CAHIERS DE MIGRATIONS
INTERNATIONALES

28

Approche juridique de la discrimination à l'accès à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère

B. Smeesters

sous la direction de
A. Nayer

Service des conditions de travail
BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL GENÈVE

Les cahiers de migrations internationales sont des documents préliminaires à distribution restreinte destinés principalement à stimuler la discussion et l'analyse critique

CAHIERS DE MIGRATIONS INTERNATIONALES

28

Approche juridique de la discrimination à l'accès à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère

B. Smeesters

sous la direction de
A. Nayer

Centre de Recherche et Prospective en droit social (CeRP)
Université Libre de Bruxelles

Service des conditions de travail
BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL GENÈVE

Table des matières

Avant-propos v

Introduction 1

1. Le rôle du droit 1

2. Le contenu du droit 4
2.1. La lutte contre la discrimination à l*accès à l'emploi 5
2.1.1. Evolution normative 5
2.1.2. Commentaires 7
2.2. Le droit au travail 11
2.2.1. Evolution normative 11
2.2.2. Commentaires 12
2.2.2.1. Le droit au travail : un engagement étatique 12
2.2.2.2. Le droit au travail : un droit personnel ? 13
2.2.2.3. Le droit au travail : un défi de société 13
2.3. Egalité d'accès à la fonction publique 14
2.3.1. Evolution normative 14
2.3.1.1. Les conditions générales d*égalité d*accès à la fonction publique 14
2.3.1.2. L*accès des étrangers à la fonction publique 16
2.3.2. Commentaires 18
2.4. La protection des minorités 20
2.5. Le droit au respect de la vie privée 24
2.5.1. Evolution normative 24
2.5.2. Commentaires 25
2.5.2.1. Droit au respect de la vie privée et accès à l*emploi des candidats d*origine étrangère : quelle synergie ? 26
2.5.2.2. Droit au respect de la vie privée et accès à l*emploi des "candidats-travailleurs" d'origine étrangère : quelle protection ? 28

3. L'application du droit 32
3.1. Le contrôle de la disposition de droit pénal par le pouvoir judiciaire 33
3.1.1. Une législation réprimant le racisme et la xénophobie : élaboration et principes . . 33
3.1.2. Une mise en oeuvre déficiente 34
3.1.3. Principales modifications apportées par la loi du 12 avril 1994 36
3.1.4. Mise en application de la disposition sanctionnant la discrimination à l*accès à l'emploi 37
3.2. Le Centre pour l*égalité des chances et la lutte contre le racisme 39
3.3. La lutte contre la discrimination dans le monde du travail 42
3.4. Discrimination positive et principe d'égalité 45

4. Conclusions et perspectives juridiques d*égalité des chances et de lutte contre la discrimination 47
4.1. Le défi du droit face à la discrimination : limites et spécificité 47
4.2. Le droit au quotidien : résistances et initiatives 48
4.3. Le droit à construire : finalité et perspective 48
4.3.1. Finalité 48
4.3.2. Eléments de perspectives de modifications législatives 49

Bibliographie 53

Liste des abréviations 67

Cahiers de migrations internationales 69

Avant-propos

Le présent document a été établi par le Programme des migrations relevant du Service des conditions de travail de l'OIT. Ce programme a pour objectif de contribuer à: i) la formulation, l'application et l'évaluation de politiques internationales en matière de migration adaptées aux objectifs économiques et sociaux des gouvernements et des organisations d'employeurs et de travailleurs; ii) au renforcement de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants et à la protection de leurs droits et de leur dignité. Ses moyens d'action sont la recherche, les services consultatifs et la coopération technique, les réunions et les travaux portant sur les normes internationales du travail. Dans le cadre de ce programme, l'OIT s'emploie également à recueillir, analyser et diffuser les informations pertinentes et joue le rôle de centre d'information pour ses mandants, les services de l'OIT et les autres parties intéressées.

L'OIT est tenue en vertu de sa Constitution de protéger les «intérêts des travailleurs occupés à l'étranger». Elle s'est jusqu'à présent acquittée de cette obligation en élaborant, en adoptant et en contrôlant les normes internationales du travail, et notamment la convention (nº 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, la convention (nº 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, la convention (nº 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975, et les recommandations non contraignantes qui les accompagnent. Les instruments internationaux de ce type sont destinés à faire évoluer la législation nationale des pays qui ont ratifié ces conventions, mais aussi, par voie de conséquence, leurs pratiques.

Les normes de l'OIT consacrées aux travailleurs migrants visent avant tout à promouvoir la non-discrimination ou l'égalité de chances et de traitement. De nombreux pays adhèrent globalement à cet objectif dans les domaines économique et social. Certains ratifient les conventions de l'OIT[1] et font de leur mieux pour s'acquitter des obligations qui en découlent. On pourrait donc penser que la discrimination a disparu de leur législation ou de leurs pratiques. Malheureusement, les faits contredisent cet optimisme, en particulier dans les entreprises privées ou publiques, et il ne faut pas croire que les pays qui n'ont pas ratifié les conventions de l'OIT sont mieux lotis.

En 1993, l'OIT a lancé un programme mondial de lutte contre la discrimination à l'égard des travailleurs immigrés et des minorités ethniques dans le monde du travail. Ce programme, qui s'adresse surtout aux pays industrialisés qui accueillent des travailleurs migrants, vise à montrer aux décideurs, aux employeurs, aux travailleurs et aux formateurs, sur la base d'une comparaison internationale, comment renforcer l'efficacité des mesures législatives et de la formation en matière de lutte contre la discrimination; il comporte quatre grands volets: i) étude empirique du phénomène; ii) étude de la portée et de l'efficacité des mesures législatives; iii) évaluation de la formation et de l'enseignement en matière de lutte contre la discrimination ou d'égalité de traitement; iv) séminaires destinés à diffuser les résultats des travaux de recherche et à en tirer des enseignements.

Cette étude expose les résultats des travaux de recherche entrepris par la Belgique au titre du

[1] Quarante et un dans le cas de la convention nº 97, cent vingt-sept dans le cas de la convention nº 111 et dix-huit dans le cas de la convention nº 143.

deuxième volet du programme. La législation belge y est présentée en détail et, plus particulièrement, les points faibles de son approche. En effet, jusqu'à une période récente ce pays s'est appuyé sur le droit pénal pour supprimer la discrimination dans le monde du travail. Le nombre limité de plaintes, et les difficultés à apporter la preuve des infractions à partir des dispositions du code pénal ont, fort heureusement, conduit à de nouvelles initiatives dans le domaine des relations professionnelles. Des conventions collectives sur la suppression de la discrimination ont été conclues. Leur caractère contraignant a été confirmé par arrêté royal. Dès lors, ces conventions ont non seulement accru les moyens d'action des partenaires sociaux mais aussi ceux du Centre d'égalité des chances et de lutte contre le racisme. Le rapport se termine par une série de suggestions de nature à améliorer encore la protection à l'égard des discriminations contraires à la loi pour les travailleurs migrants et ceux issus de minorités ethniques. Il reste à souhaiter que ces suggestions rencontrent un écho dans le débat politique actuel en Belgique quant à la manière de renforcer l'efficacité des mesures et des politiques visant à combattre la discrimination.

Nous adressons nos plus vifs remerciements aux Services fédéraux des Affaires scientifiques, techniques et culturelles de Bruxelles pour l'appui financier qu'ils ont apporté à la réalisation de ce programme d'étude.

décembre 1998 F.J. Dy-Hammar (Mme)

Introduction

L*étude des comportements discriminatoires à l*encontre des travailleurs et travailleuses d*origine étrangère interpelle, nous le verrons, l*application d*un ensemble de droits fondamentaux. Leur mise en vigueur repose non seulement sur les réglementations adoptées par les autorités régionales et communautaires, mais également sur les normes nationales et internationales régissant les relations juridiques des personnes établies légalement sur le territoire belge. Dans cette perspective, il est proposé de saisir l*évolution de l*ensemble des dispositions concernant l'accès à l'emploi des travailleurs d*origine étrangère.

Par "travailleurs d'origine étrangère" sont visés, dans le cadre de la présente étude, les candidats travailleurs de nationalité étrangère et les travailleurs de nationalité belge d'origine étrangère (par opposition aux travailleurs belges "de souche").

L'expression "accès à l'emploi" recouvre l'ensemble des relations de travail entre employeurs et travailleurs :

— son commencement, incluant la procédure de recrutement,
— sa réalisation, incluant les conditions d'exécution de travail et de carrière,
— son terme, incluant le licenciement.

Toutefois, comme cette étude se situe dans le cadre de la recherche internationale comparative comportant des enquêtes relatives à la discrimination à l'embauche [1], l'accent sera davantage mis sur l'application des normes anti-discriminatoires lors de la relation précontractuelle de travail.

La présentation de cette approche juridique de la discrimination à l'accès à l'emploi est envisagée de la manière suivante. Après avoir tenté de cerner le rôle du droit dans le domaine de l*égalité d*accès à l*emploi (1), seront exposés l*évolution des approches normatives de cette finalité (2) et les écueils et enjeux de l*application de la législation sanctionnant la discrimination à l*embauche (3) ; en conclusion, les perspectives de renforcement des outils juridiques de lutte contre la discrimination à l*embauche clôtureront cette approche (4).

1. Le rôle du droit

Dans la conception du droit des sociétés libérales, l*égalité des chances est, à côté *de la liberté pour tous,* le principe de l*idéal de justice d*une société démocratique, exprimé dans la reconnaissance universelle des droits de l*homme[2]. Celle-ci est fondée sur le droit premier et

[1] Arrijn P, Feld S., et Nayer A. *La discrimination à l'accès à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère,* BIT, 1998.

[2] Vogel-Polsky, E., Catalogue raisonné du droit international des droits économiques et sociaux de la personne, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution,* (sous la direction de Ergec, R.), Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 66 et Lanquetin, M.Th., "De l*égalité des chances. A propos de l*arrêt Kalanke", CJCE, 17 octobre 1995, *Droit social,* 1996, p. 494 et 496, précisant que l*article 41 de la Constitution de l*OIT de 1945-1946, reprenant la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, affirme que la justice sociale implique que « tous les êtres humains, quelle que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des

inaliénable de la dignité inhérente à la personne humaine, en tant qu*individu comme tel et en tant que membre de la société[1].

Par ailleurs, la généralisation de la mise à l*écart du marché du travail de catégories de personnes, telles que les étrangers et les femmes a, on le sait, des effets négatifs sur le développement économique et social des sociétés. L*histoire l*a montré à maintes reprises : 'marginalisation*, exclusion et 'dualisation* riment avec insécurité, dépression économique et violence.

Ainsi que l*a rappelé le Comité économique et social (européen) dans son avis à propos du « Statut des travailleurs migrants » du 24 avril 1991, "Une insertion sociale appropriée, à savoir fondée sur l*égalité des droits et des chances, est la condition indispensable pour éviter la création de «réservoirs » de marginaux et pour ne pas alimenter le travail « au noir, l*économie souterraine, l*évasion fiscale, le non-paiement des contributions sociales, voire la criminalité ». En effet, la discrimination à l*égard des travailleurs immigrés risque de produire des phénomènes de « dumping social » à l*intérieur de la Communauté. Une politique communautaire en faveur de l*intégration sociale se révèle, dès lors, comme un instrument indispensable pour parvenir à un fonctionnement harmonieux du marché intérieur[2]".

C*est dès lors tant pour des raisons d*équité que pour des objectifs de développement économique, social et politique que les Etats ont adopté des mesures législatives visant à favoriser l*accès au marché du travail de travailleurs qui en sont davantage exclus, tels que les travailleurs migrants et les femmes[3].

chances égales ».

[1] Vogel-Polsky E., La reconnaissance en droit international des droits économiques sociaux et culturels de la personne humaine et son interrelation avec l*article 23 de la Constitution, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution, op. cit.*, p. 47 et 67; Knoppers B.M., Commission de réforme du droit au Canada « Dignité humaine et patrimoine génétique », 1991, Montréal, p. 26, citant Myres S., Mc Dougal, Harold D. Lasswell et Lun-Chu Chen, *Human rights and world public order : The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1980; citant Muskowitz M. Dans ce sens, aussi: Haarscher, G., La protection des minorités et ses paradoxes, *Variations sur l*éthique, Hommage à Jean Dabin*, F. U. St Louis, Bruxelles, 1994, p. 364 et Haarscher, G., Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution, op. cit.*, p. 133 et suiv.

[2] Avis d*initiative du Comité économique et social de la Communauté européenne sur le « Statut des travailleurs migrants - pays tiers » du 24 avril 1991 », point 3.2.1. et 3.2.2. Voyez également dans ce sens : Bovenkerk Fr., *Tester la discrimination en milieu naturel, Un manuel pour la recherche comparative internationale relative à la discrimination en raison de la race ou de l*origine ethnique*, (traduction française officieuse par Smeesters B.), Un cercle vicieux de désavantages, BIT, 1992, p. 5 et 6 : «Une société inégale divisée par l*ethnicité ou la race produit à la fois de la résistance dans les minorités et des provocations chez une forte extrême droite »; Rapport mondial sur le développement humain 1994, *Programme des Nations Unies pour le développement humain*, Economica, Paris, 1994, particulièrement p. 21 et p. 4 où il est précisé que le développement humain durable est notamment axé sur les gens, sur l*emploi, la réduction de la pauvreté, l*intégration sociale. La mise en évidence de cette menace que constitue, pour la cohésion économique et sociale de la Communauté, la discrimination fondée notamment sur la *race*, la *couleur* et l**origine nationale* et *ethnique* constitue un des objectifs de l*Année européenne contre le racisme : cf Communication de la Commission sur le racisme, la xénophobie et l*antisémitisme et Proposition du Conseil proclamant « 1997 », Année européenne du racisme, *COM (95)653 final, 95/0355 (CNS)*, 13 décembre 1995, art.2, p.26.

[3] Ce raisonnement, développé ici à propos des travailleurs migrants, peut, a priori, être étendu à toutes les catégories importantes de 'candidats-travailleurs* susceptibles d*être marginalisées.

Sans pouvoir formuler des conclusions définitives dans le cadre de cette réflexion, on peut certainement affirmer que l*impact du droit sur l*évolution des comportements, est, en ce domaine et jusqu*à ce jour, perçu comme étant très relatif.

Malgré un arsenal développé depuis presque un demi siècle, les études[1] réalisées à l*étranger et en Belgique attestent d*une «sous représentation» des travailleurs d'origine étrangère dans les secteurs autres que ceux concentrant une main d*oeuvre étrangère dans des conditions de travail dénigrées par la population autochtone.

Ainsi que le souligne Frank Bovenkerk[2], cette «sous représentation» ne constitue toutefois pas une preuve de l*existence de la discrimination, dans la mesure où le recrutement préférentiel des autochtones peut être motivé par des justifications objectives relatives à la qualification professionnelle[3]. De plus, il est extrêmement difficile, si pas impossible, de contraindre un employeur de recruter un travailleur allochtone, présentant des qualifications objectivement égales à celles d*un travailleur autochtone. Enfin, des critères de recrutement, apparemment neutres, peuvent être, consciemment ou non, imposés par des entreprises, pratiquant de la sorte une discrimination indirecte .

Le traitement différencié lors de l'accès à l'emploi est donc fonction, d*une part, des différences relatives à la qualification et à la formation professionnelles et, d*autre part, des effets de la liberté contractuelle de recrutement de l'employeur, en vigueur, du moins, dans le secteur privé.

C*est la raison pour laquelle le droit constitue une condition nécessaire mais non suffisante[4] de l*avènement d*une politique d*égalité des chances dans l*accès à l*emploi. Ainsi, le respect de la primauté du droit est indissociable du développement d*un climat de tolérance[5], réalisé par la mise en oeuvre de politiques dans le domaine de l*éducation, de la formation professionnelle et de l*emploi. Celles-ci peuvent, elles aussi, faire l*objet de normes élaborées par les pouvoirs publics nationaux, communautaires et régionaux.

Parallèlement à l*expression et au respect des valeurs universelles (parce que générales et permanentes) de dignité, de liberté, de justice et d*égalité, le droit intervient donc aussi lors du processus de mise en oeuvre des politiques spécifiques (parce que particulières et temporaires) favorisant l*émergence d*un climat de tolérance.

[1] Bovenkerk, Fr., *A manual for international comparative research on discrimination on the grounds of "race" and ethnic origin,* p. 2; Feld, S., *La main d*oeuvre étrangère sur la marché du travail en Belgique,* SSTC, 1994, p. 33; Nayer A. (sous la direction de), *La discrimination dans l*accès à l*emploi et l*intégration professionnelle en Région bruxelloise,* CERP, 1991, p. 57 et ss. et Mens en Ruimte, *Les immigrés et l*emploi,* Etude réalisée à la demande de Vix Anciaux, 1992, p. 11 et ss.

[2] Bovenkerk, Fr., *op.cit.*, p. 5.

[3] C*est précisément pour cette raison que le test de situation permet, par une comparaison systématique de candidats également qualifiés, ne différant que par leur origine nationale, de mesurer, avec une marge d*erreur minimale, la discrimination à l*embauche au sein d*une population déterminée : voir partie relative aux enquêtes.

[4] Dans ce sens : Egalité dans l*emploi et la profession, Conférence internationale du travail, 83ème session 1996, *Bureau International du Travail,* 1996, p. 87.

[5] Egalité dans l*emploi et la profession, *op. cit.*, p. 135.

Aujourd*hui, la proclamation - *in abstracto* - du principe juridique de l*égalité de traitement est devenue indissociable de la poursuite - *in concreto* - d*une politique effective de l*égalité des chances.

2. Le contenu du droit

Les dispositions légales visant à établir des conditions d*égalité à l*emploi pour tous les travailleurs s*inscrivent dans plusieurs directions : la lutte contre la discrimination (2.1), le droit au travail (2.2), l*accès à la fonction publique (2.3), la protection des minorités (2.4). Enfin, le droit au respect de la vie privée interpelle directement les pratiques discriminatoires (2.5).

Historiquement, les développements du « corpus juridique » attaché à ces différents champs du droit ne sont pas simultanés. Ainsi, si la Déclaration universelle des droits de l*homme (10 décembre 1948, *MB*, 31 mars 1949) prévoit le droit au travail, (art. 23), le droit au respect de la vie privée (art. 12) et le principe d*égalité devant nécessairement accompagner l*exercice de ces différents droits (art.7), la concrétisation de ces principes dans des lois s*est réalisée par étapes distinctes.

On propose de brosser ci-dessous les mouvements tracés par l*élaboration successive des principales normes couvrant les différentes approches de l*égalité d*accès à l*emploi depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Du point de vue de leur force contraignante, ces normes, internationales, nationales, communautaires ou régionales[1], soit n*ont aucun effet direct, soit ont un effet direct si les particuliers peuvent en revendiquer l*application, soit forment une obligation « de faire » à l*égard des Etats ou des pouvoirs publics, tenus de les rendre effectives.

En Belgique, la jurisprudence a consacré le principe de la primauté du droit des traités internationaux sur le droit interne. D*une manière générale, les dispositions des traités ratifiés peuvent produire un effet direct si elles sont claires et juridiquement complètes, si elles imposent à l*Etat une obligation de s*abstenir ou une obligation d*agir d*une manière précise et si elles sont susceptibles d*être invoquées en tant que droit par des particuliers sans qu*il faille adopter aucune législation interne pour les besoins de leur mise en œuvre[2].

L*objectif n*est pas ici d*approfondir l*étude des normes de droit international, communes à beaucoup d*autres pays, mais bien de décrire le contexte dans lequel ont émergé les normes de droit belge. Il s*agit d*observer, à partir de la Déclaration universelle des droits de l*homme, l*évolution historique des normes importantes dans le domaine concerné, d*essayer de saisir les écueils de leur effectivité et de leur efficacité, et peut-être de déceler le sens des perspectives nouvelles d*appréhension par le droit de l*égalité des chances dans le domaine de l*accès à l*emploi.

[1] C.à.d. élaborées par les Communautés française ou flamande.

[2] Commission des Communautés européennes, *Moyens juridiques pour combattre le racisme et la xénophobie*, Décembre 1992, p. 40.

En d*autres termes, le pari tenté ici - soit l*hypothèse de travail de l*approche juridique de cette contribution - est de tracer, par une lecture de type « phénoménologique » du droit, un tableau « impressionniste » de son développement, à partir des « percées temporelles » des normes concernées.

2.1. La lutte contre la discrimination à l*accès à l'emploi

Ne pas être discriminé dans les relations de travail repose sur le droit d*accès à l*emploi sur base des seules qualifications professionnelles objectives, à l*exclusion d*autres critères relatifs à la personnalité du 'candidat travailleur*. Ceux-ci sont souvent énoncés dans un texte légal prohibant la discrimination et peuvent varier d*une législation à l*autre.

Dans les conclusions de son rapport de 1996 relatant l*étude spéciale sur l*égalité dans l*emploi et la profession telle qu*elle est régie par la Convention n° 111 de l*OIT, la Commission d*experts a sollicité un élargissement des critères susceptibles de fonder un comportement discriminatoire (tels que la nationalité, l*âge,...)[1]. Dans le cadre de cette étude, sont reprises les dispositions prohibant la discrimination de manière générale et celles qui en ont précisé les critères, dans la mesure où ceux-ci visent la nationalité ou l*origine nationale ou ethnique de travailleurs séjournant légalement sur le territoire belge[2].

2.1.1. Evolution normative

Après la Déclaration Universelle des droits de l*homme de 1948, diverses dispositions ont été adoptées en droit belge :

- L*article 10 de la convention collective n° 38 du 6 décembre 1983 tel que modifié par la convention n°38 bis du 29 octobre *1991* et la convention n° 38 ter du 17 juillet 1998 ont explicité cette disposition en précisant les critères de distinction prohibés, parmi lesquels figurent la *race*, la *couleur*, *l*ascendance nationale* ou *l*origine nationale* ou *ethnique*. Selon celui-ci, ' L*employeur qui recrute ne peut traiter les candidats de manière discriminatoire. Pendant la procédure, il 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. Bien que n*ayant pas été rendue obligatoire

[1] Egalité dans l*emploi et la profession, *op. cit.*, pp. 132-134.

[2] Ne sont pas abordées, dans le cadre de cette étude, les règles régissant spécifiquement la libre circulation des travailleurs des Etats membres de l'Union européenne.

par arrêté royal, cette disposition a été élaborée en accord avec l*ensemble des partenaires sociaux .[1]

- Les articles 15 et 13 du décret flamand du 3 mars 1993[2] réglant l*agrément des bureaux de placement, de recrutement et de sélection, prévoient que, pour être agréés, ces bureaux doivent s*engager « à traiter objectivement et de façon non discriminatoire des candidats et employeurs ».

- L*article 5 du décret du Conseil flamand du 31 mars 1993, portant définition de la Charte du demandeur d*emploi prévoit que tout demandeur d*emploi a droit à un traitement égal et que l*office flamand de l*emploi et de la formation professionnelle agira envers les demandeurs d*emploi sans distinction notamment de *race*, de *couleur de la peau*, de *nationalité* ou *d*origine sociale*.[3]

- L*article 191 de la Constitution coordonnée le 17 février 1994[4] accorde la jouissance de la protection accordée aux personnes et aux biens à tout étranger se trouvant sur le territoire de la Belgique.[5]
- L*article 2bis de la loi du 30 juillet 1981, tel que modifié par la loi du 12 avril 1994[6] tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, sanctionne **pénalement** la discrimination, en raison de la *race*, de la *couleur*, de *l*ascendance*, de l**origine* ou de la *nationalité*, en matière de placement, de formation professionnelle, d'offre d'emploi, de recrutement, d'exécution du contrat de travail et de licenciement des travailleurs.

2.1.2. Commentaires

1. L*arsenal juridique élaboré dans l*objectif de lutter contre la discrimination à l*embauche s*est donc surtout développé, sur le plan international, dès les années 1950-1960; les conventions internationales ont été intégrées dans l*ordre juridique interne de la Belgique dans un délai variant

[1] L'arrêté royal du 8 octobre 1998 (*MB*, 27 octobre 1998) a rendu obligatoire cette disposition relative à l'interdiction de discrimination. En droit belge, la convention collective rendue obligatoire par Arrêté Royal lie tous les employeurs et travailleurs qui relèvent de la commission paritaire (et donc pas seulement ceux qui ont été impliqués lors de sa conclusion ou de son adhésion) et peut donner lieu à des sanctions pénales en cas d'infraction ou d'obstacle à sa surveillance (loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, art. 19, 31 et 56, *MB*, 15 janvier 1969).

[2] *MB*, 22 juin 1993.

[3] *MB*, 9 juin 1993.

[4] *MB*, 17 février 1994.

[5] La mention "sauf exceptions prévues par la loi" serait devenue largement inopérante dans la mesure où la Belgique aurait renoncé, en approuvant l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à la faculté de déroger aux droits consacrés par la Constitution, autres que ceux concernant les droits politiques et l'accès au territoire: Uyttendaele, M., *Droit public*, PUB Livre VIII, p. 850-857 et les arrêts de la Cour d'arbitrage rendus dans ce sens, cités par Martens, A., *La prévention du racisme sur les lieux du travail en Belgique*, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, WP/95/39/FR, p. 37 et 38, dont l'arrêt du 14 juillet 1994, 61/94, B2 périsse: "Il ne résulte donc en aucune façon de l'article 191 (code de la Constitution) que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature du principe en cause".

[6] *MB*, 14 mai 1994.

de 4 à 29 ans suivant la date de leur conclusion; et il faut attendre les années 1980-1990 pour que soient adoptées les premières normes nationales ‘antidiscriminatoires* dans le domaine de l*accès à l*emploi.

Certaines dispositions sont liées à la construction du marché européen; d*autres sont postérieures aux accords bilatéraux adoptés par les pays économiquement développés, dont la Belgique, avec les pays fournissant des contingents de main-d*oeuvre[1].

Ainsi,le *cadre de droit international* dans lequel ont été élaborées ces dispositions de droit belge, est constitué des normes suivantes [2]:

- la Convention n° 97 de l*Organisation Internationale du Travail concernant les travailleurs migrants (révisée en 1949),[3]
- la Convention de sauvegarde des droits de l*homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950[4],
- le Traité de Rome conclu le 25 mars 1957, [5]
- la Convention 111 concernant la discrimination en matière d*emploi et de profession du 25 juin 1958,[6]
- la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961,[7]
- la Convention internationale sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965[8],
- le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 ,[9]
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966,[10]

[1] Voyez par exemple la loi du 13 décembre 1976 portant approbation des accords bilatéraux relatifs à l*emploi en Belgique de travailleurs étrangers (conclus entre 1956 et 1970); la convention entre la Belgique et la Maroc relative à l*occupation de travailleurs marocains en Belgique a, quant à elle, été signée le 17 février 1964.

[2] On peut également relever des initiatives européennes récentes : la Résolution 90/C/157/01 du Conseil de l*Europe du 25 mars 1990 relative à la lutte contre la racisme et la xénophobie, la résolution du 5 octobre 1995 du Conseil (travail -affaires sociales) des représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne, relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie dans les domaines de l*emploi et des affaires sociales et la déclaration commune du 21 octobre 1995 des partenaires sociaux de l'Union européenne sur la prévention de la discrimination raciale et de la xénophobie et la promotion de l*égalité de traitement sur le lieu de travail.

[3] Ratifiée par la Belgique le 27 juillet 1953.

[4] Entrée en vigueur en Belgique par la loi du 13 mai 1955. Signalons ici que : "le principe de non-discrimination précisé à l'article 14 de la Convention s'applique horizontalement aux relations privées" : Spielmann D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 38.

[5] Approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *MB*, 25 décembre 1957.

[6] Ratifiée par la Belgique le 22 mars 1977.

[7] Approuvée par la loi du 11 juillet 1990, *MB*, 28 décembre 1990, après les décrets du 8 juillet 1983, pour la Communauté française, du 21 mars 1990 pour la Communauté flamande et du 5 juin 1990, pour la Communauté germanophone.

[8] Ratifiée par la Belgique le 9 juillet 1975, *MB*, 11 décembre 1975.

[9] Ratifié par la Belgique le 15 mai 1981, *MB*, 6 juillet 1983.

[10] Ratifié par la Belgique le 15 mai 1981, *MB*, 6 juillet 1983.

- l*accord de coopération entre la Communauté économique européenne et le royaume du Maroc du 27 avril 1976 ,[1]

2. Sans prétendre, ici, à une étude approfondie de l*effectivité et de l*efficacité de ces normes, telle qu*elle ressort notamment[2] de la jurisprudence, on relève toutefois que dans les commentaires qui ont tenté de saisir les causes du maintien, en toute impunité, de comportements discriminants, notamment dans le domaine du recrutement, est fréquemment mise en évidence la difficulté, pour le plaignant, d*apporter la preuve de la discrimination, particulièrement dans des relations, régies, en droit, par la liberté contractuelle[3].

Cette preuve est rendue malaisée par la complexité même du concept juridique de « discrimination ». En effet, telle qu*elle ressort des dispositions contenues[4] dans les normes énoncées ci-dessus, la définition de la discrimination comprend, indépendamment du domaine[5] dans lequel intervient le traitement différencié, les éléments suivants[6] :

1° un traitement différencié, tel qu*une distinction, une exclusion,
2° un critère légalement prohibé ou arbitraire[7] (impliquant un manque de motif *légitime*, ou de justification *objective et raisonnable*, soit encore une absence de *rapport raisonnable de proportionnalité* par rapport à une *finalité* déterminée) provoquant cette différence de traitement, telle que l*origine nationale,
3° un résultat objectif résultant de cette différence de traitement, constituant le plus souvent en la destruction ou l*altération de l*égalité des chances ou de traitement.

Dans le secteur économique privé, l*employeur n*est pas tenu de motiver la décision d*engagement et le travailleur n*a pas accès aux dossiers de candidatures; de plus, le régime légal de la preuve

[1] JOCE, 27 septembre 1978.

[2] La technique du test de situation constitue, à cet égard, un autre moyen de mesurer l*effectivité et l*efficacité de ces normes : Arrijn, P., Feld, S., et Nayer, A., *op. cit.*

[3] Lochak D., Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit social*, novembre 1987, spécialement « La liberté contre la l*égalité : la discrimination introuvable », p. 789, B. Dans ce sens aussi : Nayer, A., *Introduction aux statuts de l*étranger, Préface de F. Rigaux*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1991, p; 373.

[4] Article 1er de la Convention n° 111 de l*OIT, article 1er de la Convention internationale sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale, article 1er, al.1 de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (cette dernière disposition n*énonce toutefois pas les critères de la discrimination, énumérés dans les paragraphes suivants, relatifs à la qualification des infractions).

[5] Lochak, D., *op. cit.*, p. 780.

[6] Egalité dans l*emploi et dans la profession, *op. cit.*, p. 12.

[7] Cass. 7 octobre 1981, *Pas.* 1982, p. 194; Arrêts *Fredin c. Suède (n°1)* du 18 février 1991 et arrêt *Spadea et Scalabrino c. Italie* du 28 septembre 1995, cités dans Lambert, P., La cour européenne des droits de l*homme, *JT Droit européen*, 15 février 1996, p.39; dans ce sens aussi Lochak, D., *op. cit.*, p. 780 et suiv. Jurisprudence de la Cour d*Arbitrage, selon laquelle « L*égalité et la non-discrimination n*excluent pas qu*une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu*elle repose sur un critère objectif et qu*elle soit raisonnablement justifiée. L*existence d*une telle justification doit s*apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que des effets de la nature des principes en cause; le principe d*égalité est violé lorsqu*il est établi qu*il n*existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Voyez par exemple : CA 18 juin 1992, n° 47/92, CA 29 juin 1994, n° 52/94, CA 14 juillet 1994, n°61/94, CA 2 mars 1996, n° 21/96.

actuellement en vigueur en Belgique n*autorise pas n*importe quel moyen. Dès lors, si la publication d*annonces manifestement discriminatoires peut contribuer à prouver l*existence d*un critère illégal, l*absence de transparence des procédures d*embauche, inhérent à la liberté de recrutement des entreprises, rend extrêmement périlleuse l*action en réparation consécutive à une discrimination : assurément, l*exigence de la triple preuve de la distinction de traitement (1°), des critères ayant présidé à la décision d*engagement - et de leur caractère éventuellement arbitraire - (2°) et de l*évaluation du dommage (3°) est extrêmement lourde.

3. Aux difficultés d*apporter la preuve matérielle de la discrimination, s*ajoute le poids de la charge de la preuve incombant au demandeur, c*est-à-dire, dans notre hypothèse, le 'candidat travailleur* s*estimant lésé. Dans la perspective d*une modification législative, il serait toutefois possible de s*inspirer du mécanisme de renversement de la charge de la preuve, déjà inséré dans certaines dispositions relatives à l*égalité des chances entre hommes et femmes, sur base de présomptions[1] (dans cette hypothèse, en cas de modification des conditions de travail ou de licenciement après dépôt d*une plainte).

4. En sus des écueils freinant les possibilités d*ester en justice, il est permis de s*interroger sur l*efficacité réelle d*une mise en oeuvre par les entreprises d*une mesure limitée à une obligation *négative* (= ne **pas** discriminer), destinée à se greffer sur une logique, une dynamique de créativité et d*expansion. A cet égard, les campagnes mettant en évidence des potentialités nouvelles qu*offre pour les entreprises le caractère 'multiculturel* d*un personnel recruté sans discrimination semblent - a priori- relever d*une démarche complémentaire plus positive[2].

5. Les législations actuellement en vigueur de lutte contre la discrimination ne permettent pas (ou difficilement) de rencontrer les discriminations indirectes, résultant de procédures de sélections apparemment neutres,[3] et résistent mal « à la crise (et) ... à la montée des emplois précaires »[4].

6. Force est de constater que la procédure pénale présente, pour le plaignant, l'inconvénient de n'entraîner aucune répercussion positive sur leur accès à l'emploi.

7. La prévention est susceptible d'accroître l'efficacité de la loi. Dans cette optique, des mesures destinées à favoriser l'application de la loi du 12 avril 1994 prohibant la discrimination à

[1] Loi du 4 juillet 1978, art. 138 § 2. La Commission européenne devrait, en principe, présenter très prochainement une proposition de directive fondée sur l*Accord sur la politique sociale de Maastricht relative à la question de la charge de la preuve dans les affaires de discrimination fondées sur le sexe : Jus-letter, 23-96 - 10/26 - 95.

[2] Voyez par exemple à ce sujet : Verreet E., « Intégrer les minorités. Personnel multiculturel : l*atout » et « La diversité enrichit », *Talent*, 24 août 1995, Année 3, n°29. Dans ce sens, également : « Programme d*immigration et politique d*intégration », Ch. II, A.3, cité in Question n°131 de Mme de Bethune du 5 avril 1996, *Q et R, Sénat*, 7 mai 1996, p; 847, précisant notamment que « La présence stable en Belgique de personnes d*origine étrangère doit être considérée comme un apport positif pour notre société ».

[3] Cf. insertion de l*expression « discrimination indirecte » dans l*art. 2 de la Directive 76/O7 du Conseil CEE susmentionné et dans l*article 1er d*un projet de Directive du Conseil relative à l*élimination des discriminations raciales, qui a fait l*objet d*une proposition présentée en avril 1993 au Parlement européen, au Conseil et à la Commission et aux Etats membres. Voy. également Garonne P., La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale, *RTDE*, 1994, p. 425-450; Lanquetin M.Th., *op. cit.*, p. 501 et de Schutter O. et Renauld B., Egalité de traitement : l*action affirmative devant la Cour de Justice dans la Communauté européenne. A propos de l*arrêt « Kalanke » du 17 octobre 1995, *JTT*, 1996, p. 128.

[4] Lanquetin, M.Th., op. cit., p. 500, évoquant ce même constat à propos de l'"objectif d'égalité professionnelle".

l'embauche ont été adoptées par les bureaux de placement régionaux en régions flamande et bruxelloise .[1]

2.2. Le droit au travail

2.2.1. Evolution normative

Après la Déclaration Universelle des droits de l*homme de 1948, ces dispositions ont été adoptées en droit belge :

- L*article 23 de la Constitution coordonnée le 17 février 1994[2] prévoit que « Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine » et que les normes « garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, des droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment le droit au travail et au libre choix d*une activité professionnelle dans le cadre d*une politique générale de l*emploi,... ». Cette disposition est applicable aux Belges et aux étrangers se trouvant sur le territoire belge.[3]
- L*article 1er, A de l*arrêté royal du 19 mai 1995[4] supprime l*exigence du permis de travail pour plusieurs catégories de travailleurs étrangers, parmi lesquels figurent ceux qui sont en possession régulière de leurs documents de séjour.
- Les modifications les plus importantes sont les suivantes[5] :

a) 'Dispense de l*obligation du permis de travail (A ou B) pour les ressortissants étrangers en possession d*un titre d*établissement. Cette disposition a été introduite suite à la proposition faite par le Commissariat royal à la politique des immigrés. Le but étant de faciliter l'intégration d*étrangers qui ont un droit illimité au séjour en Belgique en supprimant toute possibilité de discordance entre leur droit au séjour et leur droit à l*emploi;

[1] Voyez notamment :*Dixième rapport périodique, Belgique Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination*, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 9 janvier 1996, p. 29-31, Interdepartementale commissie Etnisch culturele Minderheden, *Het Vlaamse beleid naar etnisch culturele minderheden*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, p. 56-59, Martens A., *La prévention, op. cit.*, p. 63 et ORBEM, *Note au personnel, Traitement des offres d'emploi discriminatoires*, circulaire du 17 juin 1996. Cette note comportant une définition de la notion de discrimination et une synthèse des dispositions légales, établit étape par étape, la procédure à respecter pour le traitement discriminatoire des offres d'emploi. Elle précise que 'Le principe de base est que chaque fois que l'ORBEM constate un problème, il propose au client employeur un entretien pour le résoudre. Si cette proposition n'aboutit pas, alors l'ORBEM informe l'employeur qu'il ne lui est pas possible de gérer son offre d'emploi en dehors des critères fonctionnels et donc dans l'illégalité".

[2] *M.B.*, 17 février 1994.

[3] Ergec, R., Introduction générale, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, (sous la direction de Ergec, R.,), Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 12.

[4] *MB*, 1er juin 1995.

[5] *Convention internationale sur l'élimination de toutes des formes de discrimination raciale, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 10ème rapport périodique*, Belgique, 9 janvier 1996, p. 14 et 15.

b) Suppression de la discrimination vis-à-vis des membres non CE de la famille d*un Belge. Ces personnes bénéficient désormais des même droits que les membres non CE de la famille d*un ressortissant de l*Espace économique européen, ils ne seront plus soumis à l*obligation du permis de travail (A ou B) ;
c) Les apprentis de nationalité étrangère ne seront plus soumis à l*obligation de permis de travail;
d) Consécration de la pratique administrative appliquée depuis de nombreuses années de la dispense de permis de travail pour les étudiants qui étudient en Belgique, pour le travail effectué pendant les vacances scolaires;
e) Dispense de l*obligation du permis de travail, pour une période maximum de trois mois consécutifs, pour les artistes de spectacle de réputation internationale*.

2.2.2. Commentaires

Le développement des normes de droit international tendant à promouvoir la reconnaissance du droit au travail a été amorcé début des années '60. Les normes n*ont été intégrées dans notre ordre juridique interne qu*à partir des années '80. Et il faut attendre les années '90 pour qu*une disposition de droit belge, en l*occurrence constitutionnelle, l*exprime explicitement.

Ainsi, le *cadre de droit international* dans lequel ont été élaborées ces dispositions de droit belge, est constitué des normes suivantes [1]:

- la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961[2],
- le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966[3].

Le droit au travail est une composante des droits économiques, sociaux et culturels, appelés « droits de l*homme de la seconde génération », dont la réalisation conditionne celle des droits civils et politiques, dits « de la première génération ».
Cette évolution législative résulte de la prise de conscience historique des conditions de l*effectivité des droits fondamentaux.
Le droit au travail comporte, à l*instar d*autres droits économiques et sociaux (tels que le droit au logement,...), plusieurs dimensions :
- il constitue d*abord un engagement des Etats concernés (2.2.2.1.);
- l peut également contribuer à la réalisation d*un droit personnel (2.2.2.2.);
- il apparaît comme un défi de société (2.2.2.3.).

2.2.2.1. Le droit au travail : un engagement étatique

[1] Signalons aussi l*Accord sur la Politique sociale conclu entre les Etats membres de la Communauté européenne à l*exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d*Irlande du Nord, annexé au Traité de Maastricht du 7 février 1992 (approuvés par la loi du 26 novembre 1992, *MB*, 30 octobre 1993).

[2] Approuvée par la loi belge du 11 juillet 1990, après les décrets du 8 juillet 1983, pour la Communauté française, du 21 mars 1990, pour la Communauté flamande et du 5 juin 1990, pour la Communauté germanophone.

[3] Ratifié par la Belgique la loi du 15 mai 1981, *MB*, 6 juillet 1983.

Le droit au travail, dont le plein accomplissement n*est concevable que dans une perspective de plein emploi, a un caractère dit « programmatique » : c*est un engagement de l*Etat concerné à favoriser un niveau d*emploi aussi élevé et stable que possible, et donc un accès à l*emploi pour le plus grand nombre possible.

Cet engagement comprend :
1° une interdiction de prendre des mesures "impliquant un retour en arrière" (soit un rabaissement du niveau de protection de la norme), même si elles relèvent d*une "législation nationale assurant la réalisation d*un objectif à un niveau plus élevé que ce que requiert une norme internationale".[1]
2° une obligation positive de promotion effective du droit au travail par une politique économique et sociale encourageant la création d*emplois accessibles à tous, le développement du capital humain, impliquant l*élargissement des connaissances et l*accroissement de l*acquisition des compétences par l*ensemble des citoyens[2]. Par exemple, la promotion du droit au travail exige que la législation soit révisée lorsqu*elle comporte une entrave à l*exercice de ce droit pour une partie de la population. Ainsi en va-t-il des personnes qui, parce qu*elles sont exclues, en raison de leur nationalité ou de leur statut, du minimum des moyens d*existence, (tout en percevant un montant équivalent à celui de ce minimum), ne peuvent accomplir les activités effectuées dans le cadre d*une agence locale de l*emploi[3].

2.2.2.2. Le droit au travail : un droit personnel ?
Le droit au travail n*a, en principe, aucun effet direct : les particuliers ne peuvent en réclamer l*application immédiate[4]. Deux réserves tempèrent ce principe :

1° la reconnaissance de ce droit influence l*interprétation des lois par les juges.[5] Cet effet sur l*évolution des droits économiques et sociaux sur la jurisprudence s*est déjà manifestée en matière de droit au logement[6].

2° la reconnaissance du droit au travail implique le droit de ne pas en être injustement éloigné ou privé. Partant de la définition selon laquelle il constitue « la faculté pour chacun, s*il existe des besoins de main d*oeuvre qu*il pourrait satisfaire, de ne pas voir son accès à l*emploi entravé de

[1] Jacqmain, J., "Droit au travail, droit du travail", *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution,* (sous la direction de Ergec R.,), Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 181.

[2] Thys-Clement, F., "Allocution prononcée à l*occasion de la remise des Solvay-Awards", 1er mars 1993, Doc. interne de l*ULB, p. 2, qui précise : « Il faut associer capital physique et capital humain pour générer la croissance ».

[3] Question n°42 de M. J. Valkeniers du 12 mars 1996 « Agence locale pour l*emploi - Etrangers », *Q et R., Chambre Représ.*, (SO 1995-1996), p. 4.568 et 4.569

[4] Document de révision de la Constitution, 1991-1992, n° 100-2/3° (SE 1991-1992) du 15 janvier 1992, p. 13.

[5] Ibidem et Martens, P., Conclusions générales, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution,* (sous la direction de Ergec R.,), Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 313, précisant : « Ils sont (...) un des éléments de la dialectique permanente entre les textes, la doctrine et la jurisprudence, dans un travail de création du droit vivant que les juges accomplissent avec d*autant moins de scrupules que le droit positif, ne serait-ce que par ses incertitudes et ses contradictions, les y invite ».

[6] Fierens J., Le droit à un logement décent, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution,* (sous la direction de Ergec R.,), Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, p.238 et 239.

considérations autres que celles tirées de ses aptitudes et des caractéristiques du poste à pourvoir »[1].

2.2.2.3. Le droit au travail : un défi de société

Consacré dans la Charte sociale européenne au moment des golden sixties, son intégration dans la Constitution belge en période de récession économique et de perte de tout espoir de voir restaurer le plein emploi n*a pas manqué de soulever des interrogations et des commentaires quant à la portée juridique et au sens de la reconnaissance d*un tel droit.

Que peut-il signifier dans une société tiraillée par les exigences de compétitivité, préoccupée par les questions de partage du travail et du temps de travail, hantée par les phénomènes de 'délocalisation* des entreprises vers des pays à faible coût de la main d*oeuvre, surprise par l*émergence, même timide, du télétravail, déchirée par le démantèlement progressif du droit au travail ? Dernières volontés de l**Etat-Providence*[2]? Peut-être peut-on en effet percevoir l*insertion, dans notre Constitution, des droits économiques, sociaux et culturels comme le « message que, comme une bouteille à la mer, nos constituants ont lancé aux générations futures...Car si une société nouvelle peut se passer d*exprimer des vérités reçues dont elle s*inspire, une société finissante a besoin de dire les valeurs menacées qu*elle veut léguer... S*il est vain d*écrire, quand elles sont incontestées les valeurs qui inspirent les lois, il n*est pas inutile de les dire quand l*avenir ne nous garantit pas que le progrès qui les a portées continuera de les soutenir »[3]. Il n*est peut-être pas sot d*imaginer que la mutation sociale qui s*opère actuellement est susceptible de menacer les fondements intrinsèques de la personne humaine que le droit au travail permettra de sauvegarder ou d*anéantir, selon l*usage qui en sera fait.

2.3. Egalité d'accès à la fonction publique

Les procédures d*engagement dans le secteur public sont plus transparentes que celles en vigueur dans le secteur privé : les conditions attachées aux différents postes à pourvoir font l*objet de publications préalables officielles, les procédures de recrutement sont réglementées. Les décisions de nominations doivent donc, à l*instar de tout acte administratif, être motivées et le Conseil d*Etat contrôle la légalité des procédures et le respect du principe de l*égalité d*accès à la fonction publique.

2.3.1. Evolution normative

Sont successivement envisagés les critères relatifs à l*égalité d*accès à la fonction publique, dont peut se prévaloir toute personne remplissant les conditions requises pour accéder au poste à pourvoir (2.3.1.1.) et ensuite des dispositions particulières régissant l*accès des étrangers à la fonction publique (2.3.1.2.).

2.3.1.1. Les conditions générales d*égalité d*accès à la fonction publique

[1] Lyon-Caen G., *Les libertés publiques et l*emploi*, Documentation française, Paris, 1992, p. 58.

[2] Martens P., *op. cit.*, p. 309.

[3] Idem.

L*article 11 de la Constitution[1] précise que la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges (dont celui d*accéder à la fonction publique énoncé dans l*article précédant) doit être assurée sans discrimination.

En application des articles 4 et 7 de la Convention n° 151 de l*OIT du 27 juin 1978, entrée en vigueur en Belgique le 21 mai 1992[2], les Etats signataires se sont engagés à ne pas subordonner l*emploi d*un agent public à la condition d*appartenance ou de 'non-appartenance* à une organisation d*agents publics (art. 4) et à développer des méthodes permettant la représentation des agents publics (telle que les organisations d*agents publics) afin de négocier les conditions d*emploi avec les autorités publiques (art. 7)[3].

En considération de la jurisprudence de ces dernières années, plusieurs principes définissant les conditions d'égalité d'accès à la fonction publique peuvent être dégagés:

1° la nécessité de concevoir un *cadre organique licite et équitable.*

Ainsi jugé :

- que l'Etat a l'obligation d'adapter son cadre organique en vue de respecter la *parité linguistique;* [4]
- *que l'engagement d'agents contractuels* doit rester *exceptionnel* et qu'il est surtout indiqué pour des postes temporaires;[5] qu'est illégal le détournement de la finalité de cette forme d'engagement par un organisme public;[6]
- que sont discriminatoires les systèmes des *quotas réservés*, ayant pour effet d'interdire à l'administration d'attribuer la meilleure note de signalement chaque fois que le nombre d'autres agents qui la méritent atteint le quota fixé.[7] Selon la jurisprudence communautaire,[8] est interdite toute disposition limitant *numériquement* l'accès à l'emploi d'étrangers ressortissant d'Etats membres.[9]

[1] Coordonnée le 17 février 1994 (*MB*, 17 février 1994), reprenant l*article 6 bis (tel que modifié par la loi du 24 décembre 1970) du texte ancien de la Constitution belge du 7 février 1831. Cette disposition fonde le droit à la non-discrimination dans le secteur public : Jacqmain, J., "Droit au travail, droit du travail", *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*,(sous la direction d*Ergec R.), Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995, p 187.

[2] *MB*, 26 juillet 1991.

[3] La négociation visée couvre les projets de lois, de décrets et d*ordonnances, mais non les proposition d*initiative parlementaire : Jacqmain, J., *op. cit*., p. 187.

[4] Bruxelles (Cour d'appel), 28 novembre 1994, *JLMB*, p. 1108.

[5] CT, Mons, 20 janvier 1992, *JLMB*, p. 1121.

[6] Bruxelles (Cour d'appel), 28 novembre 1994, *JLMB*, p.1108.

[7] CE, 31 mai 1994, n°.47.689 et n°.47.691, *MB*, 20 juillet.

[8] Confirmant sur ce point l'article 4 du règlement 1612/68.

[9] CJCE, 12 décembre 1974.

2° la nécessité d'une *évaluation préalable objective des candidats* effectuée selon une procédure licite impliquant une délibération correcte et dont l'information est communiquée aux candidats[1].

Ainsi jugé
quant à la légalité de la procédure :

- que l'autorité investie du pouvoir de nomination est *tenue de comparer* effectivement les *titres et mérites* des candidats;[2]
- qu'une partie de l'examen peut être annulée par le Conseil d'Etat si les questions d'examen n'ont pas le *caractère de questions d'examens* ou si elles ont pour seul but de mettre un candidat en difficulté;[3] cette décision peut être rapprochée de celle émanant de la Cour de Justice précisant l'article 3 du règlement 1612/68, selon laquelle *l'exigence linguistique* ne peut être imposée que pour autant que, s'inscrivant dans la cadre de promotion d'une langue nationale, reconnue comme officielle, elle soit mise en oeuvre de façon proportionnelle et non discriminatoire.[4]

quant à la communication les résultats aux candidats :

- qu*est légale la communication de la note insuffisante obtenue à l'épreuve psychotechnique pour motiver un échec;[5]
- que les réserves émises lors de la réussite d'un examen ne peuvent être invoquées par les pouvoirs publics sans limitation de temps : " en décider autrement équivaudrait à accepter le retrait illimité d'un acte administratif ".[6]

2.3.1.2. L*accès des étrangers à la fonction publique

Les étapes du régime légal belge en vigueur sont les suivantes :

- L'article 10, al. 2 de la Constitution[7] précise que seuls les Belges sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

[1] CE, n°46. 835, 31 mars 1994, *Arr. R. v. St.*, 1994; CE n° 50.972, 23 déc. 94, *TBP*, 1995, 52.

[2] CE, 24 novembre 1992, n°41.133, *Arr.R. v. St.*, 1992; CE 23 septembre 1993, n°40.474, *APM, 1992*, 177; CE 20 mars 1992, *Arr.R. v. St., 1992*.

[3] CE, n°39.350, 11 mai 1992, *A.P.M.*, 1992, 118.

[4] CJCE, 28 novembre 1989.

[5] CE, 12 juillet 1993, n°443.782, *RACE*, 1993.

[6] CE, 21 juin 1993, n°43.406, *Arr. R. v. St.* 1993.

[7] Coordonnée le 17 février 1994 (*MB*, 17 février 1994), reprenant l'article 6 al. 2 du texte ancien de la Constitution belge du 7 février 1831. A la suite d'une part du durcissement de l'interprétation restrictive de la norme constitutionnelle réservant, sauf exceptions légales, aux nationaux, les emplois civils et militaires et d'autre part de la nécessité de se conformer à l'élargissement de l'accès à la fonction publique impulsé par l'article 48, § 2 du Traité de Rome et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, une déclaration de révision de cette disposition a été publiée (*MB*, 12 avril 1995). Elle s'inscrit dans la ligne de l'avis des chambres réunies du Conseil d'Etat du 1er aout 1994 dont la section de législation, à l'occasion de l'examen d'un projet d'arrêté royal renonçant à imposer la condition de nationalité pour le recrutement à certains emplois publics, a souligné la nécessité d'une révision constitutionnelle pour supprimer les discordances entre le droit communautaire et le droit national : Delpérée, F., *op. cit.*, p. 69.

- La circulaire du 16 novembre 1990[1] est relative à l'accès des étrangers à des emplois aux administrations communales précise que les emplois publics ne peuvent être réservés aux Belges que s'il s'agit d'emplois statutaires et s'il "s'agit de fonctions caractéristiques de la tâche spécifique de l'autorité dans la mesure où celle-ci est chargée de l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, auxquels doivent être assimilés ceux des administrations municipales".
- L*arrêté royal du 18 novembre 1991[2] ouvre aux ressortissants des pays membres des Communautés européennes l'engagement par *contrat de travail* dans certains emplois publics dont les fonctions n'impliquant pas une participation effective à l'exercice de la puissance publique.
- L*arrêté du Gouvernement flamand portant organisation du Ministère de la Communauté flamande et du statut du personnel du 24 novembre 1993 a, en matière d*emplois contractuels de la fonction publique au niveau des Communautés et des Régions, ouvert les emplois contractuels aux *non-citoyens de l*Union Européenne*, dans les limites habituelles de la participation à l*exercice direct ou indirect de la puissance publique et a supprimé la condition de nationalité pour l*accès des fonctionnaires à la fonction publique.[3]
- L'arrêté royal du 26 septembre 1994[4] fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements des Communautés et des Régions et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, ouvre la fonction publique aux citoyens de l'Union européenne, à l'exception des fonctions à exercer comportant "une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités publiques" (art. 1).
- La circulaire n°397 du 25 février 1995 relative à l'application de l'article 16, aliéna 1er, 1°, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat relatif à la condition de nationalité[5] invite chaque département ministériel et organisme public à déterminer si l'exercice des fonctions afférentes à un emploi vacant comporte une participation directe ou indirecte à l'exercice de la fonction publique.
- L'arrêté royal du 13 avril 1995[6], modifiant l'arrêté royal du 18 novembre 1991 précité, limite, lors des engagements par contrat de travail dans certains services publics, la possibilité de réserver l'accès aux Belges les fonctions "comportant *une participation, indirecte ou directe, à l'exercice de la puissance publique* et les *fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat*". Sont ainsi visés les emplois dans les administrations de l'Etat et autres services des ministères et les organismes d'intérêt public qui dépendent du pouvoir central et dont le personnel est soumis à l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains de ces organismes (art. 1).

[1] *MB*, 9 avril 1991.

[2] *MB*, 18 janvier 1992.

[3] Toutefois, du point de vue statutaire, l'engagement de citoyens non-CE est encore tributaire de l'adaptation de la Constitution en la matière: *Convention internationale sur l'élimination de toutes des formes de discrimination raciale, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 10ème rapport périodique*, Belgique, 9 janvier 1996, p.13.

[4] *MB*, 1er octobre 1994.

[5] *MB*, 11 mars 1995.

[6] *MB*, 29 avril 1995.

Dans la ligne droite de l*application de ce principe, le Conseil d'Etat, en son arrêt du 11 janvier 1995[1] a déclaré illégal le sursis imposé à une lauréate française à son entrée service comme rédacteur jusqu'à ce qu'elle ait acquis la nationalité belge, au motif que l'autorité administrative chargée du recrutement (SPR) n'avait pas discerné, "parmi les emplois qui figuraient dans la liste d'option soumise à l'intéressée, ceux qui devaient être considérés comme en rapport avec l'exercice de l'imperium public et ceux qui ne pouvaient pas l'être".[2]

2.3.2. Commentaires

L*accès à la fonction publique est considéré, en principe, comme un attribut de la citoyenneté. L*évolution récente en droit belge est réalisée sous la pression de la jurisprudence européenne.

1. Lors de la définition de son action « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l*administration publique des Etats membres »[3], la Commission européenne a, en application de l*article 48, §4 du Traité de Rome conclu le 25 mars 1957[4] et conformément à la jurisprudence communautaire, considéré que :

a) peuvent être réservées aux nationaux, les activités spécifiques de l'administration publique telles que l'armée, la police, la police, la magistrature, l'administration fiscale, la diplomatie, les emplois relevant des ministères de l'Etat, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et organismes assimilés, des banques centrales dans la mesure où il s'agit de personnel (fonctionnaires ou non) qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, la contrôle de leur application et la tutelle des organes dépendants.

b) devraient, par contre, pouvoir être accessibles aux citoyens des Etats membres de l'Union européenne, les activités suffisamment éloignées des activités spécifiques de l'administration publique telles que définies par la Cour de Justice : celles gérées par les organismes chargés de gérer un service commercial, (transports publics, distribution d'électricité ou de gaz, compagnies de navigation aérienne ou maritime, postes et télécommunications, organismes de radio-télédiffusion), les services opérationnels de santé publique, l'enseignement dans les services publics et la recherche à des fins civiles dans des établissements publics.

2. Alors qu*originairement, l'article 48, §4 du Traité de Rome, dérogeant au principe général d'égalité de traitement et de libre circulation des travailleurs des Etats membres de la CEE., permet à ces Etats de réserver à leurs nationaux « les emplois dans l'administration publique », la détermination des critères déterminant ces emplois « réservés » dans l'administration publique ne relève plus, sous l*effet de la jurisprudence de l*évolution de la Cour Européenne de Justice

[1]Arrêt n°51.104, *Chr.D.S.*, 1995, 172.

[2]Ce faisant, le conseil d'Etat reconnaît un effet direct à la jurisprudence communautaire: Delpérée, F., *Les droits politiques des étrangers*, Que sais-je, 1995, p.69.

[3] Document 6, JOCE, n°C 72/2, du 18 mars 1988, p. 2-4.

[4] *MB*, 25 décembre 1957 et approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *MB*, 25 décembre 1957.

des Communautés, du droit national, mais bien du droit communautaire[1]. L*évolution du régime applicable témoigne ainsi du transfert progressif des compétences en la matière du droit national au droit communautaire (européen).

3. En application de ce dernier, quelques principes[2], s*imposant donc à l*ensemble des Etats membres, ont été dégagés.

a) Le régime légal en vigueur s*applique, quelle que soit la nature du lien juridique entre le travailleur et l'administration qui l'occupe : les qualifications de contrat de travail ouvrier ou employé, ou encore de régime statutaire, variant d'un pays à l'autre, ne peuvent être avancées pour justifier la restriction d'emplois à des nationaux[3]. En Belgique, un premier aperçu du champ couvert par la fonction publique fait apparaître plusieurs types de relations professionnelles[4]. Il peut être ainsi distingué entre :

- les emplois « statutaires », ouverts dans administrations publiques fédérales et locales (communautaires, régionales, communales),
- les emplois exercés dans des services "semi-publics", tels que Belgacom, la STIB,...
- les emplois ouverts par une autorité publique, mais sous une forme contractuelle: contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée, TCT,...

b) Les emplois ouverts aux travailleurs étrangers couvrent des activités administratives, au sens large du terme, exercées notamment dans les secteurs économique, social et culturel[5]; ces fonctions sont souvent prises en charge parallèlement par le secteurs privé[6].

c) Les emplois pouvant être réservés aux nationaux impliquent "une participation, directe ou indirecte, à la puissance publique et une protection des intérêts généraux de l'Etat ou des collectivités publiques"[7].

[1] CJCE, 17 décembre 1980; Delpérée F., *op. cit.*, p. 61, explicitant : "Le concept d'emploi public est un concept communautaire. Il doit faire l'objet d'une interprétation et d'une application uniformes dans l'ensemble de la Communauté. Il ne sert à rien de rechercher des significations que le concept d'emploi public peut recevoir dans chacun des Etats".

[2] Ces principes sont applicables aux travailleurs étrangers ressortissant d*un Etat membre. A terme, on perçoit qu*ils peuvent être revendiqué par les étrangers communautaires. Dans ce sens : Lochak D., Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? *Droit social*, 1990, p. 80.

[3] CJCE, 12 février 1974, Delpérée F., *op. cit.*, p. 59.

[4] Et parallèlement aux emplois dans l'administration publique proprement dite, l'action de l'Etat sur l'accès à l'emploi, (comportant également des fonctions exercées sous le contrôle d'institutions étatiques), s'exerce aussi par l'intermédiaire de l*Office National pour l*Emploi et par l'adoption de réglementations portant équivalence des diplômes dans le cadre de professions réglementées, en application de la directive CEE 89/48 du 21 décembre 1988.

[5] CJCE 17 décembre 1980.

[6] Action de la Commission, *JO*, n° C 72/2, 18 mars 1988, Delpérée F., *op. cit.*, p. 68.

[7] CJCE, 17 décembre 1980. En conséquence, l'emploi doit non seulement être exercé dans une administration publique, senso stricto, (= critère organique), mais aussi couvrir des activités qui impliquent un exercice effectif de l'autorité publique et une protection des intérêts publics généraux (= critère fonctionnel). Cette dernière exigence requiert l'existence d'un lien de solidarité, de relation de confiance réciproque enraciné dans la

d) En application de la jurisprudence communautaire, ont été qualifiés « d'emplois ne pouvant pas être réservés aux nationaux » des emplois dans les secteurs du transport, de la santé publique, du bâtiment, de la recherche scientifique civile et de l*enseignement, des postes et des télécommunications, de l*eau, du gaz et de l*électricité[1].

Ces décisions s*imposent progressivement au Conseil d*Etat, contrôlant entre autre l*application du principe de l*égalité d*accès à la fonction publique.

2.4. La protection des minorités

La protection des minorités constitue un mouvement dont le sens du développement récent est exprimé dans cet extrait de la recommandation du Conseil de l'Europe :

« 1. L*histoire a constitué le continent européen en une mosaïque de peuples différents par leur langue, leur culture, leurs traditions et leurs coutumes, leur pratique religieuse.
2. Les peuples se sont tellement brassés, imbriqués les uns dans les autres, qu*aucun découpage territorial ne peut les circonscrire totalement ou exclusivement. Les frontières étatiques héritées des deux dernières guerres mondiales n*y sont pas parvenues.
3. Il ne peut y avoir dans un Etat démocratique de citoyen de seconde zone : la citoyenneté est égale pour tous. La première et ultime garantie de cette égalité de droits et de devoirs découle du respect rigoureux des droits de l*homme pour les Etats et de leur ratification de la Convention européenne des droits de l*homme.
4. A l*intérieur de cette citoyenneté commune, des citoyens qui partagent avec d*autres des caractéristiques spécifiques - d*ordre culturel, linguistique ou religieux notamment - peuvent cependant désirer se voir reconnaître et garantir la possibilité de les exprimer. » [2].

Très peu de dispositions de droit belge ont trait à la protection des minorités. En droit du travail, on relève la faculté de déterminer les mesures d*ordre linguistique propre à favoriser les rapports entre la direction et le personnel, consacrée par l*article 14 de la Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972. Par ailleurs, on considère qu*il va de soi que les « droits des minorités », tout comme les ‘droits fondamentaux individuels* ne sont pas absolus. Ils sont également soumis à des restrictions justifiées et trouvent leur limite dans d*autres droits et dans les droits des autres. Ainsi, les prescriptions d*intérêt général et de sécurité, comme l*obligation de porter un casque, l*emportent parfois sur la règle religieuse qui prescrit de porter un turban[3].

Ceci dit, mises à part les règles constitutionnelles relatives aux minorités idéologiques, philosophiques et linguistiques (qui sont au coeur de querelles institutionnelles étrangères à l*objet de notre étude), la plupart des dispositions relatives à la protection des minorités, et plus

nationalité, par lequel le citoyen est "associé , dans des situations particulières, à la gestion des affaires publiques" : Delpérée F., *op. cit.*, p. 61.

[1] Dans ce sens, voir notamment le récent arrêt de la Cour de Justice du 2 juillet 1996 relatif aux emplois dans l*administration publique condamnant les dispositions de la Constitution luxembourgeoise imposant la condition de nationalité pour l*accès aux postes relevant de l*ensemble de ces secteurs.

[2] Extrait de la recommandation 1177 (1992) du Conseil de l*Europe concernant les droits des minorités.

[3] *III ème rapport périodique de la Belgique sur le pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1996, p. 97-98.

précisément des minorités ethniques et nationales sont incorporées dans des instruments internationaux non (encore) ratifiés en Belgique.

Quoique ne constituant actuellement pas des normes contraignantes en droit belge, certains instruments internationaux paraissent, par leur contenu et leur influence probable en droit belge, présenter une importance particulière, dans la perspective d*amélioration de l*accès à l*emploi des travailleurs migrants, du point de vue de la reconnaissance des droits des minorités : la recommandation 1201(1993) relative à un protocole du février 1993 sur les droits des minorités additionnel à la 1ère Convention européenne des droits de l*homme, la convention cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l*Europe, ouvert à la signature le 10 octobre 1994[1], la résolution sur les minorités linguistiques et culturelles dans l*Union européenne du 9 février 1994 du Parlement européen[2], le document clôturant la Conférence de Moscou sur la dimension humaine du 3 octobre 1991[3], les décisions au sommet d*Helsinki du 10 juillet 1992 de la CSCE[4], la recommandation 1177 (1992) concernant les droits des minorités du 5 février 1992.

Fruits d*une véritable « éclosion normative » au cours de ces dernières années, certaines d*entre elles sont probablement appelées à être prises en considération par nos gouvernants dans un avenir plus ou moins proche.

Ainsi en témoignent les premières négociations entamées au cours de l*année 1996, en vue de l*adoption, en Région de Bruxelles-Capitale, de la convention cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l*Europe du 10 octobre 1994.

1. Minorités nationales, ethniques et travailleurs migrants

Légalement, les travailleurs migrants résidant légalement dans un pays membre, peuvent, à tout le moins[5], être considérés comme relevant d*une minorité (nationale, ethnique, culturelle ou linguistique) lorsqu*ils sont expressément inclus dans le champ d*application de l*instrument juridique les concernant.

S*ils n*en sont pas expressément exclus, le respect des critères retenus pour qualifier les minorités requiert notamment l*attribution par leurs membres de la qualité de national (ou de citoyen) de l*Etat d*accueil.

[1] Article 15.

[2] Article 5.

[3] Article 38 et 38.4.

[4] Article 24, 36 et 37.

[5] Compte tenu de l*universalité des droits de l*homme, il est permis de s*interroger sur le caractère licite des clauses excluant les travailleurs migrants du champ d*application des instruments légaux relatifs aux droits des minorités.

Or, si, actuellement, la nationalité belge est de plus en plus souvent acquise, surtout dans la population maghrébine[1], elle est loin de constituer un critère commun à l*ensemble de cette communauté d*origine étrangère.

En considération des critères communs contenus dans les définitions proposées, pour être considérés comme des minorités, des minorités nationales, des groupes ethniques ou des minorités linguistiques, les individus qui s*en réclament doivent former une collectivité possédant des caractéristiques culturelles, religieuses, linguistiques, numériquement inférieure au reste de la population et animée d*une volonté commune de préserver leur identité.

Les autres critères exprimés ont trait à l*établissement sur le territoire du pays d*accueil, à l*absence de position sociale dominante, à l*existence de visibilité sociale suffisante, à l*entretien de liens anciens, solides et durables avec l*Etat d*accueil.

Les conditions les plus problématiques en vue de la reconnaissance du statut de minorité ont trait à la qualité de « national » ou de « citoyen » du pays d*accueil qui doit être acquise par l*ensemble des membres du groupe minoritaire et à l*établissement de liens anciens, solides et durables avec le pays d*accueil.

La réalisation de l*ensemble des conditions formulées est fonction d*une part, de la période d*arrivée des travailleurs migrants (immigration ancienne ou récente) et d*autre part, du degré d*intégration ou, au contraire de marginalisation de la population migrante. Elle est donc susceptible d*évoluer.

2. Droits des minorités et accès à l*emploi

Les travailleurs d*origine étrangère sont susceptibles d*être concernés par la reconnaissance des droits des minorités. La justification avancée dans l*un des instruments repose sur l*universalité de la jouissance des droits de l*homme et des libertés fondamentales. Argument incontestable, dans la mesure où l*ensemble des droits des minorités en constitue une expression et non une menace[2].

Plusieurs instruments internationaux prohibent « toute » discrimination résultant de l*appartenance à une minorité. Est parfois visée expressément la marginalisation à l*emploi. Une interprétation large de ces normes prohibitives pourrait constituer un premier fondement légal à l*égalité de traitement lors de l'accès à l'emploi des travailleurs migrants constitués en minorités ethniques.

Est très présente (si pas omniprésente, du moins constante), la préoccupation des Etats signataires, de s*engager à développer des politiques (parfois d*action positive) favorisant la participation des minorités à la vie économique et sociale et à reconnaître leur droit à une telle participation. Par ailleurs, certaines dispositions prévoient que la pratique de leur langue, religion, traditions, culture ne peuvent entraver leur participation à la vie sociale et économique du pays d*accueil. Ceux-ci s*engagent dans certains cas à lever les obstacles linguistiques à la compréhension d*informations et de documents, tels que les contrats de travail, indispensable, à l*accès à l*emploi.

[1] Arrijn, P., Feld, S., Nayer, A., *op.cit.*

[2] CSCE, Sommet de Helsinki, 10 juillet, art. 36 et 37.

3. L*accès à l*emploi face à l*enjeu de la protection des droits des minorités

Au-delà des controverses liées à l*objet de notre étude (la problématique et l*étendue de l*application des droits des minorités migrantes), la protection des droits des minorités soulèvent la question fondamentale de sa conciliation avec le respect, en démocratie, des droits de l*homme et des libertés fondamentales. *La revendication des communautés minoritaires interpelle la capacité de l*Etat d*accueil à gérer la diversité dans la perspective de l*élaboration d*un projet commun de société*. Est-il utile d*ajouter une protection distincte de celle des droits de l*homme ? Quel est le sens de cette revendication ? En cas de conflit entre les valeurs de tolérance (prônées par l*idéal démocratique) et de justice, une démocratie ne doit-elle pas, en dernier recours, faire valoir l*idée de justice[1] qui en conditionne l*existence?

Dans cette perspective, le caractère fondamental de respect des droits de l*homme s*oppose à toute prétention - quelle qu*en soit la nature (et donc même s*il s*agit de droits des minorités) - susceptible de les mettre en cause. A cet égard, les trois principes afférents à la problématique « Droits de l*homme / droits des minorités » rappelés dans la Déclaration d*Athènes sur les droits des minorités du 13 décembre 1992 par l*assemblée du congrès européen [2] légitiment une telle position.

Selon ceux-ci,

- la protection des droits des minorités est une *composante des droits de l*homme* et elle ne peut, en pratique, s*y opposer;
- les droits de l*homme constituent un *préalable* à la reconnaissance aux minorités des droits propres à caractère individuel et collectif;
- l*appartenance à une minorité ne peut *entraver* la pleine jouissance des droits de l*homme.

Ces trois axiomes constituent l*ensemble des conditions « plancher » *nécessaires* à la reconnaissance des droits des minorités. Elles sont indispensables dans le cadre d*une évolution politique où cette reconnaissance n*en constitue pas moins un procédé de stigmatisation qui peut, le cas échéant, être exploité à des fins nettement moins positives pour les minorités concernées.

Mais elles ne sont pas *suffisantes*. Pour que la protection des droits des groupes minoritaires représente - non pas un statu quo - mais également une avancée pour l*ensemble des communautés concernées, il faut que soient dépassés les écueils de l**assimilation appauvrissante* et de la *coexistence d*indifférence*[3].

[1] Van Parijs, Ph., La justice et la démocratie sont-elles incompatibles ?, in Haarscher G. et Telo M., *Après le communisme*, Ed. de l*ULB, 1993, p. 168 et 169, explicitant « lorsqu*elle se met en quête de combinaisons optimales, l*ingénierie démocratique ne doit pas se laisser guider par un idéal démocratique autonome - l*égalité de pouvoir entre les citoyens, la réalisation de la « volonté générale », etc. mais par un idéal de justice, par rapport auquel tout idéal démocratique que l*on pourrait vouloir formuler, ne constitue, au mieux, qu*un simple instrument. La démocratie, au sens qui nous importe, ne s*en trouvera que mieux protégée ».

[2] "Assembly of the European Congress" dans le texte cité par Varennes F., *Language, minorities and human rights, International studies of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 305-307.

[3] Haarscher G., La protection des minorités et ses paradoxes, *op. cit.*, p. 367 et 368.

Plutôt que la « préservation » des identités collectives, les voies de la *communication* dans un esprit de justice et de liberté ne peuvent-elles augurer d*une reconnaissance mutuelle des valeurs respectives et, dès lors, d*une intégration réellement consentie des personnes ?[1]

Dans cette optique, la participation des personnes appartenant à des minorités aux relations d*échanges résultant de l*exercice d*activités professionnelles constitue une chance d*éviter la négation, le rejet ou le cloisonnement de l*autre et de favoriser l*éclosion effective du droit à la différence. Et d*échapper au risque de rester figé dans une histoire révolue, apparaissant peut-être comme la seule issue à la tentative de donner un sens à l*existence collective de communautés minoritaires.

2.5. Le droit au respect de la vie privée

2.5.1. Evolution normative

A partir de la déclaration universelle des droits de l*homme du 10 décembre 1948[2], le droit au respect de la vie privée a fait principalement l*objet des dispositions suivantes.

- L*article 11 de la Convention collective n°38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection des travailleurs[3] précise que les questions afférentes à la vie privée du candidat non justifiées par la spécificité de la fonction ne peuvent être posées par l*employeur ou un de ses préposés à la sélection.
- L*article 6 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l*égard des traitements de données à caractère personnel stipule : « Le traitement des données à caractère personnel relatives aux *origines raciales ou ethniques*, n*est autorisé qu*aux fins déterminées ou en vertu de la loi.»[4]
- L*article 6, § 1er de décret flamand du 3 mars 1993[5] prévoit que pour être agréé, les bureaux de placement, de recrutement et de sélection doivent s*engager à « respecter la vie privée des candidats et n*utiliser des données y relatives qu*avec son consentement et dans son intérêt en vue de sa réinsertion progressive ».
- L*article 9 de la Charte du demandeur d*emploi établie par le décret du 31 mars 1993[6] libelle : « Tout demandeur d*emploi a droit à la protection de sa vie privée. L*office flamand de l*emploi et de la formation professionnelle garantira ce droit. Il veillera notamment à ce que les informations qui révèlent la vie privée du demandeur d*emploi ne soient pas communiquées à des tiers ».

[1] Haarscher G., *op. cit*., p. 367.

[2] Dont l*article 12 garantit le droit à la protection contre les immixtions arbitraires dans la vie privée.

[3] Non rendue obligatoire par arrêté royal, cette disposition ne lie pas tous les employeurs et travailleurs qui relèvent de la commission paritaire et n'est pas sanctionnée pénalement. Nous rappelons (2.1.1.) toutefois que cette convention fut complétée par la convention n°38 bis et n° 38 ter prohibant explicitement le recrutement discriminatoire qui a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 8 octobre 1998 (*MB*, 27 octobre 1998).

[4] *MB*, 18 mars 1993.

[5] MB, 22 juin 1993.

[6] *MB*, 9 juin 1993.

- L*article 22 de la Constitution du 17 février 1994[1] dispose : « Chacun a droit au respect de la vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions prévues par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l*article 134 (de la constitution)[2] garantissent la protection de la vie privée ».
- Les articles 2 et 5 de l*arrêté royal n° 14 du 22 mai 1996 déterminant les fins, critères et conditions de traitement autorisés de données visées à l*article 6 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l*égard des traitements de données à caractère personnel,[3] stipulent que le traitement des données sensibles, dont celles relatives aux *origines sociales et ethniques*, peuvent faire l*objet d*un traitement:
  - lorsqu*il est nécessaire à la réalisation d*objectifs fixés par une loi, un décret ou une ordonnance, et ce, moyennant information écrite et immédiate (par le maître du fichier, soit ici, l*employeur ou son préposé) à la Commission de la protection de la vie privée, dans le but du traitement et des dispositions légales ou réglementaires rendant nécessaire le traitement de telles données;
  - ou lorsque *soit* la personne concernée a donné son consentement explicite et révocable à tout moment au traitement de telles données, pourvu qu*il soit limité à la finalité assignée au moment du recueil du consentement, *soit* le traitement est nécessaire pour que les obligations et droits du maître du fichier en matière de droit du travail soient respectées.

2.5.2. Commentaires

Le droit européen relatif à la protection de la vie privée qui s*est développé à partir des années 70* (résolution et recommandation), s*est affirmé et affiné durant les années 80* (convention et directive). Il faut attendre les années 90* pour que les premières normes belges en la matière soient adoptées.

En fait, le dispositif juridique a été mis en oeuvre à la suite des résultats de l*étude qu*a fait entreprendre le Comité des Ministres, saisi par la demande que lui avait adressée en 1968 l*assemblée parlementaire du Conseil de l*Europe, afin de déterminer si la convention européenne des droits de l*homme et les législations internes assuraient un protection suffisante du droit à la vie privée face à la science et à la technologie modernes[4].

Le cadre de droit international dans lequel le droit belge a été élaboré, est constitué des normes suivantes [5]:

[1] *MB*, 17 février 1994.

[2] Normes émanant des autorités nationales.

[3] *MB*, 30 mai 1996.

[4] *Rapport explicatif concernant la Convention pour la protection des personnes à l*égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, Conseil de l*Europe, Strasbourg, 1988, p. 6.

[5] On relève également ces initiatives : l*Annexe à la Résolution (73) 22 du Conseil de l*Europe du 26 septembre 1973 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électronique dans le secteur privé, l*Annexe à la Résolution (74)29 du Conseil de l*Europe du 20 septembre 1974 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques électroniques dans le secteur public et la Recommandation n° R(89)2 du 18 janvier 1989 du Conseil des Ministres sur la protection des données utilisées à des fins d*emploi.

- la Convention européenne de sauvegarde des droits de l*homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [1],
- le Pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966[2],
- la Convention du Conseil de l*Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l*égard du traitement automatisé des données à caractère à caractère personnel[3],
- la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995[4] relative à la protection des personnes à l*égard du traitement des données sensibles.

Sous l*impulsion du droit européen et devant les manifestations les plus évidentes et fréquentes de l*altération du droit au respect de la vie privée[5], les Etats européens, dont la Belgique, ont adopté des normes tendant à rendre effectif et à préciser le droit au respect de la vie privée tel qu*il est formulé à l*article 8 de la convention européenne des Droits de l*homme, déclaré, au fil des décisions jurisprudentielles, d*application immédiate au profit des particuliers dans les relations non seulement avec l*autorité publique mais également avec les autres particuliers (ex.: avec les banquiers, assureurs et employeurs des entreprise privées).

Partant de l*objet de notre réflexion, nous envisageons ci-dessous deux aspects du droit au respect de la vie privée : l*adéquation de droit dans la contribution à l*accès à l*emploi des 'candidats-travailleurs* d*origine étrangère (2.6.2.1.) et l*évaluation du caractère suffisant des dispositions actuelles applicables dans cette perspective (2.2.).

2.5.2.1. Droit au respect de la vie privée et accès à l*emploi des candidats d*origine étrangère : quelle synergie ?

Le respect de la vie privée se conçoit et s*impose comme un droit en raison des dommages que sa violation est susceptible d*entraîner pour la personne concernée (exclusion des certains droits et avantages, ostracisme social, altération de l*image du sujet, préjudice matériel, moral ou même physique,...) et pour le développement de la société ('dualisation* par l*exclusion de la vie économique et sociale de catégories de personnes en raison de critères relevant de la vie privée).

La survenance de ces effets, altérant la liberté du sujet, est rendue possible par le recueil, l*enregistrement et la diffusion d*informations personnelles et - également et surtout - par l*usage qui en est fait : décisions prises en fonction de la connaissance de ces informations, par des personnes, privées ou publiques, intéressées par la réalisation d*un projet ou d*un objectif (vendre, assurer, soigner, entreprendre, recruter,...), formant la « finalité » des traitements des informations personnelles.

[1] Ratifiée par la Belgique le 27 juillet 1953.

[2] Ratifié par la Belgique le 15 mai 1981, *MB*, 6 juillet 1983.

[3] Ratifiée par la loi belge du 17 janvier 1991, MB, 30 décembre 1993.

[4] *JO*, L 281/31, 23.11.95.

[5] Voyez par exemple l*interpellation de M. Erdman au Ministre de la Justice sur l*opération « rebelle » de la BCR de la gendarmerie. Celle-ci constituait en une « gigantesque enquête 'radioscopique* » de sécurité sur toute la Communauté turque résidant en Belgique. Elle fut relatée comme un épisode du monde décrit dans l*ouvrage « 1984 » de George Orwell : *Annales parlementaires, Sénat*, Belgique, 3 juillet 1976, Compte rendu analytique, p. 202 à 206.

C*est ainsi que la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel articule le régime juridique de protection des données autour du principe de « finalité du traitement » : lorsqu*il est légitime, déterminé et déclaré, le traitement des données conçu pour l*atteindre est autorisé moyennant l*accomplissement des garanties légales.

Le droit au respect de la vie privée, envisagé globalement (et dépassant le cadre de la protection des données personnelles) comprend plusieurs volets :

1° le recueil des informations personnelles, couvrant la réception, la collecte, l*enregistrement de celles-ci par l*investigation, auprès de la personne concernée ou de tiers,
2° la diffusion, la divulgation et la communication de ces informations à des tiers,
3° les décisions qui sont prises sur base des informations personnelles recueillies et divulguées; dans certains cas, celles-ci peuvent, de ce fait, être constitutives d*une discrimination.

Les éléments de la vie privée recueillis et, éventuellement, divulgués constituent, on le sait, les critères sur lesquels s*articule l*acte discriminatoire[1].

En prohibant ou en limitant rigoureusement le recueil et la divulgation d*éléments constitutifs de la vie privée susceptibles de produire, dans notre hypothèse, un recrutement discriminatoire, la décision discriminatoire est appréhendée « en amont ». En empêchant sa réalisation, on la prévient. En effet, il est, en principe impossible de discriminer sur base d*un critère qui ne peut, directement ou indirectement être porté à la connaissance du décideur.

C*est précisément parce qu*elles avaient porté atteinte à la vie privée, qu*ont été condamnées les décisions de refus d*embauche suite à l*imposition d*un test de 'séropositivité*[2], de licenciement de travailleurs sur base d*un élément relevant de sa vie privée[3] et de recrutement de candidats effectué en fonction des convictions idéologiques et philosophiques[4].

Dans cette perspective, la revendication collective des membres des minorités (culturelles, linguistiques, ethniques ou nationales) à ne pas être discriminé en raison de leur appartenance à un groupe minoritaire trouve également son fondement dans une aspiration profonde du droit au respect de leur vie privée, perçue comme « leur singularité en tant que telle »[5].

Concrètement, la loi du 8 décembre 1992 susmentionnée s*applique à la constitution de fichiers automatisés et manuels et donc aussi à un classement de dossiers tels les curriculi vitae[6]. En

[1] Supra, définition de la discrimination.

[2] CJCE, 5 octobre 1994, Aff. 404/92 P. et CJCE, 14 avril 1994, Aff. T-10.93.

[3] Nayer A., Droit du travail, *PUB*, 1992-93, p. 177 et de Tissot O., La protection de la vie privée, *Droit social*, 1995, p. 228-230.

[4] CA, Arrêt du 15 juillet 1993, n° 65/93, MB, 18 décembre 1993.

[5] Rigaux F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, 1990, p. 9, qui ajoute : « C*est sans doute là que se situe la *nouveauté radicale* d*une notion si fuyante qu*elle se laisse malaisément nommée ».

[6] Art. 1§2 de la loi du 8 décembre 1992 précitée, définissant le fichier comme « un ensemble de données à caractère personnel, constitué et conservé suivant une structure logique devant permettre la consultation systématique ».

principe, les données à caractère personnel des ‘candidats-travailleurs* peuvent être recueillies enregistrées par le ‘candidat employeur*, moyennant information au ‘candidat-travailleur* concerné[1].

Les informations relatives aux « origines ethniques et raciales » constituent des données « sensibles » faisant l*objet d*un régime légal plus sévère. Selon les travaux préparatoires, la notion d*«ethnie » est liée à celle de race, tout en étant plus large : « elle se réfère également à l*anthropologie, mais aussi à un critère culturel (les tsiganes, par exemple, constituent un ethnie). Elle doit s*interpréter à la lumière des traités internationaux ratifiés par la Belgique »[2].

2.5.2.2. Droit au respect de la vie privée et accès à l*emploi des "candidats-travailleurs" d'origine étrangère : quelle protection ?

1° Principe

L*analyse de l*application de l*article 8 de la Convention européenne des droits de l*homme permet de conclure à l*illégalité des immixtions, dans la vie privée des ‘candidats travailleurs*, qui ne sont pas indispensables à l*exercice de la fonction à exercer. Ces exigences relatives aux aptitudes requises ne doivent cependant pas être posées dans le seul intérêt économique de l*entreprise[3], mais surtout en vue d*éviter tout préjudice au détriment de tiers ou, parfois, du travailleur lui-même[4].

Pour prévenir, autant que faire se peut, la liberté du ‘candidat-travailleur*, l*ensemble des critères de recrutement devraient faire l*objet d*une information précédant la mise en oeuvre de la procédure de recrutement.

2° Réglementation particulière

Ce principe étant posé tel quel, le régime légal spécifique à la protection des données sensibles, desquelles relève l*« origine raciale ou ethnique », a fait l*objet du tout récent arrêté royal n°14 (précité)[5] du 26 mai 1996. Selon celui-ci, les données relatives aux origines ethniques et raciales peuvent être traitées[6]:

[1] Loi du 8 décembre 1992, art. 4 et 9.

[2] Doc. Parl., Sénat, 445/2 (SE, 1991/92), p. 88.

[3] En effet, le « bien-être économique d*un pays », qui permettrait, dans un cadre légal spécifique, de fonder une exception au principe générale de la protection de la vie privée, ne recouvre pas l*intérêt économique d*une entreprise: Velu J. et Ergec R., *La convention européenne des droits de l*homme,* Extrait du RPDB, T. VII, Bruylant 1990, p. 562 et 563, n°686.

[4] On songe ici aux dangers pour la santé que peut représenter l*exercice de certaines professions attachées soit à des postes « à risques » (tels qu*ils sont réglementés dans le RGPT), soit à des postes comportant un niveau de responsabilité important (ex.: profession médicale, recherche scientifique,...).

[5] Mettant en oeuvre l*article 6 de la loi du 8 décembre 1992 (précité) relatif aux données sensibles, conformément à la Directive 95/46/CE (précitée) du 26 octobre 1995.

[6] Ne sont reprises ici que les exceptions rentrant dans l*objet de notre étude : articles 2 et 5 de l*AR n°14 précité du 22 mai

- moyennant le consentement explicite et révocable à tout traitement de la personne concernée,
- en application d*obligations particulières prévues en droit du travail, moyennant le respect de garanties légales appropriées,
- conformément à l*objectif d*une disposition établie « par ou en vertu » d*une loi, d*un décret ou d*une ordonnance,

• Le consentement de la personne concernée

Il est défini en ces termes[1] : « toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que les données à caractère personnel la concernant fassent l*objet d*un traitement ».

Ainsi que le rappelle le Conseil d*Etat dans son avis relatif à cet arrêté royal, le consentement est « insuffisant à lui seul pour justifier une autorisation de traitement (...). La Directive 95/46/CE dispose du reste expressément (...) que la législation des Etats membres peut prévoir que l*interdiction de principe de traitement des données sensibles ne peut être levée par le consentement de la personne concernée. La raison en est qu*il est des cas où la liberté de consentement n*est sans doute qu*une apparence. Il appartient au législateur belge, et à lui seul, conformément à l*article 22 de la constitution, de décider s*il renvoie à cette règle implicite de protection ... Il en résulte que l*art. 2 a) doit être supprimé »[2].

Le rapport au Roi approuve ce point de vue mais, paradoxalement, ne modifie pas le projet d*arrêté royal. Il précise en effet : « Le Conseil d*Etat observe à juste titre qu*il est des cas où la liberté de consentement n*est sans doute qu*une apparence. En cas de litige, le juge devra déterminer le caractère libre de la manifestation de la volonté de la personne concernée »[3].

Dans la relation d*embauche, le consentement du ‘candidat travailleur* n*est, dans la toute grande majorité des cas, pas libre[4]. Il est par d*ailleurs rarement explicite car le ‘candidat employeur* ne sollicite quasiment jamais l*avis (verbal ou écrit) du ‘candidat travailleur* à propos de son intention de collecter et de traiter des données sensibles précises, comme l*origine raciale ou ethnique.

Nous en déduisons donc que, - sauf dans l*hypothèse où un ‘candidat-travailleur*, par exemple très qualifié, dispose d*une liberté effective de manifester sa volonté par rapport à divers employeurs, et a été dûment informé du recueil de données sensibles précises pour lequel son consentement a été explicitement requis et donné,- la collecte, l*enregistrement et la divulgation de données telles que l*origine raciale ou ethnique ne sont pas légalement couverts par le consentement, même explicite, du ‘candidat travailleur*, car sa liberté de consentement n*est qu*une apparence que dissimule mal son état de dépendance socio-économique.

[1] Art. 3(e) de l*AR n° 14 du 22 mai 1996, *MB*, 30 mai 1996.

[2] Avis du Conseil d*Etat précédant l*AR n°14 précité du 22 mai 1996, *MB*, 30 mai 1996.

[3] Rapport au Roi précédant l*AR n°14 précité du 22 mai 1996, *MB*, 30 mai 1996.

[4] Voyez dans ce sens l*avis du 1er septembre 1993 concernant la SIDA et l*emploi du Conseil scientifique et éthique. de prévention du SIDA de la communauté française selon laquelle « l*état de dépendance du ‘candidat-travailleur* face à un employeur potentiel ne permet pas de s*en remettre simplement à quelque « consentement éclairé que ce soit » : Rapport 1993 du Conseil scientifique et éthique, supplément à la lettre d*information « Prévention SIDA » n°9, janvier-février 1994, Rapport 4.

- Les obligations en matière de droit du travail

Sont visées par cette expression, les informations que doit nécessairement connaître le gestionnaire du personnel (maître de fichier) de l*entreprise pour accorder les congés de maternité, ou en suite d*événements familiaux, etc. Cette disposition doit être interprétée de manière restrictive[1] : ces obligations doivent avoir fait l*objet de dispositions légales spécifiques[2]. Tel n*est pas le cas de la procédure d*embauche[3].

- L*objectif fixé par ou en vertu d*une loi, d*un décret ou d*une ordonnance

Cette exception, non conforme à la Directive 95/46/CE précitée, constitue une disposition transitoire destinée à être abrogée. Elle ne peut de toute façon pas concerner l'accès à l'emploi dans le secteur privé, qui n*a pas fait l*objet d*une législation contraignante spécifique. Elle ne pourrait, dans notre hypothèse, concerner les procédures en vigueur dans la fonction publique que dans la mesure où celles-ci feraient expressément référence à l*origine raciale ou ethnique.

En conclusion, il se déduit des dispositions récentes relatives aux données sensibles, que le traitement, impliquant le recueil et la divulgation des données relatives aux « origines raciales et ethniques » n'est, en principe, pas autorisé dans un objectif de recrutement des personnes concernées. Leur liberté de consentement n*est pas garantie et un tel traitement ne découle pas d*obligations d*un employeur énoncées en droit du travail ni d*objectifs poursuivis par une disposition prise par ou en vertu d*une loi, d*un décret ou d*une ordonnance.

La prohibition du recueil d*une telle donnée devrait donc théoriquement aboutir à l*impossibilité d*effecteur un recrutement discriminatoire sur base de ce critère. Pratiquement, l*information relative à l*origine raciale ou ethnique est rarement requise ou transmise en tant que telle : elle se déduit de la mention du nom et, le cas échéant, de la nationalité souvent requise ou mentionnée sur les curriculi vitae, qui ne constituent pas en elles-mêmes des données sensibles.

Il ressort toutefois du rapport au Roi que « peuvent également être considérées comme données relatives à (...) la race (...), bien qu*elles ne fournissent pas elles-mêmes des informations concernant les domaines précités, les données dont l*enregistrement permet de déduire

[1] Avis de la Commission de la protection de la Vie Privée précédant l*AR n° 14 (précité) du 22 mai 1996, approuvé dans le rapport au Roi, *MB*, 30 mai 1996.

[2] Le Conseil d*Etat estime insuffisantes les garanties appropriées consistant en une obligation de confidentialité non sanctionnées pénalement des personnes traitant des données sensibles : Avis de Conseil d*Etat, *op. cit.*, *MB*, 30 mai 1996, p. 14.523 et 14.526. Voir aussi AR n°13 du 12 mars 1996 portant exemption conditionnelle de l'obligation de déclaration pour certaines catégories de traitements automatisés de données à caractère personnel qui ne présentent manifestement pas de risque d'atteinte à la vie privée, MB, 15 mars 1996, p. 5817, art. 3, selon lequel l'exception relative aux traitements de données à caractère personnel, visant exclusivement l'administration du personnel, ne peut constituer en un traitement se rapportant notamment à des données sensibles (dont les données relatives à l'origine ethnique).

[3] Dont la seule source de droit réside dans la convention collective n° 38 qui n*a pas été rendue obligatoire par arrêté royal. L*autre disposition de nature pénale, l*article 2 bis de la loi du 12 avril 1994 précitée, prohibe toute discrimination lors de l*embauche et ne peut être interprétée comme une autorisation de traitement de critères discriminants.

directement pareilles informations (...). Toutefois, le caractère sensible doit pouvoir être déduit avec certitude ou avec une probabilité proche de la certitude... »[1].

La commission de la protection de la vie privée en déduit assez étonnamment que "les données relatives à l*identité d*une personne, principalement, ses noms et nationalité, ne constituent pas des données relatives aux origines raciales ou ethniques (...), dans la mesure où le traitement de ces données a pour seul objet l*identification et pour autant que le traitement de ces données soit également nécessaire pour atteindre ce but" [2].

Même si on ne partage pas le raisonnement de la commission de la protection de la vie privée, à propos de sa conception de la donnée sensible eu égard le nom et la nationalité d*une personne, la dernière précision est importante.

En effet, il va de soi que la communication spontanée (orale ou écrite - par curriculum vitae par exemple) du nom (et le cas échéant de la nationalité) du ‘candidat-travailleur* ne constitue, en principe pas, en soi, une violation du droit au respect de la vie privée puisque la transmission de cette (ces) information(s) fait, actuellement du moins, partie intégrante de la procédure de recrutement.

Ce sont les déductions réalisées (éventuellement, sur base d*informations complémentaires) au départ de ces données personnelles permettant d*asseoir une conviction quant à l*origine raciale ou ethnique du candidat et d*en faire usage, qui sont illicites.

Il importe donc de déterminer si, du point de vue du droit au respect de la vie privée, les ‘candidats-employeurs* expriment - ou non - leur intention d*effectuer un recrutement discriminatoire au départ de cette donnée relative à l*identité de la personne, qu*ils interprètent (parfois comme un indice) comme révélant une origine raciale ou ethnique particulière.

L*analyse sociologique, réalisée selon une méthode dûment éprouvée permettra d*observer les réactions, de la façon la plus objective possible, et nous permettra d*apporter des éléments de réponse concrets. Si cette analyse devait déboucher sur l*existence, dans le chef des ‘candidats-employeurs*, d*une confusion ou d*un connexion étroites entre la donnée personnelle relative à l*identité de la personne et son « origine raciale et ethnique , il faudra en tirer les conséquences,
— quant à la nature de la donnée relative à l*identité du ‘candidat-travailleur*,
— quant à la protection la plus adéquate à construire et à imaginer en vue du respect de la protection de leur vie privée, conçu comme prévention première du comportement discriminatoire.

3. L'application du droit

[1] Rapport au Roi, *op.cit*., *MB*, 30 mai 1996, p. 14.515.

[2] AR n° 14 du 22 mai 1996 précité, Avis n° 01/96 du 10 janvier 1997 de la Commission de la protection de la vie privée, MB, 30 mai 1996, p. 14.529.

Selon[1] une récente enquête réalisée auprès des organisations syndicales des pays européens, '70 % des répondants estiment que les refus d*embauche et les obstacles mis à l*accès à l*emploi sont une discrimination majeure à l*égard des immigrés et des minorités ethniques*. En droit belge, la lutte contre la discrimination à l*embauche en raison de la nationalité ou de l*origine fait l*objet d*une disposition de droit pénal. Le contrôle de son application est confiée au pouvoir judiciaire (3.1.) et spécifiquement[2] au Centre pour l*égalité des chances et la lutte contre le racisme (3.2.). En amont de l*intervention des institutions agissant sur plaintes, des clauses de non discrimination peuvent être conclues au sein des entreprises et par des intermédiaires de recrutement (3.3.). Enfin, on aborde la conception en droit belge de la discrimination positive face au principe d'égalité (3.4.).

3.1. Le contrôle de la disposition de droit pénal par le pouvoir judiciaire

L*article 2 bis de la loi du 31 juillet 1981, tel que modifié par la loi du 12 avril 1994 prévoit que : « Quiconque, en matière de placement, de formation professionnelle, d*offre d*emploi, de recrutement, d*exécution du contrat de travail ou de licenciement de travailleurs, 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 (soit « d*un emprisonnement d*un mois à un an et d*une amende de cinquante francs à mille francs, ou de l*une de ces peines seulement »).

Cette disposition contraignante a été insérée en 1994 dans la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie afin d*en renforcer l*efficacité par un assouplissement des conditions d*incrimination et un élargissement de son champ d*application.

Afin d*en saisir la portée, nous suggérons de rappeler les principes ayant présidé à l*élaboration de la loi du 31 juillet 1981(3.1.1.) et les facteurs qui ont conduit à l*amender (3.1.2). Nous exposerons ensuite les options fondamentales de la nouvelle loi du 12 avril 1994 (3.1.3.), avant de tenter un premier bilan de sa mise en application (3.1.4.).

3.1.1. Une législation réprimant le racisme et la xénophobie : élaboration et principes

En adoptant cette législation, la Belgique a tenté de se conformer à ses obligations internationales[3].

[1] Confédération européenne des syndicats, *Les syndicats contre le racisme, la xénophobie et le discrimination sur le lieu de travail*, 1996, p. 14.

[2] Il s*agit d*une compétence particulière, légalement attribuée, mais non d*un monopole. Les organisations syndicales et les autres associations telles que la Ligue des Droits de l*Homme et le Mouvement contre le Racisme, l*Antisémitisme et la Xénophobie (MRAX), par exemple, sont également habilitées à défendre les intérêts des personnes discriminées en raison de l*origine étrangère.

[3] Telles que prescrites par les articles 2, a et d, et 3 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Force est toutefois de constater que ce traité international visant à éliminer toute forme de discrimination raciale fut conclu en 1966 et que ce n*est qu*en 1980 que le parlement entama son exécution : *Rapport présenté par la Belgique devant le Comité pour l*élimination de la discrimination raciale en application de l*article 9 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale : analyse critique de la Ligue des Droits de l*Homme*, 10 février 1997, p. 6.

La loi de 1981 a voulu réprimer cinq infractions relatives à la discrimination raciale (art. 2 et 3):

1°) l*incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l*égard d*une personne, en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance ou de son origine nationale ou ethnique,

2°) l*incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l*égard d*un groupe, d*une communauté ou de leurs membres, 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,

3°) le fait de donner une publicité à son intention de pratiquer une discrimination raciale,

4°) le fait de commettre un acte discriminatoire à l*égard d*une personne en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance ou de son origine nationale ou ethnique, lors de l*offre d*un bien ou d*un service dans un lieu accessible au public dans des conditions de publicité extrêmement précises,[1]

5°) le fait de faire partie d*un groupement ou d*une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique ou prône la discrimination ou la ségrégation raciale ou lui prête son concours.

Ainsi qu*il fut soulevé au moment de la discussion de la réforme de la loi, "*L*innovation était surtout que les organisations pour les Droits de l*Homme pouvaient entamer des poursuites avec l*accord de l*intéressés"**[2]. Ce droit de poursuite donna lieu à l*époque à un débat animé.

3.1.2. Une mise en oeuvre déficiente

Dix ans plus tard, les constats sont unanimes : "Ceux qui avaient mis de grandes espérances dans la loi furent déçus. La majorité des plaintes a été classée sans suite. L*application limitée de la loi n*implique pas l*absence de racisme. La répression déficiente doit surtout être imputée à la réticence à appliquer la loi pénale"[3].

Les statistiques existantes révèlent un nombre restreint de suites données aux plaintes : à peine 7 % de poursuites[4] et 1,6 % de condamnations[5]. Parmi les raisons invoquées, est évoquée l*inertie du parquet[6] : "Comme dans d*autres domaines, mais ici de façon plus aiguë encore,

[1] Le texte fait référence à l*article 444 du Code pénal. Cette condition a pour conséquence de faire échapper à toute sanction les discours qui, se présentant sous une apparente normalité, ne s*en révèlent pas moins à l*analyse vecteur d*un racisme feutré indéniabl

[2] Sénat, *Compte rendu analytique*, 18 janvier 1994, p. 343.

[3] Idem.

[4] *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n° 117-2 (SE 1991-1992). p. 25.

[5] Sénat, Compte rendu analytique, 18 janvier 1994, p. 342, Intervention de M. Van Belle, (PRL).

[6] Rapport présenté par la Belgique devant le Comité pour l*élimination de la discrimination raciale en application de l*article 9 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale : analyse critique de la Ligue des Droits de l*Homme, 10 février 1997 : "Les carences du Ministère public doivent être stigmatisées car elles sont dans une large mesure responsable de l*échec de la loi du 30 juillet 1981".

la vanité du droit est frappante. (...) Il est difficile de croire que tant de plaignants se soient trompés ou intentent des actions manifestement abusives, ou encore que des classements si nombreux soient toujours l*aboutissement d*une négociation entre plaignants et tenanciers par exemple, comme cela est parfois le cas"[1].

Pour tenter d*expliquer cette passivité, on a notamment relevé :
1°) le fait que les nombreux classements sans suite englobent des « dossiers X »[2],
2°) des difficultés techniques d*application de la loi, telles que "les termes relativement restrictifs des incriminations décrites dans le texte actuel de la loi, *l*exigence relative à la publicité de l*infraction"*[3], ‘
3°) le fait que de nombreux classements sans suite de procès-verbaux sont jugés "non fondés, inopportuns ou parce que les parquets ne parviennent pas à faire face au surcroît de travail dû à la multiplication des actes de délinquance"*[4],
4°) "le fait que les infractions prévues constituent de délits d*intention, ce qui ne va pas sans poser des problèmes de preuve lorsqu*il s*agit d*établir l*infraction devant une juridiction"[5].

Ces facteurs ne peuvent, selon certains, occulter l*absence de volonté réelle des autorités judiciaires de sanctionner la discrimination : "Il n*y a pas de volonté délibérée ici" [6]. L*action du parquet est estimée "dépendante de la logique qui prévaut dans la société" [7]. La Ligue des Droits de l*homme relève : "(...) Jamais à notre connaissance, l*action publique n*a été mise en oeuvre par le ministère public alors que celui-ci devrait indiquer avec force qu*il n*y a pas de place pour un acte raciste ou xénophobe dans une société démocratique. Ce sont les associations qui, en se constituant parties civile, forcent le ministère public à agir". (...) "la Ligue des droits de l*homme ne peut que déduire, comme différents parlementaires belges, qu*un large fossé sépare les espérances des victimes éventuelles de comportements discriminatoires racistes d*une part, et la protection juridique réelle que leur offre l*application de la loi d*autre part"[8].

[1] Nayer, A., *Introduction aux statuts de l* étranger, op. cit.*, p. 373 et 375-376.

[2] *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n° 117-2 (SE 1991-1992). p. 25. (Par "dossiers X", sont généralement visés ceux où les auteurs des infractions ne sont pas ide

[3] Idem.

[4] *Ch. Représ., Annales*, 30 mars 1994, Intervention de M. Duquesne (PRL), p. 1406.

[5] Rapport présenté par la Belgique devant le Comité pour l*élimination de la discrimination raciale en application de l*article 9 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale : *analyse critique de la Ligue des Droits de l*Homme*, 10 février 1997, p. 6.

[6] *Ch. Représ., Annales, 30 mars 1994, Intervention* de M. Duquesne (PRL), p. 1406.

[7] Ch. *Représ., Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport fait au nom de la commission de la justice,* Sess. ordinaire 1993-1994, 23 mars 1994, n° 1294/3 - 93/94, Intervention de M. Mayeur, (PS), p. 8.

[8] Idem, p. 9.

3.1.3. Principales modifications apportées par la loi du 12 avril 1994

De nouvelles dispositions furent introduites pour remédier aux carences de la loi du 31 juillet 1981, jugée inefficace face au constat de la persistance de comportements racistes. C*est dans cette perspective que fut étendue la répression des comportements racistes ou xénophobes dans le domaine du marché du travail (art. 2bis)[1]. Les associations professionnelles représentatives furent également[2] habilitées, avec l*accord de la victime[3], à ester en justice dans les litiges résultant de l*application de cette disposition (art. 5). Les peines furent aggravées [4].

Parmi les autres modifications importantes figurent le remplacement des concepts d* « origine nationale ou ethnique » par ceux d* «origine » ou de « nationalité », la suppression de la condition de publicité des faits incriminés et la modification de la définition de la discrimination, inspirée de la définition donnée dans la Convention de New York du 7 mars 1966[5]. Applicable

[1] 'Doc. parl. n° 177- 2, (SE 1991-1992), 29 janvier 1992, p. 4-5 qui fait état des premiers tests de situation réalisés aux Pays-Bas : 'Des tests ont été réalisés aux Pays-Bas, au cours desquels des étrangers de différentes origines se sont présentés, notamment pour l*obtention d*un emploi, et où un certain nombre de refus ont été jugés discriminatoires. (...), il existe des cas où, dans la politique de recrutement et d*emploi, des discriminations systématiques - et parfois notoires- ont lieu, qui justifient l*application d*une sanction pénale*.; Voir aussi *Ch. Représ., Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport fait au nom de la commission de la justice*"visant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie", Sess. ordinaire 1993-1994, 23 mars 1994, n° 1294/3 - 93/94, p. 17. En fait, une première proposition "visant à réprimer les actes inspirés par le racisme et la xénophobie" avait déjà été déposée en 1966 par M. Glinne (Sess. 1966-1967, *Doc Sén*., n° 309/1), mais, discutée lors de la l*élaboration de la loi du 31 juillet 1981, elle fut écartée par crainte de porter atteinte à la liberté de l*employeur, non tenu de motiver sa décision de recrutement.

[2] Les autres organisations, telles que la Ligue des Droits de l*Homme et le Centre pour l*Egalité des chances sont également habilitées à ester en justice. Il fut renoncé au monopole, initialement prévu, des associations professionnelles représentatives, dans le domaine de la répression de la discrimination dans le monde du travail, suite aux observations formulées au cours des travaux préparatoires, notamment par le Centre pour l*Egalité des chances : *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie,* Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n° 117-2 (SE 1991-1992), p. 42 et *Annexe 1. Note du Centre pour l *Egalité des Chances et la lutte contre le racisme :* 'Cette extension appelle plusieurs remarques:

- la possibilité pour certaines associations d*ester en justice est une exception aux règles de procédure. Il ne semble pas souhaitable d*étendre pareille exception;
- les organisations syndicales ne jouissent pas de la personnalité morale, requise par la loi actuellement en vigueur (aliéna 1er, art. 5);
- dans l*hypothèse où la proposition serait adoptée, il semble à tout le moins indispensable d*éviter que les organisations syndicales n*acquièrent un monopole en la matière au détriment des organisations visées à l*aliéna 1er de ce même article puisque de nombreuses personnes ne sont pas membres d*une organisation syndicale. A cet effet, et pour éviter toute équivoque, il est souhaitable de modifier le texte de la façon suivante : « peuvent également ester en justice... *.

[3] Initialement, le projet prévoyait l*absence de la nécessité de l*accord de la victime. La justification résidait dans le fait que ' La plupart du temps, le racisme n*a pas pour but de frapper un individu, mais un groupe* : Sénat, Compte rendu analytique, 18 janvier 1994, Intervention de M. Lozie (Agalev), p. 344. Il fut toutefois relevé que* 'En matière pénale, le prévenu doit toujours pouvoir être confronté aux faits, également sur le plan de la preuve. De plus, le parquet peut toujours agir « motu proprio », sans avoir besoin de l*accord de la victime pour le faire. (...) On se trouve en effet dans une matière pénale, où un individu a été lésé, et seul l*exercice de son droit peut-être confié, le cas échéant, à une organisation, mais non le droit lui-même. Le Centre pour l*Egalité des Chance formule d*ailleurs la même observation* : *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie,* Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n° 117-2 (SE 1991-1992), p. 41.

[4] La sanction maximale de six mois est portée à un an dans diverses positions.

[5] Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

aux traitements discriminatoires à l*embauche, la discrimination est ainsi définie (art.1) comme 'toute distinction, exclusion, restriction ou préférence ayant ou pouvant avoir pour but ou pour effet de détruire, de compromettre ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l*exercice, dans des conditions d*inégalité, des droits de l*homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social ou culturel ou dans tout autre domaine de la vie sociale*. Cette infraction ne requiert donc pas la preuve d*un élément intentionnel[1]. Elle ne s*applique pas aux éventuelles mesures de discrimination positive qui aurait pour effet de favoriser un candidat non belge[2]. Enfin, le texte prévoit que l*employeur est civilement responsable du paiement des amendes auxquelles ses préposés ou mandataires ont été condamnés[3].

3.1.4. Mise en application de la disposition sanctionnant la discrimination à l*accès à l'emploi

Si un premier bilan ne peut être dressé après trois années de mise en vigueur de ces nouvelles dispositions, il peut être affirmé que, au vu de nos constats (tests de situation)[4] l*inefficacité et l*ineffectivité de la loi réprimant les actes de discrimination et de xénophobie sont confirmées. Faut-il préciser que, des demandes de renseignements que nous avons adressées à toutes les juridictions du pays, aucune condamnation n*a jusqu'à ce jour sanctionné le refus de recrutement en raison de la nationalité ou de l*origine du candidat[5].

Dans ce domaine, il n*apparaît pas que les parquets aient fait preuve d*un zèle particulier. Sans se heurter aux problèmes de la preuve, des poursuites auraient très facilement pu être prises à l*encontre des auteurs d*annonces discriminatoires publiées dans les journaux[6], ce qui, à notre connaissance, ne fut pas fait.

Outre la passivité des instances judiciaires, est également invoquée par l*ensemble des représentants des associations susceptibles d*ester en justice la difficulté, quasi insurmontable

[1] *Sénat, Compte rendu analytique,* 18 janvier 1994, p. 342.

[2] *Sénat, Compte rendu analytique,* 18 janvier 1994, Intervention de M. Mahoux (PS), p. 341 : 'Le texte ne fait, bien sûr, pas référence aux discriminations positives et, d*autre part, toutes les discriminations ne sont pas visées par les dispositions pénales, certaines pouvant être particulièrement justifiées. Le caractère relevant de ce qui motive la différence du traitement devra être examiné en tenant compte des principes de proportionnalité et de finalité. Ce qui est punissable, ce sont les discriminations qui ont trait à la race, la couleur, l*ascendance, l*origine ou la nationalité*.

[3] A ce sujet : *Rapport présenté par la Belgique devant le Comité pour l*élimination de la discrimination raciale en application de l*article 9 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale : analyse critique de la Ligue des Droits de l*Homme,* 10 février 1997, p. 8 : 'Mettre à charge de l*employeur, déclaré civilement responsable, le paiement des amendes auxquelles ses mandataires et préposés seraient condamnés ainsi que le prévoit cet article 2bis en son aliéna 2 suscite notre perplexité car cette mesure revient à exonérer l*auteur de la discrimination d*une partie de la peine à laquelle il a été condamné*.

[4] Encore convient-il de s*assurer de la connaissance que les individues ont de la discrimination qui les frappe - ce qui n*est guère évident - et ensuite de leur capacité à la prouver - ce qui reste fort hypothétique. Arrijn, P., Feld, S., et Nayer, A., *op. cit.*

[5] Ce constat découle aussi des recherches que nous avons effectuées sur base de la jurisprudence publiée.

[6] *Ch. Représ., Annales, 30 mars 1994,* Intervention de M. Wathelet (PRL), p. 34-1425 : (...) 'le projet permettra au moins de poursuivre, par exemple, les auteurs d*annonces dans les journaux, en matière d*emploi ou de logement mentionnant « étrangers s*abstenir »*.

de la preuve. Difficulté accrue par le fait qu*en droit belge, les employeurs ne sont pas tenus de motiver leur décision ni de licenciement, ni de recrutement. Les travaux préparatoires de la loi témoignent de la volonté de ne pas porter atteinte à cette prérogative des chefs d*entreprise du secteur privé[1].

Prévoyant cet écueil, le Centre pour l*Egalité des chances avait suggéré, lors de l*élaboration de la norme, d*insérer dans la loi une présomption de culpabilité à charge du candidat employeur. Cette suggestion fut rejetée. Compte tenu de l*actualité de la problématique et des arguments avancés, nous reproduisons ci-dessous le compte-rendu de ces discussions et avis.

Extrait du compte rendu des débats parlementaires

> C'(...), le Centre pour l*égalité des chances et la lutte contre le racisme (...) estime que, (...) dans les relations de travail, il souhaite instaurer une présomption selon laquelle ce sont des considérations de race ou d*ethnie qui ont inspiré l*acte incriminé*.[2]
>
> C 'L*efficacité des articles (...) - dont le 2bis - insérés par la proposition est cependant hypothéquée par la difficulté pour les victimes de rapporter la preuve des actes commis à leur encontre et visés par la loi. A cet égard, il nous semble souhaitable d*introduire dans la loi un mécanisme ayant pour but de faciliter l*administration de la preuve. La solution qui nous paraît la meilleure est l*insertion dans le texte d*une présomption réfragable à charge de l*auteur de l*infraction. Un tel mécanisme existe déjà, par exemple en matière de protection de la femme enceinte contre une rupture de travail. De telle sorte que l*employeur ou le bailleur aurait à démonter les motifs légitimes, c*est-à-dire non inspirés par le racisme ou la xénophobie qui ont déterminé leur comportement*.[3]
>
> C'le Centre pour l*Egalité des chances et la lutte pour le racisme semble vouloir proposer une présomption de culpabilité, avec possibilité d*apporter la preuve contraire, ce que l*intervenant juge inacceptable étant donné que la présomption d*innocence vaut pour tous les délits. En ce qui concerne les discriminations dans les relations de travail, il faut souligner qu*à l*heure actuelle, certains comportements discriminatoires, tels ceux à l*égard des femmes, sont déjà sanctionnés. L*intervenant est d*ailleurs d*avis que, d*une façon générale, et comme dans d*autres systèmes juridiques, un acte discriminatoire peut toujours tomber sous le coup de l*article 1382[4] ou donner lieu à une responsabilité contractuelle dans la mesure où il s*agit d*une règle qui a été imposée sur le plan interne, et qui vaut aussi bien entre l*autorité publique et le citoyen que pour les citoyens entre eux. La disposition qu*il est suggéré d*introduire en matière de relations de travail existe aussi dans l*article 429quater de la loi hollandaise et dans l*article 137 du Code pénal hollandais. Ici encore, c*est le caractère relevant ou non des motifs par rapport à la fonction en cause qui doit être le critère (ex.: une exigence linguistique n*est pas discriminatoire). Quant à l'article 416, 3°, de la

[1] 'Je souhaite que l *on acte très clairement la réponse donnée par le ministre : « dans tous les cas, il n*y aura jamais à justifier le motif du choix ou de l*exclusion ». Ce serait en arriver à une sorte de racisme à rebours* : *Ch. Représ., Annales*, 30 mars 1994, Intervention de M. Duquesne (PRL), p.34-1478.

[2] *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n°117-2 (SE 1991-1992), p. 25.

[3] *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n°117-2 (SE 1991-1992), p. 48 (Annexe 1. Note du Centre pour l'Egalite des Chances et la lutte contre le racisme).

[4] Du Code civil, selon lequel "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

loi pénale française, il sanctionne le refus de recrutement ou le licenciement pour des motifs discriminatoires*.[1]

3.2. Le Centre pour l*égalité des chances et la lutte contre le racisme

Le Centre pour l*Egalité des Chances et la lutte contre le racisme fut créé par la loi du 15 février 1993 auprès du Premier Ministre[2] conformément aux travaux, arrivés à terme, du Commissariat royal à la politique des immigrés. Il jouit de la personnalité juridique.

Ses attributions peuvent être synthétisées comme suit :
'Il a pour mission de promouvoir l*égalité des chances et de combattre toute forme de distinction, d*exclusion, de restriction ou de préférence fondée sur la race, la couleur, l*ascendance, l*origine ou la nationalité. Le Centre, qui exerce ses missions en toute indépendance, est habilité à effectuer toutes les études et recherches nécessaires à l*accomplissement de sa mission ; le Centre adresse également des avis et recommandations aux pouvoirs publics, en vue de l*amélioration de la réglementation, et, aux pouvoirs publics et aux personnes et institutions privées, sur base des résultats des études et recherches effectuées ; le Centre assure un soutien et une guidance aux institutions, organisations et dispensateurs d*assistance juridique et produit toute information et toute documentation utiles ; il accomplit toute autre mission confiée par tout pouvoir public (ex. : coordination de la politique belge en matière de lutte contre la traite des êtres humains).

En matière d*aide individuelle aux personnes, dans les limites de sa mission, le Centre est habilité à aider toute personne sollicitant une consultation sur l*étendue de ses droits et obligations. L*aide prodiguée doit permettre au bénéficiaire d*obtenir des informations et des conseils sur les moyens de faire valoir ses droits ; le Centre, à l*instar d*autres organismes, peut également (en vertu de l*article 5 modifié de la loi du 30 juillet 1981) ester en justice dans tous les litiges auxquels l*application de la loi du 30 juillet 1981 pourrait donner lieu. Le Centre soumet annuellement un rapport sur sa mission au Premier Ministre et il établit le rapport que, conformément aux dispositions de l*article 9 de la convention, la Belgique doit présenter au Comité, pour l*élimination de la discrimination raciale sur les mesures d*ordre législatif, judiciaire, administratif ou autres, qu*elle a arrêtées en exécution des dispositions de cette Convention*[3]. Le Premier Ministre transmet le rapport à la Chambre des Représentants et au Sénat et en assure la publication.

Ses activités relatives à la lutte contre la discrimination à l*embauche peuvent être présentées comme suit : le traitement individuel des plaintes (1), les avis adressés aux autorités publiques (2) et la coordination d*initiatives (3).

1. Le service des plaintes

[1] *Prop. loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, Sénat, Session 1993-1994, 8 décembre 1993, n°117-2 (SE 1991-1992), p. 19-20.

[2] Entrée en vigueur le 1er mars 1993.

[3] *Convention internationale sur l*élimination de toutes formes de discrimination raciale, Dixième rapport périodique*, Belgique, 22 mars 1996.

Ce service a été mis en place en 1995. Après une période de rodage et d*observation, il est aujourd*hui, et depuis plus d*un an, tout à fait opérationnel. Les demandes sont recueillies et gérées dans le pays de façon décentralisée, et les dossiers font l*objet d*un traitement informatique centralisé. L*action du centre et l*ampleur des problématiques, telles que celles qui sont soulevées par les plaintes de discrimination à l*embauche, peuvent ainsi être évaluées.

Lorsqu*une plainte lui est transmise, le service des plaintes tente toujours, et en premier lieu, une médiation. Ainsi, à la suite d*une de celles-ci, une personne d*origine étrangère évincée lors d*une procédure d*embauche s*est vu offrir un emploi, suite à un contact pris par le centre avec une société en relation de sous-traitance avec l*employeur discriminant. Lorsque la médiation n*a pas d*effet et si la discrimination peut être prouvée, l*affaire peut être portée en justice, moyennant accord de la victime. Le Centre peut aussi se constituer 'partie civile*. Les plaintes sont enregistrées à l*aide d*un formulaire préétabli. En 1995[1], 61 plaintes en matière d*emploi furent enregistrées, dont un nombre (non déterminé) a concerné des discriminations au moment du recrutement. Ces 61 plaintes représentaient 10% de l*ensemble de celles déposées au Centre et figuraient en quatrième place de celles-ci. En vue d*améliorer l*efficacité du traitement des dossiers, le service a tenté d*impliquer d*autres acteurs : les syndicats, le bureau de placement public[2].

En 1996, 93 plaintes en matière d*emploi furent enregistrées ; elles représentent 8 % de l*ensemble des plaintes déposées au Centre et viennent en cinquième position. Parmi celles-ci, 26 ont concerné un problème de recrutement. La preuve de la discrimination est estimée difficile à établir, sauf lorsque le candidat employeur expose explicitement que le 'type sombre* d*une candidate d*origine étrangère est la cause du refus de l*engagement. Encore faut-il que ces déclarations soient faites devant témoin[3]. Dans un cas, le Centre décida de se constituer partie civile, après dépôt d*une plainte; dans un autre cas, une lettre fut envoyée au procureur du Roi.

Du 1er janvier 1997 au 31 mai 1997, il y eut 32 plaintes en matière d*emploi, dont 9 concernaient un problème de recrutement. Le Centre est notamment intervenu pour faire modifier une clause d*un règlement général du personnel contractuel d*une association hospitalière; sa formulation sibylline donnait l*impression de réserver l*accès des postes aux nationaux et aux citoyens de l*Union européenne.

Le traitement de plaintes en matière d*embauche dans le secteur privé est estimé problématique par le responsable du service. Déjà en 1995, il fut relevé que : 'Le plaignant hésite, surtout si la plainte pourrait avoir une suite, à faire émerger le problème* et que 'dans 1 cas sur 4, le Centre ne disposait pas d*éléments suffisants pour porter une appréciation sur l*existence ou non d*une réelle discrimination*[4]. En 1996, le constat est confirmé : 'L*analyse révèle qu*il s*agit d*un terrain délicat, avec peu de preuves (en raison de discriminations indirectes), peu de personnes

[1] Du 1er/1 au 1er/10/1995.

[2] Centre pour l*Egalité des chances et la lutte pour le racisme (CEC), *Rapport annuel 1995*, p. 11.

[3] CEC, *Rapport annuel 1996*, p. 24.

[4] CEC, *Rapport annuel 1995*, p. 11.

prêtes à témoigner, et avec des victimes qui n*osent pas entreprendre de démarches juridiques par peur de représailles*[1].

2. Interventions auprès des autorités publiques

Principalement dans le cadre de la politique interministérielle pour l*immigration, le Centre relaye, auprès des pouvoirs publics, des revendications susceptibles de combattre la discrimination, notamment dans le domaine de l*emploi. Ainsi, au cours de l*année 1996, le Centre est intervenu pour que soit mises en oeuvre les modifications législatives et réglementaires relatives à l*accès à certains postes de la fonction publique pour les personnes n*ayant pas la nationalité belge. Des résultats différents ont été obtenus dans les trois régions: une circulaire dans ce sens fut réalisée en Flandre, la procédure est en cours à Bruxelles, mais rien n*est envisagé en Wallonie.

De plus, lorsque le Centre a connaissance d*annonces discriminatoires dans le secteur public, il intervient directement auprès de l*autorité concernée pour l*informer des nouvelles dispositions en la matière, afin qu*il soit mis fin à la procédure discriminatoire. Suite à l*intervention du centre, le service public de recrutement (SPR) mentionne explicitement sur les bulletins destinés aux candidats que la nationalité n*est pas un obstacle à l*accès à la fonction postulée.

Enfin, il a été donné suite à la proposition du centre de modifier la législation, afin d*ouvrir aux bénéficiaires étrangers de l*aide sociale, l*accès à certains projets d*insertion professionnelle, réservé aux nationaux bénéficiant du minimex.

3. Coordination d*initiatives

A côté des activités de formation des agents de placements des bureaux publics[2], on relève par exemple l*élaboration de la charte « gérer la diversité » du 20 octobre 1994 des organisations patronales d*inspiration chrétienne soutenues par le Centre pour l*Egalité des chances et la lutte contre le racisme et la Fondation Roi Baudouin. Celle-ci opte pour « l*égalité des chances dans la formation professionnelle et à l*embauche », en vue de l*intégration, du développement et de la promotion des minorités culturelles et ethniques [3].

3.3. La lutte contre la discrimination dans le monde du travail

[1] Ibidem, p. 26-27.

[2] Castelain-Kinet, Fr., "Pratiques de formations anti-discriminatoires en Wallonie et à Bruxelles", dans Castelain-Kinet, Fr.; Bouquin, S.; Delagrange, H.; Denutte, T.; 1998.

[3] Martens, A., *La prévention du racisme sur les lieux du travail*, p. 55.

Des contacts que nous avons pris auprès d*organisations professionnelles représentatives dans les différents secteurs (livre, transport, textile, alimentation, secteur public,...), il apparaît qu*en Belgique, la conclusion de clauses antidiscriminatoires dans des règlements de travail ou dans des conventions d*entreprises constitue une pratique peu courante. De même, ne sont pas exploitées les facultés données au conseil d*entreprise de solliciter les éléments relatifs à la nationalité du personnel occupé et de déterminer les mesures d*ordre linguistique propres à favoriser les rapports entre la direction et le personnel[1].

Il convient toutefois de rappeler ici la Convention collective n° 38, telle que modifiée par la convention n° 38 bis et la convention nº 38 ter, conclue au sein de l*organe paritaire qu*est le Conseil National du Travail par l*ensemble des partenaires sociaux, qui prévoit explicitement : « L*employeur qui recrute ne peut traiter les candidats de manière discriminatoire. Pendant la procédure, il 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 »[2].

Cette disposition concerne les employeurs et, rendrait, en principe, toute autre initiative locale superflue, si elle était respectée. Les engagements particuliers au sein de certaines entreprises constituent donc une concrétisation du principe énoncé dans cette disposition. Ainsi, quelques initiatives « pilotes » prises notamment sous l*impulsion des campagnes de sensibilisation effectuées dans le cadre de l*année contre le racisme ont été relevées.

Parmi celles-ci, en *région flamande*, en réaction aux résultats alarmants des élections en 1991[3], et suite à l*initiative d*un responsable syndical, des clauses furent insérées dans le règlement de travail inspirées de ce modèle : 'Une action correcte vis-à-vis des femmes, des immigrés, des jeunes, implique notamment de s*abstenir de toute forme de racisme et de discrimination et de traiter chacun avec respect pour sa dignité, ses sentiments et convictions. Par conséquent, sont interdites toute expression de racisme verbal, la diffusion d*écrits racistes, toutes formes de discrimination sur base de l*âge, du sexe, de la couleur de la peau, de l*origine nationale ou ethnique, des convictions philosophiques et religieuse*[4].

Les clauses de non discrimination en raison de l*origine étrangère sont conclues et insérées dans le règlement de travail dans une cinquantaine d*entreprises : un quinzaine dans le secteur du métal, une vingtaine dans les secteurs de la construction, de la chimie et du nettoyage, et une quinzaine d*autres occupant principalement des ouvriers[5].

[1] Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 précitée, art.. 4 et 14.

[2] Supra, 2.1.

[3] Un quart d*électorat à Anvers s*était prononcé pour le Vlaamse Blok, le parti d*extrême droite.

[4] Confédération européenne des syndicats, *Les syndicats contre le racisme, la xénophobie et le discrimination sur le lieu de travail*, 1996, p. 25.

[5] Localisées comme suit : *Limburg* (BIGG's Continent Noord NV, Illochroma NV, Illotrans, Ford-Genk, Bekaert, Gemeentebestuur Heusden-Zolder et La Paz), *Mechelen* (Schulman Bomem, Kimberly Clark Duffel, Pauwels Trafo, Framatome Connectors Belgium,

Enfin, le syndicat socialiste en Flandre a lancé l'initiative en Flandre de diffuser des 'listes de contrôle*. Celles-ci comprennent une série de questions, posées aux travailleurs, ayant trait aux problèmes liés à l*embauche et à la promotion, à l*existence de discriminations directes et indirectes. Il veille également à ce que les offres d*emploi soient affichées non seulement dans l*entreprise mais également dans les journaux locaux[1].

Par ailleurs, un code antidiscrimination et un modèle de démarches à effectuer par le placeur confronté à une exigence discriminatoire de la part d*un employeur a été édicté au sein du VDAB (bureau de placement public)[2].

En *région wallonne,* des négociations ont été menées à Liège, au centre hospitalier universitaire. Partant du double constat de l*occupation dans le secteur de la santé de plus en plus de travailleurs et de travailleuses issus de l*immigration, et de la répétition de manifestations de racisme et de xénophobie, une recherche action fut entreprise. Celle-ci déboucha sur la désignation d*un médiateur susceptible de recueillir les plaintes, la modification du règlement de travail et la rédaction d*une charte de non discrimination affichée dans l*hôpital et retranscrite dans le livret d*entrée des malades[3]. De plus, aux mutualités socialistes, où les syndicats sont actionnaires, l*introduction d*une clause de non discrimination dans le règlement de travail est actuellement en voie d*aboutissement. Elle tend notamment à interdire les 'propos racistes et les comportements de nature à rendre impossible toute cohabitation avec des travailleurs d*origine étrangère*[4]. Par contre, les tentatives menées dans ce sens par les délégations syndicales à Cokerill Sambre (sidérurgie) et Caterpillar (métallurgie) se sont, jusqu*à ce jour, soldées par un échec[5].

En *région de Bruxelles-Capitale,* une initiative visant à insérer dans le règlement de travail une clause de non discrimination vient d*aboutir dans la chaîne de grands magasins 'Innovation*[6]. Cette procédure est destinée à être étendue aux autres chaînes qui sont contrôlées par 'Innovation* : GB, BM, Delhaize, ...

Mazda, Comet et Bekeman Demaen), *Gent* (Punch, Sidmar, Mannesman-Carnoy et ABVV-Gent), *Dendermonde* (OCMW-Gent, Lokaal Integratiecentrum Marhaba et ABVV-Dendermonde), *Antwerpen* (AC-Schoonmaak, Antwerpse Bouwwerken, ENI, Estée Lauder, Greenpeace, BASF, Vzw Thuishulp, Fina, Gistbrocades, ISS Servisysteem Belgium NV, Euroclean NV, Intercleaner, Milo, Rentokil NV, RISO, Stad Antwerpen, ACOD-Onderwijs, Levi's, CBW, Open School, ABVV-Antwerpen et Opel Belgium), *Aalst* (Action Technology Belgium (Erembodegem) et NV Dart Industries-Tupperware) et également en *Région de Bruxelles-Capitale* (Volkswagen et BMW (ook in afdeling Bornem).

[1] Informations obtenues par contact avec une organisation syndicale belge, la Fédération Générale des Travailleurs de Belgique, Section "immigrés", Flandre (ABVV). Voir aussi le dossier "ABVV, Kontrolelijst diskriminatie", 1997.

[2] *Convention internationale sur l*élimination de toutes des formes de discrimination raciale, Comité pour l*élimination de la discrimination raciale, 10 ème rapport périodique,* Belgique, p. 29-31.

[3] Idem, p. 38-39.

[4] Information obtenue par contact avec une organisation syndicale belge, la Fédération Générale des Travailleurs de Belgique (FGTB), Commission immigration, Wallonie.

[5] Idem.

[6] Information obtenue par contact avec une organisation syndicale belge, la Fédération Générale des Travailleurs de Belgique (FGTB), Commission immigration (Centrale, Bruxelles).

Un code de bonne pratique pour les *sociétés de travail intérimaire* a fait l*objet d*une convention collective rendue obligatoire par arrêté royal. Parmi des principes auxquels les entreprises d'intérimaires se sont engagées, on relève[1] :

1°) en ce qui concerne la pertinence de critère de recrutement:

- le consultant de l*agence tiendra compte uniquement de critères pertinents demandés pour l*exercice normal de la fonction, et ce, même si l*utilisateur formulait une demande différente;
- les tests d*aptitude et les périodes d*essai doivent être déterminés sans préjugés et être basés sur le rendement effectif du travailleur;
- les sociétés d*intérim feront savoir aux utilisateurs qu*elles ne prendront pas en compte des souhaits ayant une portée discriminatoire.

2°) en ce qui concerne le respect du droit à la vie privée à l*égard des données à caractère personnel :

- les sociétés d*intérim ne pourront pas noter de données concernant la race, la couleur de la peau, la religion, l*origine ethnique ou nationale de la personne, sauf:
    - si cette dernière entre en considération pour être mise au travail dans le cadre d*action positive;
    - si ces données sont nécessaires pour la mise au travail des travailleurs étrangers (permis de travail, carte de séjour,...);
- les sociétés d*intérim ne communiqueront pas de données relatives aux candidats intérimaires autres que celles qui sont pertinentes dans le cadre de la fonction;
- même à la demande du candidat intérimaire, les sociétés d*intérim ne communiqueront pas aux utilisateurs des données concernant la race, l*origine ethnique;

3°) en ce qui concerne les possibilités de recours : en cas de non-respect des principes énoncés, le travailleur lésé peut introduire une plainte
    - en suivant une procédure prévue au règlement de travail;
    - auprès de la commission des bons offices qui a été instituée par convention collective en 1993.

Par ailleurs des négociations sont en cours dans une entreprise importante du secteur du *nettoyage* en vue de réaliser une telle convention[2].

Nous observons donc qu'en Belgique, des initiatives visant à lutter contre la discrimination en raison de l'origine étrangère surgissent depuis peu dans plusieurs secteurs d'entreprise, mais elles sont cependant loin d'être généralisées.

3.4. Discrimination positive et principe d'égalité

[1] AR du 9 septembre 1996, Arrêté Royal rendant obligatoire la Convention collective de travail du 7 mai 1996, conclue au sein de la Commission paritaire pour le travail intérimaire, relative au code de bonnes pratiques relatif à la prévention de la discrimination raciale, MB, 6 novembre 1996. Voir aussi "Un code de bonne pratique pour les sociétés intérimaires", *PME, Questions et Réponses*, 3 avril 1997, p. 47/2. et Kreslo E., Premier accord collectif de lutte contre la discrimination raciale sur le lieu de travail, *L'Année sociale*, 1996, p. 165-167.

[2] Information obtenue par contact avec une organisation syndicale belge, la Confédération des Syndicats Chrétiens (CSC).

Contrairement aux pratiques développées dans les pays anglo-saxons, les impositions de mesures de discrimination positive telles que l*obligation de respect de quotas rencontrent peu d*adhésion en Belgique.[1]

La Cour d*arbitrage s*est récemment prononcée sur les discriminations positives. Pour qu*elles soient compatibles avec *le principe d*égalité* et de non-discrimination, 'il faut qu*elles soient *appliquées dans les seuls cas où une inégalité* est constatée, que la disparition de cette inégalité soit *désignée* par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature *temporaire*, étant destinées à disparaître dès que l*objectif visé par le législateur est atteint, et *qu*elles ne restreignent pas inutilement les droits d*autrui*.* [2]

Lors d'une audition devant la Commission de l'Action sociale, du logement et de la santé du Parlement wallon à l'occasion de la présentation du projet de décret relatif à l'intégration des personnes étrangères ou d'origine étrangère, le concept de "discrimination positive" fut également développé. Partant de la nécessité de concilier les principes d'universalité et de particularisme, l'intervenant précise que la "discrimination positive", mieux reflétée par les termes "action positive" ‹vise donc à contrer les discriminations directes, relevant de la norme, et indirectes, relevant de pratiques institutionnelles, qui, bien que n'ayant pas le but de discriminer, ont pour conséquence le fait de défavoriser certains groupes'. Le "lien enseignement-emploi" est cité en exemple.[3] Il conclut que la discrimination positive ‹doit se définir strictement, *non en termes de quotas* qui génèrent des effets pervers (traitement préférentiel qui engendre le racisme, la frustration des populations autochtones, discrédit des populations immigrées dans leur mobilité sociale), *comme un processus qui vise des objectifs d'égalité des chances* et ce, dans des matières qui sont strictement identifiées comme génératrices d'handicaps relevant de l'appartenance ethnique'.[4]

Se rapportant à la problématique de l*insertion des personnes d*origine étrangère dans le monde du travail, il avait été précisé lors des travaux préparatoires de la loi du 12 avril 1994 que ne pouvaient être considérées comme une discrimination au sens de la présente loi 'les mesures spéciales ayant pour but de promouvoir le développement harmonieux de groupes ou d*individus d*une race, couleur, origine, ascendance ou nationalité déterminée et qui peuvent être nécessaire pour permettre à ces groupes ou individus de jouir, dans des conditions d*égalité, des droits de l*homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et

[1] La description des mesures de politique sociale visant à favoriser l'engagement de personnes d'origine étrangère n'est pas envisagée dans ce rapport.

[2] CA, 27 janvier 1994, n°9/94, *MB, 23 mars 1994*, cité in *III*ème *rapport périodique de la Belgique sur le Pacte internationale aux droits civils et politiques*, p. 3. Voir par ailleurs Renauld, B., Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ?, *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 1997, p. 425-460.

[3] L'auteur explicite : "Aussi une action circonscrite au domaine de l'emploi, qui ne prendrait pas en compte les discriminations intentionnelles et inintentionnelles présentes dans les différents domaines donnant accès à l'emploi, ne modifierait pas la situation de la répartition des emplois (au delà des notions de rareté et de manque manifeste d'emplois)". : Audition de Jean CORNIL, directeur-adjoint du Centre d'Egalité des chances et de la lutte contre le racisme. *Projet de décret relatif à l'intégration des personnes étrangère.* Rapport présenté au nom de la Commission de l'Action sociale, du logement et de la santé par Mesdames Toussaint-Richardeau et Togels-Le Grelle, Parlement wallon, Session 1995-96, Doc 148 (95-96) n°7, 4 juin 1996, p 11.

[4] Idem, p. 12. C'est nous qui soulignons.

culturel ou dans tout autre domaine de la vie sociale ou pour leur permettre d*exercer ces droits*[1].

Concrètement, on relève qu'en Communauté flamande, une note "Migrants et emploi" fut rédigée en 1992 par Madame L. Detiege, Ministre communautaire de l'Emploi et des Affaires sociales. Celle-ci prévoyait des mesures visant à renforcer, jusqu'à des quotas déterminés, la position des travailleurs migrants dans les formations qualifiantes et sur le marché du travail[2].

Plus récemment, en Wallonie, le décret du 4 juillet 1996 prévoit expressément la mise en place de "mesures de discrimination positive favorisant l'accès des personnes étrangères et d'origine étrangère aux services publics et privé".[3]

Par ailleurs, figure la déclaration du 23 janvier 1997 du ministre de l*Intérieur selon laquelle "il souhaitait que 10 % des forces de l*ordre soient composées de Belges 'allochtones*, c*est-à-dire de personnes qui ne sont pas belges de naissance ou dont l*un des parents au premier degré n*est pas belge de naissance" [4]. A cette fin, il a mis sur pied, en novembre 1996, une cellule "multiculturalisme". "Celle-ci est chargée de préparer une politique fédérale favorisant le recrutement de jeunes Belges d*origine étrangère". (...) Ainsi, "trois personnes, un coordinateur par région, ont été engagées pour tenter d*aider un maximum d*immigrés devenus Belges à passer les épreuves de qualification de policier ou de gendarme". (...). "Les nouveaux belges rencontreraient, entre autres, plus de difficultés lors du passage des examens de sélection en français et en néerlandais à Bruxelles, où le bilinguisme est de rigueur. Désavantagés, ils le seraient également devant les tests psychotechniques, porteurs d*une culture dominante". L*optique est dès lors de "tendre vers plus d*équilibre, tout en ne pratiquant pas un nivellement par le bas" [5].

4. Conclusions et perspectives juridiques d*égalité des chances et de lutte contre la discrimination

4.1. Le défi du droit face à la discrimination : limites et spécificité

Les traits essentiels des constats mis en évidence par l*analyse juridique peuvent être synthétisés comme suit. L*application des normes ayant pour finalité de sanctionner et d*éliminer les comportements discriminatoires se heurte, dans le chef des plaignants, au problème de la preuve

[1] Sénat, *Propos. de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie* (déposée par M. Erdman et consorts). n° 177-1, SE 1991-1992, 29 janvier 1992, p. 27.

[2] *Migranten en tewerstelling. Naar een geintegreerde beleidsaanpak met specifieke aandachtspunten*, Beleidsnota ingediend door Mevrouw Leona Detiege, Gemeeschapsminister van tewerkstelling en sociale aangelegenheden, september 1992.

[3] *MB*, 3 septembre 1996.

[4] *Migrations Europe*, février 1997, p. 12.

[5] Leprince, P., 'Des policiers de toutes les couleurs*, *Le Soir*, 18 juin 1997.

de la discrimination; de plus, la procédure pénale présente l*inconvénient de n*entraîner aucune répercussion positive sur leur accès à l*emploi.

La reconnaissance du droit au travail implique celui ne pas être privé d*emploi pour des raisons autres que celles relevant de l*aptitude professionnelle; elle est confrontée à la difficulté, dans le chef des Etats, de développer une politique de l*emploi rendant cette revendication réaliste pour tous, et nécessite une adaptation des dispositions régissant l*accès à la fonction publique.

La protection du droit des minorités soulève, outre des objections de compatibilité avec le respect des droits de l*homme, des questions relatives, d*une part, à la définition et aux limites du concept même de « minorité », particulièrement par rapport aux groupes des « travailleurs migrants » et, d*autre part, à l*étendue de la protection juridique à la reconnaissance d*un droit social tel que l*accès à l*emploi.

Le droit au respect de la vie privée, dont le renforcement a été rendu nécessaire, notamment par l*accroissement des possibilités de contrôle sur la personne au moyen des technologies nouvelles, paraît permettre de limiter en amont la discrimination fondée sur l*origine ethnique, par la prohibition du recueil, direct ou indirect, d*une information y relative, et de la prise en compte d*un tel critère au cours de la procédure d*embauche.

4.2. Le droit au quotidien : résistances et initiatives

L*observation des suites réservées à la législation sanctionnant pénalement la discrimination à l*embauche en raison de l*origine nationale nous conduit à constater l*échec de son application. En effet, l*absence de condamnation et de poursuites ne résulte pas, les enquêtes réalisées dans le cadre de la recherche internationale comparative [1] l*ont confirmé, de l*absence de traitement discriminatoire dans les faits.

Du fonctionnement du service des plaintes du Centre d*Egalité des Chances et de lutte contre le racisme, il apparaît que les plaintes dans ce domaine existent, mais qu*elles se heurtent principalement au problème de la preuve : comment démontrer que le refus d*accès à l'emploi constitue une discrimination en raison de l*origine étrangère ? De plus, le plaignant ne souhaite pas toujours rendre publique sa plainte, par crainte de voir compromettre ses chances d*accéder à un autre emploi. A un niveau plus global, le Centre tente aussi d*attirer l*attention des pouvoirs publics sur les réglementations et pratiques discriminatoires à modifier.

En amont de la procédure pénale, la prévention de la discrimination dans les entreprises n*est pas encore très répandue en Belgique. A l*occasion de l*année européenne contre le racisme, quelques ‘initiatives pilotes* ont été développées dans chacune des trois régions du pays, soit à Anvers, Bruxelles et Liège. On l'a vu, elles consistent principalement en l*intégration de normes antidiscriminatoires dans le règlement du travail et en la gestion des conflits en entreprise. Il faut également souligner la démarche dans le secteur de l*intérim, où a été signé un ‘code de bonnes pratiques*, intégré par une convention collective, dûment ratifiée par la fédération patronale et les organisations syndicales. Quelques autres tentatives, initiées par les délégations syndicales n*ont, jusqu'à ce jour, pas abouti.

[1] Arrijn, P., Feld, S., et Nayer, A., *op. cit.*

Si les actions positives ne constituent pas, en Belgique, un instrument intégré dans une politique de développement de l*égalité des chances, les pouvoirs publics soutiennent quand même des initiatives visant à favoriser l*insertion professionnelle des jeunes d*origine étrangère ou à conclure des chartes engageant les autorités régionale ou communale.

4.3. Le droit à construire : finalité et perspective

4.3.1. Finalité

Nous l*avons rappelé en commençant cette approche : le droit ne constitue qu*un maillon dans la chaîne des actions qui peuvent être entreprises pour enrayer les traitements discriminatoires. Education, formation, sensibilisation sont indispensables pour opérer un changement des mentalités.

Sans prétention « totalitaire », le droit a cependant une fonction spécifique dans le développement d*une société démocratique visant à promouvoir l*égalité des chances : édicter les normes limitant la liberté de certains afin de garantir le respect de droits fondamentaux pour d*autres, concevoir des cadres juridiques dans lesquels pourront se mouler les projets non discriminatoires de l*activité humaine.

Or, au terme de notre approche, nous constatons une contradiction entre la prolifération de normes tant nationales qu*internationales dans différentes branches du droit susceptibles d*appréhender les traitements discriminatoires et entre les résultats des enquêtes menées en Belgique dans le cadre de la recherche internationale comparative [1], aboutissant à prouver, dans les trois régions du pays, un taux effectif de discrimination.

La norme, dans ce contexte, ne paraît-elle pas un ‘droit alibi*, adopté ‘pour calmer le jeu* sous la pression soit internationale, soit de circonstances nationales plus ou moins alarmantes relayées par les médias ?

Tout en reconnaissant les difficultés de prouver certaines incriminations, nous pensons que les observations relatives au défaut d*application de la loi pénale permettent d*identifier l*une des raisons profondes de l*échec de cette loi : l*absence d*adhésion des autorités judiciaires à la finalité même de la loi . Oserions-nous faire écho d*un propos d*un membre de la magistrature nous relatant le racisme latent de plusieurs magistrats qui expliquerait les (trop nombreux) classements sans suite de plaintes pour cause d* «inopportunité »? Afin de remédier à cet état de fait, il fut projeté de mettre sur pieds, au sein du département du ministère de la justice, un service chargé de préciser les politiques criminelles à mettre en œuvre[2]. A notre connaissance, ce service n*a pas encore défini de priorité relative à la répression du racisme.

Quoique le problème de la preuve constitue un facteur déterminant de l*absence de poursuites des plaintes portant sur le refus discriminatoire de recrutement, nous pensons que la technique du renversement de la charge de la preuve n*est actuellement pas susceptible d*être adoptée telle

[1] Arrijn, P., Feld, S., et Nayer, A., *op. cit.*

[2] Ch. Représ., *Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport fait au nom de la commission de la justice,* Sess. ordinaire 1993-1994, 23 mars 1994, n° 1294/3 - 93/94, p. 13.

quelle en droit belge. Selon nous, elle ne pourrait s*envisager qu'en droit civil, dans la mesure où une telle présomption reposait sur des éléments 'graves, précis et concordants* dont la preuve irréfutable a été apportée. L*insertion d*une telle présomption doit par ailleurs être replacée dans un contexte de discussion plus large sur la spécificité du rôle du droit, et plus particulièrement du droit pénal dans la poursuite de l*égalité des chances et de la lutte contre le racisme.

4.3.2. Eléments de perspectives de modifications législatives

Les difficultés évoquées à propos de la preuve dans le domaine de la discrimination à l*accès à l'emploi peuvent être envisagées à la lumière des résultats des enquêtes menées dans le cadre de la recherche internationale comparative [1]. L*utilisation du test de situation a montré que la preuve dans ce domaine est possible moyennant le respect des exigences méthodologiques précises. Et les résultats ont également révélé qu*une proportion importante des traitements discriminatoires s*opèrent dès le moment de la présentation du candidat, avant même que ses qualifications aient pu être prises en considération.

Ce double constat nous amène à formuler deux suggestions : l*une porte sur l*aménagement du droit pénal (a), l*autre sur l*adaptation du droit du travail (b).

a) Le test de situation pourrait peut-être être envisagé comme moyen de début de preuve s*il était dûment réalisé par des agents assermentés et dûment formés[2] . Du point de vue juridique, pourraient être dressés des procès-verbaux 'valant jusqu'à preuve du contraire*[3]. Cette technique juridique permettrait à l*employeur ayant, sans raison objective et raisonnable apparente, tenu à l*écart de la procédure de recrutement le candidat d*origine étrangère, de faire valoir son point de vue au départ d*une présomption réfragable établie sur base de faits précis.

Dans cette optique, notre jurisprudence a déjà considéré, dans une affaire de discrimination lors de l*offre d*un service, que le fait, pour la victime, de prévoir la présence de témoins lors des faits, ne constituait pas une provocation, mais bien un moyen légitime de se ménager une preuve testimoniale d*un traitement discriminatoire[4].

S'agissant d'une donnée à caractère personnel du candidat, le recueil non légalement autorisé [5] du renseignement relatif à l'origine étrangère pourrait également constituer une discrimination du point du respect du droit à la vie privée. Telle est également la solution adoptée par un projet

[1] Arrijn, P., Feld, S., et Nayer, A., *op. cit.*

[2] Nous pensons par exemple à des inspecteurs du travail, oeuvrant en collaboration avec le Centre d*Egalité des chances.

[3] Cette force probante s*attache ne s*attache qu*aux constatations matérielles faites personnellement par le verbalisant : Declercq, R., *La preuve en matière pénale,* Ed. Swinnen, Bruxelles, 1998, p. 74-75.

[4] Nayer, A., *Introduction au statut de l*étranger, op. cit.*, p. 364. Voir aussi Commission des Communautés européennes, *Moyens juridiques pour combattre le racisme et la xénophobie,* Décembre 1992, p. 78 : 'Aux Pays-Bas, en France et en Belgique, la preuve d*une discrimination raciale peut être obtenue par une « méthode d*essai » dans des actions non seulement civiles mais aussi pénales. Cela permet aux membres d*un groupe racial ou ethnique de se présenter dans un établissement. S*ils se voient régulièrement refuser l*entrée alors que les blancs sont acceptés, il appartient alors au propriétaire de justifier sa conduite*.

[5] Actuellement, dans la mesure où le recueil de la donnée relative à l'origine étrangère constitue le traitement d'une donnée à caractère personnel, l'AR n° 14 du 26 mai 1996 limitant le traitement des données sensibles dont celle relative à l'origine ethnique s'applique : *Le droit au respect de la vie privée, 2.5.2.2.*

de proposition de loi portant protection de la vie privée des candidats-travailleurs "La vie privée au travail. De la prospective à l'alternative"[1].

Au niveau civil, une indemnité pourrait être réclamée par le candidat d'origine étrangère non engagé, à condition qu'il ait prouvé la discrimination, soit par toutes voies de droit, soit qu'ayant porté plainte contre le candidat-employeur et ayant démontré le recueil illégal de l'information, ce candidat-employeur ne parvient pas à justifier légalement le caractère non discriminatoire du recrutement (renversement de la charge de la preuve);

Par ailleurs, si la technique du test de situation ne pouvait être retenue pour apporter des éléments de preuve de la discrimination au niveau individuel, elle pourrait, en dehors de la procédure judiciaire, être au moins utilisée pour tester la discrimination à l*accès à l'emploi dans certains secteurs ou régions déterminés.

b) Sans pouvoir, dans le cadre de cette recherche, se prononcer sur un régime légal précis, il apparaît nécessaire que les employeurs et personnes chargés du recrutement soient fermement encouragés, sinon par la contrainte, au moins par la persuasion, à prendre en considération les qualifications des candidats avant leurs données personnelles[2].

La procédure d*embauche dans le secteur privé est peu réglementée[3]. Les enquêtes ont clairement mis en évidence qu*une donnée telle que le nom est déjà significative du point de vue de l*origine nationale du candidat. C'est peut-être parce qu'ils en sont conscients et affectés que nombre de personnes d*origine étrangère ont modifié leur identité : ainsi en témoignent les 47 changements de noms de personnes d*origine marocaine publiés au moniteur belge en 1996[4].

Il n*est sans doute pas inutile de rappeler ici le rôle que peuvent (ou plutôt pourraient) jouer les organisations syndicales lors de l*embauche [5] : revendication d*une définition claire et transparente des exigences du poste à pourvoir, et observation des procédures de recrutement. A terme, des bilans relatifs à la politique d*embauche des entreprises pourraient ainsi être réalisées et révéler les proportions respectives des candidats travailleurs d*origine belge et candidats travailleurs d*origine étrangère ayant postulé et ayant fait l*objet de recrutement.

Ces suggestions ne peuvent naturellement pas occulter le moyen le plus efficace en droit : l*adhésion de tous les partenaires, employeurs et travailleurs, aux valeurs de non discrimination et d*ouverture à la dimension multiculturelle. Car la norme, particulièrement en droit social

[1] Nayer, A., Bodson, J.C., et Smeesters, B., *La vie privée au travail. De la prospective à l'alternative, à* paraître (Edit. Bruylant).

[2] Compatibles avec les normes relatives au respect du droit à la vie privée.

[3] Seuls les articles 1 à 6 de la convention n° 38 concernant le recrutement et la sélection des travilleurs ont été rendus obligatoires par arrêté royal. Cette convention fut complétée par la convention n°38 bis prohibant explicitement le recrutement discriminatoire qui n*a, quant à elle, pas été rendue obligatoire par arrêté royal et son application n*est, en fait, pas contrôlée : supra, 2.1.

[4] Dont 25 en région flamande, 13 en région bruxelloise et 9 en région wallonne.

[5] Du moins dans les entreprises où elles dont représentées. Dans les petites PME, telles que celles du secteur "horeca", où les organisations syndicales sont peu présentes, les services d'inspection du travail sont aussi compétents pour contrôler l'application des normes pénalement sanctionnées.

belge, semble vouée à l*échec lorsqu*elle n*est pas réellement intégrée, voire enracinée dans des convictions construites sur des expériences vécues.
Dans cette perspective, nous relayons l*avis et le souhait exprimés au terme du récent colloque 'Droit du travail : effectivité, efficacité?* par Madame Jo Walgrave, la Présidente du Conseil National du Travail : 'Je crois qu*on peut ajouter à la diversité, qu*à côté du droit social tel qu*il est aujourd*hui, consistant à « édicter des règles où il y a un élément préventif et un élément répressif », il y a finalement la vie réelle dans les entreprises où on constate que les règles se construisent entre les forces antagonistes, tous les jours, en essayant de trouver des solutions ensemble. Et je crois qu*en Belgique, plus que dans d*autres pays, l*élément de conciliation qui permet de trouver des solutions ensemble, au niveau des secteurs, au niveau des entreprises, joue un rôle primordial dans la vie quotidienne des entreprises et des secteurs. (...). Cet élément est, je crois très important, surtout dans la perspective d*avenir où l*on voit que le droit, en tant que règles édictées du haut, finalement, ne protège ou n*aide pas assez à trouver des solutions concrètes, dans les entreprises. Il m*apparaît également essentiel, pour l*avenir, de former des juristes dans une perspective visant non pas à avoir toujours raison, mais bien à essayer de trouver des solutions*[1].

A cette fin, le respect du *droit à la différence* est, selon nous, une dimension indispensable de toute éducation et formation. Parallèlement au rôle incontestable que peuvent jouer les médias, il apparaît urgent de sensibiliser, par des mesures de politique sociale appropriées, les personnes chargées de la formation et du placement. Ceci devrait idéalement être effectué dès le plus jeune âge et de façon permanente ou à tout moins régulière à l'âge adulte ... Cette sensibilisation devrait tendre à développer la capacité des individus à intégrer la perception des diverses formes de discrimination, notamment lors de l'accès à l'emploi en raison de l'origine étrangère. Elle devrait aussi conforter leur aptitude à résister à cette discrimination.

[1] *Droit du travail : effectivité, efficacité ?*, Actes du colloque organisé par CeRP/ULB sous la direction d*André Nayer, La Charte, 1996, p. 161.

Bibliographie[1]

Cette bibliographie comprend les références doctrinales, normatives et jurisprudentielles citées dans le texte, celles qui en ont inspiré la rédaction et celles qui, concernant la problématique étudiée, constituent pour le lecteur un outil complémentaire de réflexion. Elle est divisée en trois parties: la doctrine, la législation et la jurisprudence.

Première partie : Doctrine

Arrijn, P.; Feld, S.; Nayer, A.: *La discrimination à l'accès à l'emploi en raison de l'origine étrangère: le cas de la Belgique*, BIT, Genève, 1998.

Aurence, G.: "La lutte contre l*attitude discriminatoire dans la construction juridique des droits de l*homme" , *Rev. dr. publ.*, 1990, n°5.

Batsele, D.; Hanotiau, M.; Dormont, O.: *De la lutte contre le racisme et la xénophobie*, Bruxelles, Nemesis, 1992.

Batsele, D.; Hanotiau, M.; Dormont, O.: "La lutte contre le racisme et la xénophobie - Mythe ou réalité ?", *Rev trim. D.H.*, 1991, n° 7, p. 319 et n° 8.

Beaud, O.: *L'affirmative action aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ?*, RIDC, Paris, 1984, vol. 36, n° 3.

Benoit-Rohmer, F.; Hardeman, H.: *The minority question Europe : Towards the creation of a coherent European regime*, Bruxelles, CEPa, 1994.

Bernhardt, R.: "L'embauche et le licenciement de travailleurs vus sous l'angle de la convention européenne", *Rev. trim. D.H.*, 1991.

BIT: *Egalité dans l*emploi et la profession*, Conférence internationale du travail, 83ème session 1996, Genève.

Bodson, J.C.: "Discrimination interdite", *Revue Socialisme*, 1992, n° 232.

Bokatola: *L'organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

Bouder, D.: "Racisme, étrangers et lois pénales, Regard sur l'actualité", *La Documentation française*, Paris, 1985, n° 116.

Bovenkerk, Fr.: *A manual for international comparative research on discrimination on the grounds of « race » and ethnic origin*, ILO, Genève, 1992.

Brisset, Cl.; Julien, CL.: "Le triomphe des inégalités", *Monde diplomatique*, Paris, 1989.

Broeckaert, B.: "Positieve actie-plannens voor migranten een goed idee ?", *Tydschift voor Sociologie*, ACCO, Leuven, 1992, vol. 13, n° 2.

-- :, *Vuur met vuur bestrijden. Een ethische evaluatie van positieve discriminatie van etnische minderheden* , Liège, KUL, 1991.

Carlier, J.-Y.: "Droit des étrangers 1991, Chronique de jurisprudence, de législation et de doctrine : 1991", *Journ. pr.*, 1992, 1ère partie : n° 218, p. 1-24; fin n° 219.

Cartou, L.: *Commentaire du traité sur l'Union européenne*, Maastricht, Bruxelles, Bruylant, 1992.

Castelain-Kinet, Fr.: "Pratiques de formations anti-discriminatoires en Wallonie et à Bruxelles", dans: Castelain-Kinet, Fr.; Bouquin, S.; Delagrange, H.; Denutte, T.: *Pratiques de formations antidiscriminatoires en Belgique*, BIT, Genève, 1998.

Centre pour l*Egalité des chances et la lutte pour le racisme, *Rapport annuel 1993*, Bruxelles, 1993.

--: *Rapport annuel 1994*, Bruxelles, 1994.

--: *Rapport annuel 1995*, Bruxelles, 1995.

--: *Rapport annuel 1996*, Bruxelles, 1996.

Cholewinski, R.: *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Coenen, R.: *Les plans d'actions positives entre la réalité des femmes et des entreprises*, Mémoire, SLN, Bruxelles, 1992-1993.

[1]Chérifa Saddouk et Luc Schingtienne ont collaboré à la réalisation de cette bibliographie.

Cohen-Jonathan, G.: Cour Européenne des Droits de l'Homme, Chronique de jurisprudence 1986-1987, *CDE*, 1988.

--: "Discrimination raciale et liberté d'expression" - A propos de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 23 sept 1994 (Jersild contre Danemark), *RUDH*, 1995, vol 7 n° 1-3.

Commission des Communautés Européennes, *Moyens juridiques pour combattre le racisme et xénophobie, Recherche de droit comparé sur les moyens juridiques mis en oeuvre dans les différents Etats membres pour combattre toutes formes de discrimination, de racisme et de xénophobie et d'incitation à la haine et à la violence raciale*, Bruxelles, CCE, Direction générale Emploi, Relations industrielles et affaires sociales, Déc 1992.

Commission Européenne Immigrés, *A l'écoute des problèmes des migrations et des droits sociaux*, Répertoire bibliographique international commenté (1981-1989), Bruxelles, CEI, 1990.

Commission Europeenne pour la Democratie par le Droit, *La protection des minorités : travaux de la Commission Européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg, Conseil de l*Europe, 1994.

Confédération Européenne des Syndicats, *Les syndicats contre le racisme, la xénophobie et le discrimination sur le lieu de travail*, 1996.

"Confronting the fortress. Black and migrant women in the European Union", éd. European Parliament, Directorate general for research, *Women's rights series*, E-2, 1. 1995.

Conseil de l'Europe: *Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine des migrations*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1992.

Conseil de l'Europe: *Aspects politiques et démographiques des flux migratoires vers l'Europe*, Etudes démographiques n° 25, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1993.

Conseil de l'Europe: *L'Europe contre l'intolérance*, Contributions, Séminaire organisé par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Palais de l'Europe, 3-4 mars, 1994.

Crudden, Ch.: "L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes", *Dr. soc.*, n°6, juin 1994.

De Bergottini, G.: "La protection constitutionnelle des nouvelles minorités", *Rev. b. dr. const.*, 1995, n° 4.

De Diesbach, E.: "La loi sur le racisme et la xénophobie", *JT*, 1981.

De Lary, H.: *La Libre Circulation des personnes dans la CEE*, Que sais-je, Paris, n° 2697, PUF, 1992.

De Pauw, M. (sous la direction d'A. Martens): *Delacre-Vilvoorde opgedoekt - Onderhandelingsethiek zoek*, Leuven, KUL, Steunpunt werkgelegenheid, Arbeid en Vorming, 1995.

De Schutter, O.; Renauld, B.: "Egalité de traitement : l*action affirmative devant la Cour de Justice dans la Communauté européenne, A propos de l*arrêt « Kalanke » du 17 octobre 1995", *JTT*, 1996.

De Schutter, O.: "La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigré", *Rev. dr. étr.*, 1995, n° 84.

De Tissot, O.: "La protection de la vie privée", *Droit social*, 1995, p. 228-230.

De Varennes, F.: *Language, minorities and human rights, International studies of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

De Vos, D.; Jacqmain, J.; Herbert, F.; Pichault, C.: *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne - Belgique*, Bruxelles/Luxembourg, Bruylant/Commission des Communautés Européennes, 1994.

Declercq, R.: *La preuve en matière pénale*, Ed. Swinnen, Bruxelles, 1998.

Delcourt, J.: *La reconnaissance et l'équivalence des diplômes et des qualifications dans la Communauté*, Bruxelles, CRISP, 1990.

Delpérée, F.: *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1ère éd., Que sais-je ?, n°2993, 1995.

Delpérée, F.; Ergec, R.; Quertainmont, P.: *La constitution fédérale du 5/5/1993*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

Denis, M.: *La libre circulation dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

Denoel, X.: "Les accords de réadmission du Bénélux à Schengen et au-delà", *Rev. trim. dr. europ.*, 1993, n° 4.

Denolf, L.; Grieten, Ch.: "Positieve actie voor migranten op de arbeidsmarkt ?", *Bareel Migranten op arbeidsmarkt*, mai 1992, n° 49.

Denys, C.: "Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt Kraus", *CDE*, 1994.

Derieux, E.: "Le grand secret" : ordonnance de référé et protection du secret médical. Note sous TGI Paris (réf.)18/01/1996, *Sem. jur.*, 1996, n°8, II-22589.

Droz, G.A.L.: Note sous CJCE, 1/7/93, Egalité traitement / Etranger, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, n° 4. Dubuisson, M.: "Un code de bonnes pratiques est né, L'intérimaire immigré ne peut être discriminé", *Le Soir*, 20 mai 1996.

Ellis, E.: "Recent case law of the court of justice on the equal treatment of women and men", *Comman Market*

law review, n° 31, 1994.
Ergec, R.: “Droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la CA”, Note CA., 5/7/1990, *RCJB*, 1991, n° 4.
--: La Convention européenne des droits de l*Homme - Examen de jurisprudence (1990-1994), *RCJB*, 1995, n° 2.
--: (dir.): “Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine”, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Actes du colloque tenu à l*Université Libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Collection de la Faculté de Droit de l*ULB, Groupe pluridisciplinaire de coordination en matière des droits de l*homme de l*ULB, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995.
Feld, S.: *La main d*oeuvre étrangère sur la marché du travail en Belgique*, SSTC, 1994.
Fennema,M.: “Action positive aux Pays-Bas : supporter les handicaps ou combattre la discrimination”, *L'Europe au miroir de ses immigrés*, p. 37-46, Paris, Forum Egalité, Cosmopolitiques, 1990.
FGTB, *Le racisme n'est pas une opinion, c'est un délit !*, Petit guide à l'usage des délégués affiliés à la FGTB, sept. 1995.
Fierens, J.: “Le droit à un logement décent”, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, (sous la direction de Ergec, R.), Actes du colloque tenu à l*Université Libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Collection de la Faculté de Droit de l*ULB, Groupe pluridisciplinaire de coordination en matière des droits de l*homme de l*ULB, Ed. Bruylant, 1995.
Foblets, M.: “Emancipatie van jonge migrantenvrouwen : is de velengde leerplicht een maat voor niets geweest?”, *T. Vreemd*., 1993, 170-171 (“Emancipation de jeunes immigrées : l'allongement de l'obligation scolaire a-t-il été une mesure inutile ?”), Note sous C ass., RG 9167, 23 nov. 1991 (94-04364).
Fondation Européenne pour l'Amélioration des Conditions de Vie et de Travail: *La prévention du racisme dur les lieux de travail en Belgique, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail*, Dublin, Working paper n° WP/95/39/FR, 1994.
Garrone, P.: “La discrimination indirecte en droit communautaire, : vers une théorie générale”, *Rev. trim. dr. europ*., 1994, n° 3.
Giordan, H.: *Les minorités en Europe : droits linguistiques et droits de l'homme*, Paris, Kimé, 1992.
Guerder, P.: “La poursuite et la répression pénale des discrimination en droit du travail”, *Dr. soc.*, 1995, n° 5.
Haarscher, G.: “La protection des minorités et ses paradoxes”, *Variations sur l*éthique, Hommage à Jean Dabin*, F. U. St Louis, Bruxelles, 1994.
Haarscher, G.: “Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine”, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, (sous la direction de Ergec, R.), Actes du colloque tenu à l *Université Libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Collection de la Faculté de Droit de l*ULB, Groupe pluridisciplinaire de coordination en matière des droits de l*homme de l*ULB, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995.
Hervey, T.K.: “Justification for indirect sex discrimination in employment. European Community and United Kingdom law compared”, *International comparative law quarterly*, 1991 (ICLQ).
Hollifield, J.F.: “L'effet des politiques migratoires sur le marché du travail dans quelques pays européens”, *Les migrations internationales - Problèmes de mesure, évolutions récentes et efficacité des politiques*, Séminaire de Calabre, 8-10 septembre 1986, AIDELF (Association internationale des démographes de langue française), Paris.
Hommes et Migrations, n° 1182, 1994.
Hommes et Migrations, n°1177, 1994.
Huglo, J-Y.: “Le droit français à l'épreuve du principe communautaire de l'égalité de traitement entre hommes et femmes”, *Gaz. Pal.*, 1992.
“Immigrations et discriminations”, *Critique régionale* 21-22, Bruxelles, ULB, 1994.
Ing. Cons., 1993, p. 271, concl. av. gén., note Michaux, B., p. 280-282
Interdepartementale commissie Etnisch culturele Minderheden, *Het Vlaamse beleid naar etnisch culturele minderheden*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap.
Jacobson, C.: “Resistance to affirmative action”, *Journal of conflict resolution*, 1985, vol. 29, n° 2.
Jacqmain, J.: “Droit au travail, droit du travail”, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, (sous la direction de Ergec, R.), Actes du colloque tenu à l*Université Libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Collection de la Faculté de Droit de l*ULB, Groupe pluridisciplinaire de coordination en matière des droits de l*homme de l*ULB, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995.
--:, *L*égalité juridique entre hommes et femmes dans la CE* : *Recueil des textes nationaux - Droit belge*, Bruxelles, CE, LLN, Presses universitaires de LLN, 1989.
Jenard, Oschinsky, *L'espace juridique et judiciaire européen, Examen de 250 conventions*, Bruxelles, 1993.
Julien-Lafferriere, F.: “Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ?”Article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Conseil d'Etat, *S*., 1992, n° 39, Chronique LVIII.
Jus-letter, 23-96 - 10/26 - 95.
Kayser, P.: *Protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Presses universitaires

d*Aix-en-Provence, Paris, Economica, 3è édit., 1995.
Kilson, M.; Cottingham, C.: “La politique d'affirmative action dans le système américain”, *Hommes et migrations*, 1162-1163 févr.-mars 1993.
Koubi, G.: “Le droit à la différence, un droit à l'indifférence ?”, *RRJ*, 1993.
Keslo, E.: “Premier accord collectif de lutte contre la discrimination raciale sur le lieu de travail”, *L'Année sociale*, 1996, p. 165-167.
“La femme immigrée : liberté, égalité, participation”, Bruxelles, *Trait d'union*, 1994, 61 p.
*La protection des minorités et droits de l*homme*, Journée d*études, Bruxelles, 4/10/1991, IEE/IIDH, Bruxelles, IEE, 1992.
Lambert, P.: “La Cour européenne des droits de l'Homme - 1994 - Examen de jurisprudence”, *JT-dr. eur.*, 1995, p. 56.
Lanquetin, M.Th.: “De l*égalité des chances. A propos de l*arrêt Kalanke”, CJCE, 17 octobre 1995, *Droit social*, 1996.
--: “La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire”, *Dr. soc.*, 1995, n° 5.
Leprince, P.: “Des policiers de toutes les couleurs”, *Le Soir*, 18 juin 1997.
Les nouvelles technologies : un défi sur la protection de la vie privée ?, Etude préparée par le comité d*experts sur la protection des données, sous l*égide du Comité européen de coopération juridique, Strasbourg, Conseil de l*Europe
Lochak, D.: “L'étranger ou la double exclusion - Réflexions sur la condition juridique des étrangers-”, *RIEJ*, 1986, n° 17.
--: “Réflexions sur la notion de discrimination”, *Droit social*, novembre 1987.
--: “Emploi et protection sociale, les inégalités du droit”, *Hommes et migrations*, mai 1995, n° 1187.
Loof, E.: “Intégration : droit au travail une réflexion de la CSC”, *Défipresse*, juin 1990
Maertens, P.: “Chronique annuelle de jurisprudence : les droits de l'homme de la crise”, *Journ. pr.*, 1994, n °253.
Manco, U.: “Délivrance des permis de travail et des professionnelles : les flux vers la Belgique : 1983-1993", *Lettre d'information TEF*, I-1993.
Martens, A.: *La prévention du racisme sur les lieux du travail en Belgique*, Fondation européenne pour l*amélioration des conditions de vie et de travail, WP/95/39/FR.
Martens, P.: Conclusions générales, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, (sous la direction de Ergec, R.), Actes du colloque tenu à l*Université Libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Collection de la Faculté de Droit de l*ULB, Groupe pluridisciplinaire de coordination en matière des droits de l*homme de l*ULB, Ed. Bruylant.Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995.
Martin, D.: *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, Bruxelles*, Bruylant, 1994.
Martinello, M.; Poncelet, M.: *Migrations et minorités ethniques dans l*espace européen*, Bruxelles, De Boeck, 1993.
Masse-Dessen, H.: “La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail. Une approche civile”, *Dr. soc.*, 1995, n° 5.
Maziere, P.: “Lecteurs de langue étrangère dans une université, contrat de travail à durée déterminée et discrimination entre travailleurs”, Note sous CJCE, 20/10/1993, *Semaine juridique Entreprise* , 1994, n° 24, II.
Memmi, A.: *Le racisme : description, définition, traitement*, Paris, Gallimard, 1994, Nouvelle édition.
Mens En Ruimte, *Les immigrés et l*emploi*, Etude réalisée à la demande de V. Anciaux, 1992.
Migrations Europe, Février 1997.
Ministère de l'Emploi et du Travail: *Des offres d'emploi sans discrimination*, FIU, Secrétariat de la Commission du travail des femmes, 1992.
--: “Travail des femmes - Egalité : Mythe ou réalité ?”, Actes du Colloque 25/2/1994 à St-Hubert.
Mission, L.; Baert, Fr.: “La libre circulation des fonctionnaires: mythe ou réalité ?”, *JLMB* 1994, p. 1494 à 1497
Myres, S.; Mc Dougal, Harold D. Lasswell; Lun-chu Chen: *Human rights and world public order : The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1980.
Nayer, A. (dir.): *La discrimination dans l*accès à l*emploi et l*intégration professionnelle en Région bruxelloise*, Beauchesne, M.N.; Nys, M.; et Zinbi T., CeRP, Etude réalisée à la demande du Commissariat Royal à la Politique des Immigrés, 1991.
Nayer, A.; Borrens G.; Baltazar-Lopes, S.: *L*inspection du travail et Protection juridique du citoyen*, Recherche commanditée par les services fédéraux des Affaires scientifiques, techniques et culturelles, CeRP, ULB, La Charte, 1996.
Nayer, A.: *Droit du travail*, PUB, 1997-98.
Nayer, A. (dir.): *Droit du travail : effectivité, efficacité ?*, Actes du colloque organisé par CeRP/ULB, La Charte, 1996.
Nayer, A.; Bodson ,J.C.; Smeesters, B.: *La vie privée au travail. De la prospective à l*alternative*, Projet de proposition de loi portant protection de la vie privée des candidats-travailleurs et des travailleurs, à paraître (Edit. Bruylan

Nayer, A.: *Introduction aux statuts de l*étranger, Préface de F. Rigaux*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1991.
Nguyen Van Tuong, "L'application de l'atteinte au principe de la vie privée et familiale de la convention des droits de l'Homme face aux nécessités de l'ordre public interne", Obs. sous Cass d'Etat, 19/4/91, *Sem. jur.*, 1991, n° 46.
Nobel, P.: "L*action contre le racisme et la xénophobie", *Rev. dr. publ.*, 1990, n° 5.
Ogata, S.; Cohn-Bendit, D.; Fortescue, A.; Haddaoui, R.; Khaleunsh: *Vers une politique européenne de l*immigration*, Bruxelles , The Philip Morris Institute for Public Policy Research, 1993.
O'Neill, J.: "The role of human capital earnings differences between black and white men", *The Journal of economic perspectives*, éd. A Journal of the American Economic Associations, Nashville, USA, 1990, vol. 4, n° 4.
ORBEM, *Note au personnel, Traitement des offres d'emploi discriminatoires*, circulaire du 17 juin 1996.
Ouali, N.: "Les droits dérivés des femmes immigrées : d'une dépendance tacite à une dépendance institutionnalisée", *Point d'appui womens's studies*, 5 août-sept. 1993.
Pais, J.; van Overbeek, M.: "Recueil sur l*égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la CE", Luxembourg, OPOCE, 1995.
Parlement Europeen, *Rapport élaboré au nom de la commission d'enquête sur le racisme et la xénophobie sur les résultats des travaux de la commission d'enquête*, Rapporteur M. Glyn Ford, Luxembourg, *Chron. D.S.*, 1991, 193 p.
Pasterman, P.: "Egalité formelle ou discrimination réelle - Du bon usage des textes juridiques", Obs Cour Justice des Comm Europ, 7/5/1991, *Chron. D.S.*, 1992, n° 3.
--: "Réflexion sur la discrimination, la raison, la déraison, et le Gouvernement des juges", Obs sous C.T. Mons, 3/2/93, *Chron. D.S.*, 1994, n° 10.
Penet, A.: *Le droit et les minorités : analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
Perotti, A.: "Pour une politique d'immigration", *Etudes*, Sept 1992, Tome 377, n° 3.
Piret: Loi du 30/7/91 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Association prônant ou pratiquant la discrimination ou la ségrégation raciste. *JT*, 1993.
Pretot, X.: "Les prestations sociales peuvent-elles être assorties de discrimination à l'encontre des étrangers ?" Note avant Trib adm de Paris, 19/3/1986, *Dr. soc.*, 1986.
Rea, A.: "La politique wallonne d*intégration des immigrés", *L*année sociale*, 1996, p. 319-326.
Renauld, B.: "Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ?", *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 1997, p. 425-460.
Renson, B.: "Du renforcement de la lutte contre le racisme et la xénophobie : du rêve à la réalité ?", *Rev. dr. étr.*, Doctrine, 1995, n° 82.
--: "Le racisme, la loi et l'opinion publique. Commentaire sur la loi de 1981", *Rev. dr. pén.*, 1983, n° 8, 9-10.
Revue internationale migration review 107, Vol. 28, 1994.
Rigaux, F.: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1990.
Rigaux, F.; Poullet, Y.: *La vie privée, une liberté parmi les autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992.
Rousso-Lenoir, F.; Geremek, Lalumière: *Minorités et droits de l*homme : l*Europe et son double*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1994.
Rude-Antoine, E.: "Les jeunes étrangers, leur statut juridique et leur intégration", *Droit et société*, 1993, n° 25.
Schnapper, D.: *L*Europe des immigrés, Essai sur les politiques d*immigration*, Paris, Ed. François Bourine, 1992.
Schutter, O. de, "Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux EU", *Rev. trim. D.H.*, 1991.
--; "La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigrée", *Rev. dr. étr.*, 1995, n° 84.
Smeesters, B.; Nayer, A. (dir.): *Embauche, 'Ethnie-cité', Vie Privée (Aanwervingn 'Ethniciteit', Privéleven)*, Le Brès, Bruxelles, 1997, 65 p.-(65 p.).
Sommet des chefs d'Etats et de gouvernements des 32 Etats membres du Conseil de l'Europe : Déclaration de Vienne sur la Réforme de la Convention Européenne des droits de l'homme, les minorités nationales et le plan d'action contre le racisme, 9/10/1993, *Rev. trim. D.H*, 1993, 7/8, p. 293.
Spielmann, D.: "L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées", Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 38.
Stangos, P.N.: "Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire", *CDE* 1992.
Sudre, F.: "Chronique d'actualité : Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", *Sem. jur.*, 1996, n°8, I-3910**.**
Thys-Clement, F.: « Allocution prononcée à l*occasion de la remise des Solvay-Awards », 1er mars 1993, Doc. interne de l*ULB.
Traversa, E.: "L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en matière d'accès à l'enseignement",

Rev. trim. dr. europ., 1989, vol. 25, n° 1.
"Un code de bonnes pratiques pour les sociétés intérimaires", *PME, Questions et Réponses*, 3 avril 1997.
Van Keirsbilck, B.: "La protection sociale du mineur étranger", *Rev. dr. étr*., 1994, hors-série.
Van Parijs, Ph., "La justice et la démocratie sont-elles incompatibles?", in Haarscher, G. et Telo, M., *Après le communisme*, Ed. de l*ULB, 1993.
Van Parijs, Ph., *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Couleurs des idées, Paris, Seuil, 1991.
Van Raepenbusch, J.: *La sécurité sociale des personnes qui circulent à l*intérieur de la CEE*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991.
Veerhey, L.: *Privacy-aspecten van de uitvoeringsovereenkomst van het akkoord van Schengen*, NJB (Pays-Bas), 1991.
Velu, J.; Ergec, R.: *La convention européenne des droits de l*homme*, Répertoire Pratique de Droit Belge, T. VII, Bruylant 1990, p. 562 et 563, n°686.
Verheyden-Jeanmart, "Chronique de législation : Belgique 1993", *RIDC*, 1994, n° 3.
Verreet, E.: « Intégrer les minorités. Personnel multiculturel : l*atout » et « La diversité enrichit », *Talent*, 24 août 1995, Année 3, n°29.
Vogel-Polsky, E.: Catalogue raisonné du droit international des droits économiques et sociaux de la personne, *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, (sous la direction de Ergec, R.), Actes du colloque tenu à l*Université Libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994, Collection de la Faculté de Droit de l*ULB, Groupe pluridisciplinaire de coordination en matière des droits de l*homme de l*ULB, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1995.
Wenz-Dumas, F.; "Travail au noir : du pain blanc pour Debré, un projet de loi qui amalgame étrangers et employés illégaux", *Libération*, 12 décembre 1996.
Wieviorka, M.: *La démocratie à l*épreuve : nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris, La découverte, 1993.
X., *Egalité et non-discrimination*, Rapports présentés à un colloque tenu à Louvain le 5 octobre 1990, Anvers, Kluwer, 1991.
X., *Le droit des étrangers. Statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux*, F., Mignon, E. (dir.), Bruxelles, Collection Travail et recherches, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993.
X., Projection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi, *Bull. FEB*, 1990.
Zegers de Beijl, R.: "Combatting discrimination against migrant workers : the role of the social partners", *European conference on migration and the social partners - Proceedings*, Dublin, 9-10 December 1993, European Foundation for the improvement of living and working conditions, Luxembourg, OPCE, 1994.

Deuxième partie : Législation

I. Sources de droit belge

I.A. Normes (législations nationale et communautaire)

Code civil (belge), art. 1382.
Constitution coordonnée le 17 février 1994, art. 10, al. 2, 22, 23 et 191, *MB*, 17 février 1994.
Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les communications paritaires, art. 19, 31 et 56, MB, 15 janvier 1969.
Loi du 30 juillet 1981, tel que modifié par la loi du 12 avril 1994 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, article 2bis, *MB*, 14 mai 1994.
Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l*égard des traitements de données à caractère personnel, article 6, *MB*, 18 mars 1993.
Loi du 15 février 1993, modifiant l'art. 5, al. 1er de la loi du 10 juillet 1981 tenant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *MB*, 19 février 1993.
Décret flamand du 3 mars 1993 réglant l*agrément des bureaux de placement, de recrutement et de sélection, *MB*, 22 juin 19
Décret du Conseil flamand du 31 mars 1993 établissant la charte du demandeur d*emploi, article 9, *MB*, 9 juin 1993.

I.B. Arrêtés des pouvoirs exécutifs nationaux (fédéraux et communautaires)

Arrêté de l'Exécutif flamand du 5 juin 1991, *MB*, 4 septembre 1991.
Arrêté royal du 18 novembre 1991, *MB* 18 janvier 1992.
Arrêté royal du 28 février 1993 fixant le statut organique du Centre pour l'Egalité des Chances et la lutte contre le racisme, *MB* 2 mars 1993.
Arrêté royal du 26 septembre 1994, *MB*, 1er octobre 1994.
Arrêté royal du 12 mars 1996 portant exemption conditionnelle de l*obligation de déclaration pour certaines catégories de traitements automatisés de données à caractère personnel qui ne présentent manifestement pas de risque d*atteinte à la vie privée, *M..B.*, 15 mars 1996.
Arrêté royal n° 14 du 22 mai 1996 déterminant les fins, critères et les conditions de traitement autorisés de données visées à l*article 6 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l*égard des traitements de données à caractère personnel, art. 2 et 5, MB, 30 mai 1996.
Arrêté royal du 9 septembre 1996 rendant obligatoire la Convention collective de travail du 7 mai 1996, conclue au sein de la Commission paritaire pour le travail intérimaire, relative au code de bonnes pratiques relatif à la prévention de la discrimination raciale, MB, 6 novembre 1996

I.C. Travaux préparatoires

Ch. Représ., Sess. ordinaire 1993-1994, Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport fait au nom de la commission de la justice, 23 mars 1994, n° 1294/3 - 93/94.
Ch. Représ., Annales, 30 mars 1994, Intervention de M. Duquesne.
Ch. Représ., Annales, 30 mars 1994, Intervention de M. Wathelet.
Doc. Parl, Sénat, Propos. de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (déposée par M. Erdman et consorts). n° 177-1, SE 1991-1992, 29 janvier 1992.
Doc. Parl, Sénat, n° 177- 2, (SE 1991-1992), 29 janvier 1992.
Doc. Parl., Sénat, 445/2 (SE, 1991/92).
Doc. Parl. Ch. Représ, Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport fait au nom de la commission de la justice, Sess. ordinaire 1993-1994, 23 mars 1994, n° 1294/3 - 93/94, Intervention de M. Mayeur.
Doc. Parl., Sénat, Session 1993-1994, Proposition de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Mahoux, 8 décembre 1993, n° 117-2 (SE 1991-1992) et Annexe 1. Note du Centre pour l*Egalité des Chances et la lutte contre le racisme.
Document de révision de la Constitution, 1991-1992, n° 100-2/3° (SE 1991-1992) du 15 janvier 1992.
Proposition de loi concernant les connaissances linguistiques des médecins originaires des pays membres de la Communauté européenne qui s'établissent en Belgique, *Doc. parl.*, Sén.., sess. 1995, n° 1-69/1, 13/7/1995.

Proposition de loi modifiant l'article 12 de l'arrêté royal n° 34 du 20 juillet 1967 relatif à l'occupation de travailleurs de nationalité étrangère, *Doc. parl.*, Sén.., sess. 1995-1996, n° 1-120/1, 10/10/1995.
Proposition de loi modifiant la loi du 19 février 1965 relative à l'exercice, par les étrangers, des activités professionnelles indépendantes, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1995, n° 1-98/1, 18/9/1995.
Sénat, Compte rendu analytique, 3 juillet 1976, Interpellation de M. Erdman.
Sénat, Compte rendu analytique, 18 janvier 1994, Intervention de M. Lozie.
Sénat, Compte rendu analytique, 18 janvier 1994, Intervention de M. Mahoux.
Sénat, Compte rendu analytique, 18 janvier 1994, Intervention de M. Van Belle.

I.D. Questions parlementaires

Q.R., Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, question n° 373 du 4 juin 1993, Recrutement - Sélection - Egalité entre hommes et femmes, p. 14494 (Mme Jacobs).
Q. R., Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, question n°345 du 12 mai 1993, Racisme - Annonces d'emploi, p. 7210 (M. Simons).
Q.R., Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, question n° 263 du 15 décembre 1993, Chômage - Plan d'embauche, p. 9040 (M. Detienne).
Q.R., Ch. repr., sess. ord. Question n° 570bis du 9 octobre 1990, Zaventem - Aéroport - RVA - Gendarmerie - Vie privée, Bull Q-R Chbre, n° 140, SO 1990-1991 (M. Vermeiren).
Q. R., Sénat, Question n°131 de du 5 avril 1996, (Mme de Bethune), 7 mai 1996.
Q. R., Chambre Représ., Question n°42 du 12 mars 1996 « Agence locale pour l*emploi - Etrangers », S.O. 1995-1996, (M. J. Valkeniers).

I.E. Avis, Circulaires et Conventions collectives

Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972, art. 14.
Convention collective n° 38 du 6 décembre 1983 tel que modifié par la convention n°38 bis du 29 octobre 1991 et la convention n°38 ter du 17 juillet 1998.
Circulaire du 16 novembre 1990, *MB* 9 avril 1991.
"Migranten en tewerkstelling. Naar een geintegreerde beleidsaanpak met specifieke aandachtspunten". Beleidsnota ingediend door Mevrouw Leona Detiege, Gemeeschapsminister van tewerkstelling en sociale aangelegenheden, september 1992.
Circulaire n°397 du 25 février 1995 relative à l'application de l'article 16, aliéna 1er, 1° de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat relatif à la condition de nationalité, *MB* 11 mars 1995.
Avis du Conseil d*Etat précédant l*AR n°14 du 22 mai 1996, *MB*, 22 mai 1996.
Avis de la Commission de la protection de la Vie Privée précédant l*AR n° 14 du 22 mai 1996, approuvé dans le rapport au Roi, *MB*, 30 mai 1996.
ORBEM, *Note au personnel, Traitement des offres d'emploi discriminatoires*, circulaire du 17 juin 1996.

I.F. Rapport

Conseil scientifique et éthique de prévention du SIDA de la communauté française, *Rapport 1993 du Conseil scientifique et éthique*, supplément à la lettre d*information « Prévention SIDA » n°9, janvier-février 1994.

II. Sources de droit international

II.A. Normes

Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, Organisation Internationale du Travail.

Convention n° 97 de l*Organisation Internationale du Travail concernant les travailleurs migrants (révisée en 1949), ratifiée par la Belgique le 27 juillet 1953.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l*homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée par la Belgique le 27 juillet 1953.
Traité de Rome conclu le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, *MB*, 25 décembre 1957.
Convention n° 111 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, ratifiée par la Belgique le 22 mars 1977.
Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, approuvée par la loi du 11 juillet 1990, *MB*, 28 décembre 1990, après les décrets du 8 juillet 1983, pour la Communauté française, du 21 mars 1990 pour la Communauté flamande et du 5 juin 1990, pour la Communauté germanophone.

Convention internationale sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, ratifiée par la Belgique le 9 juillet 1975, *MB*, 11 décembre 1975.
Convention n° 151 de l*Organisation Internationale du Travail sur les relations de travail dans la fonction publique, du 27 juin 1978, entrée en vigueur en Belgique le 21 mai 1992, *MB*, 26 juillet 1991.
Pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, ratifié par la Belgique le 15 mai 1981, *MB*, 6 juillet 1983.
Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, ratifié par la Belgique la loi du 15 mai 1981, MB, 6 juillet 1983.
Convention du Conseil de l*Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l*égard du traitement automatisé des données à caractère à caractère personnel, ratifiée par la loi belge du 17 janvier 1991, *MB*, 30 décembre 1993.
Accord sur la Politique sociale conclu entre les Etats membres de la Communauté européenne à l*exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d*Irlande du Nord, annexé au Traité de Maastricht du 7 février 1992, approuvés par la loi du 26 novembre 1992, *MB*, 30 octobre 1993.
Décisions au sommet d*Helsinki du 10 juillet 1992 de la CSCE, article 24, 36 et 37.
Directive 76/O7 du Conseil CEE susmentionné et dans l*article 1er d*un projet de Directive du Conseil relative à l*élimination des discriminations raciales, proposition présentée au Parlement européen, au Conseil et à la Commission et aux Etats membres, avril 1993.
Conseil de l*Europe, Convention cadre pour la protection des minorités nationales et rapport explicatif, Strasbourg, Conseil de l*Europe, 1994.
Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes à l*égard du traitement des données sensibles, *JO*, L 281/31, 23.11.95.

II.B. Résolutions

Résolution 90/C/157/01 du Conseil de l*Europe du 25 mars 1990 relative à la lutte contre la racisme et la xénophobie.
Résolution sur les minorités linguistiques et culturelles dans l*Union européenne du 9 février 1994 du Parlement européen.
Résolution du 5 octobre 1995 du Conseil (travail -affaires sociales) des représentants des gouvernements des Etats membres, relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie dans les domaines de l*emploi et des affaires sociales.
Annexe à la Résolution (73) 22 du Conseil de l*Europe du 26 septembre 1973 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électronique dans le secteur privé.
Annexe à la Résolution (74)29 du Conseil de l*Europe du 20 septembre 1974 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques électroniques dans le secteur public.

II.C. Avis, communications, et recommandations

Déclaration universelle des droits de l*homme du 10 décembre 1948.
Action de la Commission, *JO*, n° C 72/2, 18 mars 1988.
Recommandation n° R(89)2 du 18 janvier 1989 du Conseil des Ministres sur la protection des données utilisées à des fins d*
Avis d*initiative du Comité économique et social de la Communauté européenne sur le « Statut des travailleurs migrants - pays tiers » du 24 avril 1991 .
Document clôturant la Conférence de Moscou sur la dimension humaine du 3 octobre 1991.
Recommandation 1177 (1992) concernant les droits des minorités du 5 février 1992.
Déclaration d*Athènes sur les droits des minorités du 13 décembre 1992.
Recommandation 1201(1993) relative à un protocole du février 1993 sur les droits des minorités additionnel à la 1ère Convention européenne des droits de l*homme, la convention cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l*Europe, ouvert à la signature le 10 octobre 1994.
Déclaration de Vienne sur la Réforme de la Convention Européenne des droits de l'homme, les minorités nationales et le plan d'action contre le racisme, sommet des chefs d'Etats et de gouvernements des 32 Etats membres du Conseil de l'Europe 9/10/199
Communication de la Commission sur le racisme, la xénophobie et l*antisémitisme et Proposition du Conseil proclamant « 1997 », Année européenne du racisme, *COM (95)653 final, 95/0355 (CNS)*, 13 décembre 1995.
Déclaration commune du 21 octobre 1995 des partenaires sociaux de l*Union européenne sur la prévention de la discrimination raciale et de la xénophobie et la promotion de l*égalité de traitement sur le lieu de travail.

II.D. Questions parlementaires

Question écrite n° 44/86 de Monsieur Herman F. à la Commission des Communautés européennes relative aux critères de participation aux concours des Communautés européennes, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 86/C 314/43, 10 avril 1986, p. 22.

Question écrite n° 1217/86 de Madame Lizin A.M. à la Commission des Communautés européennes relative aux publications d'avis de recrutement de la Commission dans les journaux belges, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 87/C 54/83, 2 septembre 1986, p. 50.
Question écrite n° 2061/87 de Monsieur Wijsenbeek F. à la Commission des Communautés européennes relative à la liberté de candidature des contrôleurs de la navigation aérienne, Parl. Eur. Doc., *JOCE* , 88/C 332/09, 18 janvier 1988, p. 7.
Question écrite n° 750/91 de Madame Crawley C. à la Commission des Communautés européennes relative aux pratiques discriminatoires en matière de recrutement, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 92/C 20/08, 23 avril 1991.
Question écrite n° 1606/92 de Monsieur Verwaerde Y à la Commission des Communautés européennes relative à la suppression de la condition de nationalité au recrutement dans les services publics industriels et commerciaux en France, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 92/ C 309/91, 24 juin 1992, p. 53.
Question écrite n° 641/93 de Monsieur Mitolo P. au Conseil des Communauté européennes relative à la violation des accords de Schengen par la Province autonome du Haut Adige, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 93/C 155/78, 5 avril 1993, p. 39.
Question écrite n° 806/93 de Monsieur Megahy T. à la Commission des Communautés européennes relative à la discrimination raciale à l'embauche, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 93/C 297/82, 12 avril 1993, p. 42.
Question écrite n° E-984/95 de Monsieur Megahy T. à la Commission relative aux recrutements dans les institutions européennes, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 95/C 202/74, 6 avril 1995, p. 34.
Question écrite n° E-2132/95 de Madame Grossetête à la Commission des Communautés européennes relative à la reconnaissance mutuelle des éléments rattachés aux diplômes et, notamment, de l'expérience professionnelle acquise lors de la mise en oeuvre de ces diplômes successivement dans plusieurs Etats membres, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 95/ C 311/64, 19 juillet 1995, p. 38.
Question écrite n° E-2389/95 de Monsieur Blokland J. à la Commission relative aux pratiques illicites en ce qui concerne l'embauche d'ouvriers du bâtiment dans un autre Etat membre, Parl. Eur. Doc., *JOCE*, 95/C 300/111, 1er septembre 1995, p. 57.

II.E. Rapports

*Rapport explicatif concernant la Convention pour la protection des personnes à l*égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, Conseil de l*Europe, Strasbourg, 1988.
Parlement européen, Rapport élaboré au nom de la commission d'enquête sur le racisme et la xénophobie sur les résultats des travaux de la commission d'enquête, Rapporteur M. Glyn Ford, Luxembourg, *Chron. D.S.*, 1991.
Rapport mondial sur le développement humain 1994, Programme des Nations Unies pour le développement humain, Economica, Paris, 1994.
Dixième rapport périodique, Belgique Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 9 janvier 1996.
III ème rapport périodique de la Belgique sur le pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1996.
*Rapport présenté par la Belgique devant le Comité pour l*élimination de la discrimination raciale en application de l*article 9 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l*élimination de toutes les formes de discrimination raciale : analyse critique de la Ligue des Droits de l*Homme*, 10 février 1997.

Troisième partie : jurisprudence

I. Cour Européenne des Droits de l*Homme

Arrêt *Fredin c. Suède (n°1)* du 18 février 1991, cité in Lambert, P., La cour européenne des droits de l*homme, *JT Droit européen*, 15 février 1996, p.39 .

Arrêt *Spadea et Scalabrino c. Italie* du 28 septembre 1995, cité in Lambert, P., La cour européenne des droits de l*homme, *J Droit européen*, 15 février 1996, p.39.

II. Cour de Justice des Communautés Européennes

CJCE, 12 février 1974, cité in Delpérée F., *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1ère éd., Que sais-je ?, n°2993, 1995.
CJCE, 17 décembre 1980, cité in Delpérée F., *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1ère éd., Que sais-je ?, n°2993, 1995.
CJEE, 2 août 1993, JTDE, 1993, p. 59
CJCE, 20 oct. 1993, *Rec. jur. CJ*CE, 1993, I, p. 5145, concl. av. gén. Jacobs, F.G., p. 5160 à 5171;
CJCE, 27 oct. 1993, *Rec. jur. CJCE*, 1993, I, p. 5535, concl. av. gén. Lenz, C.O., p. 5553 à 5565;

CJCE, 23 févr. 1994, *Rec. jur. CJ*CE, 1994, I, p. 505, concl. av. gén. Jacobs, F.G., p. 507 à 516.
CJCE, 3 mai 1994, *Rec. jur. CJCE*, 1994, I, p. 1593, concl. av. gén. Gulmann, C., p. 1595 à 1600.

III. Cour de Cassation

Cass. (2è ch.), 19 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, 498, concl., av. gén. Piret
Cass. (3è ch.), 20 juin 1994, *JTT*, 1994, p. 473, obs.
Cass. 7 octobre 1981, *Pas*. 1982, p. 194.

IV. Appel

Bxl, 28 novembre 1994, *JLMB*, p. 1108.
C.T., Mons, 20 janvier 1992, *JLMB*, p. 1121.

V. Première instance

Corr. Liège 22 juin 1993, *Journ. Proc.*, 1993, n° 243, p. 29; *T. Vreemd*. 1993, 195

VI. Conseil d'Etat

CE, arrêt n°51.104 du 11 janvier 1995, *Chr.D.S*., 1995, 172.
CE, 31 mai 1994, n°47.689 et n°47.691, *MB*, 20 juillet 1994.
CE, n°39.350, 11 mai 1992, *APM, 1992*, 118.
CE, 20 mars 1992, *Ar. R. v. T., 1992.*
CE, 23 septembre 1993, n°40.474, *APM, 1992*, 177.
CE, n° 50.972, 23 déc. 94, *TBP*, 1995, 52.
CE, 21 juin 1993, n°43.406, *Ar. R. v. St.* 1993.
CE, 24 novembre 1992, n°41.133, *Ar. R. v. T., 1992*.
CE, n°46. 835, 31 mars 1994, *Ar. R. v. T.*, 1994.
CE, (10è ch.), 30 déc. 1993, *Chron. Dr. soc.*, 1994, p. 244
CE, (3è ch.), 3 févr. 1993, *RACE*, 1993, n° 41881.

VII. Cour d'Arbitrage

CA, 18 juin 1992, n° 47/92.
CA, 18 nov. 1992, *Arr. CA*, 1992, p. 773.
CA, 27 janv. 1994, *Arr. CA*, 1994, p. 189; *JTT*, 1994, p. 106; *JLMB*, 1994, p. 1382
CA, 4 mars 1993, *Arr. CA*, 1993, p. 213; Jur. Fond., 1993, n° 4, p. 3, obs. Foblets M.C.
CA, 29 juin 1994, *Arr. CA*, 1994, p. 665, *JTT*, 1994, p. 569, note; *RW*, 1994-95, p. 356.
CA, 14 juillet 1994, n°61/94
CA, 2 mars 1996, n° 21/96.

Remerciements

Nous remercions, pour leur contribution à certaines phases de la recherche :

Les magistrats du siège et du parquet du Royaume qui ont répondu à nos demandes d*informations relatives à l*application, par les autorités judiciaires, de la loi du 30 juillet 1981, telle que modifiée par la loi du 12 avril 1994, tendant à réprimer certains actes inspirés du racisme et de la xénophobie,

Mesdames Cil Cuypers et Bernadette Renauld, Monsieur Michel Vanderkam, conseillers au Centre pour l*Egalité des Chances et la lutte contre le racisme,

Monsieur Christian Coppens, Juge au Tribunal de Travail de Bruxelles,

Monsieur Marcel Etienne, Fédération Générale des Travailleurs de Belgique, Wallonie,

Madame Myriam Vanderlinden, Fédération Générale des Travailleurs de Belgique, Flandre,

Monsieur Albert Faust et Monsieur Johan Van Beulen, Fédération Générale des Travailleurs de Belgique, Bruxelles,

Monsieur Edwin Loof, Confédération des Syndicats Chrétiens,

Monsieur François Ballestero, Confédération Européenne des Syndicats,

Madame Chantal Tiphaigne, Conseil de l*Europe,

Monsieur Gérard Dive, Ministère de la Justice,

Madame Véronique Lacroix, CeRP, datylographie et mise en page.

Liste des abréviations

APM : Administration Publique - Mensuel.
APT : Administration Publique - Trimestriel.
AR : Arrêté Royal.
Arr. R.v.St. : Arresten van de Raad van State.
BIT : Bureau International du Travail.
CA- A : Cour d'Arbitrage - Arrêts.
CE : Conseil d'Etat / Communauté Européenne.
CEC : Centre pour l'Egalité des Chances et la lutte contre le racisme.
CEE : Communautés Economiques Européennes.
CeRP : Créations et Recherche Pluridisciplinaire, Université Libre de Bruxelles.
CJCE : Cour de Justice de la Communauté Européenne.
CPAS : Centre Public d'Aide Sociale.
CSCE : Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe.
CT : Cour du Travail.
Doc. Parl. : Document Parlementaire.
FIPI : Fonds d'Impulsion à la Politique des Immigrés.
JLMB : Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles.
JO : Journal Officiel.
JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes.
MRAX : Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xénophobie.
MB : Moniteur Belge.
OIT : Organisation Internationale du Travail.
ORBEM : Office Régional pour l'Emploi.
PRL : Parti Réformateur Libéral.
PS : Parti Socialiste.
PUB : Presses Universitaires de Bruxelles.
Q & R. : Bulletin des Questions et Réponses du Parlement.
RACE : Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat (depuis 1972).
RGPT : Règlement général pour la protection du travail
RPDB : Répertoire Pratique de Droit Belge.
RW : Rechtskundig Weekblad.
SE : Session Extraordinaire
SO : Session Ordinaire.
SPR : Secrétariat Permanent de Recrutement (de la fonction publique).
SSTC : Services fédéraux des Affaires Scientifiques, Techniques et Culturelles.
STIB : Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles.
TBP : Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht.
TCT : Troisième circuit de travail.
ULB : Université Libre de Bruxelles.
VDAB : Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling.