

Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi: législation dans quinze États membres de l'UE

Rapport du *Groupe européen d'Experts dans le domaine
de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle*¹
concernant la mise en œuvre jusqu'au 30 avril 2004 de la
*Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur
de l'égalité du traitement en matière d'emploi et de travail*

4 Belgique

par Olivier De Schutter²

traduit de l'anglais

¹ Le Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle (www.emmeijers.nl/experts) a été établi et créé par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'Action Communautaire de Lutte contre la discrimination 2001-2006 (http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm). Le contenu du rapport du Groupe ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position des autorités nationales ou de la Commission européenne. Le rapport, soumis en novembre 2004, vise à représenter le droit tel qu'il était fin avril 2004; seulement quelques développements postérieurs ont été pris en considération. Le texte intégral du rapport (y compris des versions anglaises des 20 chapitres et des versions françaises de la plupart des chapitres, ainsi que des résumés de tous les chapitres en anglais et français) sera édité sur le site web indiqué ci-dessus et les liens vers la page seront indiqués sur www.emmeijers.nl/experts.

² Le Prof. Dr. O.E. De Schutter (deschutter@cpdr.ucl.ac.be ; www.cpdr.ucl.ac.be/cridho) enseigne la théorie du droit et le droit international et européen des droits de l'homme à l'Université de Louvain (Belgique).

4.1 Cadre juridique général

4.1.1 Protection constitutionnelle contre les discriminations

Dans sa dernière version consolidée du 17 février 1994, la Constitution belge protège de la discrimination en ses Articles 10 et 11. Ces dispositions garantissent l'égalité devant la loi et la jouissance sans discrimination des droits et libertés reconnus à tous. Bien qu'aucune de ces dispositions ne fasse explicitement mention de l'orientation sexuelle, ce motif est assurément couvert car ces dispositions ne contiennent pas de liste exhaustive de motifs prohibés³ : la Cour constitutionnelle belge, appelée Cour d'arbitrage (*Arbitragehof*), l'a reconnu dans un nombre limité d'affaires, quoique de manière implicite⁴.

Les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination seront invoquées entre personnes privées principalement à l'encontre d'une législation que, bien qu'elle doive normalement s'appliquer à leur relation, l'une des deux parties au procès prétend être en violation des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Un recours auprès de la Cour d'arbitrage sera alors introduit. Les Articles 10 et 11 de la Constitution seront cependant d'une utilité limitée dans le cadre des relations de travail, où des actes individuels de discrimination sont commis. En effet, la pratique n'offre aucun exemple de reconnaissance d'un effet horizontal direct aux Articles 10 et 11 de la Constitution pour contester un acte discriminatoire lié au travail, c'est-à-dire un appui direct sur ces dispositions contre une personne privée lorsque la discrimination prétendue ne trouve pas son origine dans l'application d'une législation discriminatoire qui peut être renvoyée à la Cour d'arbitrage. Cela peut être imputable au caractère vague du libellé des Articles 10 et 11 de la Constitution. De plus, ces dispositions constitutionnelles semblent, au regard de leur libellé, s'appliquer uniquement aux pouvoirs publics, de telle sorte que certains doutes subsistent quant aux obligations qu'elles peuvent imposer directement aux personnes privées. Toutefois, il existe une tendance doctrinale voulant que les notions de droit privé, telles que la 'bonne foi' dans l'exécution du contrat de travail ou 'l'abus de droit' dans l'exercice des droits privés d'une personne, devraient être influencées par les valeurs présentes dans la Constitution ; l'influence de la notion allemande de *mittelbare Drittwirkung* est, évidemment, patente dans cette position doctrinale⁵.

³ Selon l'Art. 10 de la Constitution, 'Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers'. Selon l'Article 11, 'La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques'. Concernant les notions constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, voir Ergec, 1995, 64.

⁴ Voir, par exemple, Cour d'arbitrage, 15 juillet 1999, affaire n° 82/99 (recours en annulation du décret de la Région flamande du 15 juillet 1997 fixant les tarifs des droits de succession des personnes vivant ensemble (*samenwonende*)). Ces affaires peuvent être consultées sur www.arbitrage.be

⁵ Voir Mast, Dujardin, 1987, 510-511 ; Rimanque, 1981, 41 ; Van Oevelen, 1982, 104. Certains auteurs préconisent une assimilation plus complète de la relation entre personnes privées à la relation entre pouvoirs publics et personnes privées, justifiant une transposition, *mutatis mutandis*, des règles constitutionnelles en matière d'égalité et de non-discrimination aux relations privées : voir, par exemple, Rauws, Schyvens, 1982, 179. Le débat a récemment été résumé par Tison, 2002, 697.

4.1.2 Principes généraux et concepts d'égalité

Les notions d'égalité et de non-discrimination aux termes des Articles 10 et 11 de la Constitution sont interprétées conformément à la lecture classique de l'exigence de non-discrimination en droit international, en particulier telle que l'entend la Cour européenne des droits de l'homme⁶ : les règles en matière d'égalité et de non-discrimination de la Constitution n'excluent pas une différence de traitement entre certaines catégories de personnes, à condition qu'une justification objective et raisonnable puisse être avancée pour expliquer le critère de distinction de traitement ; l'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure contestée et à la nature des principes s'appliquant au cas particulier ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁷. Plus récemment, la Cour constitutionnelle a étoffé sa lecture de l'exigence de non-discrimination garantie par la Constitution en décidant que le législateur pouvait devoir avancer une justification raisonnable et objective au fait de ne pas établir de distinction entre, c'est-à-dire de traiter de la même façon, des situations qui sont 'essentiellement différentes'⁸. Cette jurisprudence interprète la Constitution comme demandant au législateur de ne pas commettre de discrimination indirecte à l'égard de certaines catégories. Toutefois, cette interdiction de discrimination indirecte reste relativement peu développée et son invocabilité limitée. L'obligation de traiter différemment des situations distinctes interdit l'adoption de règles uniformes lorsque cela entraînerait un désavantage particulier pour certaines catégories. Mais la Cour d'arbitrage n'effectuera pas systématiquement une étude d'incidence différentielle pour déclarer inconstitutionnelle la législation qui peut toucher de manière disproportionnée certaines tranches de la population.

La Cour d'arbitrage a également interprété les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination comme imposant certaines restrictions quant à la possibilité d'introduire une action positive en vertu du droit belge. L'action positive, lorsqu'elle conduit à imposer des différences de traitement entre certaines catégories sur la base d'une caractéristique suspecte⁹, doit être vue comme une restriction imposée au droit à l'égalité de traitement, le droit de chaque personne à être jugée en fonction de ses capacités, besoins ou mérites, plutôt que sur la base de caractéristiques telles que le sexe, le pays d'origine ou les convictions religieuses. Une telle forme d'action positive sera considérée discriminatoire sauf si sont remplies quatre conditions, fixées par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 27 janvier 1994¹⁰ :

⁶ CEDH, 23 juillet 1968, affaire Linguistique Belge (Série A n° 6), § 10.

⁷ Cour d'arbitrage, 8 juillet 1997, affaire n° 37/97 ; Cour d'arbitrage, 13 octobre 1989, affaire n° 23/89, *Sprl. Biorim*, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 8 novembre 1989, B.1.3.

⁸ Cour d'arbitrage, 2 avril 1992, affaire n° 28/92, 5.B.4.

⁹ Certaines formes d'action positive, alors qu'elles ont été imaginées pour améliorer la représentation de certains groupes cible dans certaines sphères de la vie sociale, ne prendront pas la forme de mesures introduisant une différence de traitement entre des catégories distinctes, sur la base d'une caractéristique suspecte : citons, par exemple, la publication d'offres d'emploi dans des périodiques visant une communauté ethnique particulière, ou l'encouragement de candidatures de minorités, tout en soumettant les candidats issus de ces communautés aux mêmes critères de sélection et en évitant la fixation de 'quotas' ou d'objectifs numériques de représentation de ces groupes cible à atteindre.

¹⁰ Cour d'arbitrage, 27 janvier 1994, affaire n° 9/94, considérant B.6.2. Le Conseil d'état a adopté cette lecture des limites constitutionnelles imposées à l'instrument d'action positive : voir avis n° 28.197/1 concernant le Projet de loi qui deviendra la Loi du 7 mai 1999 relative à l'égalité de traitement entre

premièrement, une telle 'discrimination positive' doit constituer une réponse à des situations d'inégalité manifeste, c'est-à-dire qu'elle doit reposer sur une démonstration explicite que, sans cette action, une inégalité manifeste entre les groupes subsistera ; deuxièmement, le législateur doit avoir déterminé la nécessité de remédier à un tel déséquilibre ; en d'autres termes, une personne privée ne peut pas prendre l'initiative d'introduire un système de discrimination positive, une telle initiative doit reposer sur un mandat législatif ; troisièmement, les 'mesures correctives' doivent être de nature temporaire : en réaction à une situation de déséquilibre manifeste démontrée, ces mesures doivent être abandonnées dès que leur objectif (remédier à ce déséquilibre) est atteint ; quatrièmement, ces mesures correctives ne doivent pas restreindre inutilement les droits d'autrui, c'est-à-dire qu'elles doivent se limiter au strict nécessaire, de telle sorte que la limitation du droit à l'égalité reste dans des limites bien définies : le remède ne doit pas être pire que le mal.

4.1.3 Répartition des compétences législatives concernant les discriminations dans l'emploi

La situation en Belgique est particulièrement complexe à la fois en raison de la répartition des compétences entre l'État fédéral, les trois Communautés¹¹ et les trois Régions¹², et des ambiguïtés qui subsistent dans la jurisprudence des deux organes judiciaires, le Conseil d'État et la Cour d'arbitrage, qui, dans l'exercice de compétences différentes, sont amenés à interpréter les règles établies conformément à la Constitution sur la répartition des compétences entre les différents pouvoirs législatifs qui coexistent au sein de l'État¹³. D'après le Conseil d'État¹⁴, même lorsque des normes de niveau supérieur sont contraignantes sur tous les organes et pouvoirs de l'État belge, les règles constitutionnelles répartissant les compétences au sein de l'État devront être respectées en ce qui concerne les futures initiatives, quelles qu'elles soient, nécessaires à la mise en œuvre de ces normes : bien que tous les pouvoirs au sein de l'État soient tenus de respecter ces normes de niveau supérieur, chaque niveau de pouvoir ne peut agir que dans son propre champ de compétence pour préciser les implications de ces normes dans les domaines qui ont été attribués à ce pouvoir¹⁵.

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.

¹¹ La Communauté française, la Communauté flamande (*Vlaamse Gemeenschap*) et la Communauté germanophone (*deutschsprachige Gemeinschaft*).

¹² Wallonie (Région wallonne), Flandre (*Vlaams Gewest*) et Région de Bruxelles-Capitale.

¹³ Les régions et Communautés adoptent des décrets, appelés toutefois ordonnances en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale. Le législateur fédéral (Sénat et Chambre des représentants) adopte des lois.

¹⁴ Voir Conseil d'État (section de législation), avis 28.197/1 du 16 février 1999, Documents parlementaires, Chambre des Représentants, session ord. 1998-1999, n° 2057/1 et 2058/1, pages 34 à 36.

¹⁵ Le Conseil d'État a ensuite confirmé cette position. Voir, par exemple, face au projet de loi qui deviendra plus tard le Décret du 6 avril 1995 relatif à l'intégration des personnes handicapées, l'avis rendu le 10 août 1994 : Conseil d'État (section de législation), avis 23.478/2/V. Voir également, plus récemment, l'avis rendu le 11 février 2004 sur une version préliminaire du Décret de la Communauté germanophone relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail : Conseil d'État (section de législation), avis 36.415/2 ; et l'avis rendu le 25 mars 2004 sur une version préliminaire du Décret de la Communauté française relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement : Conseil d'État (section de législation), avis 36.788/2.

La question de savoir quel pouvoir dans l'État peut prendre des mesures pour lutter contre la discrimination en matière d'emploi doit par conséquent être distinguée de la question de savoir quel pouvoir doit respecter les normes de rang supérieur interdisant toute discrimination en matière d'emploi. Ces normes figurent soit dans la Constitution, soit dans les traités internationaux dont la Belgique est signataire. Ces traités incluent, au niveau international, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁶, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁷, la Convention OIT n° 111 relative à la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958¹⁸. Au niveau régional, l'Article 1 par. 2 de la Charte sociale européenne de 1961¹⁹ et l'Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰ doivent également être pris en compte. Toutes ces normes ont trait à l'interdiction de toute forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de travail. Elles sont contraignantes sur les différents législateurs belges, tout comme ces législateurs sont tenus de respecter 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 travail²¹. Toutefois, le pouvoir législatif compétent pour prendre des mesures positives pour lutter contre les discriminations au-delà de cette interdiction négative générale dépendra du type de mesure envisagée.

En principe, la réglementation en matière de contrats de travail et des règles générales de droit civil ou pénal reste la compétence de l'État fédéral. En conséquence, c'est au niveau fédéral que sera normalement traitée la discrimination en matière d'emploi. Cette lecture n'est pas partagée par tous les commentateurs juridiques. Certains auteurs avancent que chaque entité au sein de l'État doit adopter des mesures interdisant la discrimination pour les relations de travail particulières qu'elles organisent ; par exemple, les écoles ou les administrations publiques régionales, qui sont organisées par les Communautés. Il convient cependant de noter que, dans aucun des deux avis rendus par le Conseil d'état sur le projet de loi qui est désormais devenu la Loi du 25 février 2003 relative à la lutte contre la discrimination²², la compétence du législateur fédéral à adopter une telle loi n'a été contestée, malgré le champ d'application très large de la Loi²³. Il est évident que les Régions et les Communautés peuvent adopter d'autres mesures, dans les domaines où leur compétence est reconnue, à condition que leurs initiatives n'aillent pas à

¹⁶ Ratifiée le 21 avril 1983. Voir Art. 2 para. 2, conjointement à l'Art. 6.

¹⁷ Ratifiée le 21 avril 1983. Voir Art. 26.

¹⁸ Ratifiée le 22 mars 1977.

¹⁹ Ratifiée le 16 octobre 1990.

²⁰ Ratifiée le 14 juin 1955. On peut déduire de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme que la clause de non-discrimination de l'Article 14 CEDH peut être invoquée lorsque la discrimination supposée pénaliserait une personne pour avoir exercé une liberté protégée par la Convention, par exemple, la liberté de religion (arrêt du 6 avril 2000 dans *Thlimmenos contre Grèce*) ou la liberté de vivre selon sa propre orientation sexuelle (arrêt du 26 février 2002 dans *Fretté contre France*).

²¹ JO L 303 du 2 décembre 2000.

²² 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, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 17 mars 2003.

²³ Voir les deux avis du Conseil d'État (sect. légis.), avis n° 30.462/2 du 16 novembre 2000, Doc., Sénat, sess. 2000-2001, 21 décembre 2000, n°2-12/5 ; et Conseil d'État (sect. légis.), avis n° 32.967/2, du 18 février 2002.

l'encontre des dispositions constitutionnelles ou des traités internationaux²⁴ ; en effet, toutes les entités fédérales (la Communauté/région flamande, la Région de Bruxelles-Capitale, la Région wallonne, la Communauté française et la Communauté germanophone) ont pris de telles initiatives pour garantir la mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE²⁵ ; mais les règles générales sont malgré tout définies au niveau fédéral.

Dans son avis du 16 novembre 2000 sur la première version du Projet de loi d'intérêt particulier qui conduirait à la Loi du 25 février 2003, le Conseil d'État a résumé sa position de la manière suivante : *'Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions, une telle interdiction peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail'*²⁶. En d'autres termes, le législateur fédéral ne peut pas invoquer la lutte contre la discrimination comme prétexte pour exercer des compétences qui sont attribuées exclusivement aux Régions ou aux Communautés ; mais en exerçant sa compétence générale en matière de droit pénal, de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail, il peut avoir une incidence sur des situations dans lesquelles les Régions ou les Communautés ont le pouvoir d'adopter des mesures.

La Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980²⁷ définit (tout en appliquant les dispositions générales de la Constitution²⁸) l'attribution des compétences entre l'État fédéral et les Régions et les Communautés. En ce qui concerne la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement dans les domaines auxquels s'applique la Directive 2000/78/CE, il convient de noter que la Loi du 8 août 1980 réserve spécifiquement au niveau fédéral la compétence de légiférer en matière de droit du travail²⁹ ; les Régions et les Communautés, cependant, ont certaines compétences dans le domaine de la politique de l'emploi. Les Régions ont reçu des compétences dans le placement des employés et l'adoption de programmes de remise au travail des demandeurs

²⁴ En cas de conflit avec une loi-cadre fédérale, la Cour d'arbitrage devra rendre un arrêt quant à la répartition des compétences dans le système constitutionnel.

²⁵ Voir pour la Région/Communauté flamande, qui exercent conjointement leurs compétences, le Décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi (*Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*), Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 26 juillet 2002. Pour la Région de Bruxelles-Capitale, voir l'Ordonnance relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale, du 26 juin 2003 (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 29 juillet 2003). Pour la Région wallonne, le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle a été adopté le 27 mai 2004 (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 23 juin 2004). La Communauté française a adopté le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement le 19 mai 2004 (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 7 juin 2004). La Communauté germanophone a adopté un projet de Décret (*Dekretentwurf bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*), dont la publication officielle au (*Belgisch Staatsblad*) est imminente.

²⁶ Conseil d'État (sect. légis.), avis n° 30.462/2 du 16 novembre 2000, Doc., Sénat, sess. 2000-2001, 21 décembre 2000, n°2-12/5, p. 4.

²⁷ Loi spéciale de réformes institutionnelles, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 15 août 1980 (modifiée plusieurs fois depuis).

²⁸ Voir Article 39 de la Constitution (stipulant qu'une loi spéciale arrête les domaines dans lesquels les régions sont compétentes pour l'adoption de décrets) ; et l'Art. 128 § 1^{er} de la Constitution (indiquant que les matières personnalisables pour lesquelles les communautés sont compétentes seront arrêtées dans une loi spéciale).

²⁹ Article 6 § 1, VI, al. 5, 12° de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, citée ci-dessus.

d'emploi inoccupés³⁰ ; les Communautés ont reçu des compétences en matière de formation professionnelle³¹, même si, ainsi que le prévoit l'Article 138 de la Constitution, la Communauté française a transféré cette compétence à la Région wallonne et à la Commission communautaire française³² de la Région de Bruxelles-Capitale. En conséquence, bien que les Régions ne puissent pas légiférer dans les domaines régis par la législation fédérale concernant, par exemple, la protection de la rémunération des employés³³ ou certaines formes de harcèlement (législation qui, adoptée au niveau fédéral, s'appliquerait à tous les employés du pays), la Région wallonne peut adopter des mesures visant à interdire la discrimination en matière d'accompagnement professionnel et de formation professionnelle, car ces compétences lui ont été attribuées par la Communauté française ; des mesures interdisant la discrimination dans le domaine de la formation professionnelle peuvent aussi être adoptées par la Commission communautaire française dans la Région de Bruxelles-Capitale et par la Communauté flamande. Enfin, notons, que les compétences attribuées à la Région wallonne en matière d'emploi par l'Article 6 § 1, IX de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 sont exercées par la Communauté germanophone sur le territoire de la Région germanophone, depuis le 1^{er} janvier 2000³⁴.

Outre les accords spécifiques régissant les compétences en matière de formation professionnelle (Communautés)³⁵ ou de placement des employés (Régions), certaines relations de travail en tant que telles ne peuvent être régulées au niveau fédéral, malgré le fait que le droit du travail relève généralement de la compétence générale de l'État fédéral. En effet, les règles régissant le statut du personnel (y compris celui des systèmes d'enseignement) des Régions ou des Communautés sont du ressort exclusif des Communautés³⁶ et ne peuvent pas être régulées par le législateur fédéral³⁷.

4.1.4 Structure générale du droit du travail

Le droit du travail se caractérise en Belgique par un haut degré d'implication des partenaires sociaux dans la négociation des conventions collectives de travail, et par le rôle important qu'ils jouent dans la régulation des relations de

³⁰ Art. 6(1), IX, 1° et 2° de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, citée ci-dessus.

³¹ Article 4, 15° et 16° de la Loi spéciale de réformes institutionnelles de 8 août 1980, citée ci-dessus.

³² Article 3, 4°, du Décret du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, *Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 10 septembre 1993.

³³ Voir la Loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des employés.

³⁴ Cela découle des Décrets des 6 et 10 mai 1999 concernant l'exercice, par la Communauté germanophone, des compétences de la Région wallonne en matière d'emploi et de fouilles.

³⁵ On notera que, lors des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la Loi tendant à lutter contre la discrimination du 25 février 2003, un amendement a été proposé pour explicitement faire référence à la formation professionnelle et l'accompagnement professionnel parmi les domaines couverts, *ratione materiae*, par la Loi fédérale (amendement n° 48 par Melle Schauvliege, Doc. parl., Ch., doc. 50-1578/005, p. 10). Cet amendement a été rejeté sans explication. En conséquence, le texte actuel de la Loi fédérale du 25 février 2003 doit être interprété comme ne couvrant pas ces matières, qui relèvent des compétences des Communautés. Si l'amendement avait été adopté, il est probable que l'on considérerait que le législateur fédéral a outrepassé ses pouvoirs législatifs.

³⁶ Voir l'Article 127 de la Constitution, et pour obtenir confirmation que cette disposition de la Constitution implique que les Communautés disposent d'une compétence exclusive concernant la définition du statut du personnel du système d'enseignement, C.A. (Cour d'arbitrage), affaire n°2/2000, 19 juin 2000, point B.3.2.

³⁷ Article 87 de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, citée ci-dessus.

travail, bien que, historiquement, ce rôle ait été variable, avec une diminution relativement importante de ces conventions entre 1977 et 1987³⁸. La position des conventions collectives de travail dans la hiérarchie juridique belge est définie par la Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires³⁹. L'Article 51 de cette loi établit la hiérarchie des sources dans les relations de travail entre employeurs et employés, identifiant quatorze niveaux de normes, des plus élevées (dispositions légales impératives) à l'usage, et définissant les relations entre les sources législatives (impératives ou purement supplétives), les conventions collectives de travail (rendues obligatoires ou non⁴⁰, et adoptées soit au niveau national, au sein du Conseil national du travail, soit au sein de commissions sectorielles), le contrat de travail individuel et le règlement du travail, le degré de l'obligation de l'employeur à adopter ces règles étant défini dans la Loi du 8 avril 1965 sur les règlements de travail⁴¹.

Toutefois, l'Article 51 de la Loi du décembre 1968 serait mal interprété s'il n'était pas lu à la lumière d'autres règles⁴². En particulier, bien que cette disposition place la loi dans ses dispositions impératives au sommet de la hiérarchie des normes régulant les relations de travail, il est en fait bien établi, et peut être déduit de l'Article 9(1) de la Loi du 5 décembre 1968 elle-même, que les règles contenues dans les traités internationaux ou les règlements en vigueur en Belgique ont la préséance sur toute règle nationale, qu'il s'agisse d'une convention collective, même conclue au niveau le plus élevé par les partenaires sociaux, c'est-à-dire au sein du Conseil national du travail, et même rendue contraignante, ou d'un acte législatif⁴³. Plus important encore est le principe voulant que, en dépit de la hiérarchie établie à l'Article 51 de la Loi du 5 décembre 1968, priorité doit être donnée à la norme, qu'elle soit générale (loi, convention collective, règlement du travail) ou individuelle (contrat de travail individuel), qui est la plus favorable à l'employé.

4.1.5 *Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi*

En raison des difficultés liées à l'application des Articles 10 et 11 de la Constitution dans des relations privées (voir 4.1.1), nous devons chercher ailleurs les normes qui offrent à l'employé une protection contre la discrimination fondée sur son orientation sexuelle. La modification la plus récente à la Convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection d'employés⁴⁴ fut la première

³⁸ Ost, 1989, 113.

³⁹ Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 15 janvier 1969, erratum Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 4 mars 1969.

⁴⁰ Concernant la possibilité pour l'exécutif d'adopter un Arrêté royal rendant obligatoire une convention collective, voir les Articles 28-34 de la Loi du 5 décembre 1968.

⁴¹ Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 5 mai 1965.

⁴² Voir, en particulier, Jamoulle, 1994, chap. I.

⁴³ Cour de cassation, 27 mai 1971, *Journal des tribunaux*, 1971, p. 460, *Pasicrisie*, I, p. 886.

⁴⁴ Rendue obligatoire par Arrêté royal du 31 août 1999 (voir Arrêté royal du 31 août 1999 rendant obligatoire la Convention collective de travail n° 38quater du 14 juillet 1999, conclue au sein du Conseil national du travail, modifiant la convention collective de travail n°38 du 6 décembre 1983, modifiée par les conventions collectives du travail n° 38bis du 29 octobre 1991 et 38ter du 17 juin 1998, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 21 septembre 1999). Le texte original de 1983 a été modifié par les conventions

interdiction explicite de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi⁴⁵. Cela a été rendu possible par l'insertion dans l'Article 2bis de la Convention collective de travail de deux nouveaux motifs de discrimination interdite : l'orientation sexuelle et l'handicap. Cette modification, convenue par les organisations les plus représentatives d'employeurs et d'employés le 14 juillet 1999, suivie de la ratification du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 par la Loi belge du 10 août 1998⁴⁶ : les partenaires sociaux estimaient que l'Article 13 CE pouvait être directement mis en œuvre dans la Convention collective de travail n° 38 concernant le recrutement et la sélection des employés sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'adoption d'instruments législatifs par le Conseil des ministres de l'Union européenne.

L'Article 2bis de la Convention collective n° 38 stipule désormais que :

L'employeur qui recrute ne peut traiter les candidats de manière discriminatoire.

Pendant la procédure⁴⁷, l'employeur doit traiter tous les candidats de manière égale. Il ne peut faire de distinction sur la base d'éléments personnels lorsque ceux-ci ne présentent aucun rapport avec la fonction ou la nature de l'entreprise, sauf si les dispositions légales l'y autorisent ou l'y contraignent. Ainsi l'employeur ne peut en principe faire de distinction sur la base de l'âge, du sexe, de l'état civil, du passé médical, de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, des convictions politiques ou philosophiques, de l'affiliation à une organisation syndicale ou à une autre organisation, de l'orientation sexuelle, d'un handicap.

Toutefois, hormis peut-être une meilleure connaissance du texte de cette convention collective par les représentants des syndicats, cette disposition est fondamentalement devenue redondante depuis l'adoption de 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. Cette loi vise essentiellement à mettre en œuvre, au niveau de l'État fédéral, les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Elle suit une première initiative législative adoptée par la Communauté flamande (*Vlaamse Gemeenschap*) pour garantir la mise en œuvre de ces directives, par l'adoption du Décret du 8 mai 2002 relatif à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi (*Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*), auquel il a été fait référence ci-dessus⁴⁸. Ces initiatives récentes sont décrites ci-dessous.

4.1.6 *Jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le travail et l'emploi*

Aucune.

collectives de travail n° 38bis du 29 octobre 1991, n° 38ter du 17 juillet 1998 et dernièrement n° 38quater du 14 juillet 1999.

⁴⁵ Concernant les tentatives précédentes de légiférer en matière de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, voir Defoort, 1997-1998, 625-635.

⁴⁶ Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 10 avril 1999.

⁴⁷ Le terme 'procédure' fait référence à la fois au 'recrutement' (l'ensemble des activités effectuées, par ou au nom de l'employeur, relatives à l'annonce d'un emploi vacant) et à la 'sélection' (l'ensemble des différentes démarches effectuées par ou au nom de l'employeur en vue d'engager du personnel) : voir l'Art. 2 de la Convention collective de travail n° 38.

⁴⁸ Voir note 24.

4.1.7 *Dispositions relatives aux discriminations dans le travail et l'emploi qui ne comprennent pas (encore) l'orientation sexuelle*

Après que la Belgique eut adopté la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de l'Organisation des Nations Unies du 21 décembre 1965⁴⁹, elle adopta la Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie pour mettre en œuvre cette obligation internationale nouvellement contractée. Dans sa version initiale, la Loi de 1981 punissait toute incitation publique à la discrimination à l'égard d'une personne ou d'un groupe en raison de la 'race', de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique de ceux-ci ou de certains d'entre eux. Elle fut modifiée par la Loi du 12 avril 1994 pour étendre son champ d'application à la fourniture des biens et de services et aux relations de travail sans toutefois allonger la liste de motifs de discrimination interdits⁵⁰.

L'Article 2bis de la Loi de 1981, tel que modifié par la Loi du 12 avril 1994, dit :

Quiconque, en matière de placement, de formation professionnelle, d'offre d'emploi, de recrutement, d'exécution du contrat de travail ou de licenciement d'employés, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son origine ou de sa nationalité, est puni des peines prévues à l'article 2. (...) ⁵¹

Ainsi, cette législation continue à ne protéger que de certaines formes de discrimination fondée sur la 'race', la couleur, l'ascendance, l'origine ou la nationalité⁵². Elle ne protège pas de la discrimination sur la base d'autres motifs.

La Loi du 7 mai 1999 interdit la discrimination fondée sur le sexe en matière d'emploi et de conditions de travail, de conditions d'accès à l'emploi ou aux possibilités de promotion, d'accès aux activités non salariées et de régimes complémentaires de sécurité sociale⁵³. Cette législation met en œuvre la Directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996 modifiant la Directive 86/378/CEE et la Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997.

4.1.8 *Dispositions relatives aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans d'autres domaines que le travail et l'emploi*

Suivant l'exemple de la *Vreemdelingen* circulaire de 1982 adoptée aux Pays-Bas, mais en tenant compte de l'arrêt de la Cour européenne de justice dans

⁴⁹ U.N.T.S., n° 195. Voir Loi belge du 7 août 1975, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 11 décembre 1975.

⁵⁰ Dans la version modifiée de la Loi du 30 juillet 1981, l'expression 'origine nationale' a été remplacée par le terme 'nationalité', un changement apparemment effectué dans une optique purement terminologique. En 2003, le législateur est revenu à la notion originale 'd'origine nationale' (voir note 44).

⁵¹ L'Art. 2bis de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie : 'Quiconque, en matière de placement, de formation professionnelle, d'offre d'emploi, de recrutement, d'exécution du contrat de travail ou de licenciement d'employés, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son origine ou de sa nationalité, est puni des peines prévues à l'article 2 (...)'

⁵² La Loi du 20 janvier 2003 renforçant la législation contre le racisme (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 12 février 2003) a entraîné certaines modifications terminologiques dans la Loi du 30 juillet 1981 : la notion de 'race' est remplacée par 'prétendue race', et la notion équivoque de 'nationalité' a été abandonnée, la notion originale 'd'origine nationale' ayant été préférée.

⁵³ Loi 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 (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 19 juin 1999).

l'affaire *Ann Florence Reed*⁵⁴, la Belgique a choisi de faciliter le regroupement familial pour les partenaires non mariés, qu'ils soient de sexe opposé ou de même sexe. Une circulaire adoptée le 30 septembre 1997 par le Ministère de l'intérieur⁵⁵ autorise les citoyens belges et les ressortissants étrangers établis en Belgique ou autorisés à résider en Belgique pour des périodes de plus de trois mois à être rejoints en Belgique par la personne avec laquelle ils entretiennent une 'relation durable'. Bien que cette disposition profite également aux couples de fait hétérosexuels, cette extension du droit au regroupement familial, au-delà des dispositions existantes de la Loi du 15 décembre 1980 relative au statut des étrangers, fut explicitement justifiée à l'époque par la nécessité de mettre un terme à la discrimination contre les homosexuels, une discrimination qui trouvait sa source dans une définition du droit au regroupement familial basée sur le mariage, et donc sur une institution à laquelle n'avait à l'époque pas accès les homosexuels. Il est intéressant de souligner que les motifs invoqués pour l'adoption de la circulaire considéraient explicitement qu'un avantage reconnu aux couples mariés était considéré comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le mariage n'étant en 1997 pas possible pour les homosexuels. Le raisonnement était le même que celui qui voyait une différence de traitement basée sur la grossesse comme une forme de discrimination fondée sur le sexe, parce que seules les femmes, et non les hommes, pouvaient être enceintes⁵⁶ : comme seuls les homosexuels ne peuvent se marier, toute disposition légale favorisant le mariage doit être considérée comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, malgré le fait qu'elle ne vise pas directement les homosexuels⁵⁷.

Constatons également (comme expliqué plus en détail ci-dessous, 4.2.7) que la Loi belge du 25 février 2003, le principal instrument de mise en œuvre des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE dans la hiérarchie juridique belge, a un large champ d'application *ratione materiae*, allant au-delà de l'emploi et du travail pour toucher toutes les sphères de la vie économique et sociale, y compris en particulier l'accès aux biens et services.

⁵⁴ Affaire 59/85, *Ann Florence Reed* [1986] Rec. 1283 (arrêt du 17 avril 1986).

⁵⁵ Circulaire du 30 septembre 1997 relative à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de la cohabitation dans le cadre d'une relation durable, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*) (*Belgisch Staatsblad*) 14 novembre 1997.

⁵⁶ Affaire C-177/88, *Dekker* [1990] Rec. I-3941, considérant 12 (arrêt du 8 novembre 1990).

⁵⁷ Un tel raisonnement ne serait généralement pas suivi par le système judiciaire belge. En particulier, la Cour d'arbitrage a jugé que le législateur pouvait légitimement privilégier le mariage à d'autres formes de relation (stable), démontrant ainsi son attachement à l'institution du mariage : voir C.A., affaire n° 128/98 du 9 décembre 1998, Arr. C.A. 1998, p. 1565, point B.15.3. ('En traitant différemment ces catégories de personnes en matière de droits de succession, le législateur décréte est resté cohérent avec le souci, manifesté en droit civil, de protéger une forme de vie familiale qui, à son estime, offre de meilleures chances de stabilité. Les mesures fondées sur cette conception sont compatibles avec la Constitution, étant donné que, compte tenu du régime de l'impôt sur les revenus applicable selon qu'il y a ou non mariage, elles ne sont pas disproportionnées à l'objectif légitime poursuivi'). Ajoutons que, ni dans cette affaire ni dans d'autres affaires soumises à la Cour d'arbitrage, n'a été avancé, ni d'ailleurs satisfait, l'argument selon lequel favoriser le mariage constituerait une discrimination directe ou indirecte contre les couples homosexuels, qui n'ont pas accès à cette institution.

4.2 L'interdiction de discrimination exigée par la Directive

4.2.1 Instrument juridique utilisé pour transposer la directive dans l'État membre

En raison de l'organisation fédérale de l'État belge, six législateurs (l'État fédéral, la Communauté/région flamande, la Région wallonne, la Communauté française, la Région de Bruxelles-Capitale, la Communauté germanophone) devraient agir afin de totalement mettre en œuvre la Directive 2000/78/CE, chaque législateur ayant sa propre sphère de compétence. Le 23 juin 2004, date à laquelle le présent rapport a été bouclé, les six législateurs avaient pris des mesures, même si l'un des décrets (celui adopté par la Communauté germanophone) attendait encore sa publication officielle au Moniteur belge.

Premièrement, la Communauté flamande a adopté un Décret du 8 mai 2002 relatif à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi (*Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*). Ce décret a pour ambition de mettre en œuvre les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE par rapport aux compétences de la Région et de la Communauté flamandes. Fortement influencé à cet égard par des précédents canadiens et néerlandais⁵⁸, le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* vise à améliorer la représentation sur le marché du travail de groupes à potentiel (*kansengroepen*)⁵⁹. Ces 'groupes à potentiel' sont définis en termes généraux comme tous les groupes dans le segment actif de la population qui sont sous-représentés sur le marché du travail (*alle groepen van de bevolking op actieve leeftijd die niet op een evenredige wijze vertegenwoordigd zijn op de arbeidsmarkt*). L'arrêté exécutif adopté le 30 janvier 2004 par le Gouvernement flamand, portant exécution du Décret du 8 mai 2002⁶⁰, parce qu'il définit le principe de participation proportionnelle sur le marché du travail (*evenredige participatie in de arbeidsmarkt*) en termes numériques comme la 'participation des groupes à potentiel au marché du travail proportionnellement à la composition de la population' (*de deelname van kansengroepen aan de arbeidsmarkt in verhouding tot de samenstelling van de beroepsbevolking*) (Art. 2(1)), offre une définition générale des 'groupes à potentiel' comme 'toutes les catégories de personnes dont le taux d'activité, c'est-à-dire le pourcentage de personnes de la catégorie en question qui ont l'âge d'activité professionnelle et

⁵⁸ Le législateur flamand s'est inspiré de la Canadian 1995 *Employment Equity Act* ainsi que de la Loi hollandaise relative à la promotion de la participation des minorités ethniques au marché de l'emploi (*Wet stimuleren arbeidsdeelname minderheden (SAMEN)*) du 29 avril 1998, qui apporte des améliorations à la précédente Loi relative à la promotion de la participation proportionnelle des minorités ethniques sur le marché du travail (*Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen*) du 1^{er} juillet 1994. Cette initiative a également été stimulée par la volonté de réaliser les objectifs fixés dans les conclusions du conseil européen de Lisbonne, qui fit le vœu d'augmenter le niveau d'emploi parmi la population active à 65 % en 2004 et à 70 % en 2010.

⁵⁹ Dans ce rapport, la notion de '*kansengroepen*' est traduite par '*targetgroeps*', qui se rapproche davantage de la notion utilisée par le législateur flamand. La version française dans le Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*) (*Belgisch Staatsblad*) utilise l'expression 'groupes à potentiel' plutôt que celle de 'groupes-cible'.

⁶⁰ Arrêté [du 30 janvier 2004] du Gouvernement flamand portant exécution du Décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi en ce qui concerne l'orientation professionnelle, la formation professionnelle, l'accompagnement de carrière et le placement. Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 4 mars 2004, p. 12050. (*Besluit [van 30 Januari 2004] van de Vlaamse regering tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt wat betreft de beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, loopbaanbegeleiding en arbeidsbemiddeling*).

qui travaillent effectivement, est inférieur à la moyenne de l'ensemble de la population active flamande' (*'alle categorieën van personen waarbij de werkzaamheidsgraad, zijnde het procentueel aandeel van de personen uit de betrokken categorie op beroepsactieve leeftijd die effectief werken, lager ligt dan het gemiddelde bij de totale Vlaamse beroepsbevolking'*) (Art. 2(2), al. 1). Toutefois, l'Arrêté du 30 janvier 2004 passe ensuite à l'identification de certains groupes qui, 'notamment' (*'inzonderheid'*), entrent dans cette définition : ces groupes sont les personnes provenant ou originaires de pays hors UE (des allochtones, *'allochtonen'*), des personnes handicapées, des employés âgés de plus de 45 ans, des personnes sans certificat ou diplôme de l'enseignement secondaire supérieur, ou des personnes d'un sexe déterminé qui sont sous-représentées dans un segment spécifique du marché du travail (Art. 2(2), al. 2). Les homosexuels, les lesbiennes et les bisexuels ne sont pas mentionnés. Bien que le Décret du 8 mai 2002 protège de la discrimination, y compris la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et l'injonction de discriminer, fondée sur l'orientation sexuelle, les personnes d'orientation non hétérosexuelle ne sont par conséquent pas considérées comme un groupe cible aux fins des mesures positives imposées aux administrations de la Région/Communauté flamande, au secteur de l'enseignement et aux bureaux de placement sur le marché de l'emploi, par rapport aux groupes à potentiel cités ; en particulier, ceux-ci n'auront pas à préparer de rapport annuel sur l'évolution de la représentation des homosexuels, lesbiennes et bisexuels parmi leur main-d'œuvre⁶¹. Cela s'explique évidemment par la difficulté, soulignée par le *Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV)* dans un avis rendu le 24 avril 2003 sur le Décret du 8 mai 2002 relatif à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi⁶², de quantifier une telle représentation, car cela ne serait rendu possible que par l'enregistrement de l'orientation sexuelle des employés⁶³. La *Holebifederatie* s'est cependant plainte lors de la préparation de l'Arrêté portant exécution du Décret que l'exclusion des homosexuels et des bisexuels de la liste de 'groupes à potentiel' définis réduisait le niveau de protection contre les discriminations dont bénéficiaient les homosexuels et les bisexuels. Dans une lettre datée du 5 novembre 1993 adressée au Ministre flamand de l'intérieur, de la culture, de la jeunesse et du service public [*Ambtenarenzaken*], elle indiquait que, même si les gays, lesbiennes et bisexuels peuvent être un groupe difficile à quantifier, cela ne devrait pas constituer un obstacle à une politique active de lutte contre la discrimination⁶⁴.

⁶¹ Voir Art. 5(1) de l'Arrêté du 30 janvier 2004.

⁶² SERV, *Advies in verband met het ontwerp van besluit van de Vlaamse regering tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*, Brussel, 24 avril 2003.

⁶³ L'organe indépendant institué en Belgique pour contrôler la législation protégeant la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel a rendu un avis sur l'identification de membres des 'groupes à potentiel' pour remplir les objectifs du Décret flamand relatif à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi du 8 mai 2002 (Commission de protection de la vie privée, avis du 15 mars 2004, n° 032004, qui peut être consulté à l'adresse www.privacy.fgov.be). Cependant, comme les homosexuels ou les personnes ayant une certaine orientation sexuelle ne font pas partie des 'groupes à potentiel', l'avis n'a pas examiné l'enregistrement de certaines personnes, par exemple dans la composition de la main-d'œuvre d'une entreprise, selon ce critère.

⁶⁴ En effet, dans l'avis susmentionné, le SERV mentionnait que l'impossibilité d'enregistrer les personnes d'une orientation sexuelle donnée '*ne constituait pas un obstacle à une politique active de lutte contre la discrimination*' (*'staat niet in de weg [van] een actief beleid [...] van non-discriminatie'*).

Il convient cependant de remarquer que, bien qu'une identification précise des groupes à potentiel soit nécessaire à la mise en œuvre des principes directeurs du Décret, le principe de participation proportionnelle sur le marché du travail (*evenredige participatie in de arbeidsmarkt*), qui implique que 'la participation au marché de l'emploi est proportionnelle à la composition de la population active et que la représentation proportionnelle des groupes à potentiel est garantie', une telle identification ne semble pas être indispensable à la mise en œuvre de l'autre principe directeur de la législation, qui est le principe d'égalité de traitement (*gelijke behandeling*). Ce dernier principe fait référence à l'élimination de toutes les formes de discrimination directe ou indirecte ou de harcèlement (*intimidatie*) sur le marché de l'emploi⁶⁵. L'interdiction de la discrimination n'est pas générale, mais couvre une longue liste de motifs prohibés de discrimination : sexe, 'prétendue race' (*een zogenaamd ras*), couleur, ascendance, origine nationale ou ethnique, orientation sexuelle (*seksuele geaardheid*), état civil, naissance, fortune, âge, conviction religieuse ou philosophique, état de santé actuel ou futur, handicap ou caractéristique physique.

Il doit être souligné que ce *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* a un champ d'application limité, car il ne peut concerner que les domaines qui entrent dans les compétences de la Communauté ou Région flamande. En conséquence, il n'impose pas d'obligations à tous les employeurs, mais uniquement⁶⁶ aux personnes ou organisations qui agissent en tant qu'intermédiaires sur le marché de l'emploi en transmettant des informations concernant les offres d'emploi, proposent un accompagnement de la carrière et une formation professionnelle⁶⁷ et généralement servent de médiateur entre l'offre et la demande sur le marché du travail (*intermediaire organisaties*)⁶⁸ ; aux autorités publiques de la Communauté/Région flamande, y compris le secteur de l'enseignement (qui est du ressort des Communautés dans la structure fédérale belge) ; à d'autres employeurs et employés en matière de formation professionnelle et d'intégration des handicapés sur le marché de l'emploi (la formation professionnelle et la politique d'intégration des handicapés relèvent de la compétence des Communautés dans la structure fédérale belge).

Deuxièmement, au niveau fédéral, une Loi du 25 février 2003 a été adoptée concernant l'interdiction de la discrimination⁶⁹. Tout en visant à mettre en œuvre les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, cette législation va, à de nombreux

⁶⁵ Voir Art. 5 § 1 du *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*.

⁶⁶ Voir Art. 3 du *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*.

⁶⁷ Cela renvoie essentiellement au *Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling* (VDAB/Office flamand de l'Emploi et de la Formation professionnelle) et au *Vlaams Instituut voor Zelfstandig Ondernemen* (VIZO/Institut flamand pour l'Entreprise indépendante).

⁶⁸ Au cours des débats au Parlement flamand, un Amendement a été proposé, qui visait à étendre le champ d'application du Décret aux organisations d'employés ou d'employeurs, lorsque ces organisations se rendent elles-mêmes coupables de discrimination en décidant de l'affiliation à, ou l'engagement dans, ces organisations (amendement n° 91, par M. Van Goethem). Par 10 votes contre 3, la Commission pour l'économie, l'agriculture, l'emploi et le tourisme a considéré l'amendement redondant : soit ces organisations d'employés ou d'employeurs agissent comme intermédiaires sur le marché du travail (*intermediaire organisaties*) et, dans ce cas, elles relèvent de l'Art. 3 du Décret, soit le Parlement flamand outrepasserait ses compétences, car l'interdiction de discrimination dans les organisations syndicales et les organisations d'employeurs est une compétence fédérale.

⁶⁹ 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, *Moniteur belge* (*Belgisch Staatsblad*), 17 mars 2003.

égards, au-delà de ces Directives. *Ratione personae*, elle définit dans les grandes lignes les catégories protégées de la discrimination ; *ratione materiae*, elle étend le champ d'application de l'interdiction plus loin que les exigences des deux Directives. La loi protège de la discrimination fondée non seulement sur une 'prétendue race', la couleur, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique et un handicap, mais également fondée sur le sexe⁷⁰, l'ascendance, l'état civil, la naissance, la fortune, l'état de santé actuel ou futur ou une caractéristique physique. De plus, même à l'égard des catégories autres que celles définies par la 'race' ou 'l'origine ethnique', la Loi du 25 février 2003 veut atteindre toutes les sphères de la vie sociale et économique, plutôt que de se limiter à l'emploi et au travail. Effectivement, l'Article 2 § 4 de la Loi du 25 février 2003 interdit toute discrimination directe et indirecte, notamment, pour 'l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public', un libellé qui est non seulement suffisamment large pour couvrir, avec les alinéas de cette disposition, le champ d'application de la Directive 2000/78/CE⁷¹, mais va également au-delà même du plus vaste champ d'application de la Directive 2000/43/CE⁷². Notons que la constitutionnalité de la Loi du 25 février 2003 est aujourd'hui contestée devant la Cour d'arbitrage (*Arbitragehof*)⁷³. L'arrêt de la Cour sur la compatibilité de la Loi avec la Constitution est attendu pour juillet 2004.

Troisièmement, la Région de Bruxelles-Capitale a adopté une Ordonnance le 26 juin 2003 (Ordonnance relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale)⁷⁴. Celle-ci est beaucoup moins détaillée

⁷⁰ Toutefois, les débats parlementaires ont conduit à limiter le champ d'application de la Loi du 25 février 2003, à l'égard de la discrimination fondée sur le sexe, aux dispositions de cette Loi qui améliorent la protection déjà conférée par la Loi du 7 mai 1999 (Loi 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, *Moniteur belge* (*Belgisch Staatsblad*), 19 juin 1999) : voir Art. 5 de la Loi du 25 février 2003. En essence, il s'ensuit que seules certaines dispositions de cette dernière loi s'appliquent relativement à la discrimination fondée sur le sexe : dispositions pénales (la Loi du 7 mai 1999 est une législation civile) et les dispositions spécifiques qui, parmi les dispositions civiles, concernent de nouvelles méthodes par lesquelles la discrimination peut être établie (sur la base de données statistiques et de 'tests de situation').

⁷¹ Voir Art. 3 de la Directive 2000/78/CE. Bien que 'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation d'employés ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations' (Art. 3(1), (d), de la Directive), ne soient pas explicitement couverts par l'Article 2 § 4 de la Loi belge du 25 février 2003, le très vaste libellé qui vient d'être cité doit être interprété comme couvrant cette forme d'activité. Les travaux préparatoires de la Loi ne laissent planer aucun doute sur ce point : voir, en particulier, la déclaration faite par Mme L. Onkelinx, vice-Première Ministre et Ministre de l'emploi et de l'égalité des chances, devant la Commission de la Justice de la Chambre des représentants (Documents parlementaires, Chambre des Représentants, session 2001-2002, Projet de loi 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, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. J. Arens et Mme K. Lalieux, 26 juillet 2002, doc. 50 1578/008, p. 37).

⁷² Le large champ d'application *ratione materiae* de la Loi fédérale du 25 février 2003 implique que certaines situations seront protégées à la fois par cette législation et par d'autres, en particulier le Décret flamand du 8 mai 2002 et, une fois adoptés, les décrets équivalents des autres Régions ou Communautés. L'auteur présume que, dans les situations où le Décret flamand du 8 mai 2002 et la Loi fédérale du 25 février 2003 se chevauchent, la personne se prétendant victime d'une discrimination devrait pouvoir invoquer la disposition qui offre le niveau de protection le plus élevé. Comme les deux instruments sont utiles à la compréhension de la mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE dans l'ordre juridique belge, le commentaire examinera par la suite les deux instruments.

⁷³ Numéros de rôle 2780 et 2783 de la Cour. Les actions en annulation sont introduites respectivement par quatre parlementaires du parti d'extrême-droite Vlaams Blok et par M. Matthias Storme.

⁷⁴ *Moniteur belge* (*Belgisch Staatsblad*), 29 juillet 2003.

que le Décret flamand du 8 mai 2002, dont elle est l'équivalent pour la Région de Bruxelles-Capitale. L'Ordonnance du 26 juin 2003 définit essentiellement les entités, et sous quelles conditions, qui peuvent agir comme intermédiaires sur le marché du travail. Qu'ils soient publics (ORBEM : l'Office régional bruxellois de l'emploi) ou privés (agences privées pour l'emploi agréées), ces intermédiaires sont tenus de respecter une obligation générale de non-discrimination. En effet, l'Article 4(2) de l'Ordonnance⁷⁵ cite parmi les obligations de ces entités celle de ne pas pratiquer à l'encontre des demandeurs d'emploi de discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle, le statut matrimonial ou familial (ce que la Loi du 25 février 2003 appelle 'l'état civil'). Il faut toutefois souligner que le reste de l'ordonnance est muet à propos de l'interdiction de discrimination (même si l'Article 4(4) précise que les intermédiaires sur le marché de l'emploi doivent se conformer à la législation en vigueur sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel), et est donc bien moins détaillé sur cette question que le Décret flamand du 8 mai 2002. Dans le reste du présent rapport, il ne sera donc pas systématiquement fait référence à cette ordonnance, car son champ d'application est limité et elle ne contribue pas de manière significative à notre compréhension des moyens que la Belgique a choisis pour mettre en œuvre les termes plus vagues ou plus équivoques de la Directive.

Quatrièmement, le 26 avril 2004, le Conseil de la Communauté germanophone (*Rat der Deutschsprachigen Gemeinschaft*) adoptait le projet de Décret proposé pour la mise en œuvre, conformément aux compétences de la Communauté, des Directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE⁷⁶. Ce projet de Décret (*Dekretentwurf bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*) fut à l'origine adopté le 26 novembre 2003, et soumis au Conseil d'État qui rendit son avis le 1^{er} février 2004. Cet avis a amené des modifications importantes à la proposition originale. Le projet de Décret⁷⁷, dont l'adoption et la publication au journal officiel sont imminentes au moment de la rédaction du présent rapport, vise à mettre en œuvre ces Directives à l'égard des organes ou des personnes qui relèvent des compétences de la Communauté germanophone. Par conséquent, *ratione personae*, le Décret s'applique aux services de cette Communauté, au personnel de l'enseignement de la Communauté, aux intermédiaires (*zwischengeschalteten Dienstleister*) en ce qui concerne les services qu'ils prestent, aux employeurs en ce qui concerne

⁷⁵ Le texte français de la disposition dit : 'ne pas pratiquer à l'encontre des chercheurs d'emploi de discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, la langue, la religion, les opinions politiques, ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, le statut matrimonial ou familial, l'appartenance à une organisation d'employés, ou toute autre forme de discrimination telle que l'âge ou l'handicap. Par dérogation à l'alinéa précédent, des actions positives au besoin de certains chercheurs d'emploi appartenant à un groupe à risques sont toutefois autorisées par le Gouvernement'.

⁷⁶ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil 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 professionnelles, et les conditions de travail, JO L 269 du 5.10.2002, p. 15.

⁷⁷ Le dernier document qui a pu être consulté pour la préparation du rapport est le doc. n°166, *Sitzungsperiode* 2003-2004, discuté au *Rat der Deutschsprachigen Gemeinschaft* le 26 avril 2004.

Addendum : Il est devenu le Décret relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail du 17 mai 2004 (*Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*). Entrée en vigueur : 13 août 2004.

les aménagements raisonnables (*angemessenen Vorkehrungen*) prévus par l'Article 13 du Décret pour les personnes handicapées (Article 3). Le champ d'application *ratione materiae* du Décret est défini à l'Article 4. Le Décret s'appliquera en particulier à l'accompagnement professionnel, à l'orientation professionnelle, à la formation professionnelle et à la formation de reconversion (*Berufsorientierung, der Berufsberatung, beruflichen Aus- und Weiterbildung, Umschulung, Berufsbegleitung, Arbeitsvermittlung und des Zugangs zur Bildung*).

Voulant intégrer le principe de l'égalité de traitement dans son champ d'application limité, le projet de Décret impose une interdiction générale de discrimination ; toutefois, il ne prévoit pas d'actions positives telles que, par exemple, la préparation de plans d'action et de rapports annuels qui sont prescrits par le Décret flamand du 8 mai 2002 et l'Arrêté portant exécution adopté le 30 janvier 2004 par le Gouvernement flamand.

Cinquièmement, la Communauté française adoptait le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement le 19 mai 2004⁷⁸. Ce texte interdit la discrimination directe et indirecte, y compris l'injonction de pratiquer une discrimination, 1° à l'encontre des membres du personnel des services de la Communauté française, 2° à l'encontre du personnel de certains organismes d'intérêt public dépendant de la Communauté, 3° à tous les niveaux des établissements d'enseignement en Communauté française, et 4° du Centre hospitalier universitaire de Liège, qui dépend de la Communauté (article 3 § 1). Il étend l'interdiction de discrimination aux associations subventionnées, agréées ou reconnues par la Communauté française (article 3 § 2). Le Décret stipule qu'il s'applique aux matières relevant des compétences de la Communauté française, visées dans la Constitution belge et la Loi spéciale du 9 août 1980 de réformes institutionnelles.

Enfin, le 27 mai 2004, la Région wallonne adoptait un Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle⁷⁹. Le champ d'application de ce Décret se limite aux compétences de la Région wallonne, y compris celles que lui attribua la Communauté française en 1993⁸⁰ en matière de formation professionnelle. Aux termes des Articles 8 et 9, l'interdiction de discrimination qu'il renferme s'applique par conséquent à l'accompagnement de la carrière, à l'intégration socioprofessionnelle, au placement des employés, à l'attribution d'aides pour la promotion de l'emploi et à la formation professionnelle, tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

4.2.2 Notion d'orientation sexuelle (art. 1 Directive)

Ni la Loi fédérale du 25 février 2003, ni les instruments adoptés aux niveaux régionaux ou communautaires ne décrivent la notion d'orientation sexuelle (*'seksuele geaardheid'* dans le Décret flamand). Toutefois, même si ni la Loi fédérale du 25 février 2003, ni les instruments régionaux ou communautaires susmentionnés n'interdisent la discrimination de manière générale (c'est-à-dire

⁷⁸ Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 7 juin 2004.

⁷⁹ Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 23 juin 2004.

⁸⁰ Voir Article 3, 4°, du Décret du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, *Moniteur belge* (*Belgisch Staatsblad*) (*Belgisch Staatsblad*), 10 septembre 1993.

quel que soit le motif pour lequel une discrimination est pratiquée) bien que le Décret du 19 mai 2004 de la Communauté française constitue une exception à cet égard⁸¹, toute interprétation de ces instruments doit être basée sur une large lecture de la notion de l'interdiction de discrimination car l'intention des deux législateurs était de couvrir le plus large éventail de pratiques discriminatoires possible. Partant, la notion d'orientation sexuelle doit être entendue comme couvrant tant la préférence ou l'inclination sexuelle que l'activité sexuelle (hétérosexuelle, homosexuelle, bisexuelle), l'identité sexuelle (la 'déclaration' concernant l'hétérosexualité, l'homosexualité ou la bisexualité d'une personne), que ce soit dans le cadre d'une relation entre personnes du même sexe ou de sexe différent, voire l'orientation sexuelle perçue.

4.2.3 Discrimination directe (art. 2(2)(a) Directive)

Tous les instruments législatifs adoptés pour mettre en œuvre les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE prohibent la discrimination directe. Pourtant, il existe une importante différence d'approche entre le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand, le projet de *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* de la Communauté germanophone, le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement de la Communauté française, le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle de la Région wallonne, d'une part, et la Loi fédérale du 25 février 2003, d'autre part. Les instruments régionaux et communautaires définissent la discrimination directe au sens des Directives, comme des situations dans lesquelles 'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs [visés]' (Article 2(2)(a) de la Directive)⁸². L'Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 2003 (Ordonnance relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale) interdit la discrimination dans les domaines et à l'encontre des personnes qu'elle couvre, mais ne propose aucune définition de la discrimination. Quant à la Loi fédérale du 25 février 2003, elle précise à l'Article 2(2) que

*Il y a discrimination directe si une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur (...) l'orientation sexuelle, l'état civil (...)*⁸³.

⁸¹ L'Article 2 § 1, 1° du Décret définit le principe de l'égalité de traitement comme 'l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur des motifs tels que la prétendue race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle' (Décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, *Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 7 juin 2004). L'expression 'tels que' indique que la liste de motifs prohibés de discrimination n'est pas vue comme étant exhaustive, mais simplement exemplaire. Cette lecture est confirmée dans les travaux préparatoires du Décret.

⁸² Voir l'Article 2, 8°, du Décret flamand du 8 mai 2002, cette définition de la discrimination directe : '*wanneer iemand ongunstiger wordt of is behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie op grond van (...) seksuele geaardheid (...)*' ('lorsqu'un individu fait l'objet d'un traitement moins favorable qu'une autre personne se trouvant dans une situation analogue, ce traitement étant fondé sur (...) l'orientation sexuelle (...)'). Le Décret de la Région wallonne définit la discrimination directe comme 'tout traitement réservé à une personne se produisant de manière moins favorable qu'il ne l'est, ne l'a été ou ne le serait pour une autre personne placée dans une situation comparable' (article 4 al. 2), qui est conforme au texte française de la Directive 2000/78/CE. Voir également l'Article 2 § 1, 2°, du Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement de la Communauté française.

⁸³ Emphase personnelle.

Toutefois, l'Article 2(5) de la Loi du 25 février 2003 stipule qu'une différence de traitement ne sera justifiée en matière d'emploi et de travail, c'est-à-dire dans le champ d'application de la Directive 2000/78/CE, que 'lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée'. Ce libellé reprend celui de l'Article 4(1) de la Directive 2000/78/CE (exigence professionnelle). Il dispose que, en dépit de la différence de libellé entre la Loi belge et la Directive, la première admettant l'invocation d'une justification objective et raisonnable pour une différence de traitement, la seconde excluant en principe une telle justification, il n'y a pas de contradiction entre les deux instruments⁸⁴.

4.2.4 Discrimination indirecte (art. 2(2)(b) Directive)

Les instruments régionaux et communautaires se rapprochent aussi généralement davantage des Directives qu'elles visent à mettre en œuvre que la législation fédérale. Ainsi, aux termes du *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand, on parle de discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre défavorise particulièrement certaines personnes par rapport à d'autres à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit justifié par un but légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif soient appropriés et nécessaires : l'Article 2(2)(b) des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE ont simplement été reproduits dans l'Article 2 du Décret, qui définit la notion de discrimination indirecte. De même, le décret qui est sur le point d'être adopté par la Communauté germanophone (*Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*) contient une définition de la 'discrimination indirecte' qui reprend précisément celle de la formule en allemand de la Directive-cadre, dont l'Article 2(2)(b) semble plus protecteur que dans sa version anglaise. L'Article 2 du *Dekret* dit qu'une discrimination indirecte survient lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre 'pourrait défavoriser' ('could' en anglais) (comparé à l'expression 'défavoriserait' ('would') dans la version anglaise de la Directive-cadre ; la version française utilise l'expression 'est susceptible de'), une personne, c'est-à-dire une orientation sexuelle donnée ('*einer bestimmten*

⁸⁴ Sur les raisons de l'introduction de cette disposition, que le Ministre a présentée comme confirmant simplement le but du projet de Loi, voir Documents parlementaires, Chambre des Représentants, session 2001-2002, Projet de loi 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, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. J. Arens et Mme K. Lalieux, 26 juillet 2002, doc. 50 1578/008, pages 40 et 41. Dans ses termes au moins, la précision donnée par l'Article 2(5) de la Loi du 25 février 2003 ne s'étend pas à l'affiliation à, et à l'engagement dans, des organisations syndicales ou des organisations professionnelles (voir n. 52 ci-dessus) : en effet, il mentionne uniquement l'accès à l'emploi, les conditions de travail et la nomination à des postes publics, et pas la question plus vaste de 'l'accès, la participation ou toute autre forme d'exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public'. Mais l'obligation qui veut que les tribunaux belges appliquent le droit national conformément aux exigences de la législation européenne (affaire C-106/89, *Marleasing SA* [1990] Recueil de jurisprudence de la Cour de justice I-4135 (considérant 9) ; concernant l'interprétation des législations nationales qui ont été adoptées afin de mettre en œuvre une directive, voir affaire 14/83, *S. von Colson et E. Kamann* [1984] Recueil de jurisprudence de la Cour de justice 1891 ; et affaire 79/83, *D. Harz* [1990] Recueil de jurisprudence de la Cour de justice 1921) compensera probablement cette apparente contradiction, et exclura toute justification d'un traitement moins favorable imposé pour des motifs d'orientation sexuelle en relation avec une participation à des syndicats ou des organisations professionnelles.

sexuellen Ausrichtung') par rapport à d'autres, à moins que la mesure ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ('...gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können [...]es sein denn diese Bestimmungen, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, wobei die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein müssen'). L'Article 2 § 1, 3°, du Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement de la Communauté française reprend également le libellé de la Directive, et contient donc l'exigence de nécessité. Par contraste, l'Article 2(2) de la Loi fédérale du 25 février 2003 est formulé de manière plus libre : en particulier, est omise une référence explicite au principe de nécessité, qui identifie le rapport entre le but visé par la disposition, le critère ou la pratique incriminé et la mesure incriminée utilisée pour réaliser l'objectif⁸⁵. La même remarque peut être faite concernant la définition de 'discrimination indirecte' donnée par l'Article 4 al. 3 du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne. L'omission dans la Loi fédérale et dans le Décret adopté par la Région wallonne peut n'avoir qu'une implication pratique limitée, car la notion de justification 'raisonnable' fait implicitement référence à une exigence de proportionnalité et le juge cherchera à conformer son interprétation de l'Article 2(2) de la Loi du 25 février 2003 ou de l'Article 4 du Décret wallon à la définition de discrimination indirecte contenue dans les Directives que cette législation vise à mettre en œuvre. Il est cependant regrettable que cette disposition de la Loi fédérale⁸⁶ ne fasse pas référence à la légitimité du but poursuivi par la mesure supposée constituer une discrimination indirecte.

4.2.5 Interdiction et concept de harcèlement (art. 2, 3 Directive)

Tant la Loi fédérale du 25 février 2003 que le projet de Décret pour la Communauté germanophone identifient le harcèlement (*pesterijen*⁸⁷, *Belästigung* dans la version allemande originale du projet de Décret de la Communauté germanophone) comme une forme de discrimination, et définissent la notion en stricte conformité avec les Directives⁸⁸, bien que seul le projet de Décret pour la Communauté germanophone assimile explicitement le harcèlement à une forme de discrimination *directe*⁸⁹. Le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand du 8 mai 2002 fait

⁸⁵ Selon l'Article 2(2) de la Loi du 25 février 2003, une discrimination indirecte est dite se produire 'lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable (*schadelijke weerslag*) pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés (...), à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable'.

⁸⁶ Le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne ne contient pas l'exigence voulant que la mesure apparemment neutre qui a un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés repose sur la justification de la réalisation d'un objectif légitime.

⁸⁷ Lors des débats devant la Chambre des représentants, un amendement a été suggéré pour conserver la terminologie des Directives, et remplacer le mot néerlandais '*pesterijen*' par '*intimidatie*' (amendement n° 136 de Melle F. Moerman). L'auteur de l'amendement fut, toutefois, convaincue par l'argument que dans une autre loi belge traitant de harcèlement (Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail) le terme '*pesterijen*' avait été conservé dans la version flamande.

⁸⁸ Voir Article 2(6) de la Loi.

⁸⁹ Voir Article 5(2) du *Dekretentwurf bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*.

également référence au harcèlement. Pourtant, après avoir proposé une définition de harcèlement (*intimidatie*) qui correspond étroitement au libellé des Directives⁹⁰, il stipule alors que '[L]e principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute forme de discrimination directe ou indirecte ou d'intimidation sur le marché de l'emploi' (*'Het beginsel van gelijke behandeling houdt de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie of intimidatie op de arbeidsmarkt in'*)⁹¹.

Dans le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt*, la notion de harcèlement reste donc analytiquement distincte de celle de discrimination. Cette catégorisation pourrait être d'une importance plus que purement théorique. En particulier, l'Article 5(2) du Décret flamand comporte une longue liste de (13) formes de comportement qui sont interdites, mais les définitions de ces interdictions renvoient systématiquement à un comportement qui peut mener à une discrimination, excluant de ce fait apparemment le 'harcèlement' des formes de comportement formellement interdites par le Décret. L'Article 9 du Décret, qui concerne la désignation d'un organe chargé de la promotion de la participation proportionnelle (*evenredige participatie*) et de l'égalité de traitement (*gelijke behandeling*), les deux principes directeurs du Décret, mentionne qu'un tel organe sera en particulier compétent pour assister les victimes d'actes de discrimination dans le cadre de la suite réservée à leur plainte : doit-on entendre cela comme excluant l'assistance aux victimes de harcèlement, que le Décret distingue de la discrimination en soi? Plus inquiétant peut-être, l'Article 11 du Décret stipule que toute personne qui se rend coupable d'une discrimination peut être condamnée à une peine de prison et/ou au paiement d'une amende : ne serait-ce pas contraire au principe de stricte interprétation des dispositions pénales que d'étendre cette disposition aux actes de harcèlement? Pour ces raisons, et du fait des difficultés d'interprétation que cela pourrait créer à l'avenir, le choix de présenter le harcèlement comme une violation du principe de l'égalité de traitement, mais distinct d'une discrimination directe ou indirecte, peut être contesté.

L'utilité d'inclure le harcèlement parmi les formes de discrimination interdites en vertu des instruments législatifs mettant en œuvre les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE a été mise en doute par la section de législation du Conseil d'État, dans le deuxième avis rendu sur le projet de Loi, lorsqu'il était débattu devant la Chambre des représentants⁹². Le Conseil d'État fit remarquer que l'Article 442bis du Code pénal, introduit par la Loi du 30 octobre 1998, criminalise déjà le harcèlement en général⁹³. Il a également souligné que, en vertu de l'Article 11 de la Loi du 25 février 2003, lorsqu'un harcèlement (tel que défini aux termes de l'Article 442bis du Code pénal) est commis dans un but discriminatoire, c'est-à-dire lorsqu'il est assimilé à un 'crime de haine', motivé par l'hostilité envers une personne en raison d'une caractéristique donnée que l'on soupçonne la victime de présenter, les peines peuvent être doublées⁹⁴. Enfin, au moment où le projet de Loi qui deviendrait la Loi du 25 février 2003 faisait encore l'objet de

⁹⁰ Voir Article 2, 11°, du Décret.

⁹¹ Article 5(1), 2°, du Décret.

⁹² Voir *Conseil d'État (sect. légis.)*, avis n°32.967/2 du 4 février 2002, *Doc. Ch.*, sess. 2001-2002, 18 février 2002, doc. 50 1578/002, p. 7.

⁹³ L'Article 442bis du Code pénal dit 'Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée'.

⁹⁴ Nouvel Article 422bis du Code pénal, introduit par l'Article 11 de la Loi du 25 février 2003.

discussions au Parlement, une Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail insérait un nouveau Chapitre Vbis ('Dispositions spécifiques concernant la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail') dans une Loi du 4 août 1996 ('Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des employés lors de l'exécution de leur travail'), une fois encore avec un objet similaire⁹⁵. En conséquence, bien qu'elle soit conforme aux Directives qu'elle vise à mettre en œuvre, l'inclusion de la notion de harcèlement dans la définition de la discrimination dans la Loi fédérale du 25 février 2003 est source d'une certaine redondance. Il est évident que l'inclusion de l'interdiction de harcèlement dans la Loi du 25 février 2003 constituerait l'assurance qu'une action au civil puisse être introduite contre l'auteur du harcèlement, avec la possibilité d'un transfert de la charge de la preuve prévu à l'Article 19(3) de la Loi. Toutefois, l'Art. 32undecies de la Loi du 4 août 1996, inséré dans cette Loi par la Loi du 11 juin 2002, prévoit en des termes similaires une telle inversion de la charge de la preuve⁹⁶. En réalité, la coexistence de la notion de harcèlement dans la Loi fédérale du 25 février 2003 et dans la Loi du 4 août 1996 telle que modifiée par la Loi du 11 juin 2002 pourrait créer une incertitude juridique, car il est manifeste que le harcèlement sur le lieu de travail relèverait des deux, ou plus précisément de l'une ou l'autre, législations. Confronté à une action intentée par une personne se prétendant victime d'un harcèlement, quelle législation le juge devrait-il appliquer? Ce choix peut avoir des conséquences très concrètes. Par exemple, en vertu de l'Art. 32duodecies(7) de la Loi du 4 août 1996 telle que modifiée en 2002, les témoins du harcèlement sont protégés des formes de rétorsions par l'employeur ; la Loi du 25 février 2003 ne prévoit pas cette protection. Par ailleurs, en vertu de la Loi du 25 février 2003, la victime de toute forme de discrimination, y compris, vraisemblablement, le harcèlement, peut demander que le juge rende une ordonnance interdisant la poursuite de la discrimination (action en cessation), alors qu'une telle possibilité ne figure pas dans la Loi du 4 août 1996. Mais il n'existe pas de critère clair quant au choix entre les deux textes de loi applicables. On ne sait pas exactement, par exemple, qui est le *lex specialis* et qui est le *lex generalis* : si la notion de harcèlement telle qu'elle figure dans la Loi du 4 août 1996 concerne spécifiquement les relations de travail, ce qui est un champ d'application *ratione materiae* plus étroit que celui de la Loi du 25 février 2003, la notion de harcèlement contenue dans cette

⁹⁵ Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 22 juin 2002. Le motif d'orientation sexuelle n'est pas explicitement mentionné ; toutefois, l'Article 32ter(3) de la Loi du 4 août 1996 (modifiée par la Loi du 11 juin 2002, par l'insertion d'un nouveau chapitre Vbis dans cette Loi), définit le 'harcèlement sexuel' comme 'toute forme de comportement verbal, non-verbal ou corporel de nature sexuelle, 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' : la référence à toute forme de harcèlement sexuel affectant la dignité de femmes et d'hommes est suffisamment vaste pour couvrir le harcèlement à l'égard des personnes du même sexe ou à l'encontre des homosexuels. Voir également, donnant des instructions détaillées quant à la mise en œuvre par les employeurs de la législation du 11 juin 2002, la Circulaire relative à la protection des employés contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail du 11 juillet 2002 (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 18 juillet 2002).

⁹⁶ Aux termes de l'Art. 32undecies de la Loi du 4 août 1996 (modifiée par la Loi du 11 juin 2002, par l'insertion d'un nouveau chapitre Vbis dans cette Loi) : 'Lorsqu'une personne qui justifie d'un intérêt établi devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, la charge de la preuve qu'il n'y a pas eu de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail incombe à la partie défenderesse'.

dernière est, par ailleurs, plus limitée car elle ne concerne que le harcèlement *lié aux motifs de discrimination* qu'elle identifie.

Ni le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004, ni le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française ne font référence au harcèlement. Cette omission est délibérée. Elle part de l'idée que les interdictions de harcèlement qui existent déjà au niveau fédéral⁹⁷ doivent être considérées comme étant suffisantes, et que toute autre mesure serait redondante. En outre, le Conseil d'État a déjà clairement indiqué que l'adoption au niveau fédéral de la Loi du 4 août relative au bien-être des employés lors de l'exécution de leur travail constituait l'exercice par le législateur fédéral de ses compétences générales en matière de règlement des relations de travail, et qu'en principe les Régions et les Communautés ne pouvaient légiférer sur le même sujet sans outrepasser leurs propres compétences⁹⁸.

4.2.6 *Injonction de discriminer (art. 2(4) Directive)*

Au niveau des Régions et des Communautés, l'Article 2, 10°, du Décret flamand du 8 mai 2002, l'Article 2(2) du Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté par la Communauté française, l'Article 7 du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne et l'Article 5(1) du Décret adopté par la Communauté germanophone (*'Die Anweisung zur direkten oder indirekten Diskriminierung ist einer direkten Diskriminierung gleichzustellen'*) prévoient que l'injonction de discrimination doit être considérée comme un acte de discrimination. L'Article 2(7) de la Loi fédérale du 25 février 2003 reproduit également le libellé de l'Article 2(4) de la Directive 2000/78/CE, stipulant qu'une injonction à pratiquer une discrimination sera considérée comme une discrimination interdite⁹⁹. Toutefois, concernant une discrimination commise par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions en vertu de l'Article 6(2) de la loi du 25 février 2003, l'exécution d'un ordre reçu de son supérieur hiérarchique exclut la responsabilité pénale dudit fonctionnaire qui a pratiqué la discrimination : si la discrimination est effectivement établie, seuls ces supérieurs seront frappés d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement conformément aux dispositions de la loi. Cette limitation ne se retrouve pas dans les décrets adoptés aux niveaux régionaux ou communautaires.

⁹⁷ Ou, concernant la protection des fonctionnaires de la Communauté française, voir en particulier l'Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 26 juillet 2000 organisant la protection des membres du personnel des services du Gouvernement de la Communauté française et de certains organismes d'intérêt public contre le harcèlement sexuel ou moral sur les lieux de travail.

⁹⁸ Voir l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 24.143/1 du 16 mars 1995, concernant le projet de texte qui deviendrait plus tard la Loi du 4 août 1996 ; et, plus récemment, l'avis n° 36.415/2 rendu le 11 février 2004 sur un projet de Décret de la Communauté germanophone relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail (*Dekretentwurf bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*).

⁹⁹ Par rapport au moins aux infractions prévues par ces législations, cette solution semble de toute façon être imposée par une disposition générale du Code Pénal (l'Article 67, al. 2), selon laquelle seront punis comme complices d'un crime ou d'un délit ceux qui auront donné des instructions pour le commettre. Cette disposition est applicable aux infractions prévues par la Loi du 25 février 2003 : voir Article 16 de la Loi. Voir également, e.a., l'Article 15 du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne.

4.2.7 *Champ d'application matériel de l'interdiction (art. 3 Directive)*

Ce qui est remarquable concernant la Loi du 25 février 2003 c'est que, en visant à mettre en œuvre la Directive 2000/43/CE et la Directive 2000/78/CE malgré le champ d'application matériel beaucoup plus large du premier instrument, elle a étendu la protection contre la discrimination fondée sur un certain nombre de motifs auxquels elle fait référence, non seulement le sexe, la prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, mais également l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique, au-delà de l'emploi et du travail. Effectivement, l'interdiction de discrimination directe et indirecte s'étend à¹⁰⁰ :

- a) la fourniture ou la mise à la disposition du public de biens et de services ;
- b) l'accès au travail salarié ou activité non salariée, et les conditions de travail, tant dans le secteur privé que dans le secteur public ; cela comprend non seulement les conditions de rémunération, de promotion et de licenciement, mais également l'affiliation à, et l'engagement dans, des syndicats et des organisations professionnelles (voir ci-dessus, note 53, in par. 4.2.1.) ;
- c) la nomination ou la promotion d'un fonctionnaire ou l'affectation d'un fonctionnaire à un service ;
- d) la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal ;
- e) la diffusion, la publication ou l'exposition en public d'un texte, d'un avis, d'un signe ou de tout autre support comportant une discrimination ;
- f) l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public.

Le champ matériel de l'interdiction de discrimination énoncée dans le Décret flamand du 8 mai 2002 relatif à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi est plus étroit. Ce dernier instrument, en effet, est axé sur le marché du travail, comme l'indique d'ailleurs son titre ; en outre, quoique cela conduise plutôt à limiter son 'champ d'application personnel' (4.2.7 des présentes), il est construit de manière à ne couvrir que les situations qui relèvent des compétences de la Communauté ou de la Région flamande. Bien que l'Article 5(2) du Décret contienne une longue liste de motifs de discrimination prohibés, l'énumération est, dans l'ensemble, relativement restrictive : l'interdiction s'étend à l'accès au travail (y compris non salariée), à l'accompagnement de la

¹⁰⁰ L'énumération donnée dans le texte suit de près l'Article 2(4) de la Loi du 25 février 2003, sans le reproduire exactement. L'Article 2(4) stipule :

'Toute discrimination directe ou indirecte est interdite, lorsqu'elle porte sur :

- la fourniture ou la mise à la disposition du public de biens et de services ;*
- les conditions d'accès au travail salarié, non salarié ou indépendant, 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, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public ;*
- la nomination ou la promotion d'un fonctionnaire ou l'affectation d'un fonctionnaire à un service ;*
- la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal ;*
- la diffusion, la publication ou l'exposition en public d'un texte, d'un avis, d'un signe ou de tout autre support comportant une discrimination ;*
- l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public'.*

carrière et à la formation professionnelle. En ce qui concerne les motifs d'interdiction repris dans le Décret¹⁰¹, il est interdit

- de référer à ces motifs dans les conditions ou les critères en matière de placement, ou à d'autres critères qui donnent lieu à une discrimination fondée sur les motifs visés (Art. 5 § 2, 1°) ;
- de présenter certaines offres d'emploi comme étant particulièrement appropriées à des personnes présentant l'une des caractéristiques visées (2°) ;
- d'empêcher ou d'entraver l'accès aux services de placement pour des raisons explicitement ou implicitement liées à l'un des motifs de discrimination visés (3°) ;
- de mentionner un des motifs visés dans les offres d'emploi, ou de faire allusion à l'un de ces motifs (4°) ;
- d'utiliser un des motifs visés comme critère d'accès ou de sélection pour une fonction, dans n'importe quel secteur ou branche d'activité, y compris les activités non salariales, ou de recourir à des conditions qui peuvent donner lieu à une discrimination fondée sur l'un de ces motifs (5°) ;
- de refuser ou d'entraver l'accès au travail sur la base de l'un des motifs visés ou sur la base de raisons qui font implicitement référence à ces motifs (6°) ;
- de référer à l'un des motifs visés dans les conditions ou les critères d'accès à l'orientation professionnelle, la formation professionnelle ou l'accompagnement de la carrière (7°) ;
- dans l'information ou la publicité, de présenter l'orientation professionnelle, la formation professionnelle ou l'accompagnement de la carrière comme convenant plus particulièrement pour des personnes définies par ces motifs visés (8°) ;
- de refuser ou d'entraver l'accès à l'orientation professionnelle, la formation professionnelle ou l'accompagnement de la carrière, sur la base d'un motif visé ou de raisons qui font implicitement référence à ce motif (9°) ;
- d'imposer des conditions divergentes pour l'obtention ou la remise de titres, diplômes, etc., en fonction de la race, de la couleur, etc. d'une personne (10°) ;
- de référer à l'un des motifs visés dans les conditions de travail ou les conditions de licenciement, ou de référer à des conditions et des critères qui, bien que ne faisant pas explicitement référence à ces motifs, peuvent donner lieu à une discrimination sur la base de ces motifs (11°) ;
- d'établir ou d'appliquer des critères ou des conditions de travail et de licenciement qui reposent sur l'un des motifs visés (12°) ;

¹⁰¹ L'interdiction de discrimination est formulée quant : au sexe, à la prétendue race ('een zogenaamd ras'), à la couleur, à l'ascendance, à l'origine nationale ou ethnique, à l'orientation sexuelle ('seksuele geaardheid'), à l'état civil, à la naissance, à la fortune, à l'âge, à la conviction religieuse ou philosophique, à l'état de santé actuel ou futur ('huidige of toekomstige gezondheidstoestand'), au handicap ou à une caractéristique physique ('een handicap of een fysieke eigenschap').

- d'utiliser des techniques ou tests qui, en matière d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, d'accompagnement de la carrière ou le placement, peuvent donner lieu à une discrimination directe ou indirecte (13°).

Il a également été mentionné (ci-dessus, 4.2.1) que la Région de Bruxelles-Capitale avait adopté une Ordonnance le 26 juin 2003 visant spécifiquement à garantir que les intermédiaires publics et privés sur le marché de l'emploi ne pratiquent pas de discrimination fondée sur les motifs mentionnés, y compris l'orientation sexuelle et le statut matrimonial ou familial. Le champ d'application matériel de cette Ordonnance est limité à ce qu'elle appelle des '*activités d'emploi*'. Cela couvre :

- l'activité consistant à rapprocher l'offre et la demande sur le marché de l'emploi (les intermédiaires au sens strict) ;
- l'activité d'emploi d'agences intérimaires, employant des personnes qui seront mises temporairement à la disposition d'autres 'utilisateurs' ;
- enfin, tous les autres services facilitant l'accès à l'emploi.¹⁰²

Le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté par la Communauté française le 19 mai 2004¹⁰³ interdit la discrimination directe et indirecte, y compris l'injonction de discriminer, 1° pour les fonctionnaires de la Communauté française, 2° pour le personnel de certains organismes d'intérêt public dépendant de la Communauté, 3° à tous les niveaux du système d'enseignement de la Communauté française, et 4° pour le Centre hospitalier universitaire de Liège, qui dépend de la Communauté (article 3 § 1). Il étend l'interdiction de discrimination aux associations subventionnées, agréées ou reconnues par la Communauté française (article 3 § 2).

Le champ d'application du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne est limité aux compétences de la région en matière de politique d'emploi et de reconversion professionnelle. En vertu de ses Articles 8 et 9, l'interdiction de discrimination s'applique par conséquent à l'orientation professionnelle, à l'insertion socioprofessionnelle, au placement des employés et à l'octroi d'aides à la promotion de l'emploi et à la formation professionnelle, tant dans le secteur public que privé¹⁰⁴.

Le champ d'application du Décret adopté par la Communauté germanophone (*Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt*) s'étend, *ratione personae*, aux services de cette Communauté, au personnel de

¹⁰² Art. 2(1), al. 3, de l'Ordonnance : 'tous les autres services ayant trait à la recherche d'emploi, sans pour autant viser nécessairement à rapprocher l'offre et la demande sur le marché de l'emploi, à l'exception de la simple publication d'offres et de demandes d'emploi'.

¹⁰³ Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 7 juin 2004.

¹⁰⁴ En vertu de l'Art. 8 du Décret adopté par la Région wallonne : 'Dans le respect de la compétence en matière d'emploi exercée par la Région, le présent décret s'applique à toute personne, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, en ce qui concerne l'orientation professionnelle, l'insertion socioprofessionnelle, le placement des employés et l'octroi d'aides à la promotion de l'emploi'. En vertu de l'Art. 9 : 'Dans le respect de la compétence en matière de recyclage et de reconversion professionnels exercée par la Région, le présent décret s'applique à toute personne, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, en ce qui concerne l'insertion socioprofessionnelle et la formation professionnelle, y compris la validation des compétences'.

l'enseignement de la Communauté, aux intermédiaires (*zwischenengeschalteten Dienstleister*) en ce qui concerne les services qu'ils prestent, aux employeurs en ce qui concerne les aménagements raisonnables (*angemessenen Vorkehrungen*) prévus à l'Article 13 du Décret pour les handicapés (Article 3). Le champ d'application *ratione materiae* du Décret est défini à l'Article 4. Le Décret s'appliquera en particulier à l'accompagnement professionnel, à l'orientation professionnelle, à la formation professionnelle et à la formation de reconversion (*Berufsorientierung, der Berufsberatung, beruflichen Aus- und Weiterbildung, Umschulung, Berufsbegleitung, Arbeitsvermittlung und des Zugangs zur Bildung*).

Bien que l'on puisse dire que certaines relations ou situations sont couvertes par plusieurs instruments, ce qui peut poser des problèmes de coordination, nous devrions accorder une attention particulière à d'autres situations que ne protègent pas suffisamment les instruments existants dans la lutte contre la discrimination. En particulier, il semblerait que l'adoption par la Région de Bruxelles-Capitale de l'Ordonnance du 26 juin 2003 ne garantisse pas la pleine mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement prévu par les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Le champ d'application de l'interdiction de discrimination de l'Ordonnance se limite aux 'activités d'emploi', définies comme¹⁰⁵ :

- a) tout acte d'intermédiation visant à rapprocher l'offre et la demande sur le marché de l'emploi, sans que l'intermédiaire ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler ;
- b) les services consistant à employer des employés dans le but de les mettre à la disposition d'un tiers utilisateur, personne physique ou morale, qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution, dans le cadre du travail temporaire, du travail intérimaire et de la mise à la disposition des employés auprès d'utilisateurs, en application de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise d'employés à la disposition d'utilisateurs ;
- c) tous les autres services ayant trait à la recherche d'emploi, sans pour autant viser nécessairement à rapprocher l'offre et la demande sur le marché de l'emploi, à l'exception de la simple publication d'offres et de demandes d'emploi.

Toutefois, en vertu du système constitutionnel belge, les Régions ont reçu compétence en matière de politique de l'emploi (y compris le placement et la remise au travail)¹⁰⁶, et elles seules sont compétentes pour réguler les relations de travail entre la Région et le personnel des administrations régionales¹⁰⁷. En outre, depuis 1993, la Communauté française a attribué à la Commission communautaire française l'exercice de ses compétences en matière de formation professionnelle pour la Région de Bruxelles.¹⁰⁸ En conséquence, assez éloigné de la protection insatisfaisante offerte par l'Ordonnance du 26

¹⁰⁵ Article 2, 1, de l'Ordonnance.

¹⁰⁶ Article 6 § 1, IX de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, citée ci-dessus.

¹⁰⁷ Voir Article 87 de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, citée ci-dessus.

¹⁰⁸ Voir Article 3, 4°, du Décret du 19 juillet 1993 du Décret attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, *Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 10 septembre 1993.

juin 2003 lorsqu'elle est applicable, ce champ d'application limité peut s'avérer problématique en cas de comparaison avec le champ d'application de la Directive 2000/78/CE, tel que défini à l'Article 2(1) de la Directive. En effet, la Commission communautaire française n'a pas agi, comme elle aurait dû, pour mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en matière de formation professionnelle. La Région de Bruxelles-Capitale n'a pas mis en œuvre la Directive 2000/78/CE, ni à cet égard la Directive 2000/43/CE, vis-à-vis de son propre personnel. A la date de la rédaction du présent rapport, la mise en œuvre des Directives adoptées sur la base de l'Article 13 CE reste donc incomplète en Belgique.

4.2.8 *Champ d'application personnel : personnes physiques et personnes morales dont les actions sont l'objet de l'interdiction*

Comme mentionné plus haut¹⁰⁹, le champ d'application personnel du décret flamand du 8 mai 2002 relatif à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi est étroitement défini, et épouse les limites des compétences des Régions et des Communautés en Belgique. C'est également le cas des autres instruments adoptés aux niveaux des Régions ou des Communautés. Concernant la Loi fédérale du 25 février 2003, la réponse est complexe, parce que chaque interdiction imposée par la Loi s'adresse à un groupe de personnes différent. Dans ses quatre premiers chapitres, la Loi contient des dispositions générales (chap. I et II), des dispositions pénales (chap. III) et des dispositions civiles (IV). Les chapitres III et IV, qui sont les volets pratiques de la Loi, s'adressent à quatre types de personnes différents. L'injonction de discrimination ou la publicité qu'une personne donne à son intention de recourir à la discrimination, pour autant que les conditions de l'Article 444 du Code pénal soient remplies¹¹⁰, est interdite que l'infraction soit commise par une personne physique ou une personne morale¹¹¹, ou par un officier public¹¹². Mais d'autres formes de discrimination ne seront punissables que si elles sont commises par un officier public dans l'exercice de ses fonctions officielles¹¹³. Cependant, la requalification du motif discriminatoire en motif aggravant ('motif abject') lorsque sont commises certaines infractions, infractions que le code pénal définit indépendamment¹¹⁴, entraînera évidemment l'aggravation de la peine encourue quelle que soit la personne condamnée pour une telle infraction. Enfin, les dispositions civiles de la Loi du 25 février 2003, contenues en son Chapitre IV, s'appliquent à quiconque (personnes physiques et morales,

¹⁰⁹ Voir note 47 et le texte correspondant.

¹¹⁰ Cette disposition définit les conditions dans lesquelles on peut dire qu'une infraction a eu lieu en public (plutôt que dans un cercle fermé de participants privés).

¹¹¹ En Belgique, la Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité des personnes morales a rendu possible l'assimilation de la personne morale à la personne physique pour l'application du Code pénal : voir, en particulier, l'Art. 5 du code pénal. Le principe est que la personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte (Article 5, al. 1, du Code pénal). Toutefois, cette assimilation ne s'étend pas aux États ou à l'un de leurs composants : bien que les dispositions pénales de la Loi du 25 février 2003 puissent être enfreintes par une société ou une organisation sans but lucratif, elles ne pourraient être violées, par exemple, par une commune ayant passé une annonce pour une offre d'emploi contenant un critère discriminatoire.

¹¹² Concernant cette interdiction, voir l'Article 6(1) de la Loi du 25 février 2003.

¹¹³ Article 6(2) de la Loi du 25 février 2003.

¹¹⁴ Voir note 108.

y compris collègues de travail, clients, etc.), tant dans le secteur privé que dans le secteur public.

4.3 Dans le domaine de l'emploi, quelles formes de comportement se trouvent-elles prohibées en tant que discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ?

4.3.1 Discriminations sur la base d'une préférence ou d'un comportement hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel, vrai ou supposé

Aucun des textes de loi visant à mettre en œuvre la Directive 2000/78/CE (ainsi que la Directive 2000/43/CE) dans l'ordre juridique belge ne définit la notion d'orientation sexuelle sur la base de laquelle la discrimination, directe ou indirecte, est interdite. Pour les raisons indiquées, une lecture large de la notion correspond cependant mieux à l'intention des législateurs qui ont œuvré à leur transposition : que la personne fasse l'objet d'une discrimination en raison de ses inclinations à l'égard de personnes du même sexe, en raison des partenaires de même sexe avec lesquels elle a des relations sexuelles, parce qu'elle ne cache pas son orientation sexuelle, voire en raison des assumptions quant à son orientation sexuelle¹¹⁵, la discrimination doit être considérée comme étant fondée sur l'orientation sexuelle¹¹⁶ et, partant, interdite en vertu de la Loi fédérale du 25 février 2003 et des Décrets régionaux ou communautaires qui mettent en œuvre la Directive 2000/78/CE. On pourrait dire qu'une telle lecture est nécessaire en droit de l'Union européenne même, dans la mesure où, en appliquant la législation communautaire secondaire, les États membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux qui font partie des principes généraux du droit communautaire européen¹¹⁷.

Aucune disposition de la Loi du 25 février 2003 ne suggère que les seules formes de discrimination interdites sont celles fondées sur l'orientation sexuelle *effective*, définie soit comme une préférence/inclination soit comme une activité sexuelle. À la place, l'accent est mis sur l'acte discriminatoire, pas sur l'identité de la victime : que la victime de la discrimination ait effectivement ou non l'orientation sexuelle que lui attribue l'auteur de la discrimination, cette victime doit être protégée de la discrimination¹¹⁸. Non seulement une telle lecture de la Loi du 25 février 2003 est défendable, mais elle offre également l'avantage de permettre d'éviter que la victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle soit contrainte de renoncer à son droit à préserver la confidentialité de son orientation sexuelle pour pouvoir invoquer cette protection juridique.

4.3.2 Discriminations sur la base de la déclaration, ou de l'absence d'occultation, de l'orientation sexuelle

Voir ci-dessus, 4.3.1.

¹¹⁵ Concernant ces différentes lectures de l'orientation sexuelle d'une personne, voir Garneri, 1999.

¹¹⁶ Sur cette question, voir De Schutter, 2001, 121, note 55.

¹¹⁷ Voir chap. 2 sur la position du droit européen en la matière.

¹¹⁸ Prenons, par exemple, le cas d'un homme hétérosexuel, A, que son employeur a licencié, mais qui est parvenu à enregistrer une conversation dans laquelle son employeur dit explicitement que l'entreprise doit se débarrasser des 'pédérastes comme A'.

4.3.3 Discriminations entre couples de même sexe et couples de sexe différent

Une différence de traitement entre couples de sexe différent et couples de même sexe, *en soi*, doit être considérée comme une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle¹¹⁹. Tout avantage reconnu aux couples hétérosexuels doit par conséquent être étendu aux couples homosexuels. Telle serait l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle des Articles 10 et 11 de la Constitution.

Il n'est pas sûr que la Directive-cadre 2000/78/CE oblige les États membres à étendre les avantages accordés aux partenaires mariés à des partenaires non mariés alors que le mariage n'est pas accessible à ces derniers en raison de leur orientation sexuelle et pourrait en conséquence constituer une discrimination sur la base de ce motif¹²⁰. Une telle question ne se poserait de toute façon pas en ces termes dans l'ordre juridique belge, et ce pour deux raisons. D'abord, la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe en droit belge¹²¹ (mettre le mariage à la portée des homosexuels) implique que les avantages réservés aux couples mariés ne sont pas refusés pour des motifs d'orientation sexuelle : par conséquent, ces avantages ne constituent ni une discrimination directe ni une discrimination indirecte fondée sur ce motif.

Ensuite, le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand du 8 mai 2002, le *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* adopté par la Communauté germanophone, le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté le 27 mai 2004 par la Région wallonne, au niveau des Régions et des Communautés, et la Loi anti-discrimination du 25 février 2003 au niveau fédéral identifient l'état civil (*'burgerlijke stand'*, *'Zivilstand'*) comme un motif de discrimination prohibé, de même que l'orientation sexuelle. L'Ordonnance du 26 juin 2003 adoptée par la Région de Bruxelles-Capitale renferme une interdiction similaire, bien qu'elle fasse référence au statut matrimonial ou familial plutôt qu'à l'état civil (Article 4). Le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française ne prévoit pas une telle interdiction ; toutefois, pour la raison indiquée au paragraphe précédent, cela ne veut pas dire que les homosexuels pourraient faire l'objet d'une discrimination indirecte en ce que certains avantages sont reconnus aux couples mariés car ils ont accès au mariage depuis 2003.

4.3.4 Discriminations sur la base de l'association avec des personnes, événements ou organisations lesbiens, gays, bisexuels ou hétérosexuels

La protection de la liberté d'association, garantie à la fois par l'Article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'Article 27 de la Constitution

¹¹⁹ Voir CEDH, 26 juin 2003, *Karner contre Autriche*.

¹²⁰ Voir Considérant 22 du préambule de la Directive. Dans le texte de la Directive-cadre proposé en mars 2000, il était explicitement mentionné que 'La présente Directive est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et n'oblige par conséquent pas les États membres à étendre les prestations octroyées aux partenaires mariés aux partenaires non mariés'.

¹²¹ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 28 février 2003.

belge, devrait protéger la personne des conséquences négatives qu'une autre personne physique pourrait vouloir lier à son association avec des lesbiennes, des homosexuels ou des bisexuels. On trouve dans la jurisprudence belge certains exemples dans lesquels il est reconnu que l'Article 11 CEDH a un effet horizontal direct, c'est-à-dire dans lesquels il a été considéré comme une norme invocable dans les relations entre particuliers¹²². Au-delà de la protection générale qu'offrent ces dispositions aux personnes victimes de discriminations dans l'exercice de leur droit de liberté d'association, il n'est pas sûr que la Loi fédérale du 25 février 2003 ou les instruments régionaux ou communautaires mettant en œuvre la Directive-cadre 2000/78/CE seront interprétés comme protégeant la personne d'une discrimination fondée sur ces formes d'association. La formulation de ces instruments ne rend pas une telle interprétation très plausible, sauf si cette forme de discrimination peut être présentée comme une discrimination fondée sur (une supposition de) l'orientation sexuelle (ou présumée) de la personne qui est défavorisée (voir 4.3.1).

4.3.5 *Discriminations contre les groupes, les organisations, les événements ou les informations par/pour/sur les lesbiennes, gays ou bisexuels*

Les groupes ou organisations promouvant l'homosexualité sont protégés de toute forme de discrimination fondée sur l'opinion qu'ils expriment, sur le point de vue qu'ils expriment, par les protections générales octroyées à la liberté d'expression et à la liberté d'association par la Constitution belge et la Convention européenne des droits de l'homme, combinées, si nécessaire, à la protection contre la discrimination incluse dans ces instruments. Un tel détour n'est cependant pas nécessaire dans tous les cas. Il peut être déduit de l'Article 2(7) de la Loi fédérale du 25 février 2003 que cette législation interdit la discrimination directe et indirecte non seulement d'une personne sur la base d'un des motifs mentionnés, mais également de groupes ou de communautés en tant que tels : en effet, l'Article 2(7), qui assimile à une forme de discrimination l'injonction de discriminer, fait allusion à de telles formes de discrimination (mentionnant 'une discrimination à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres').

Les instruments adoptés par les Régions et les Communautés n'étendent pas nécessairement leur protection contre la discrimination au-delà des personnes, groupes, organisations ou 'communautés'. Par exemple, le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sanctionné le 19 mai 2004 par la Communauté française adopte une définition plus étroite de la discrimination, limitée à une forme de traitement touchant une 'personne'¹²³. En raison de son objectif particulier, qui est d'identifier les conditions de reconnaissance des intermédiaires sur le marché de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale, l'Ordonnance du 26 juin 2003 adoptée par cette Région

¹²² Voir, en particulier, en matière de transferts d'une association sportive à une autre : Tribunal de première instance, chambre civile Neufchâteau (juridiction des référés), 25 juin 1997, *Revue régionale de droit*, 1997, p. 326 ; Justice de Paix Torhout, 28 juin 1994, *Journal des juges de paix*, 1997, p. 254 ; Tribunal de première instance, chambre civile Turnhout, 29 juin 1993, *Rechtskundig Weekblad*, 1993-1994, p. 783 ; Tribunal de première instance, chambre civile Liège (juridiction des référés), 22 juin 1995, *Journal de droit des jeunes*, 1995, p. 421.

¹²³ Voir Article 2(1), 2° et 3°, contenant les définitions de discrimination directe et indirecte.

n'offre pas non plus une protection aux groupes en tant que tels. Les mêmes limitations semblent toucher le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne et le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand du 8 mai 2002.

4.3.6 *Discriminations à l'encontre d'une personne qui a refusé de répondre, ou a répondu inexactement, à une question sur l'orientation sexuelle*

L'orientation sexuelle est protégée comme un élément du droit de la personne à préserver la confidentialité de certaines informations, c'est-à-dire un élément du droit au respect de la vie privée, au sens le plus classique de la notion comme un droit au secret. En conséquence, hormis s'il existe une justification objective et raisonnable à chercher à obtenir de la personne des informations concernant son orientation sexuelle, la personne a, en principe, le droit de ne pas répondre à une telle question. Les tribunaux belges ont reconnu la possibilité d'invoquer l'Article 8 CEDH dans les relations privées, par exemple par un employé à l'encontre de son employeur¹²⁴.

Des protections plus spécifiques peuvent cependant être invoquées par une personne. La Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹²⁵ protège les données concernant la vie sexuelle de la personne parmi les données sensibles méritant une protection spécifique en vertu de la loi de protection des données à caractère personnel. Selon l'Article 11 de la Convention collective de travail n°38 concernant le recrutement et la sélection d'employés, qui a été citée ci-dessus (voir 4.1.5), 'des questions sur la vie privée ne se justifient que si elles sont pertinentes en raison de la nature et des conditions d'exercice de la fonction'. L'obligation au respect de la vie privée du candidat est imposée non seulement à l'employeur (ne pas chercher d'informations qui sont sans rapport avec l'exécution du travail), mais aussi à toutes les personnes qui participent aux activités de sélection (par exemple, les psychologues ou les médecins qui interviennent au nom de l'employeur). Selon l'Article 13 du même instrument, qui définit les devoirs du candidat au cours de la procédure de recrutement, le candidat est tenu de bonne foi de fournir toutes les données nécessaires de caractère professionnel, concernant les études qu'il a effectuées ou son passé professionnel, 'lorsque [ces informations] ont un rapport avec la nature et les conditions d'exercice de la fonction'. Il est difficile d'imaginer une situation où,

¹²⁴ Voir, par exemple, Chambre des mises en accusation Liège, 22 septembre 1998, *Pasicrisie*, 1989, II, p. 47. La confirmation la plus récente figure dans un arrêt rendu par la Cour de cassation relatif à la surveillance vidéo au travail : Cour de cassation (2^{ème} ch.), 27 février 2001, *C.N., E. c. Leli's World*, R.G. n° P990706N, *J.L. Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 2002, n°1, p. 18. Voir De Hert et Gutwirth, 2001, 21 ; et De Hert et Noops, 2001.

¹²⁵ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 18 mars 1993). Adoptée initialement pour mettre en œuvre la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe (ETS, n° 108), la Loi de 1992 a été modifiée en 1998 pour s'assurer du respect de la Directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23 novembre 1995, p. 31) : Loi du 11 décembre 1998 transposant la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 3 février 1999).

en raison de la nature de la fonction, l'orientation sexuelle d'une personne constituerait une information utile dans le cadre d'un emploi. L'unique situation où cela pourrait être le cas est celle dans laquelle un employeur cherche à mettre en œuvre un projet prévoyant une forme d'action positive en faveur de certains groupes à potentiel, y compris les personnes d'une certaine orientation sexuelle. Les garanties qui devraient s'appliquer dans une telle situation ont été énumérées par la Commission pour la protection de la vie privée, l'organe indépendant institué en Belgique pour contrôler l'application de la Loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel de 1992. Dans un avis qu'elle avait été invitée à rendre concernant l'identification des membres des 'groupes à potentiel' dans le système mis sur pied par le Décret flamand du 8 mai 2002 (au nombre desquels, rappelons-le, ne figurent pas les personnes d'orientation homosexuelle¹²⁶). Cet organe considéra que le but visé (mesurer l'évolution de la représentation des membres en âge actif des 'groupes à potentiel' en faveur de qui les projets ont été conçus) était légitime, et que le traitement de certaines données sensibles pouvait donc être considéré comme étant acceptable en vertu de la législation relative à la vie privée concernée, à condition que l'employé reçoive les informations utiles et donne individuellement et explicitement son consentement au traitement desdites données à caractère personnel¹²⁷.

Toutefois, l'employeur peut avoir des motifs légitimes de chercher à obtenir des informations concernant l'état civil de l'employé ou du candidat employé : que l'employé soit marié ou ait des enfants ou non, par exemple, peut déterminer le niveau de rémunération ou amener l'employeur à octroyer certains avantages sociaux liés au contrat de travail. À cet égard, il sera difficile d'éviter que l'employeur ne tire des conclusions, avérées ou non, sur la base des réponses à ces questions. La protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle par l'exercice du droit à ne pas répondre à des questions sans rapport avec la nature du travail peut donc être plus illusoire que réelle.

4.3.7 *Discrimination sur la base d'une condamnation pénale antérieure relative à un 'délit d'homosexualité' sans équivalent hétérosexuel*

En principe, la Loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée interdit à un employeur d'avoir accès à et de traiter le casier judiciaire d'employés ou de candidats employés. La seule exception concerne certaines professions pour lesquelles l'absence de casier judiciaire est une condition d'exercice (fonctionnaires, militaires, agents de gardiennage, avocat,...)¹²⁸. Un exemple notable et récent est une circulaire sanctionnée le 1 juillet 2002 par le

¹²⁶ Voir ci-dessus, 4.2.1., la présentation générale du Décret du 8 mai 2002 et, en particulier, de l'Arrêté portant exécution adopté le 30 janvier 2004 par le Gouvernement flamand (*Besluit [van 30 Januari 2004] van de Vlaamse regering tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt wat betreft de beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, loopbaanbegeleiding en arbeidsbemiddeling*, B.S. (*Belgisch Staatsblad*), 4 mars 2004, p. 12050 (Arrêté [du 30 janvier 2004] du Gouvernement flamand portant exécution du décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi en ce qui concerne l'orientation professionnelle, la formation professionnelle, l'accompagnement de carrière et le placement et l'action des intermédiaires sur le marché de l'emploi)).

¹²⁷ Commission de protection de la vie privée, avis du 15 mars 2004, n° 032004, peut être consulté sur www.privacy.fgov.be.

¹²⁸ Voir l'Article 8 de la Loi du 8 décembre 1992, susmentionné, et l'avis d'initiative relatif au traitement de données à caractère personnel réalisé par les sociétés privées d'intérim, n°8/2002, de la Commission pour la protection de la vie privée.

Ministère de l'intérieur, qui prévoyait que des certificats de bonnes mœurs spéciaux seraient délivrés lorsque nécessaires pour exercer une activité qui relève de l'éducation, de la guidance psycho-médico-sociale, de l'aide à la jeunesse, de la protection infantile, de l'animation ou de l'encadrement de mineurs : la circulaire prévoyait que lesdits certificats reprendraient toutes les condamnations et peines d'emprisonnement pour les condamnations sur la base des articles 354 à 360, 368, 369, 372 à 386c, 398 à 410, 422b et 422b du Code pénal, lorsque ces infractions ont été commises contre des mineurs.

Toutefois, il est peu probable que le type de discrimination en question survienne en Belgique, parce qu'il n'existe pas d'infraction criminelle susceptible d'être commise par des homosexuels qui n'ait pas d'équivalent hétérosexuel.

4.3.8 *Harcèlement*

La Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail¹²⁹ a déjà été mentionnée (voir plus haut, 4.2.5). Cette loi, on peut le rappeler, insère un chapitre Vbis dans la Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des employés lors de l'exécution de leur travail. Le 11 juillet 2002, était adopté un Arrêté royal détaillant les obligations imposées par la Loi et définissant la procédure interne pour le traitement des plaintes¹³⁰. Ces dispositions protègent l'employé contre le harcèlement au travail, contre le harcèlement commis par 'toute personne qui entre en contact avec les employés lors de l'exécution de leur travail, [non seulement l'employeur mais également] les clients, les fournisseurs, les prestataires de services, les élèves et les étudiants et les bénéficiaires d'allocations'¹³¹. La définition de harcèlement sexuel est proche de la définition qu'en donne l'Article 2(3) de la Directive 2000/78/CE ou de celle de la Directive 2002/73/CE 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 travail¹³². Il ne semble en principe n'y avoir aucune raison d'exclure que cette définition du harcèlement sexuel puisse s'appliquer au harcèlement sexuel contre une personne du même sexe¹³³. De plus, selon l'Article 2(6) de la Loi fédérale du 25 février 2003, qui, comme déjà mentionné, chevauche la protection précédente, le harcèlement basé sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle doit être considéré comme une forme de discrimination fondée sur ces motifs (voir ci-dessus, 4.2.5).

¹²⁹ Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 22 juin 2002).

¹³⁰ Voir Van Wassenhove et Brasseur, 2002, 801 ; Cordier, 2002, 448 ; Jacquemain, 2002, 6.

¹³¹ Art. 2, 3° de l'Arrêté royal.

¹³² JO L 268 du 5 octobre 2002, p. 15.

¹³³ Cette interprétation peut vraisemblablement être défendue sur la base de la Déclaration du Conseil, du 19 décembre 1991, concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel (JO C 27, du 4 février 1992, p. 4) (étendant la notion de harcèlement sexuel au harcèlement à l'encontre des homosexuels ou des 'hommes jeunes').

4.4 Exceptions à l'interdiction de discriminer

4.4.1 *Désavantages indirects objectivement justifiés (art. 2 (2)(b)(I) Directive)*

Les conditions sous lesquelles une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre, bien que défavorisant particulièrement des personnes d'une orientation sexuelle donnée, peut être justifié par un objectif légitime et les moyens pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires, ont été précisées plus haut (voir 4.2.4).

4.4.2 *Mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection des droits d'autrui, etc., (art. 2(5) Directive)*

L'Article 3 de la Loi du 25 février 2003 dispose que l'interdiction de discrimination telle que l'établit 'La présente loi ne porte pas atteinte à la protection et à l'exercice des libertés et des droits fondamentaux qui sont mentionnés dans la Constitution et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme'¹³⁴. Selon la lecture du droit national conformément à la Directive¹³⁵, en vertu du principe *Marleasing* déjà mentionné, cette disposition de la Loi du 25 février 2003 doit être interprétée sur la base du principe de nécessité : seules les limitations à protéger de la discrimination qui sont strictement nécessaires (et, partant, qui restent dans les limites de proportionnalité) à la protection des droits fondamentaux mentionnées dans cette disposition seront acceptables. Même dans ce cas, cependant, la compatibilité de l'Article 3 de la Loi du 25 février 2003 avec la Directive est discutable : l'Article 2(5) de la Directive exige que les exceptions au principe de l'égalité de traitement soient explicitement établies dans le droit national, ce qui semble exclure une justification de portée générale telle que celle apparemment prévue par l'Article 3 de la Loi du 25 février 2003.

Les instruments adoptés par les Régions et les Communautés pour la transposition de la Directive 2000/78/CE ne contiennent pas de disposition équivalente. Même si, tout naturellement, toute application de ces instruments doit rester conforme aux droits fondamentaux garantis par la Constitution et les traités internationaux dont la Belgique est signataire, aucune explication explicite à cet effet n'est mentionnée dans ces instruments.

4.4.3 *Sécurité sociale et bénéfices similaires (art. 3(3) Directive)*

L'Article 3(3) exclut les versements effectués par les régimes publics du champ d'application de la Directive 2000/78/CE. Il convient cependant de noter que ces régimes, dans la mesure où ils sont définis par la législation ou par les arrêtés administratifs, doivent respecter les principes d'égalité et de non-discrimination prévus par les Articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour d'arbitrage (relativement aux normes législatives) et le Conseil d'état

¹³⁴ Que la législation belge ait explicitement prévu ou non une telle disposition, il s'agit d'une exigence de la législation européenne, car les mesures nationales adoptées pour mettre en œuvre la Directive doivent se conformer aux exigences des droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

¹³⁵ L'Article 2(5) de la Directive 2000/78/CE admet les mesures prévues par la législation nationale qui sont nécessaires, dans une société démocratique, 'à la protection des droits et libertés d'autrui'.

(relativement aux arrêtés administratifs) sont compétents pour annuler ces actes, s'il s'avérait qu'ils ne respectent pas ces principes.

4.4.4 Exigences professionnelles (art. 4(1) Directive)

En vertu de la Loi du 25 février 2003, il n'y a 'discrimination directe' que lorsqu'une différence de traitement pour un motif suspect n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée. Cela crée l'impression que la définition de discrimination est flexible et, partant, pourrait enfreindre l'exigence de la Directive concernant la prohibition de toute différence de traitement fondée sur un motif suspect. Toutefois, pour éviter cette situation, et ainsi se conformer aux exigences de la Directive, dans le domaine des 'relations de travail' (voir par. 4.2.7)¹³⁶, l'Article 2(5) de la Loi du 25 février 2003¹³⁷ stipule que la seule 'justification raisonnable et objective' qui sera acceptée sera celle correspondant à la notion d'exigence professionnelle telle qu'elle est définie à l'Article 4(1) de la Directive.

L'Article 2(5) est une formule générale, dont le libellé s'inspire fortement de l'Article 4(1) de la Directive, et dont la conséquence est d'exclure toute forme de différence de traitement basée sur l'un des motifs classés par la Loi belge parmi les motifs suspects en matière de travail et d'emploi (cela n'exclut toutefois pas l'accompagnement et la formation professionnelle, par exemple), hormis si cette différence de traitement correspond à une exigence professionnelle essentielle. Cela concerne l'orientation sexuelle ainsi que les autres motifs visés par la Loi du 25 février 2003.

Les instruments adoptés par les Régions et les Communautés contiennent des formules similaires. Ainsi, l'Article 5 du Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française mentionne qu'il n'y a pas de discrimination directe lorsqu'une différence de traitement est faite sur la base d'un motif 'lorsque, en raison de la nature d'une activité ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée', une formule qui reproduit celle de l'Article 4(1) de la Directive 2000/78/CE. L'Article 5 al. 1 du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004 contient une disposition identique.

S'il stipule que l'interdiction de référer à certaines caractéristiques peut être levée dans certains cas, l'Article 6 du *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand du 8 mai 2002 confie au Gouvernement flamand la mission de déterminer quelles fonctions en particulier sont concernées par cette

¹³⁶ Cela correspond à la définition de l'Art. 2(4), al. 2 et 3 de la Loi : 'les conditions d'accès au travail salarié, non salarié ou indépendant, 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, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public ; la nomination ou la promotion d'un fonctionnaire ou l'affectation d'un fonctionnaire à un service'.

¹³⁷ L'Article 2(5) dispose : 'Dans le domaine des relations de travail (...), une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée'.

exception reposant sur des 'exigences professionnelles essentielles', après consultation du Conseil socio-économique flamand. Toutefois, bien qu'une disposition de l'Arrêté du 30 janvier 2004 du Gouvernement flamand portant exécution du Décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi identifie dans quelles dispositions le sexe peut constituer une exigence professionnelle essentielle, et donc que la référence au sexe est justifiée, aucune liste similaire n'est proposée dans l'arrêté portant exécution pour d'autres motifs. En conséquence, comme l'Article 6 du Décret flamand du 8 mai 2002 semble clairement limiter l'invocabilité de cette exception aux situations identifiées par l'Exécutif, il semblerait que, dans les domaines couverts par le Décret flamand, l'exception des 'exigences professionnelles essentielles' ne jouera aucun rôle.

4.4.5 *Loyauté à l'éthique des organisations fondée sur la religion ou les convictions (art. 4(2) Directive)*

Au cours des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la Loi du 25 février 2003, certains ont souhaité inclure dans la législation discutée soit une disposition épousant le libellé de l'Article 4(2) de la Directive¹³⁸, soit une disposition de portée plus large encore, excluant l'applicabilité de la Loi aux organisations ou activités basées sur des motifs religieux ou philosophiques¹³⁹. Ces amendements ont été rejetés. Bien qu'il ne soit pas interdit aux églises de s'organiser en tenant compte des convictions religieuses ou philosophiques de leurs adhérents¹⁴⁰, elles seront limitées par le strict libellé de l'Article 2(5) de la Loi du 25 février 2003 qui, s'inspirant directement de l'Article 4(1) de la Directive-cadre, ne tolère que les différences de traitement directement fondées sur les convictions religieuses ou philosophiques, en matière d'emploi et de travail, lorsque cela répond à une exigence professionnelle essentielle.

4.4.6 *Action positive (art. 7(1) Directive)*

L'Article 4 de la Loi fédérale du 25 février 2003 dispose que cette Loi ne doit pas constituer un empêchement à l'adoption ou au maintien de mesures qui, afin de garantir la pleine égalité dans la pratique, visent à prévenir ou à compenser les désavantages liés à un motif visé. Toutefois, de telles mesures devront se conformer aux conditions relativement strictes imposées par la

¹³⁸ Voir, par exemple, l'Amendement n°53 présenté au sein de la Commission de la justice de la Chambre des représentants par Melle J. Schauvliege (Documents parlementaires, Chambre des Représentants, session 2001-2002, Projet de loi 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, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. J. Arens et Mme K. Lalieux, 26 juillet 2002, doc. 50 1578/008, pages 45 à 47). Le projet de modification fut rejeté par 9 votes contre et 4 abstentions.

¹³⁹ Voir, par exemple, l'Amendement n°78 présenté au sein de la Commission de la justice de la Chambre des représentants par M. Bart Laeremans (Documents parlementaires, Chambre des Représentants, session 2001-2002, Projet de loi 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, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. J. Arens et Mme K. Lalieux, 26 juillet 2002, doc. 50 1578/008, pages 49 et 50). Le projet de modification stipulait que 'La présente loi n'est pas applicable à l'organisation interne des religions et des organisations philosophiques reconnues par le Roi ni à toutes les activités qui procèdent d'une vision religieuse ou philosophique'. Il fut rejeté par 9 votes contre 2, avec 2 abstentions.

¹⁴⁰ En matière d'enseignement, voir la Loi du 29 mai 1959 (Loi modifiant certaines dispositions de la législation sur l'enseignement), et dans la jurisprudence récente, Conseil d'État (4^{ème} chambre), 20 décembre 1985, *Van Peteghem*, n°25.995, *Rechtskundig weekblad*, 1986-1987, colonne 246, avec les observations de Lambrechts, 1986-1987 ; cas également commenté dans De Schutter et Van Drooghenbroeck, 2000, 287.

jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge, la Cour d'arbitrage, dont la position sur ce point a été précédemment rappelée (voir 4.1.2.). Quant au Décret flamand du 8 mai 2002, l'un de ses principes directeurs (la représentation proportionnelle des groupes à potentiel sur le marché de l'emploi) peut être présenté comme une forme d'action positive, au sens large de cette expression qui est utilisée dans la Directive 2000/78/CE. Le *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* adopté par la Communauté germanophone ne prévoit pas, à l'inverse du Décret flamand du 8 mai 2002, de mesures positives telles que des rapports annuels sur la représentation des différents groupes à potentiel dans le cadre des projets pour la promotion de la diversité. L'Article 16 du décret prévoit néanmoins la possibilité de mesures d'action positive ('*positiven Maßnahmen*'), qui sont établies conformément à la définition qu'en donne la Directive-cadre. De même, l'Article 7 du Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française mentionne que le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs protégés de la discrimination. L'Article 10 du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004 emploie une formulation plus audacieuse, lorsqu'il précise que le Gouvernement wallon 'maintient ou adopte, aux fins de garantir le principe d'égalité de traitement', des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés un des motifs (...). Il est évident que le libellé reste trop vague pour déceler dans cette disposition une obligation imposée à l'exécutif wallon de prendre des mesures à cet égard ; néanmoins, la formule vaut la peine d'être soulignée, car elle présente l'adoption d'une action positive comme une conséquence de l'exigence d'égalité de traitement, plutôt qu'une exception à ce principe.

4.4.7 *Exceptions qui vont au-delà de la directive*

Les ambiguïtés dans la définition de discrimination directe de la Loi fédérale du 25 février 2002 (4.2.3) et dans le traitement de la question de la loyauté que les organisations fondées sur la religion ou les convictions philosophiques peuvent exiger de leurs employés (4.4.5) ont déjà été mentionnées. Sur ces deux points, les remarques formulées précédemment ont démontré que, pour que la mise en œuvre en Belgique de la Directive 2000/78/CE soit compatible avec les exigences de la Directive, les exceptions contenues dans la Loi fédérale belge devaient être lues, autant que faire se puisse, conformément aux prescriptions de la Directive. Cela relève de l'interprétation judiciaire.

4.5 **Voies de recours et application du droit**

4.5.1 *Système de mise en œuvre du droit du travail en général*

En Belgique, l'intérêt public est défendu par le ministère public. Dans les matières criminelles, le ministère public est responsable des poursuites judiciaires. Dans les matières civiles, il intervient lorsque l'ordre public l'exige, ou lorsque la loi précise que son intervention est nécessaire. Devant les tribunaux compétents en matière d'emploi (tribunaux du travail, Cour du

travail¹⁴¹), l'intérêt public est représenté par l'auditorat du travail¹⁴². Son rôle actif¹⁴³ est rendu possible par les importants pouvoirs que lui reconnaît l'Article 138 al. 3 du Code judiciaire : cette disposition stipule en particulier que l'auditorat du travail peut requérir et obtenir des institutions ou services publics les renseignements administratifs nécessaires à l'exécution effective de ses missions¹⁴⁴. Lorsqu'une sanction pénale est liée à la violation d'une règle en droit du travail¹⁴⁵, l'auditorat sera en charge des poursuites judiciaires, représentant l'intérêt public en exerçant l'action publique contre l'accusé¹⁴⁶.

Une autre institution importante pour l'application du droit du travail est l'inspection du travail. Les missions et compétences de cet organe sont définies par la Loi du 16 novembre 1972.

4.5.2 Organismes spécifiques et/ou généraux chargés d'appliquer la loi

La Loi fédérale 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, puisant son inspiration dans la Loi du 30 juillet 1981 relative au racisme et à la xénophobie, donne au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme le pouvoir d'ester en justice sur la base des dispositions de la législation, et ainsi de contribuer à la préservation de la légalité au nom de l'intérêt public (Art. 23, 24¹⁴⁷ et 31 de la Loi du 25 février 2003). Le même pouvoir est également reconnu à certaines organisations jouissant de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme et de combattre la discrimination, et aux organisations des employés et des employeurs qui sont reconnues comme étant représentatives en vertu de la législation belge applicable (Art. 31 de la Loi). Lorsque la victime de la violation prétendue est identifiable (ce peut être une personne physique ou morale)¹⁴⁸, le pouvoir du Centre à ester en justice reste toutefois conditionné à l'accord de la victime (Art. 31, *in fine*, de la Loi). Ce mécanisme paraît conforme à l'Art. 9(2) de la Directive-cadre 2000/78/CE.

S'inspirant de la Loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail déjà mentionnée, la Loi du 25 février 2003 dispose que l'Exécutif désignera un organe de fonctionnaires chargé de surveiller le respect des dispositions de la

¹⁴¹ Les compétences du tribunal du travail sont définies aux Articles 578 à 583 du Code judiciaire.

¹⁴² Auditorat du travail devant les tribunaux de première instance dans les matières liées à l'emploi ; l'auditorat général devant les cours d'appel.

¹⁴³ A ce propos, voir en particulier Kreit, dans Gosseries, 1998, 647.

¹⁴⁴ Il s'agit de missions d'enquête, qui peuvent être assimilées à la fonction exercée par le juge d'instruction dans les affaires criminelles.

¹⁴⁵ Concernant la compétence du tribunal du travail à cet égard, voir Article 583 du Code judiciaire.

¹⁴⁶ Voir Article 155 du Code judiciaire.

¹⁴⁷ Ces dispositions modifient les Articles 2 et 3 de la Loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Ces modifications visent 1°) à étendre les compétences du Centre, au-delà de la lutte contre la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, à la discrimination fondée sur d'autres motifs désormais prévus par la Loi du 25 février 2003 ; et 2°) à reconnaître au Centre un droit à ester en justice sur la base de cette législation.

¹⁴⁸ Dans certains cas, il n'y a pas de victime, mais il y a malgré tout violation de la Loi : cela serait, par exemple, le cas si un employeur se vantait publiquement que, grâce aux procédures 'sélectives' qu'il a introduites dans le processus de recrutement, aucun homosexuel ne sera jamais embauché ; on doit considérer cela comme une infraction au sens de l'Article 6(1) de la Loi, et les associations ou organisations visées à l'Article 31 seront considérées comme ayant un intérêt dans le dépôt d'une plainte pour obtenir que des poursuites soient lancées.

Loi¹⁴⁹. Au moment de la rédaction du présent rapport, nous ne disposons encore d'aucune indication quant au mode de fonctionnement de cet organe et à la mesure dans laquelle il représentera un mécanisme d'exécution important pour les prescriptions légales de la nouvelle loi anti-discrimination.

Le *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* du 8 mai 2002 prévoit les mêmes possibilités. Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme sera compétent pour participer à l'exécution du Décret du 8 mai 2002 selon les mêmes mécanismes que ceux offerts au niveau fédéral¹⁵⁰. Le Décret flamand dispose également que certains fonctionnaires seront désignés pour surveiller le respect des dispositions du décret. Ces agents disposeront de pouvoirs étendus, y compris le droit d'accéder à tous les locaux, à l'exception des espaces d'habitation, dont ils peuvent raisonnablement présumer qu'ils sont soumis au champ d'application du Décret, entre 5 heures et 21 heures ; en dehors de ces heures, ces inspections peuvent avoir lieu sur autorisation judiciaire, pour autant qu'il existe des raisons de présumer que des infractions ont été commises par rapport au Décret ; ils peuvent mener une investigation, un contrôle ou une enquête pour surveiller le respect effectif des dispositions du présent décret et de ses arrêtés d'exécution.

Le *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* adopté par la Communauté germanophone dispose que des organisations peuvent également ester en justice dans des litiges auxquels l'application du présent décret a donné lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins législatives qu'elles se sont données pour mission de poursuivre ; les organisations représentatives des employés et des employeurs ont la même faculté (Article 20). À l'image de la Loi fédérale de lutte contre la discrimination du 25 février 2003 et du Décret flamand du 8 mai 2002, ces organisations sont toutefois tenues d'agir avec l'accord de la victime de la discrimination prétendue, lorsqu'une telle victime existe, qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique. Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding / Zentrum für die Chancengleichheit und die Bekämpfung des Rassismus*) ne peut intervenir dans la surveillance du Décret. Toutefois, l'Article 15 du projet d'instrument dispose que l'Exécutif de la Communauté germanophone peut confier à un ou plusieurs organismes la promotion du principe de l'égalité de traitement, y compris l'aide aux victimes de discrimination aux termes du Décret et la rédaction de rapports et de recommandations. L'attribution de cette mission au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme exigerait la conclusion d'un protocole entre la Communauté germanophone et l'État fédéral, dont le Centre est effectivement une agence, et qui la finance¹⁵¹.

Le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française n'institue pas d'organe

¹⁴⁹ Article 17 de la Loi du 25 février 2003.

¹⁵⁰ L'Article 8 al. 1 de l'Arrêté portant exécution du Décret du 8 mai 2002 stipule à cet égard que le Gouvernement flamand conclura une convention avec le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme : voir Arrêté [du 30 janvier 2004] du Gouvernement flamand portant exécution du Décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi en ce qui concerne l'orientation professionnelle, la formation professionnelle, l'accompagnement de carrière et le placement et l'action des intermédiaires sur le marché de l'emploi, susmentionné.

¹⁵¹ En effet, telle est la solution pour laquelle a opté la Communauté flamande, comme mentionné précédemment, ce paragraphe.

exécutif spécifique pour contrôler sa mise en œuvre effective. En fait, ce Décret est muet en matière d'application : en particulier, ni l'Article 13(2) de la Directive 2000/43/CE, ni, et c'est plus important dans le cadre du présent rapport, l'Article 9(2) de la Directive 2000/78/CE ou l'Article 7(2) de la Directive 2000/78/CE ne sont apparemment respectés en l'absence de toute disposition concernant la possibilité pour certaines organisations agréées d'engager, pour le compte ou à l'appui du plaignant, des procédures judiciaires ou administratives assurant le respect de la garantie de l'égalité de traitement prévue par le Décret.

Pour les mêmes raisons, bien que l'Article 11 du Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004 prévoit une forme de supervision du Décret par l'Institut wallon de l'évaluation, de la prospective et de la statistique (l'IWEPS doit essentiellement rédiger des rapports sur l'application du Décret et déposer des recommandations sur la base de ses évaluations) et bien que le Décret contienne des dispositions prévoyant une procédure de conciliation (Article 12) et précise que le Gouvernement wallon désignera les services auxquels sera confiée la surveillance du Décret et de ses arrêtés d'exécution (Article 13), ces dispositions paraissent insuffisantes par comparaison avec ce qu'impose l'Article 9(2) de la Directive 2000/78/CE ou l'Article 7(2) de la Directive 2000/78/CE.

4.5.3 *Procédure civile, pénale, administrative et/ou voies de médiation et de conciliation (art.9(1) Directive)*

Après un premier chapitre relatif aux définitions, la Loi du 25 février 2003 comporte à la fois des dispositions civiles et pénales. Le Chapitre III de la Loi contient les dispositions pénales. Celles-ci seront d'application dans trois situations : a) lorsqu'une personne incite ouvertement à la haine ou à la discrimination, ou à la violence, sur la base de l'un des motifs visés par la Loi, dans les conditions de publicité définies par l'Article 444 du Code pénal (voir Art. 6(1) de la Loi du 25 février 2003) ; b) lorsqu'un fonctionnaire commet une discrimination, sauf s'il a agi par ordre d'un supérieur hiérarchique (qui sera alors pénalement responsable) (Art. 6(2) de la Loi du 25 février 2003)¹⁵² ; c) lorsque certaines infractions définies dans le Code pénal sont commises avec un 'motif abject', c'est-à-dire dans un but discriminatoire (crimes de haine) (Articles 7 à 14 du Code pénal)¹⁵³. Pour la majorité de ces situations, et toujours dans les a) et b), une procédure de conciliation existe en vertu de la Loi du 10 février 1994 qui rend la médiation possible pour toutes les infractions punissables par une peine d'emprisonnement d'au maximum deux ans¹⁵⁴.

¹⁵² Voir ci-dessous, 4.5.5.

¹⁵³ Les infractions qui peuvent donc conduire à des condamnations plus lourdes si elles sont motivées par des 'motifs abjects' sont : les attentats à la pudeur ou viols (Art. 372 à 375 du Code pénal) ; le meurtre (Art. 393 à 405bis du Code pénal) ; la non-assistance à personne en danger (Art. 422bis et 422ter du Code pénal) ; la privation de liberté (Art. 434 à 438 du Code pénal) ; le harcèlement (Art. 442bis du Code pénal) ; les atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes (Art. 443-453 du Code pénal) ; l'incendie (Art. 510-514 du Code Pénal) ; la destruction ou la détérioration de marchandises et propriétés mobilières (Art. 528-532 du Code Pénal). À l'exception du harcèlement, ces infractions ne se rencontrent normalement pas dans le domaine de l'emploi et du travail.

¹⁵⁴ Celle loi a inséré l'Article 216ter dans le Code d'instruction criminelle pour créer une forme de médiation pénale.

La plupart des formes de discrimination que la Loi interdit conduisent à l'introduction d'une action au civil par la victime sur la base du Chapitre IV de la Loi du 25 février 2003. La Loi prévoit la nullité des clauses d'un contrat contraires à ses dispositions, rendant cette loi impérative (Art. 18). Elle donne au juge le pouvoir d'ordonner la cessation de la pratique discriminatoire, lorsque les victimes introduisent une action en cessation en invoquant une discrimination (Art. 19). Elle donne également au juge le pouvoir d'ordonner la cessation de cette pratique, sous la menace d'une amende (astreinte) (Art. 20).

Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme peut ester en justice en vertu de la Loi du 25 février 2003 (Art. 31(1) de la Loi). En d'autres termes, il peut agir en qualité d'avocat général privé, en déposant une plainte et en demandant réparation lorsque la victime n'est pas identifiée ou est la 'collectivité' (par exemple, lorsqu'une personne incite publiquement à la discrimination, ou lorsqu'il apparaît qu'une agence pour l'emploi pratique une discrimination systématique). Toutefois, lorsqu'une victime individuelle est identifiée (une personne physique ou morale), le Centre ne peut ester en justice qu'avec l'accord de la victime (Art. 31(3) de la Loi). Dans le cas typique d'une personne demandant au Centre d'intervenir dans une situation de discrimination, le Centre évaluera les faits rapportés, et dans la majorité des cas où l'allégation n'est pas sans fondement il cherchera à obtenir un règlement à l'amiable avec l'auteur de la discrimination prétendue. Par crainte de la mauvaise publicité que lui ferait une action en justice à son encontre pour des allégations de discrimination, l'auteur de la discrimination peut être tenté d'accepter ce règlement à l'amiable, même dans des situations où il peut être difficile de prouver qu'une discrimination a eu lieu. Lorsqu'un règlement à l'amiable semble insatisfaisant, parce que la discrimination est flagrante ou parce que le défendeur refuse de coopérer, le Centre peut proposer à la victime d'introduire une action. Si la victime y consent, le Centre passera à l'étape suivante, comme la Loi l'y autorise. Ont cette faculté non seulement le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, mais également d'autres organisations se proposant par leurs statuts de lutter contre la discrimination ou de défendre les droits de l'homme et les syndicats (voir par. 4.5.7).

Les instruments adoptés par les Régions et les Communautés sont moins développés en ce qui concerne les procédures prévues pour effectivement défendre le droit à la non-discrimination. Cela est au moins en partie imputable aux incertitudes subsistant quant à leurs compétences pour adopter de telles mesures. Bien que les Régions et les Communautés puissent, lorsqu'elles adoptent des Décrets¹⁵⁵, adopter des dispositions pénales accessoires pour s'assurer que ces Décrets soient effectivement sanctionnés, elles n'ont en principe aucune compétence en droit pénal, qui reste une matière fédérale ; seul le législateur fédéral peut, par exemple, modifier le Code pénal. Et, même si ce point est controversé, il n'est pas certain que les Régions et les Communautés puissent, en adoptant des Décrets dans des matières relevant de leur compétence, inclure des dispositions concernant les compétences de cours et tribunaux ou les modalités selon lesquelles ils exerceront ces compétences¹⁵⁶. Cette incertitude, ou cette incapacité, a constitué un sérieux

¹⁵⁵ 'Ordonnances' pour la Région de Bruxelles-Capitale.

¹⁵⁶ Par exemple, l'Article 18 du *Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt* flamand du 8 mai 2002 visant à modifier le Code judiciaire, en particulier l'Article 581 de ce Code énumérant les

obstacle à la pleine mise en œuvre des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE dans l'ordre juridique belge. En particulier, elle peut expliquer l'échec de la Région wallonne et de la Communauté française à se conformer à l'Article 9(2) de la Directive 2000/78/CE et à l'Article 7(2) de la Directive 2000/78/CE. Une autre difficulté réside, plus largement, dans les différentes lectures qui coexistent encore concernant le niveau auquel les différents aspects de ces Directives devraient être appliqués dans l'ordre juridique belge. Par exemple, pour justifier le fait que, en adoptant le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement le 19 mai 2004, la Communauté française n'a adopté ni sanctions civiles, ni sanctions pénales, afin de garantir que les éventuelles infractions au principe de l'égalité de traitement soient dûment sanctionnées, les auteurs du texte avancent que de telles sanctions civiles ou pénales, dans la mesure où elles sont imposées par les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, sont prévues dans la Loi fédérale du 25 février 2003, ce qui suffirait. Le Décret de la Communauté française ne contient en réalité qu'une disposition en vertu de laquelle une discrimination commise par un agent de la Communauté donnera lieu à une procédure disciplinaire (voir Article 9). Toutefois, ce raisonnement repose sur la présomption que la Loi fédérale du 25 février 2003 s'applique à des situations qui, en principe, relèvent de la compétence des Communautés dans le système fédéral belge comme, par exemple, les relations entre la Communauté et ses agents dans le domaine de l'enseignement. Cette présomption est à tout le moins discutable, et probablement incorrecte.

4.5.4 Sanctions civiles, pénales et/ou administratives (art. 17 Directive)

En nous concentrant exclusivement sur les sanctions pour les actes de discrimination, laissant de côté les autres aspects de la Loi du 25 février 2003, nous pouvons résumer la situation de la manière suivante¹⁵⁷ :

situations dans lesquelles le tribunal du travail peut rendre des ordonnances sur la base de procédures demandant la cessation d'une pratique considérée *prima facie* illégale (action en cessation). Un compromis dut être trouvé après que le Gouvernement fédéral eut envisagé de renvoyer cela à la Cour d'arbitrage, estimant que la Communauté flamande ne pouvait d'office modifier ce texte.

¹⁵⁷ Sur les sanctions qui peuvent être imposées à des personnes morales lorsqu'elles sont pénalement responsables, voir Article 7bis du Code pénal, inséré par la Loi du 4 mai 1999.

	Interdiction de discrimination	Sanction
Pénal	Discrimination par un fonctionnaire/officier public dans l'exercice de ses fonctions	Peine d'emprisonnement de 2 mois à 2 ans (10 à 15 ans si la discrimination est commise en contrefaisant la signature d'un officier public) (Art. 6(2) de la Loi du 25.2.2003)
Pénal	Harcèlement selon l'Art. 442bis du Code pénal (Art. 11 de la Loi du 25.2.2003)	Les sanctions prévues par l'Art. 442bis du Code pénal (peine d'emprisonnement de 15 jours à 2 ans ou amende) peuvent être doublées si l'acte a un motif discriminatoire
Civil	Toute forme de discrimination directe ou indirecte, y compris harcèlement	• une clause contractuelle incompatible avec l'interdiction peut être annulée (Art. 18 de la Loi du 25.2.2003) • la cessation d'une pratique discriminatoire peut être ordonnée (ordonnance judiciaire) (Art. 19(1) de la Loi du 25.2.2003), la décision peut être affichée en public (Art. 19(2)), et le destinataire (partie défenderesse) peut se voir infliger des amendes (astreintes) en cas de non-respect de l'ordonnance judiciaire (Art. 20)
Civil	Rétorsions	Lorsqu'un licenciement s'avère être une forme de rétorsions, l'employeur peut devoir réintégrer l'employé à son ancien poste, et le paiement de la rémunération perdue est dû (Art. 21(3) de la Loi du 25.2.2003) ; autrement, des dommages peuvent être demandés, supposés équivalents à 6 mois de rémunération

Des dommages seront octroyés chaque fois qu'il est établi qu'une discrimination a été pratiquée ; cela n'est pas stipulé explicitement dans la Loi du 25 février 2003, mais c'est la règle générale pour la responsabilité civile non contractuelle qui sera applicable (Art. 1382 du Code civil).

Pour les raisons susmentionnées (4.5.4), les instruments adoptés par les Régions et les Communautés sont bien plus lapidaires sur la question des sanctions. Le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française ne prévoit pas de sanctions, à l'exception de procédures disciplinaires à l'encontre des agents de la Communauté qui ont commis une discrimination. Le *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* adopté par la Communauté germanophone prévoit des sanctions pénales, mais uniquement lorsqu'une personne rend publique son intention de discrimination, dans les conditions prévues par l'Article 444 du Code pénal (Article 17 du Décret). Le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004 dispose qu'une personne qui commet volontairement ou consciemment un acte discriminatoire est sanctionnée d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 100 à 1.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement (Article 14). Il stipule également que lors de poursuites civiles pour allégation de discrimination, le juge compétent peut rendre une ordonnance afin qu'il soit mis un terme à la discrimination (action en cessation) (Article 15) ; le Décret fait référence à la

procédure décrite dans la Loi fédérale du 25 février 2003. Le Décret flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi renferme également une clause pénale (Article 11 : toute personne qui se rend coupable d'une discrimination peut être punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et/ou à une amende ; contrairement aux dispositions du Décret wallon, l'imposition d'une sanction pénale ne se limite pas aux cas de discrimination volontaire, mais couvre, à l'instar de la Loi fédérale du 25 février 2003, toutes formes de discrimination interdite, même indirecte et, partant, involontaire). Il dispose également que la juridiction compétente peut imposer d'office à toute personne de mettre fin à la discrimination (Article 15).

4.5.5 *Personnes physiques ou morales auxquelles peuvent s'appliquer les sanctions*

En principe, les sanctions civiles et pénales peuvent s'appliquer tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales sont définies en droit belge par la Loi du 4 mai 1999. Toutefois, il convient de rappeler que la Loi fédérale du 25 février 2003, qui renferme à la fois des sanctions pénales et des sanctions civiles, ne condamne la discrimination que *lorsqu'elle est commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions* (Art. 6(2) de la Loi). Les personnes physiques ne sont menacées que de poursuites civiles, sauf si elles incitent ouvertement à la discrimination ou clament publiquement leur intention de pratiquer une discrimination (Art. 6(1) de la Loi), on devrait cependant parler, plutôt que de discrimination proprement dite (différence de traitement ou discrimination indirecte) d'incitation à la haine ou à la discrimination.

Les personnes physiques et morales auxquelles les instruments adoptés par les Régions et les Communautés imposent des obligations sont définies par le champ d'application limité de ces instruments, qui sont adoptés strictement dans la sphère limitée de compétences de ces instances. Voir 4.2.1, ci-dessus.

4.5.6 *Conscience des opérateurs de droit sur les questions relatives à l'orientation sexuelle*

A la connaissance de l'auteur, aucune initiative n'a été prise pour améliorer cette conscience, qui est faible. Beaucoup dépendra des efforts consentis par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme pour promouvoir la Loi du 25 février 2003 et informer de la protection qu'elle offre.

4.5.7 *Légitimation d'agir des groupes d'intérêt (art. 9(2) Directive et considérant 29 Directive)*

En matière de législation anti-discrimination, on s'est aperçu que l'action combinée du ministère public, compétent pour entamer des poursuites lorsque des infractions criminelles sont commises, et de la victime, qui peut non seulement vouloir obtenir des dommages en étant en justice pour obtenir réparation, mais dépose également une plainte entre les mains d'un juge d'instruction (chargé de l'enquête impartiale de l'infraction criminelle suspectée), peut ne pas suffire. La Loi du 30 juillet 1981 relative au racisme et à la xénophobie (dont les origines sont décrites en 4.1.7) disposait dès lors, ce

qui est assez exceptionnel en droit procédural belge¹⁵⁸, que certaines associations, dont la raison sociale est la défense des droits de l'homme et la lutte contre le racisme et la discrimination, pouvaient prétendre avoir subi un dommage du fait d'une violation des dispositions de cette législation. Une telle extension de l'intérêt juridique connaissable a une conséquence importante : tant l'inertie du ministère public que la réticence de la victime à déposer une plainte par laquelle, si elle demande des dommages et intérêts, la victime contraint le juge d'instruction à ouvrir une enquête, peuvent être surmontées par une association instituée en qualité d'avocat général privé. Par la suite, une fois le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme créé par la Loi du 15 février 1993 comme une agence qui, bien qu'organiquement placée sous la supervision des services du Premier ministre, est néanmoins fonctionnellement indépendante, se vit conférer une compétence similaire dans le cadre de la Loi du 30 juillet 1981. Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme est aujourd'hui compétent en matière d'orientation sexuelle, ainsi que pour tous les autres motifs de discrimination visés par l'Art. 31 de la Loi du 25 février 2003, qui est par conséquent conforme à l'Art. 9(2) de la Directive 2000/78/CE¹⁵⁹.

En outre, l'article 31 (n. 2°, 3° et 4°) de la Loi du 25 février 2003 dispose également que tout établissement d'utilité publique et toute association qui jouit de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans et se propose par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination, ainsi que les organisations représentatives des employés et des employeurs, peuvent ester en justice dans le cadre de cette Loi, même si ces organisations ne peuvent agir qu'avec l'accord de la victime, s'il y a une victime identifiable.

Le Décret flamand du 8 mai 2002 (voir Article 16) et le Décret adopté par la Communauté germanophone (voir Article 20) comportent des solutions

¹⁵⁸ En effet, le principe est que 'l'intérêt collectif' agité par une association qui cherche à asseoir son droit à ester en justice sur la raison sociale définie dans ses statuts ne suffit pas, si les droits de l'association (c'est-à-dire à la protection de sa propriété, son honneur ou sa réputation) ne sont pas violés en tant que tels. Suivant la Cour de cassation, si une autre solution devait prévaloir, des citoyens regroupés en association pourraient imposer aux autorités une obligation de poursuite, même dans les cas où le ministère public ne trouverait pas opportun de le faire ('le fait d'être constitué en établissement d'utilité publique ayant pour objectif la défense des valeurs morales, ne suffit pas à rendre la demanderesse recevable à exercer cette action civile et qu'en décider autrement permettrait toutes les intrusions dans le domaine de la répression par l'intentement d'actions civiles, en réalité factices, ayant pour effet, sinon pour but de faire sortir le ministère public de l'abstention ou (...) de lui forcer la main' (Cour de cassation, 24 novembre 1982, *Pasicrisie*, 1983, I, p. 361, conclusion de l'avocat général Velu)). Cette position a été confirmée depuis en un certain nombre d'occasions par la Cour de cassation. Voir, plus récemment, Cour de cassation, 19 septembre 1996, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1997, 105, note De Schutter, 1997).

¹⁵⁹ Art. 31 de la Loi du 25 février 2003 : 'Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme peut ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la présente loi donnerait lieu. Peuvent également ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la présente loi donnerait lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins législatives qu'ils se sont donnés pour mission de poursuivre : 1° tout établissement d'utilité publique et toute association, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins cinq 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 des employés et des employeurs, telles qu'elles sont définies à l'article 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires ; 3° 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 ; 4° les organisations représentatives des employés indépendants. Toutefois, lorsque la victime de l'infraction ou de la discrimination est une personne physique ou une personne morale, l'action des groupements visés aux premier et second alinéas ne sera recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime'.

semblables à celle de la Loi fédérale du 25 février 2003. Les organisations qui poursuivent l'objectif de défendre les droits de l'homme et de lutter contre la discrimination peuvent ester en justice pour se plaindre des discriminations interdites en vertu de ses instruments, bien qu'elles ne puissent procéder qu'avec l'accord de la victime si la discrimination a touché une personne physique ou morale en particulier. À l'inverse, il ne semble pas que le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004 et le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française soient conformes à l'Article 9(2) de la Directive 2000/78/CE. En effet, ces derniers ne prévoient pas la possibilité pour les organisations ayant un intérêt légalement reconnu de combattre la discrimination d'engager des poursuites à l'appui de la victime.

4.5.8 *Charge de la preuve de la discrimination (art. 10 Directive et considérants 15, 31 et 32 Directive)*

Bien que l'Article 14 du Décret flamand du 8 mai 2002 prévoie l'inversion de la charge de la preuve dans le cadre d'actions civiles intentées en vertu du Décret (le mécanisme ne s'applique pas aux procédures pénales¹⁶⁰), le Décret reste vague quant aux faits pouvant avoir un poids suffisant pour imposer ce transfert de la charge de la preuve de la victime supposée à la partie défenderesse¹⁶¹. Le champ d'interprétation judiciaire sera en conséquent large : le juge devra examiner le poids à accorder aux faits présentés par la victime, et si ces faits créent ou non une présomption qu'une discrimination peut avoir été commise. La même remarque peut être formulée concernant le *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* adopté par la Communauté germanophone. L'Article 18 de ce Décret prévoit la possibilité que certains faits conduisant au transfert de la charge de la preuve de la discrimination soient présentés au juge (*'Wenn diese Person vor dieser Gerichtsbarkeit Tatsachen vorbringt, die eine Diskriminierung vermuten lassen, obliegt die Beweislast der Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der beklagten Partei'*). Cette possibilité ne s'applique pas aux procédures pénales. Comme dans le Décret flamand du 8 mai 2002, les faits pouvant entraîner une telle conséquence ne sont pas précisés.

Sur cette question, les dispositions de la Loi fédérale du 25 février 2003 sont plus détaillées. Dans le chapitre de la Loi contenant les dispositions civiles (chap. IV ; ces règles de procédure ne sont par conséquent pas applicables aux procédures pénales¹⁶²), l'Article 19(3) stipule : 'Lorsque la victime de la discrimination ou un des groupements visés à l'article 31 invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la

¹⁶⁰ Voir Art. 10(3) de la Directive 2000/78/CE.

¹⁶¹ Cette disposition stipule simplement : *'Wanneer deze persoon feiten aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen schending van het beginsel van gelijke behandeling is, ten laste van de verweerder'* (Lorsque cette personne [la victime supposée de la discrimination] invoque des faits faisant présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve quant à la non-violation du principe de l'égalité de traitement, incombe à la partie défenderesse).

¹⁶² Voir Art. 10(3) de la Directive 2000/78/CE.

partie défenderesse'. Lorsqu'une discrimination s'est produite, la victime demandera un dédommagement, se fondant sur l'Art. 1382 du Code Civil. Toutefois, la faute qui donne lieu à la responsabilité civile de la partie défenderesse sera plus facile à établir grâce au transfert de la charge de la preuve prévue par l'Art. 19(3) de la Loi du 25 février 2003, mentionné ci-dessus. En d'autres termes, cette loi étend la protection de la victime, et permettra à la victime de s'en remettre plus facilement aux règles de responsabilité civile. L'Art. 19 mentionne des 'données statistiques' et des 'tests de situation' comme deux exemples de faits qui, présentés à un juge, peuvent amener le juge à présumer qu'une discrimination a été commise, contraignant ainsi la partie défenderesse à démontrer que, contrairement à cette présomption, aucune discrimination n'a été commise¹⁶³. Les conditions sous lesquelles les 'tests de situation' doivent être effectués et peuvent être considérés valables seront définies par un arrêté d'exécution (Arrêté royal) ultérieur. Bien qu'un certain nombre de consultations aient eu lieu à propos de cet arrêté d'exécution, à la fois au sein du Ministère du travail et de l'emploi et du Ministère de la justice, aucune ébauche de texte n'est encore disponible. Ces consultations semblent avoir mis en évidence la difficulté qu'il y a à poursuivre simultanément deux objectifs partiellement incompatibles : d'abord, les 'tests de situation' doivent être strictement codifiés, et leur méthodologie établie, afin de s'assurer qu'ils n'engendrent pas d'abus par de prétendues victimes de discrimination, mais aussi pour encourager le juge devant lequel les résultats de ces tests sont présentés à accepter que cela entraîne le transfert de la charge de la preuve ; ensuite, ces 'tests de situation' ne doivent cependant pas être trop contraignants à réaliser, et ils doivent rester un moyen relativement accessible d'établir une présomption de discrimination.

Le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté par la Communauté française ne contient pas de règles spécifiques régissant la preuve de la discrimination, une situation qui, au regard de la Directive 2000/78/CE, pose problème, bien qu'elle puisse s'expliquer par le constat par la Communauté française que tout ce qu'elle pouvait faire dans sa sphère de compétence était d'imposer des obligations aux fonctionnaires de la Communauté, assorties de sanctions disciplinaires, alors que des sanctions civiles ou pénales en cas de discrimination figuraient déjà dans la Loi fédérale du 25 février 2003. Le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne contient (à l'Article 17) une règle sur la charge de la preuve, rédigée en fonction de l'Article 10(1) de la Directive 2000/78/CE.

4.5.9 *Charge de la preuve de l'orientation sexuelle (considérant 31 Directive)*

La question de la charge de la preuve de l'orientation sexuelle ne doit pas être distinguée de la question du transfert de la charge de la preuve dans les actions

¹⁶³ L'Article 19(3) de la Loi du 25 février 2003 dit : 'Lorsque la victime (...) invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse'. Les données statistiques et les tests de situation sont donc purement illustratifs des faits qui peuvent être avancés pour inverser la charge de la preuve dans les affaires de discrimination présentées au civil. Les difficultés juridiques et méthodologiques soulevées par ces modes de preuve sont expliquées dans De Schutter, 2003.

civiles intentées en vertu de la Loi du 25 février 2003. Avant que la discrimination puisse être présumée, contraignant ainsi la partie défenderesse à réfuter l'allégation selon laquelle elle a commis une discrimination, il peut être nécessaire, selon les circonstances, que le plaignant fasse état de son orientation sexuelle : par exemple, lorsqu'il n'existe pas de raison apparente au refus d'embaucher ou au licenciement de la personne qui ne cache pas son homosexualité, on peut soupçonner que l'acte de l'employeur constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

4.5.10 *Rétorsions (art. 11 Directive)*

Excepté sur une question relativement mineure¹⁶⁴, l'Article 21 de la Loi du 25 février 2003 et l'Article 12 du Décret flamand du 8 mai 2002 sont libellés en des termes identiques. Il suffira dès lors de décrire le régime instauré dans la première disposition. L'Article 21 de la Loi du 25 février 2003 stipule d'abord que, lorsqu'une plainte pour discrimination ou une action en justice a été déposée ou intentée par l'employé, il ne peut être licencié sauf pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte ou à cette action en justice. Pendant les 12 mois suivant le dépôt d'une plainte ou, lorsqu'une action en justice a été intentée, pendant les trois mois suivant l'arrêt et donc la fin du litige, il y a présomption que le licenciement ou la modification unilatérale des conditions de travail par l'employeur constitue une forme de rétorsions à l'encontre de l'employé: en effet, il incombe à l'employeur d'établir que le licenciement ou la modification des conditions de travail n'est pas lié à la plainte déposée par l'employé, ou à l'action qu'il a intentée. Si l'employeur ne pouvait l'établir, l'employé ou le syndicat dont il est membre pourrait demander la réintégration de l'employé dans sa fonction précédente, ou le rétablissement des conditions dans lesquelles il était précédemment employé. Le refus de l'employeur de réintégrer parmi le personnel l'employé dont le licenciement semble avoir été motivé par une volonté de punir la plainte ou l'action intentée par la victime peut s'avérer très coûteux pour l'employeur, qui peut être contraint de verser à l'employé une indemnité qui est soit équivalente à six mois de rémunération, soit au dommage réellement causé à l'employé.

À mon avis l'Article 9 de la Directive 2000/43/CE doit être entendu comme imposant aux États membres de veiller également à ce que les employés ou d'autres personnes liées à une plainte ou à des poursuites soient protégées des rétorsions. Par exemple, non seulement l'employé qui a été victime de la discrimination, mais aussi les témoins, ou les membres du syndicat qui a appuyé la plainte, doivent être protégés. Que cette interprétation sera aussi imposée ou non dans le cadre de la Directive 2000/78/CE, dont l'Article 11 est rédigé en des termes plus restrictifs (faisant référence à des 'employés' plutôt qu'à des 'personnes' à protéger des rétorsions), est incertain. Toutefois, le libellé de l'Article 21 de la Loi du 25 février 2003 semble trop étroit pour étendre cette protection au-delà du seul plaignant. Si l'interprétation plus large des Directives est confirmée, la législation d'exécution belge devra être améliorée sur ce point. Cette remarque vaut également pour l'Article 12 du Décret flamand

¹⁶⁴ Comparaison entre l'Article 21(5) de la Loi du 25 février 2003 et l'Article 12(5) du Décret du 8 mai 2002. La Loi fédérale est plus protectrice, dans la mesure où elle dispose que l'employé peut être réintégré dans sa fonction antérieure ou recevoir une compensation équivalente à 6 mois de rémunération lorsque la juridiction compétente a établi qu'une discrimination a été commise.

du 8 mai 2002 bien qu'il ressortirait du libellé de cette disposition qu'on ne peut exclure que, par interprétation judiciaire, la protection puisse être étendue au-delà du plaignant, par exemple aux témoins¹⁶⁵.

Ni le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté par la Communauté française, ni le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne ne contiennent de dispositions relatives aux rétorsions. De l'avis de l'auteur du présent rapport, cela est contraire à l'Article 11 de la Directive 2000/78/CE et à l'Article 9 de la Directive 2000/43/CE. Le Décret adopté par la Communauté germanophone présente la même lacune. On devrait cependant ajouter que la version initiale du *Dekretentwurf bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* (version du 26 novembre 2003) contenait effectivement une disposition protégeant l'employé des rétorsions (soit sous la forme d'un licenciement constituant une sanction déguisée, soit d'une modification unilatérale des conditions de travail) (voir Article 23 de la proposition : *Schutz vor einer Entlassung*). Cette disposition du projet de décret a été abrogée dans la version présentée aux débats devant le *Rat der Deutschsprachigen Gemeinschaft* le 26 avril 2004, suivant une observation formulée par le Conseil d'état dans l'avis rendu le 11 février 2004 sur la proposition initiale de décret, disant qu'en légiférant sur cette question (les conditions de licenciement), la Communauté germanophone pouvait outrepasser ses¹⁶⁶. Cela illustre clairement les difficultés auxquelles sont confrontées les Régions et les Communautés dans la mise en œuvre des Directives, lorsque les limites fixées à leurs compétences sont imprécises et lorsqu'elles risquent de légiférer au-delà des pouvoirs qui leur ont été conférés dans l'exécution de leurs obligations en vertu de la législation européenne.

4.6 Réforme des lois et dispositions discriminatoires existantes

4.6.1 Suppression des lois discriminatoires (art. 16(a) Directive)

Aucune mesure spécifique n'a été prise en Belgique afin de faire en sorte que, conformément aux exigences de l'Article 16 de la Directive 2000/78/CE, 'soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement', et 'soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les

¹⁶⁵ En effet, l'Article 12(1) du Décret flamand stipule que 'Lorsqu'un membre du personnel de l'autorité flamande ou de l'enseignement flamand, conformément aux procédures en vigueur, a déposé plainte ou intenté une action en justice en vue du respect du présent décret, il ne peut être mis fin à la relation du travail et les conditions de travail ne peuvent pas être modifiées unilatéralement, sauf pour des motifs étrangers à cette plainte ou à cette action en justice' ('*Wanneer een lid van het Vlaams overheids- en onderwijspersoneel, overeenkomstig de vigerende procedures, een met redenen omklede klacht heeft ingediend of een rechtsvordering instelt tot naleving van het decreet, mag de arbeidsverhouding niet beëindigd worden, noch de arbeidsvoorwaarden eenzijdig gewijzigd worden, behalve om redenen die vreemd zijn aan die klacht of aan die rechtsvordering, werknemer de omvang van de geleden schade kunnen bewijzen*'). On pourrait argumenter que les rétorsions contre des témoins ou d'autres collègues ne peuvent être présentées comme étant sans rapport avec la plainte sur laquelle l'action repose, même lorsque les rétorsions ne sont pas dirigées à l'encontre directement de la victime/du plaignant.

¹⁶⁶ Voir avis L. 36.415/2 rendu par la Section d'administration du Conseil d'état le 11 février 2004.

conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes et des organisations d'employés et d'employeurs'.

Plus précisément, l'abolition de toutes les lois discriminatoires existantes ferait que lesdites lois, appliquées dans des situations particulières, seraient renvoyées à la Cour d'arbitrage, qui pourrait trouver que ces lois violent l'Article 10 ou 11 de la Constitution belge. Cette possibilité est prévue par l'Article 142 de la Constitution, qui propose une définition générale des pouvoirs de la Cour d'arbitrage, et par la Loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage¹⁶⁷. Cela ne découle pas spécifiquement de la transposition en droit belge de la Directive 2000/78/CE ; c'est plus exactement lié à la fonction classique de la Cour d'arbitrage, à laquelle n'importe quelle loi¹⁶⁸ peut être soumise lorsque la juridiction devant laquelle elle est invoquée¹⁶⁹ soupçonne qu'elle peut violer les clauses sur l'égalité de la Constitution¹⁷⁰. Un tel renvoi conduit la Cour d'arbitrage à examiner si la discrimination présumée existe ou non. Si la Cour arrive à la conclusion que l'Article 10 ou 11 de la Constitution a été violé, la loi trouvée discriminatoire ne peut être appliquée dans le cas qui a conduit au renvoi¹⁷¹ ; elle ne sera pas non plus appliquée dans des cas ultérieurs, par d'autres juridictions. En outre, quoiqu'en principe un recours tendant à l'annulation de lois ne puisse être introduit que dans un délai de six mois suivant leur publication officielle¹⁷², après qu'une loi se soit avérée créer une discrimination dans le contexte d'un recours, un nouveau délai de six mois est ouvert durant lequel l'annulation de la législation discriminatoire peut être demandée¹⁷³. En d'autres termes, malgré le temps écoulé, et l'exigence de stabilité juridique qui a mené le législateur à limiter à six mois le délai pendant lequel un recours en annulation de lois, de décrets ou d'ordonnances peut être déposé après leur publication, aucune loi n'est à l'abri d'une annulation si elle se révèle discriminatoire.

Que cela soit suffisant en vertu de l'Article 16 de la Directive-cadre dépendra, entre autres facteurs, de l'interprétation donnée aux Articles 10 et 11 de la Constitution, et selon que cette interprétation offre ou non une protection à la fois contre la discrimination directe et la discrimination indirecte, au sens de la Directive. Le présent rapport a déjà décrit que, au sens de ces dispositions de la Constitution, ces deux formes de discrimination sont interdites, dans des termes très semblables, sans être identiques, à ceux de la Directive. La Cour

¹⁶⁷ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 7 janvier 1989. Cette Loi a été modifiée à plusieurs reprises, la modification importante la plus récente fut par la Loi du 9 mars 2003 (Loi spéciale modifiant la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Moniteur belge (Belgisch Staatsblad)*, 11 avril 2004).

¹⁶⁸ Cette expression est utilisée ici dans un sens générique, et couvre toutes les normes législatives : sont compris les lois adoptées au niveau fédéral, les décrets adoptés par les Régions et les Communautés et les ordonnances adoptées par la Région de Bruxelles-Capitale. Dans l'ensemble, le système fédéral belge compte six 'législateurs' car la Communauté flamande et la Région flamande ont fusionné.

¹⁶⁹ Sont compris à la fois les cours et tribunaux du pouvoir judiciaire et le Conseil d'état.

¹⁷⁰ Voir Article 26 § 2 de la Loi du 6 janvier 1989, citée plus haut, sur les conditions dans lesquelles un tel renvoi peut être décidé.

¹⁷¹ Article 28 de la Loi du 6 janvier 1989, citée plus haut.

¹⁷² Article 3 § 1 de la Loi du 6 janvier 1989, citée plus haut.

¹⁷³ Article 4, al. 2, de la Loi du 6 janvier 1989, citée plus haut. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi du 9 mars 2003 modifiant la Loi du 6 janvier 1989, un recours tendant à l'annulation dans ce contexte ne peut être introduit que par les exécutifs, mais aussi par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt.

d'arbitrage considère que les Articles 10 et 11 de la Constitution protègent de toute forme de discrimination à l'égard de tous les droits et libertés reconnus aux personnes relevant de la juridiction de la Belgique, que ces droits ou libertés soient ou non directement applicables en soi, pris isolément de l'exigence de non-discrimination¹⁷⁴. Toute disposition législative créant une discrimination directe ou indirecte en matière d'accès à l'emploi ou de conditions de travail, par exemple, pourrait être soumise à l'arbitrage de la Cour d'arbitrage et éventuellement annulée sur la base des dispositions citées.

4.6.2 *Suppression des dispositions administratives discriminatoires (art. 16(a) Directive)*

Les arrêtés et règlements peuvent être annulés par le Conseil d'État, la seule juridiction administrative en Belgique¹⁷⁵, dans les conditions définies par les Lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973¹⁷⁶. En particulier, l'Article 14 de cette loi dispose que la section d'administration du Conseil d'état rend des arrêts lorsque des recours en annulation ont été introduits contre, entre autres, 'les actes et règlements des diverses autorités administratives', ce qui couvre fondamentalement toutes les normes contraignantes adoptées par l'administration (à tous les niveaux, que cela concerne les instances fédérales, régionales ou communautaires), ou des particuliers¹⁷⁷. Tout acte administratif créant une discrimination peut être annulé par le Conseil d'État (section d'administration) grâce à cette procédure. Ces recours doivent cependant être introduits dans un délai de 60 jours après la publication de la norme contestée. Une fois ce délai écoulé, les actes ne peuvent plus être contestés par un recours en annulation, mais ils peuvent être suspendus (écartés) par les juridictions devant lesquelles ils sont invoqués, si l'on considère qu'ils violent une norme hiérarchiquement supérieure (législative, constitutionnelle ou internationale) quelconque : en effet, l'Article 159 de la Constitution stipule que 'les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois'.

4.6.3 *Mesures nécessaires pour assurer la nullité de dispositions discriminatoires figurant dans les contrats, les conventions collectives, les règlements intérieurs des entreprises, les statuts des professions indépendantes ainsi que dans les statuts des organisations de travailleurs et d'employeurs (art. 16(b) Directive)*

Contrats individuels. L'Article 18 de la Loi du 25 février 2003 stipule que les clauses contenues dans les contrats individuels, y compris les contrats de travail, seront considérées nulles si elles sont en contradiction avec les dispositions de la Loi, qui sont considérées impératives (*'Sont nulles les clauses d'un contrat contraires aux dispositions de la présente loi, et celles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent par avance aux droits garantis par la*

¹⁷⁴ C.A., affaire n° 106/2003 du 22 juillet 2003, spec. B.4.2.

¹⁷⁵ Article 160 de la Constitution.

¹⁷⁶ Une révision importante de cette Loi est en préparation. Toutefois, aucun texte n'est encore publiquement disponible, et il n'est par conséquent pas possible de prendre en compte ces propositions de changements dans le présent rapport.

¹⁷⁷ C.E., 22 janvier 1960, Josse, n° 7559, Descamps, n° 7560 c. Institut des réviseurs d'entreprises, Rec., p. 59.

présente loi). En conséquence, le juge devant lequel lesdites clauses (insérées en violation de la Loi du 25 février 2003 dans des contrats individuels) sont invoquées doit simplement les écarter. Il semblerait que cela s'applique également aux clauses insérées dans les contrats individuels avant l'entrée en vigueur de la Loi du 25 février 2003.

Une disposition similaire figure dans le Décret flamand du 8 mai 2002 relative à une participation proportionnelle sur le marché de l'emploi (Article 13). Les autres instruments adoptés par les Régions et les Communautés pour la mise en œuvre des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE sont muettes sur cette question. L'Article 16(b) de la Directive 2000/78/CE serait ainsi violé.

Conventions collectives. En ce qui concerne les conventions collectives du travail, dont le caractère contraignant a été étendu par l'adoption d'un Arrêté royal¹⁷⁸, l'annulation de ce Décret peut être demandée devant le Conseil d'état. Bien que cela ne conduise pas à l'annulation de la convention collective en soi (en effet, le Conseil d'état se voit explicitement refuser la possibilité d'annuler une convention collective conclue au sein d'une commission paritaire¹⁷⁹), il convient de noter que les clauses de la convention collective qui sont contraires aux dispositions impératives de lois ou d'arrêtés d'exécution ou aux engagements internationaux de la Belgique, seront considérées nulles et non avenues¹⁸⁰. En conséquence, si le Conseil d'état estime qu'une convention collective n'a pu être étendue par Arrêté royal, parce qu'elle contient des clauses qui sont en infraction de dispositions légales impératives ou de traités et règlements internationaux, cela débouchera nécessairement sur l'inapplicabilité des clauses contradictoires de la convention collective par le juge devant lequel la convention est invoquée. En outre, qu'il ait été demandé ou non au Conseil d'état d'annuler l'Arrêté royal étendant le caractère contraignant de la convention, l'Article 9 de la Loi du 5 décembre 1968 obligera le juge devant lequel est invoquée une convention collective de travail qui contient une clause discriminatoire à ne pas tenir compte de cette clause, car la convention collective reste subordonnée aux lois, y compris la Loi du 25 février 2003 et les autres mesures législatives adoptées pour mettre la Directive 2000/78/CE en œuvre. On peut également souligner que, en vertu de l'Article 10 de la Loi du 5 décembre 1968, les dispositions d'une convention collective conclue au sein d'une commission paritaire seront considérées nulles si elles sont contraires à une convention conclue au sein du Conseil national du travail : dès lors, toute convention collective conclue en violation de la Convention collective de travail n° 38 concernant le recrutement et la sélection d'employés¹⁸¹, qui, comme mentionné précédemment dans le présent rapport,

¹⁷⁸ Cette possibilité est prévue par les Articles 28 à 34 de la Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 15 janvier 1969, *erratum*, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 4 mars 1969). En l'absence de l'approbation par l'exécutif de conventions collectives conclues au sein de commissions où les employés et les employeurs sont également représentés (commissions paritaires), la convention collective de travail ne sera contraignante que pour les organisations ayant signé la convention, les employés membres de ces organisations et leurs employés ; en ce qui concerne les conventions collectives conclues au sein des commissions paritaires, toutes les organisations représentées doivent avoir conclu la convention.

¹⁷⁹ Art. 26, al. 3 de la Loi du 5 décembre 1968, inséré par l'Article 107 de la Loi du 20 juillet 1991, Moniteur belge (*Belgisch Staatsblad*), 1 août 1991.

¹⁸⁰ L'Article 9 de la Loi du 5 décembre 1968 dispose que 'sont nulles les dispositions d'une convention : 1° contraires aux dispositions impératives des lois et arrêtés, des traités et règlements internationaux obligatoires en Belgique (...)'.
¹⁸¹ Citée ci-dessus, para. 4.1.5.

depuis 1999 a constitué la première interdiction explicite de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au travail, devra être écartée.

Règlements intérieurs des entreprises, statuts des professions indépendantes et statuts des organisations de travailleurs et d'employeurs. A la connaissance de l'auteur, aucune mesure systématique n'a été prise pour s'assurer que toute disposition discriminatoire restante soit supprimée.

4.6.4 *Lois et dispositions discriminatoires toujours en vigueur*

Aucune.

4.7 **Observations conclusives**

La situation en Belgique est rendue particulièrement complexe par la coexistence de six instruments visant à mettre en œuvre les Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, en particulier dans un contexte où la répartition des responsabilités entre le niveau fédéral, les Régions et les Communautés n'est pas toujours clairement définie, et reste sujette à débat sur le plan doctrinal et dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (*Arbitragehof*) et du Conseil d'État (*Raad van State*). Soulignons également que la nécessité de mettre en œuvre ces Directives a conduit à l'adoption de législations qui sont, en réalité, bien plus ambitieuses, tant quant aux motifs de discrimination qui sont interdits qu'aux situations matérielles dans lesquelles la protection contre la discrimination peut être invoquée. Subsistent les imperfections suivantes :

- En l'absence à la fois d'une initiative de la Commission communautaire française, à laquelle la Communauté française a en 1993 transféré ses compétences en matière de formation professionnelle, et d'une initiative de la Région de Bruxelles-Capitale pour garantir la mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE (et de la Directive 2000/43/CE) à l'égard de son propre personnel, le processus de mise en œuvre reste à ce jour incomplet en Belgique.
- L'incertitude des Régions et des Communautés à propos de leur compétence en matière d'adoption de règles de procédure, concernant, par exemple, les sanctions (pénales ou civiles), le *locus standi* des organisations ou les pouvoirs du tribunal devant lequel est déposée une plainte pour présomption de discrimination, débouche sur une situation dans laquelle la mise en œuvre de la Directive 2000/78/CE du Conseil reste insatisfaisante sur un certain nombre de points, par rapport aux matières tombant dans le champ de compétence des Régions et des Communautés dans le système fédéral belge d'attribution des compétences.
- La coexistence de la notion de harcèlement dans la Loi fédérale du 25 février 2003 et dans la Loi du 4 août 1996 telle que modifiée par la Loi du 11 juin 2002 pourrait créer une incertitude juridique, car le harcèlement au travail relèverait des deux textes, avec des conséquences différentes concernant, notamment, la protection contre les rétorsions de témoins du harcèlement (aucune protection de ce type n'est prévue par la Loi du 25 février 2003) ou le pouvoir du juge à rendre une ordonnance interdisant la

poursuite de la discrimination (action en cessation) (la Loi du 4 août 1996 ne prévoit pas cette possibilité).

- Ni le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté le 19 mai 2004 par la Communauté française, ni le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne le 27 mai 2004 ne semblent respecter l'exigence stipulée à l'Article 9(2) de la Directive 2000/78/CE ou à l'Article 7(2) de la Directive 2000/78/CE en l'absence de toute disposition quant à la possibilité pour certaines organisations habilitées à intenter, pour le compte ou à l'appui du plaignant, des poursuites judiciaires ou une procédure administrative prévues pour le respect de la garantie d'égalité de traitement offerte par ces Décrets.
- Ni le Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement adopté par la Communauté française, ni le Décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle adopté par la Région wallonne, ni le Décret adopté par la Communauté germanophone ne contiennent de dispositions relatives aux rétorsions. De l'avis de l'auteur du présent rapport, bien que cela s'explique par l'avis du Conseil d'état selon lequel les Régions et les Communautés ne peuvent légiférer sur une matière qui est liée à la législation relative aux contrats de travail, cela est en violation de l'Article 11 de la Directive 2000/78/CE et de l'Article 9 de la Directive 2000/43/CE.
- Étant donné que l'employeur peut avoir des raisons légitimes de rassembler des informations concernant l'état civil de l'employé ou du candidat employé, il sera difficile d'éviter que l'employeur ne tire des conclusions, avérées ou non, sur la base des réponses à ces questions, quant à l'orientation sexuelle de l'employé. La protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle par l'exercice du droit à ne pas répondre à des questions sans rapport avec la nature de l'emploi est à cet égard fragilisée (voir 4.3.6).
- L'Article 3 de la Loi du 25 février 2003 mentionne que l'interdiction de discrimination telle que prévue dans cette législation n'enfreint pas les libertés et droits fondamentaux garantis par la Constitution ou les traités internationaux. La Loi aurait pu préciser que seules les restrictions à l'interdiction de discrimination qui sont strictement nécessaires (et, partant, qui restent dans les limites de proportionnalité) à la protection des droits fondamentaux mentionnées dans cette disposition seront acceptables ; par ailleurs, l'Article 2(5) de la Directive exige que les exceptions au principe de l'égalité de traitement soient explicitement stipulées en droit national, ce qui semble exclure une justification de portée générale telle que celle apparemment prévue par l'Article 3 de la Loi du 25 février 2003 (voir 4.4.2).¹⁸²

¹⁸² La même remarque peut être faite à propos de l'Article 6 du *Dekret bezüglich der Sicherung der Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt* qui sera adopté par la Communauté germanophone, qui précise généralement que l'interdiction de discrimination stipulée dans le décret est sans préjudice des mesures qui sont nécessaires pour des raisons de 'sécurité publique', y compris de 'santé publique', sans préciser dans quelles circonstances une telle exception s'appliquera.

- Si l'Article 11 de la Directive 2000/78/CE est lu comme imposant aux États membres l'obligation de veiller à ce que non seulement l'employé victime de la discrimination soit protégé des rétorsions, mais aussi d'autres employés liés à une plainte ou à des poursuites judiciaires, le libellé de l'Article 21 de la Loi du 25 février 2003 semble trop étroit pour inclure également une telle protection. Bien que l'on ne puisse exclure que le même problème puisse être soulevé à propos de l'Article 21 du Décret flamand du 8 mai 2002, une interprétation judiciaire permettrait de le conserver sans qu'il soit indispensable de modifier le libellé du Décret (voir 4.5.10).

Une interprétation judiciaire, conformément au principe *Marleasing* selon lequel une loi nationale doit être interprétée, autant que possible, de manière à remplir les objectifs de la Directive, devrait remédier à une autre lacune, importante :

- La définition de discrimination indirecte de l'Article 2(2) de la Loi fédérale du 25 février 2003 omet une référence explicite au principe de nécessité, qui identifie le rapport entre l'objectif de la disposition, du critère ou de la pratique prétendument discriminatoire et la mesure prétendument discriminatoire pour atteindre cet objectif ; et elle ne fait pas référence à la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure supposée constituer une discrimination indirecte (voir 4.2.4).

Littérature citée dans les notes

Baurain, Pierre, 'La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif?', *Revue notariale*, 1998, p. 619.

Cordier, Jean-Philippe, 'La loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail', *Formation permanente C.U.P. – Droit social*, vol. 56, septembre 2002, p. 448.

De Hert, Paul, et Gutwirth, Serge, 'Cassatie en geheime camera's : meer gaten dan kaas', *Panopticon*, 2001, p. 21.

De Hert, Paul, et Noops, Bart, 'Privacy is nog steeds een grondrecht. Pleidooi voor de uitsluiting van onrechtmatig bewijs', *Ars Aequi*, décembre 2001.

De Schutter, Olivier, 'Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative', *Revue critique de jurisprudence belge*, 1997, p. 105.

De Schutter, Olivier, et Van Drooghenbroeck, Sébastien, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2000.

De Schutter, Olivier, et Weyembergh, Anne, 'La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ?', *Journal des tribunaux*, 2000, p. 93.

De Schutter, Olivier, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, P.I.E. Peter Lang, 2001.

De Schutter, Olivier, 'Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination', Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme – Migration Policy Group, mars 2003.

Defoort, Pieter-Jan, 'De taak van de wetgeverinzake ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid', *Rechtskundig Weekblad*, 1997-1998, 625-635.

Ergec, Rusen, *Introduction au droit public*, t. II, Story-Scientia, 1995.

Garneri, Stéphane, 'Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle', *Revue française de droit constitutionnel*, n°40, 1999, p. 725 et n°41, 2000, p. 67 (2 parties).

Jacqmain, Jean, 'La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail', *Bull. soc.*, n° 137, 2002/8, p. 6.

Jamoulle, Micheline, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Coll. scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994.

Kreit, Georges, 'Réflexions sur le rôle du ministère public devant les juridictions du travail', présenté initialement en 1978, reproduit dans Gosseries, Philippe (ed.), *La doctrine du judiciaire. Ou l'enseignement de la jurisprudence des juridictions du travail*, De Boeck-Université, 1998, p. 647.

Lambrechts, W., 'Het statuut van de godsdienstleerkrachten in het Rijksonderwijs en het tweede huwelijk na echtscheiding', *Rechtskundig Weekblad*, 1986-1987, colonne 246.

Mast, A. et Dujardin, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 7^{ème} édition, Gent, 1987.

Ost, François, 'Rapport général de synthèse', in *Les conflits collectifs en droit du travail. Solutions imposées ou interventions judiciaires ?*, Bruxelles, FUSL, 1989, p. 113.

Rauws, W., et Schyvens, H., 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding', dans K. Rimanque (éd.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerp, Kluwer, 1982, p. 179.

Renchon, J.-L., 'Mariage, cohabitation légale et union libre', in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549.

Rimanque, K., 'Nationale bescherming van grondrechten', *Tijdschrift voor Bestuurs- en Publiekrecht*, 1981, p. 41.

Storme, M., 'De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiele feiten door een gerechtswaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger. W.) en aanverwante vragen', *Rechtskundig Weekblad*, 1994-1995, p. 345.

Tison, M., 'L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge', *Journal des tribunaux*, 2002, p. 697.

Van Oevelen, 'Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht', dans K. Rimanque (éd.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerp, Kluwer, 1982, p. 104.

Van Wassenhove, S., et Brasseur, P., 'De nouvelles mesures contre le harcèlement et la violence au travail', *Journal des tribunaux*, 2002, p. 801.

Verhey, L., *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992.

Voorhoof, D., 'Publicatieverbod outing popgroep : privacybescherming of preventieve censuur?', *Mediaforum*, 1997, 108.

