selon ces dispositions, en particulier l'article 20 de la directive 2006/54/CE,

"Les États membres veillent à ce que ces organismes aient pour compétence :

a) (...) d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination;

b) de procéder à des études indépendantes concernant les discriminations;

c) de publier des rapports indépendants et de formuler des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations

(...)" ⁽³⁸⁾.

2. Même si la Cour de justice des Communautés européennes considère que la transposition en droit interne n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des règles européennes dans une disposition légale expresse, il est fortement recommandé que la terminologie utilisée dans les dispositions de droit interne transposant les directives européennes soit aussi fidèle que possible à celle utilisée par ces dernières.

⁽³⁸⁾ L'article 20 de la directive 2006/54/CE prévoit en outre :
"d) au niveau approprié, d'échanger les informations disponibles avec des organismes européens homologues, tels qu'un Institut européen de l'égalité des sexes".

KV

44.742/4

En outre, il revient au législateur lui-même de désigner un ou plusieurs organismes pour accomplir ces missions.

3. S'il est envisagé de confier l'exercice de ces missions au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, il y a lieu de conclure préalablement un accord de coopération avec l'autorité fédérale en vertu de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cet accord devrait être conclu avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet de décret qui vise le Centre et l'Institut. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de cet accord et de ces dispositions de l'avant-projet devraient intervenir concomitamment.

Il ne convient pas, en toute hypothèse, qu'une disposition décrétable confirme le dispositif applicable de plein droit en vertu de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, organisant le régime des accords de coopération entre l'autorité fédérale et les régions.

4. Par conséquent, les articles 36 et 37, § 2, de l'avant-projet de décret doivent être fondamentalement revus.

Article 41

Comme le précise le commentaire l'article 41 de l'avant-projet de décret,

"Cette disposition est directement inspirée de l'article 28 de la loi du 10 mai 2007, et des dispositions équivalentes dans la loi «anti-racisme» et la «loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes»".

Il convient toutefois de rappeler que, dans son avis donné sur les amendements⁽³⁹⁾ qui sont, sans qu'il y ait été apporté de modifications à la suite dudit avis,

⁽³⁹⁾ Avis 42.399/AG, 42.200/AG et 42.201/AG, donné le 6 mars 2007, sur des amendements aux projet de loi devenus les lois du 10 mai 2007 précitées (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/008, 51-2721/005 et 51-2722/005).

.../...

KV

44.742/4

devenus les dispositions précitées des lois du 10 mai 2007, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État avait relevé :

"7. (...)

Les dispositions citées plus haut, sous le n° 4, des directives pertinentes en matière de partage de la charge de la preuve des discriminations, laissent aux États membres le soin d'organiser le système; il leur appartient bien entendu à cette occasion de respecter les principes fondamentaux de leur ordre juridique sur ces questions, en ce compris le principe de légalité.

8. Les amendements à l'examen ne paraissent pas rédigés, sur ce point, de manière adéquate.

Ainsi, les éléments proposés par les paragraphes 2 et 3 des dispositions proposées pour établir les faits constitutifs de la présomption de l'existence d'une discrimination ne sont énumérés qu'à titre exemplatif.

En outre, les notions comme celles de «certaine récurrence de traitement défavorable», de «différents signalements», de «personne de référence», de «statistiques générales», de «faits de connaissance générale», ou de «matériel statistique élémentaire» doivent être explicitées dans le texte même.

(...)

9. Comme il a été déjà relevé, si, comme les dispositions qui seraient remplacées, les amendements tendent à transposer certaines des directives mentionnées à l'article 2 des projets de loi, ces directives n'instituent pas comme tels les mécanismes généraux prévus par les amendements à l'examen.

Il ne suffit dès lors pas de se référer à ces directives, comme dans la justification des amendements, pour rendre ces derniers admissibles au regard du principe de légalité.

À cet égard, la référence à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mentionnée également dans cette justification, suscite des difficultés.

En premier lieu, les arrêts mentionnés de la Cour de justice concernent tous l'application de l'article 141 (ex-article 119) du traité CE, relatif au principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, et de la directive 75/117/CE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. En d'autres termes, ces arrêts se rapportent à une distinction fondée sur un seul critère et dans une matière déterminée, laquelle n'entre dans le champ d'application que du projet de loi-genre, conformément à son article 6, § 2, 2°. Les amendements ont, par contre, vocation à s'appliquer à tous les critères et dans toutes matières couvertes par les trois projets de loi.

.../...

KV

44.742/4

En outre, les affaires qui ont donné lieu à ces arrêts sont antérieures aux directives européennes 97/80/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE précitées. Dans le bref délai qui lui a été imparti, il a été impossible à la section de législation du Conseil d'État de vérifier si les données juridiques relatives à ces arrêts peuvent être transposées à celles qui concernent, de manière bien plus générale, l'ensemble des directives qu'il est envisagé de transposer par les projets de loi concernés.

Des doutes surgissent toutefois sur ce point.

Ainsi, s'agissant par exemple de la prise en compte, pour présumer la discrimination directe, des «éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence», le procédé implique que la comparaison est établie en détail en manière telle qu'il n'est pas tenu compte des facteurs autres que le critère protégé, qui pourraient justifier la différence de traitement.

C'est cette méthode que la Cour de justice a adoptée dans l'affaire Brunnhofer ⁽⁴⁰⁾. La Cour a estimé que, lorsqu'une travailleuse prouve qu'elle reçoit une rémunération inférieure à celle d'un collègue masculin et qu'elle effectue un travail identique ou de valeur égale à celui de son collègue, elle est à première vue victime d'une discrimination fondée sur le sexe. Il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité des rémunérations. Pour ce faire, l'employeur peut établir que le travail effectué n'est en fait pas comparable ou de valeur égale ou que la différence de rémunération est justifiée par un facteur objectif.

La question se pose de savoir si ce renversement de la charge de la preuve sur la base de l'élimination d'autres facteurs peut également être appliqué en dehors du contexte de l'égalité des rémunérations. Dans le cas où deux travailleurs effectuent un travail de valeur égale, on peut en effet raisonnablement escompter qu'ils reçoivent une rémunération identique. Si tel n'est pas le cas, une discrimination peut raisonnablement être présumée. Dans d'autres cas, notamment celui où il convient d'opérer un choix entre différentes personnes concernées, comme par exemple lors d'un recrutement, d'une promotion, d'un licenciement ou lors de la vente et de la location d'un bien, il n'est pas raisonnable de déduire une présomption de discrimination de la simple différence de traitement. En effet, dans un certain nombre de cas, l'employeur, le vendeur, le bailleur, etc., est inévitablement amené à procéder à une distinction en raison de la nature de l'acte même.

10. Il résulte de ce qui précède que les mécanismes de mise en oeuvre du renversement de la charge de la preuve, tels qu'ils sont envisagés par les amendements, devraient être plus soigneusement encadrés par le législateur."

Une observation analogue vaut pour le présent avant-projet de décret.

⁽⁴⁰⁾ *Note infrapaginale 19 de l'avis cité* : C.J.C.E., 26 juin 2001, C-381/99, Susanna Brunnhofer et Bank der österreichischen Postsparkasse AG.

KV

44.742/4

Article 43

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il convient de remplacer les mots "visée au § 1^{er}" par les mots "visée à l'alinéa 1^{er}".

2. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 2^e tiret, les mots "groupements d'intérêts visés à l'article XX" doivent être remplacés par les mots "groupements visés à l'article 38".

Au 4^e tiret, les mots "groupements d'intérêts visés à l'article" doivent être remplacés par les mots "groupements d'intérêts visés à l'article 38". Les mots "Centre ou par l'Institut" doivent être omis.

Les mêmes observations valent *mutatis mutandis* pour l'article 44, § 3, 2^e et 4^e tirets.

3. Au paragraphe 4, il convient de remplacer les mots "visée à l'article 47" par les mots "visée à l'article 45".

Article 44

Au paragraphe 3, alinéa 2, il convient de remplacer les mots "visée à l'alinéa 1^{er}, premier à troisième tirets" par les mots "visée à l'alinéa 1^{er}, premier et deuxième tirets".

Article 45

Au paragraphe 2, 2^e, il convient de remplacer les mots "prévue à l'article 47" par les mots "prévue à l'article 42".

.../...

KV

44.742/4

Articles 46 et 61

Pour ce qui concerne l'intervention du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, il est renvoyé à l'observation faite sous les articles 36 et 37.

Article 49

1. Au paragraphe 1^{er}, il convient de remplacer les mots "groupements d'intérêts visés à l'article 40" par les mots "groupements d'intérêts visés à l'article 38".

2. Au paragraphe 2, les mots "visée à l'article 47 § 2" doivent être remplacés par les mots "visée à l'article 45, § 2".

Article 50

Il résulte de l'article 50, combiné avec l'article 51, de l'avant-projet de décret que l'"incitation à la discrimination indirecte intentionnelle" est sanctionnée pénalement.

Le commentaire de l'article 50 précise à ce sujet,

"Dans son arrêt du 6 octobre 2004, la Cour constitutionnelle avait clairement indiqué que seule la répression pénale des discriminations intentionnelles pouvait être admise.

Malgré cette exigence d'intentionnalité, la discrimination indirecte est aussi retenue comme une forme de discrimination qui peut donner lieu à l'application des dispositions pénales de l'avant-projet.

La discrimination indirecte peut, en effet, revêtir deux formes différentes : une involontaire et une intentionnelle. Vu que la discrimination indirecte se caractérise par un effet discriminatoire dont on peut parfois estimer probable qu'il advienne en fonction de l'expérience commune, il devient parfaitement concevable qu'une discrimination indirecte soit «anticipable», et donc, puisse être «intentionnelle» dans le chef de celui qui la commet.

Les premières affaires dans lesquelles la Cour de Justice des Communautés européennes fut confrontée à des phénomènes de discrimination indirecte entre

.../...

KV

44.742/4

hommes et femmes, étaient d'ailleurs des affaires où l'auteur des mesures querellées cherchait intentionnellement à contourner l'interdiction de discrimination directe entre homme et femme comminée par le droit communautaire (voy. notamment C.J.C.E., *Jenkins c. Kingsgate, Rec.*, 1981, p. 911). De la même manière, le fait d'exiger un bilinguisme parfait de la part d'un candidat à un poste de la Communauté française alors même que la fonction n'entraîne aucun contact avec des usagers néerlandophones révélerait probablement un choix délibéré visant à écarter les migrants."

Concernant des dispositions similaires qui figuraient dans les avant-projets de loi devenus les lois du 10 mai 2007 précitées, l'assemblée générale de la section de législation a, dans son avis 40.689-40.690-40.691/AG, observé ce qui suit :

"32. Dans l'exposé des motifs commun aux trois avant-projets, le point IV.4.3. donne des précisions concernant les dispositions pénales. Le point IV.4.3.1. commente l'incrimination des «discriminations indirectes».

Dans les trois avant-projets, le titre concernant les dispositions pénales est introduit par la définition de la discrimination: il s'agit de discrimination directe, de discrimination indirecte, d'injonction de discriminer ou de harcèlement, fondée sur un critère protégé. Ensuite, l'incitation à la discrimination, entre autres, est érigée en infraction.

Dans son arrêt 157/2004, la Cour d'arbitrage a annulé la disposition qui incriminait «l'incitation à la discrimination indirecte» (article 6, § 1^{er}, premier tiret, de la loi du 13 février 2003).

La Cour jugea :

«B.54. Aux termes de l'article 2, § 2, de la loi, «il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1^{er}, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable».

B.55. Si la référence à la "justification objective et raisonnable" de la disposition, du critère ou de la pratique n'ajoute rien à la définition de la notion de "discrimination" rappelée en B.35, en revanche on imagine mal comment il pourrait être incité intentionnellement à une "pratique apparemment neutre" ou à un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par son "résultat dommageable". Une telle définition contient un élément d'incertitude qui n'empêche pas qu'une discrimination indirecte puisse faire l'objet d'une mesure civile mais qui n'est pas compatible avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale».

33. Selon l'exposé des motifs, la Cour d'arbitrage a seulement indiqué dans son arrêt 157/2004 qu'on peut uniquement sanctionner la discrimination intentionnelle. L'exposé des motifs précise ensuite que, compte tenu d'une définition adaptée de la discrimination indirecte, celle-ci peut également être intentionnelle.

.../...

KV

44.742/4

Les avant-projets définissent la discrimination indirecte comme étant une distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés, à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Dans ce contexte, une distinction indirecte est définie comme étant la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés.

Selon l'auteur des avant-projets, il est répondu ainsi aux objections formulées par la Cour d'arbitrage. En effet, il n'est plus question de disposition, de critère ou de pratique apparemment neutre ayant en tant que tel un résultat dommageable, comme c'est le cas à l'article 2, § 2, de la loi du 25 février 2003, mais bien d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique susceptible d'entraîner un désavantage particulier.

34. L'objection formulée par la Cour d'arbitrage au point B.55 de son arrêt repose sur l'incompatibilité avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale.

On n'aperçoit pas comment le nouveau texte résout les objections formulées par la Cour d'arbitrage. En effet, la question reste posée de savoir comment on peut intentionnellement inciter à une "pratique apparemment neutre" ou à commettre un acte dont le caractère discriminatoire ne se manifeste que par le désavantage particulier qui peut en résulter. Au contraire, la prévisibilité paraît encore moindre que dans la disposition annulée par la Cour d'arbitrage.

Dans l'avis 39.682/1 précité du 31 janvier 2006, postérieur à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, la section de législation estime en outre que «compte tenu, en particulier, du fait qu'une évaluation de la proportionnalité est requise pour apprécier la discrimination indirecte⁽⁴¹⁾, force est de conclure que la définition de l'infraction formulée à l'article 11 de la proposition n'est pas conforme au principe de légalité dès lors qu'elle se borne à faire référence à la perpétration d'une "discrimination" ».

L'article 50 l'avant-projet de décret appelle la même observation.

⁽⁴¹⁾ *Note infrapaginale 46 de l'avis cité* : Note 21 dans cet avis "discrimination indirecte : lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre défavorise particulièrement certaines personnes (...), à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne se justifie objectivement par un but légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif soient appropriés et nécessaires" (article 2, 9°).

KV

44.742/4

Article 56

Il convient de remplacer les mots "en vertu de l'article 51" par les mots "en vertu de l'article 49".

Article 57

Les mots "articles 53 à 58" doivent être remplacés par les mots "articles 51 à 56".

Article 59

1. Selon le commentaire de l'article,

"Cet article prévoit qu'un service de conciliation peut être créé par le Gouvernement."

Or, le texte en projet n'habilite pas le Gouvernement à créer un service de conciliation. Il doit dès lors être complété sur ce point.

2. L'alinéa 3 de l'article 59 de l'avant-projet de décret prévoit que le rapport annuel des activités du service de conciliation peut "contenir toute proposition susceptible d'améliorer l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle".

La section de législation n'aperçoit pas pourquoi le service de conciliation ne peut pas faire de proposition susceptible d'améliorer l'égalité de traitement dans toutes les matières visées par le présent avant-projet de décret. Il convient dès lors de supprimer les mots "en matière d'emploi et de formation professionnelle".

.../...

KV

44.742/4

Article 60

Cet article est inutile et doit dès lors être omis ⁽⁴²⁾

Observations finales ⁽⁴³⁾

1. La division d'un article en paragraphes est inutile lorsque ceux-ci ne contiennent qu'un seul alinéa ⁽⁴⁴⁾.

2. Les subdivisions en tirets figurant dans l'avant-projet de décret seront remplacées par des subdivisions en 1/, 2/, etc

3. La division d'une section s'opère en sous-section première, 2, etc. et non en intertitres non numérotés.

4. Dans l'ensemble du texte, le substantif chapitre ne prend pas de majuscule.

⁽⁴²⁾ Voir l'avis 44.639/4, donné le 25 juin 2008, sur un avant-projet de décret "instaurant le Conseil de la Jeunesse Wallonie-Bruxelles" (en particulier l'observation 2, 3/, sous l'article 10 et l'observation 5 sous l'article 14).

⁽⁴³⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr, [9 juillet 2008].

⁽⁴⁴⁾ Voir notamment les articles 8 et 9.

SV

44.742/4

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. R. WIMMER, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE