

AVIS DE L'ARES

N° 2023-16 DU 26 SEPTEMBRE 2023

Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive

Considérant que l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur (ARES) a été saisie le 30 juin 2023 par le Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles pour remettre un avis sur le Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive (annexe 1);

Considérant que la demande d'avis lui a été adressée le 30 juin 2023 sur base de l'article 21, alinéa 2, du décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études, qui prévoit que toute demande d'avis ou de proposition sollicitée en vertu de ces dispositions doit être traitée et l'avis inscrit à l'ordre du jour de la plus proche séance du Conseil d'administration de l'ARES qui suit de quinze jours au moins la date de réception de la demande ;

Considérant le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination ;

Considérant le décret du 7 janvier 2016 relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française ;

Considérant la prise de position d'UNIA de mai 2018 relative aux actions positives sur le marché de l'emploi ;

Considérant le Plan droits des femmes 2020-2024 du 17 septembre 2020 et plus particulièrement sa mesure 3.6. ;

Considérant l'analyse du 20 mai 2022 réalisée par le service juridique de l'ARES quant à la « mesure cascade » dans les universités en Communauté française;

Considérant l'avis du Comité femmes et sciences du 13 juin 2022 sur la présence des femmes dans la recherche ;

Considérant l'étude de faisabilité juridique relative à la mise en place de mesures d'action positive dans le cadre du recrutement académique à la Faculté des Sciences et à l'École polytechnique de Bruxelles (ULB) réalisée par l'*Equality law clinic* en septembre 2022 ;

Considérant l'avis de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes n°2023-A/009 (annexe 2) ;

L'ARES formule à l'endroit du Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive l'avis suivant.

AVIS

L'ARES émet un avis favorable à l'endroit du projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

Par ailleurs, l'ARES a souhaité consulter le Comité femmes et sciences (CF&S) sur la question. Parmi les membres du CF&S se trouve l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes qui a fait parvenir à l'ARES son avis (annexe 01) sur le Projet d'AGCF. Nous joignons donc cet avis à celui de l'ARES et nous attirons l'attention du Gouvernement sur les conclusions remises par l'Institut.

Afin d'en assurer la bonne mise en œuvre, l'ARES demande au gouvernement d'en prévoir la publicité auprès des établissements d'enseignement supérieur une fois celui-ci publié.

A Madame Vinciane De Keyser,
Présidente a.i. du Conseil d'Administration
ARES – Etage 5
Rue Royale, 180
1000 BRUXELLES

Courriel : INFO@ARES-AC.be

Bruxelles, le 30 juin 2023

Nos Réf : BêL-FrD/MEB/ThD/MiR/28.06.2023/17032/8697-1
Cabinet du Ministre Daerden et Cabinet de la Ministre Linard
Dossier suivi par Thibault Deleixhe (0498/57 15 48) et Joffrey Fernandez (0497/29 19 00)
Annexes : 3 (Projet d'arrêté, notification, rapport au Gouvernement)

Objet : Demande d'avis – Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

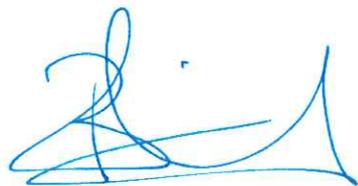
Madame la Présidente,

En sa séance du 15 juin 2023 (Point B14), le Gouvernement de la Communauté française a adopté, en première lecture, le projet d'arrêté fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive. Vous trouverez copie de ce document en pièce jointe.

Le Gouvernement a chargé le Ministre de l'Égalité des Chances et la Ministre des Droits des femmes de requérir l'avis de l'Académie de Recherche et d'Enseignement supérieur sur ce projet d'arrêté. Pourriez-vous nous le remettre pour le 30 septembre ?

Nous vous remercions par avance pour votre collaboration et vous prions de croire, Madame la Présidente, en l'expression de notre sincère considération.

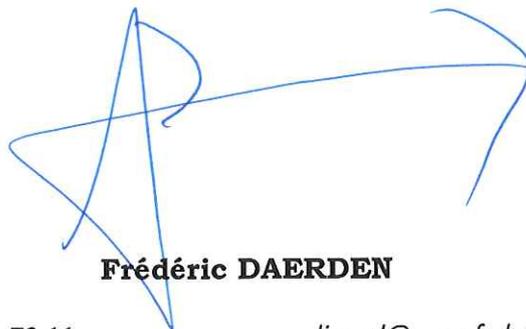
**La Ministre des
Droits des Femmes,**



Bénédicte LINARD

Place Surllet de Chokier, 15-17
B – 1000 Bruxelles

**Le Ministre de
l'Égalité des Chances,**



Frédéric DAERDEN

Tel. +32 2 801 72 11

linard@gov.cfwb.be

Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive

Le Gouvernement de la Communauté française,

Vu le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, l'article 6 ;

Vu le « test genre » du 22 mai 2023 établi en application de l'article 4, alinéa 2, 1°, du décret du 7 janvier relatif à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques de la Communauté française ;

Considérant le Plan droits des femmes adopté par le Gouvernement le 17 septembre 2020, la mesure 3.6 ;

Sur proposition de la ministre des Droits des femmes et du ministre de l'Égalité des chances ;

Après délibération,

ARRÊTE

Chapitre I. Des hypothèses et des conditions de l'action positive en général

Article 1^{er}. – L'action positive telle que définie à l'article 3, 10°, du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et portant sur un critère protégé visé à l'article 2 de ce décret n'est pas constitutive d'une discrimination à condition de respecter les hypothèses et conditions de l'article 6 du même décret et les dispositions du présent chapitre.

Article 2. L'action positive peut être mise en œuvre par un employeur dans un domaine visé à l'article 4 du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

Elle peut notamment prendre la forme :

- 1° d'une proportion de candidats appartenant à un groupe-cible dont, à qualifications égales, l'engagement ou la promotion sont privilégiés ;
- 2° d'une proportion de candidats appartenant à un groupe-cible convoqués à un entretien en vue d'un recrutement ;
- 3° de campagnes de recrutement pour certains groupes-cibles ;
- 4° de la création de formations donnant accès à des emplois ou à des promotions réservées aux membres d'un groupe-cible ;
- 5° d'offres de stages réservées aux membres d'un groupe-cible ;
- 6° de la promotion ciblée d'offres d'emploi auprès de groupes spécifiques ;
- 7° de programmes de soutien aux candidats de groupes-cibles lors de la procédure de candidature.

Article 3. En vue de respecter les conditions établies par l'article 6, § 2, du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, l'employeur accompagne l'action positive d'un plan contenant *a minima* les éléments suivants :

- 1° la preuve de l'inégalité manifeste que l'action positive entend combattre ; cette preuve peut en être fournie par tous les moyens disponibles, notamment à travers des statistiques sauf préjudice de l'article 34 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements à caractère personnel ;

- 2° la description de l'effet recherché de l'action positive et les modalités de son évaluation ;
- 3° la durée prévue de l'action positive qui ne peut dépasser un terme de cinq années, renouvelable si l'inégalité manifeste persiste ;
- 4° la démonstration de la proportionnalité de l'action positive.

Le plan d'action positive est soumis à l'approbation du ministre qui a le secteur concerné dans ses attributions. À défaut de réponse dans les trois mois, il est réputé approuvé.

Article 4. Le Comité de direction visé à l'article 12 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 1996 portant statut des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française, le Conseil d'administration visé à l'article 7 du décret du 17 juillet 2022 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance et le Conseil d'administration visé à l'article 7 du décret du 27 mars 2022 portant création de l'Entreprise publique des Technologies nouvelles de l'Information et de la Communication de la Communauté française peuvent mettre en œuvre une action positive à l'échelle d'une administration générale, d'une direction générale ou d'un service général dans le respect des conditions des articles 2 et 3.

Article 5. Les plans d'action positive sont communiqués aux services du Gouvernement qui publient périodiquement à destination des employeurs visés à l'article 2 des lignes directrices relatives à l'application des dispositions du présent chapitre.

Chapitre II. Dispositions finales

Article 6. - Le Ministre ayant les Droits des femmes et l'Égalité des chances dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Article 7. - Le présent arrêté entre en vigueur le 1^{er} janvier 2024.

Bruxelles, le 30 juin 2023

Pour le Gouvernement :

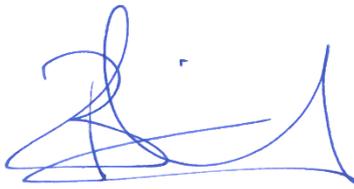
Le Ministre-Président

Pierre-Yves JEHOLET

Le Vice-président et Ministre du Budget, de la Fonction publique, de l'Égalité des chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles Enseignement

Frédéric DAERDEN

**La Vice-présidente et Ministre de l'Enfance,
de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits des femmes**

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Bénédicte LINARD

À Monsieur W. VAN VAERENBERGH,
Premier président du Conseil d'État
Rue de la Science, 3
1040 BRUXELLES

Courriel : wet-leg@raadvt-consetat.be

Bruxelles le 30 juin 2023

*Réf : BêL-FrD/MEB/ThD/MiR/28.06.2023/17032
Cabinet du Ministre Daerden et Cabinet de la Ministre Linard
Dossier suivi par Thibault Deleixhe (0498/57 15 48) et Joffrey Fernandez (0497/29 19 00)
Annexes : 5*

Objet : Demande d'avis – Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

Monsieur le Premier Président,

En application de l'article 3, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, nous avons l'honneur de soumettre à l'avis de la section de législation le projet d'arrêté fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, nous souhaitons que l'avis nous soit communiqué dans un délai de trente jours.

Vous trouverez ci-joint, au format PDF, les documents suivants :

- 1) le projet d'arrêté, signé par nos soins ;
- 2) la note au Gouvernement, signée par Madame Linard, ainsi que
- 3) la notification provisoire de la délibération du Gouvernement du 15 juin 2023 (Point B14) ;
- 4) le test genre, réalisé le 22 mai 2023 ;
- 5) le rapport au Gouvernement qui accompagnait l'avant-projet d'arrêté lors de son passage en Gouvernement.

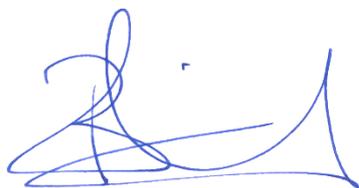
Dès que la notification définitive nous sera parvenue, nous la communiquerons au Conseil d'Etat.

Si le Conseil d'Etat estime nécessaire d'obtenir des explications sur la portée de certaines dispositions, nous désignons pour le cabinet du Ministre de l'Égalité des chances Frédéric Daerden, Joffrey Fernandez (joffrey.fernandez@gov.cfwb.be – 0497/29 19 00) et pour le cabinet de la Ministre des Droits des femmes Bénédicte Linard,

Thibault Deleixhe (thibault.deleixhe@gov.cfwb.be – 0498/57 15 48) –, pour répondre à ses questions.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Premier Président, l'assurance de notre considération la plus distinguée.

**La Ministre des
Droits des Femmes,**



Bénédicte LINARD

**Le Ministre de
l'Égalité des Chances,**

Frédéric DAERDEN

Note rectificative 2 au Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles

Objet : Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

Bruxelles, le 21 juin 2023

PREMIÈRE LECTURE

A. EXPOSÉ DU DOSSIER

Contexte

Le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination prévoit que la Communauté française peut, moyennant le respect d'une série de conditions, maintenir ou adopter des actions positives, définies comme des « mesures spécifiques destinées à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés [prévus par le décret], en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique » (art. 3, 10°).

Il précise qu'une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction résulte de la mise en œuvre d'une action positive.

La mise en œuvre de ces actions est subordonnée à une série de conditions, issues de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle :

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

Dans le respect de ces conditions, le Gouvernement peut – et doit en matière de relation d'emploi – déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

Il convient de distinguer les mesures d'action positive, strictement encadrées en ce qu'elles impliquent une différence de traitement entre des groupes sur base des critères protégés, d'autres mesures de promotion de l'égalité et de la diversité qui, n'impliquant pas de différence de traitement, ne sont pas soumis aux conditions ci-avant rappelées (exemple : utilisation de canaux de recrutement plus larges, rédaction des offres d'emploi dans un langage inclusif, etc.).

Vide juridique en Fédération Wallonie-Bruxelles

Près de quinze ans après s'être dotée d'une législation anti-discrimination, la Communauté française n'a toujours pas adopté les mesures d'exécution assurant la sécurité juridique aux initiatives d'action positive.

Or, sur le terrain, des actions positives se pratiquent déjà dans les secteurs relevant des compétences de la Communauté française. Ainsi en est-il de la mesure « cascade » appliquée par l'Université libre de Bruxelles qui vise à lutter contre le phénomène dit du « tuyau percé », soit l'érosion des équilibres entre les femmes et les hommes au fil de l'avancement dans la carrière académique. La mesure présente l'intérêt d'encourager, dès le début de la carrière, le développement des dossiers des femmes aussi bien que ceux des hommes. L'Université Libre de Bruxelles a mis cette mesure en œuvre en 2016. Elle s'est appliquée pour la première fois à la promotion 2017. L'Université veille à ce que la répartition femmes-hommes au sein des promus soit au moins égale à cette même proportion dans le niveau précédent de la carrière. La mesure a été complétée par la mise en place d'un programme de mentorat pour les jeunes universitaires afin de soutenir le développement de leur carrière dès les premiers niveaux.

C'est notamment pour répondre à ce vide juridique qu'un engagement a été pris en ce sens dans la mesure 3.6 du Plan droits des femmes adopté par le Gouvernement le 17 septembre 2020, ainsi que dans l'objectif opérationnel 14, mesure 26, du plan de lutte contre le racisme adopté par le Gouvernement le 23 mars 2023.

Les actions positives dans les autres entités

L'autorité fédérale a élaboré une réglementation relative à l'action positive dans les relations d'emploi dans le secteur privé (arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive). Dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'arrêté royal du 2 juin 2012 modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant statut des agents de l'État introduit un quota de deux tiers du sexe le plus représenté par service public appartenant à la fonction publique administrative fédérale pour les titulaires d'une fonction de management et les agents de l'État appartenant aux classes A3, A4 et A5. L'arrêté royal du 21 décembre 2021 relatif à la promotion de l'égalité des sexes dans les commissions de sélections de la haute fonction publique fédérale introduit au sein d'une série de textes réglementaires l'interdiction de compter plus de deux tiers de membres du même sexe au sein de ces commissions.

Au niveau bruxellois, on retrouve des règles similaires concernant la composition des commissions de sélection, ainsi qu'un quota de deux tiers du sexe le plus représenté dans les arrêtés du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles, des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale et des agents d'Iriscare. Il en va de même pour les autres arrêtés relatifs aux statuts d'autres institutions bruxelloises. En outre, Bruxelles a développé des politiques de diversité obligatoires au sein de la fonction publique. Les entités sont à ce titre obligées de

mettre en place des plans de diversité visant à favoriser l'accès, l'insertion et la progression des travailleurs et des travailleuses provenant de groupes discriminés. Ces obligations sont régies par l'ordonnance du 4 septembre 2008 de la Région Bruxelloise visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise et celle du 25 avril 2019 visant à assurer une politique de diversité et de lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise.

En surplus, le décret du Conseil flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi consacre le principe général de la participation proportionnelle au marché de l'emploi, impliquant que celle-ci soit proportionnée à la composition de la population active et que la participation proportionnelle de groupes à potentiel soit garantie. Le décret s'applique notamment aux services flamands, au personnel de l'autorité flamande et de l'enseignement flamand.

Contenu du projet d'arrêté

En vue de répondre à ce constat de lacune génératrice d'insécurité juridique et de résorber le retard pris par rapport à d'autres entités, la Fédération Wallonie-Bruxelles doit sans plus tarder prendre les mesures volontaristes en matière d'action positive.

Ce projet d'arrêté fixe les hypothèses et les conditions de l'action positive en général qu'elle soit mise en œuvre par la Communauté française ou par d'autres employeurs dans les matières qui relèvent de sa compétence.

Tout plan d'action positive sera soumis pour approbation au Ministre de tutelle du secteur concerné, lequel disposera d'un délai de trois mois pour y donner suite, à défaut de quoi ce plan sera réputé approuvé.

Les dispositions sont principalement inspirées de celles de l'arrêté royal précité du 11 février 2019, tout en tenant compte des recommandations du rapport final de la Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination (février 2022) en particulier s'agissant de l'encadrement du caractère temporaire de la mesure d'action positive, de la clarification des types de mesure d'action positive, de la nécessité de mieux faire connaître les conditions de l'action positive, et de l'absence d'un cadre général concernant l'emploi dans le secteur public. La formulation des formes que peut prendre l'action positive vise à respecter la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne interdisant de « garantir une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes » (arrêt *Marshall*, C-409/95).

B. RÉFÉRENCES LÉGALES

Décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

C. IMPACT BUDGÉTAIRE

C.1 À charge de crédits budgétaires approuvés pour l'année en cours

Pas d'impact budgétaire pour l'année en cours.

C.2 Impact budgétaire additionnel, le cas échéant sur les années ultérieures

Pas d'impact budgétaire sur les années ultérieures.

D. AVIS DE L'INSPECTION DES FINANCES

Sans objet.

E. ACCORD DU MINISTRE DU BUDGET

Sans objet.

F. AVIS DU MINISTRE DE LA FONCTION PUBLIQUE

Ministre co-déposant.

G. IMPACT INFORMATIQUE

Sans objet.

H. IMPACT SUR LE CONTRAT D'ADMINISTRATION

Sans objet.

I. CRITÈRES ET ÉCHÉANCES D'ÉVALUATION DE LA DÉCISION

Sans objet.

Le dossier sera envoyé au Service d'Évaluation des Politiques publiques afin de solliciter son avis relatif aux critères et échéances d'évaluation à insérer, le cas échéant, lors de la 2^e lecture.

J. TEST GENRE

Réalisé le 22 mai 2023.

K. IMPACT SUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

N°	Objectifs de développement durable	
-----------	---	--

1	Éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde	
2	Éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir l'agriculture durable	
3	Permettre à tous de vivre en bonne santé et promouvoir le bien-être de tous à tout âge	
4	Assurer l'accès de tous à une éducation de qualité, sur un pied d'égalité, et promouvoir les possibilités d'apprentissage tout au long de la vie	
5	Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles	x
6	Garantir l'accès de tous à l'eau et à l'assainissement et assurer une gestion durable des ressources en eau	
7	Garantir l'accès de tous à des services énergétiques fiables, durables et modernes à un coût abordable	
8	Promouvoir une croissance économique soutenue, partagée et durable, le plein emploi productif et un travail décent pour tous	
9	Bâtir une infrastructure résiliente, promouvoir une industrialisation durable qui profite à tous et encourager l'innovation	
10	Réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre	x
11	Faire en sorte que les villes et les établissements humains soient ouverts à tous, sûrs, résilients et durables	
12	Établir des modes de consommation et de production durables	
13	Prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions	
14	Conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable	
15	Préserver et restaurer les écosystèmes terrestres, en veillant à les exploiter de façon durable, gérer durablement les forêts, lutter contre la désertification, enrayer et inverser le processus de dégradation des terres et mettre fin à l'appauvrissement de la biodiversité	
16	Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et ouvertes à tous aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et	x

	mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous	
17	Renforcer les moyens de mettre en œuvre le Partenariat mondial pour le développement durable et le revitaliser	
Aucun ODD rencontré		

K. PROPOSITION DE DECISION

1. Le Gouvernement adopte en première lecture le projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

2. Il charge la ministre des Droits des femmes et le ministre de l'Égalité des chances de le soumettre :
 - à la négociation syndicale au sein du Comité de secteur IX et XVII ;
 - à l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur ;
 - au Collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel ;
 - au Conseil d'avis de l'Office de la Naissance et de l'Enfance (ONE) visé par l'article 22 du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. » ;
 - à la Commission Consultative des Organisations de Jeunesse (CCOJ), instituée par l'article 38 du décret du 26 mars 2009 fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse ;
 - au Forum des jeunes, institué par le décret du 3 mai 2019 instaurant un forum des jeunes de la Communauté française ;
 - au Conseil supérieur des Sports visé par le décret du 20 octobre 2011 instituant le Conseil supérieur des Sports ;
 - au Conseil supérieur de la Culture visé à l'article 19 du décret du 28 mars 2019 sur la nouvelle gouvernance culturelle ;
 - à la concertation intra-francophone conformément à l'article 12, § 2, de l'accord de coopération cadre du 27 février 2014 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française relatif à la concertation intra-francophone en matière de santé et d'aide aux personnes et aux principes communs applicables en ces matières

3. Le Gouvernement charge le Ministre de l'Égalité des Chances et la Ministre des Droits des femmes de requérir l'avis du Conseil d'Etat sur ce projet dans un délai de 30 jours, conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, modifiées par la

loi du 4 août 1996, par la loi du 8 septembre 1997, par la loi du 2 avril 2003 et par la loi du 20 janvier 2014 et de lui représenter ensuite ledit projet.

**Le Vice-Président et Ministre Budget, de la Fonction publique, de l'Égalité des chances et de la tutelle sur Wallonie-Bruxelles
Enseignement**

Frédéric DAERDEN

**La Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance,
de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits des Femmes**



Bénédicte LINARD



Séance du 15 juin 2023
NOTIFICATION PROVISOIRE

Point B14: Avant-projet d'arrêté fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

Première lecture
GCF XI/2023/15.06/Doc. 4770/F.D.-B.L.

Décision :

1. Le Gouvernement adopte en première lecture l'avant-projet d'arrêté fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive, dont le texte figure en annexe.
2. Il charge le Ministre de l'Égalité des Chances et la Ministre des Droits des femmes de soumettre ce projet :
 - à la négociation syndicale au sein du Comité de secteur XVII ;
 - à l'avis de l'Académie de recherche et d'enseignement supérieur, du Collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, du Conseil d'avis de l'Office de la Naissance et de l'Enfance (ONE), de la Commission consultative des organisations de jeunesse, du Forum des jeunes, du Conseil supérieur des sports et du Conseil supérieur de la culture ;
 - à la concertation intra-francophone conformément à l'article 12, § 2, de l'accord de coopération cadre du 27 février 2014 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française relatif à la concertation intra-francophone en matière de santé et d'aide aux personnes et aux principes communs applicables en ces matières.

3. Le Gouvernement charge les mêmes Ministres de requérir l'avis du Conseil d'Etat sur ce projet dans un délai de 30 jours, conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, modifiées par la loi du 4 août 1996, par la loi du 8 septembre 1997, par la loi du 2 avril 2003 et par la loi du 20 janvier 2014 et de lui représenter ensuite ledit projet.

Fabian CULOT

Secrétaire du Gouvernement

Direction de l'Égalité des chances – Cellule d'appui en genre : genre@cfwb.be

Guide d'utilisation : <http://www.genre.cfwb.be/outils/test-genre/>

MÉTHODE POUR INTÉGRER LA DIMENSION DE GENRE DANS L'ENSEMBLE DES POLITIQUES, MESURES OU ACTIONS PRISES PAR LE GOUVERNEMENT

1. Renseignements

Avant de faire un test genre :

- Le test genre n'est **pas un jugement de valeur** mais une analyse de la situation telle qu'elle est et qui permettra de prendre en compte la dimension de genre dans le projet que vous analysez.
- Il est conseillé de **récolter le plus possible d'informations quantitatives** quant au-x public-s qui sera/seront touché-s par votre projet. Pour vous aider, la Cellule d'appui en genre a créé une page « statistiques » qui reprend de nombreuses données dans les matières de la Communauté française : <http://www.genre.cfwb.be/ressources/statistiques/>
- Nous vous conseillons également d'effectuer une recherche sur la/les thématique-s qui concerne-nt votre projet et les liens qui existent avec les inégalités entre hommes et femmes. Pour cette recherche, la Cellule d'appui en genre peut vous aider : genre@cfwb.be.

⚠ Ce formulaire électronique **ne permet aucune sauvegarde automatique** des informations que vous intégrez. La session se coupe automatiquement après une **inactivité de 20 minutes** pour des questions de sécurité. Par conséquent, il est vivement conseillé de **sauvegarder régulièrement** en cliquant sur le bouton en haut à droite ! Il est également conseillé de ménager le **temps nécessaire à la rédaction proprement dite**.

Un guide d'utilisation présentant l'ensemble des étapes de l'analyse est à votre disposition : <http://www.genre.cfwb.be/outils/test-genre/>

2. Informations

2.1. Personne de contact

Nom	Thibault
Prénom	Deleixhe
Fonction	conseiller de politique générale
Responsable hiérarchique	Mathias El Berhoumi
Fonction du ou de la responsable hiérarchique	chef de cabinet
Adresse courriel	thibault.deleixhe@gov.cfwb.be
Téléphone	0498571548
Votre appartenance:	<input checked="" type="checkbox"/> Vous êtes membre d'un cabinet <input type="checkbox"/> Vous êtes membre d'une administration <input type="checkbox"/> Autre
Précisez	Cabinet de la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits des Femmes

2.2. Projet de décision

De quel type de projet s'agit-il ?	Avant-projet d'arrêté à portée réglementaire
Intitulé du projet	Projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive
Compétence principale concernée	Droits des femmes
Compétence complémentaire éventuellement concernée	Égalité des chances et interculturalité

Synthèse de l'exposé du dossier

Le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination prévoit que la Communauté française peut, moyennant le respect d'une série de conditions, maintenir ou adopter des actions positives, définies comme des «#mesures spécifiques destinées à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés [prévus par le décret], en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique#» (art. 3, 10°).
Près de quinze ans après s'être dotée d'une législation anti-discrimination, la Communauté française n'a néanmoins pas adopté les mesures d'exécution assurant la sécurité juridique aux initiatives d'action positive.
L'avant-projet d'arrêté de la Communauté française vise à remédier à ce vide juridique, analogiquement aux mesures d'exécution adoptées par d'autres niveaux de pouvoir.

Précisez le moment de réalisation du présent test genre :

- Lors de la phase d'analyse préliminaire en vue de définir les orientations de base du projet de décision ou lors de la structuration du projet.
- Lors de la phase de rédaction du projet de décision.
- Lors des démarches finales visant à l'inscription à l'ordre du jour du Gouvernement pour une première lecture.
- Lors des démarches finales visant à l'inscription à l'ordre du jour du Gouvernement pour une deuxième lecture.
- Lors des démarches finales visant à l'inscription à l'ordre du jour du Gouvernement pour une troisième lecture.
- Autre.

3. Analyse de la situation

3.1. Définition du public-cible : les bénéficiaires directs et indirects

Indiquez les bénéficiaires **directs et indirects** concernés par le projet de décision auquel le test genre est soumis, c'est-à-dire ses public-cibles.

- Par « **bénéficiaires directs** », on entend le-s groupe-s de personnes qui vont concrètement et directement bénéficier de l'application de la mesure. Ce sont les bénéficiaires **finaux**.
Ex : *la population d'un territoire s'il s'agit de la programmation d'un centre culturel, les jeunes entre 5 et 10 ans d'une province s'il s'agit d'une offre de stages sportifs pour les 5-10 ans, les agents du Ministère s'il s'agit d'une mesure visant à l'amélioration des conditions de travail, etc.*

- Par « **bénéficiaires indirects** », on entend le-s groupe-s de personnes qui ne vont pas bénéficier directement de l'application de la mesure, mais qui pourraient indirectement en retirer un bénéfice. Ce sont les bénéficiaires **intermédiaires**.

Ex : *les employé-e-s d'un centre culturel, les animateurs-trices d'une offre de stages sportifs pour les 5-10 ans,...*

Le terme « bénéficiaire » doit être entendu comme des personnes physiques et non comme des personnes morales. Si le groupe cible est composé d'ASBL, il est important de connaître et d'indiquer la composition des équipes ou conseils d'administration par exemple.

Ces deux types de bénéficiaires peuvent être multiples (ajoutez des lignes si nécessaire).

Il n'y a pas de bénéficiaire

N°	Bénéficiaire-s
1	les personnes employées dans l'un des domaines visés à l'article 4 du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination où une inégalité manifeste aurait été constatée

Ajouter un bénéficiaire :

3.1.1. Bénéficiaires N° 1 : les personnes employées dans l'un des domaines visés à l'article 4 du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination où une inégalité manifeste aurait été constatée

Pour chaque type de bénéficiaire :

Impact :
Expliquez votre choix :

Positif Neutre Négatif

Cet avant-projet d'arrêté vise à intervenir en cas de constat d'inégalité manifeste à l'égard de personnes faisant l'objet d'un critère protégé tel que défini l'article 2 du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, laquelle inégalité ressortirait de l'un des domaines rattachés à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française :

1° Les relations d'emploi;

2° L'enseignement;

3° La politique de santé;

4° Les avantages sociaux;

5° L'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle

de droit privé subventionnée par la Communauté française;

6° L'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public,

ainsi que leur fourniture ;

7° L'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public.

4. Annexes

Projet de décision
Autres

Vous pouvez télécharger les pièces jointes via ce lien :

<https://www.transversal.cfwb.be/eforms/portal/rest/file/c68ded3c-3dc3-48f3-b87b-b0439aad634b/archive/1>

Rapport au Gouvernement

Introduction

L'action positive est une exception à l'interdiction de discrimination. Dans le cas des mesures d'action positive, l'égalité de traitement peut céder la place à un objectif social plus élevé, principalement l'élimination de l'exclusion sociale. Les actions positives s'entendent alors comme les mesures visant un groupe « défavorisé », dont les membres sont porteurs d'un critère protégé bien défini et qui ont pour objectif de réduire, d'éliminer ou de compenser les désavantages subis par le groupe et en lien avec le critère protégé.

Le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination prévoit que la Fédération Wallonie-Bruxelles peut, moyennant le respect d'une série de conditions, adopter des actions positives, soit des « mesures spécifiques destinées à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés [prévus par le décret], en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ».

Il stipule que la Fédération Wallonie-Bruxelles peut maintenir ou adopter des actions positives, précisant qu'une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction résulte de la mise en œuvre d'une action positive.

La mise en œuvre de ces actions est subordonnée à une série de conditions, issues de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle :

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

Dans le respect de ces conditions, il appartient au Gouvernement, particulièrement en matière d'emploi, de déterminer par voie d'arrêté, les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

Le chapitre 1 du présent projet exécute l'article 6 décret de 2008 en fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive.

Article 1^{er}.

Cet article distingue l'action positive de la discrimination positive.

Article 2.

Cet article définit le champ d'application du présent projet d'arrêté.

Il précise la forme que peut prendre une action positive.

En matière de relations d'emploi, les mesures d'action positive peuvent prendre la forme, notamment de proportions de candidats appartenant à un ou des groupes-cibles dont, à qualifications égales, l'engagement ou la promotion sont privilégiés. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé les conditions auxquelles des mesures de recrutement ciblé peuvent être jugées compatibles avec le principe de l'égalité de traitement. Elle a estimé qu'un système obligeant, en principe, à qualifications égales, à recruter en priorité des femmes dans les secteurs où elles sont sous-représentées, est conforme au droit de l'Union européenne si :

- Il garantit que toutes les candidatures font l'objet d'une appréciation objective, prenant en considération les situations particulières de tous les candidats ;
- Il comporte une « clause d'ouverture », permettant d'écarter la priorité donnée aux femmes quand des motifs particuliers orientent le choix en faveur d'un candidat masculin.

Le ciblage « a priori », c'est-à-dire portant sur des étapes antérieures à la décision de sélection, est autorisé. On parle ici du fait, par exemple, de réserver la moitié des places de formation donnant accès à une profession qualifiée à des femmes, dans des secteurs où celles-ci sont sous représentées, de leur garantir d'être convoquées à un entretien dans le cas où elles présentent les qualités requises, ou encore d'avoir une composition partiariaire des jurys ou des commissions de sélection. Un autre exemple bien connu d'action positive est la mesure « Cascade ». Elle vise à lutter contre le phénomène dit du « tuyau percé », soit l'érosion des équilibres entre les femmes et les hommes au fil de l'avancement dans la carrière académique.

Article 3

Cet article précise les éléments minimaux qui doivent être repris dans le plan d'action positive élaboré par un employeur.

Le présent projet d'arrêté prévoit l'approbation du plan par le Ministre ayant le secteur concerné dans ses attributions afin que ses services puissent en apprécier la conformité au regard des conditions fixées dans le décret et l'arrêté.

Contrairement à l'arrêté royal de 2019, le présent projet d'arrêté prévoit un terme de cinq ans pour la durée de l'action positive. Cela vise à répondre au rapport final de la commission d'évaluation des lois anti-discrimination dans lequel était écrit : « On peut s'étonner que l'arrêté royal fixe une telle limite de 3 ans, applicable même si l'objectif n'a pas été atteint. Ce délai paraît relativement court pour éliminer des inégalités importantes. Un plan qui, après trois ans, aurait donné des résultats mais sans atteindre l'objectif visé, devrait, pour être renouvelé, faire l'objet d'une nouvelle approbation. La brièveté de ce délai peut dissuader certaines entreprises de se lancer dans cette initiative lorsque, malgré leur intérêt pour ce dispositif, elles estiment qu'il est trop court pour leur permettre d'atteindre leurs objectifs ».

Article 4

Cet article précise le champ d'application du projet d'arrêté au sein du Ministère.

Article 5

Cet article prévoit la communication des plans d'action positive ainsi que la publicité des lignes directrices relatives à l'élaboration de plans d'action positive.

Article 6

Cet article n'appelle pas de commentaires.

Article 7

Cet article n'appelle pas de commentaires.

Avis n° 2023-A/009

de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes

concernant le projet d'arrêté de Gouvernement de la Communauté française

fixant les hypothèses et les conditions de l'action positive



**INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES**

I. Description du contexte

Créé par la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après l'Institut) est un organisme qui a entre autres pour mission de veiller au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et de combattre toute forme d'inégalité ou de discrimination fondée sur le sexe et le genre.

En cette qualité, l'Institut est habilité à adresser des recommandations et des avis aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration des lois et réglementations.

Le projet de l'arrêté soumis à l'avis de l'Institut a pour objet de fixer les hypothèses et les conditions d'une action positive dans le domaine de l'emploi.

Ce projet vise à combler un vide juridique concernant l'exercice d'actions positives dans le secteur de l'emploi au sein de la Communauté française.

Il poursuit un double objectif :

- Fixer les hypothèses de l'action positive ;
- Fixer les conditions de celle-ci.

II. Cadre légal

Avant de fournir une analyse juridique, il convient de définir le concept d'action positive et l'étendue de celui-ci.

Afin de mettre en œuvre la lutte contre les discriminations fondées sur le genre, plusieurs directives européennes, transposées en droit belge, ont été adoptées¹. Aujourd'hui, l'égalité entre les femmes et les hommes fait partie des « valeurs » de l'Union européenne consacrées dans son traité fondateur, et celles de notre société belge garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution. Parmi les outils consacrés par les directives européennes pour lutter contre les inégalités entre les femmes et les hommes, ainsi que les discriminations structurelles, se trouvent les actions positives, apparues pour la première fois dans le droit européen par l'adoption de la directive 76/207/CEE et apparues dans le droit belge par l'adoption de l'article 192 de la plate-forme d'action de Pékin de 1995 et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

Les actions positives désignent « *l'ensemble des mesures préférentielles adoptées en faveur d'un groupe de personnes visé par – au moins – un motif de discrimination, dans le but, en pratique, de remédier aux inégalités de fait rencontrées par ce groupe.* » L'action positive se caractérise par le fait qu'elle vise à réaliser une égalité réelle, substantielle ou de fait.

Plusieurs instruments juridiques consacrent les mesures d'action positive pour atteindre l'égalité des femmes et des hommes dans le domaine de l'emploi :

- Article 5 de La Convention OIT n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession autorise tout État membre :

¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail Journal officiel, n° L 303 du 02/12/2000 pp. 0016 – 0022 ; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

« après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, [à] définir comme **non discriminatoires** toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culture »

• Article 4 de Convention des Nations unies relative à l'élimination des discriminations à l'égard des femmes (CEDAW)

« L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes **n'est pas considérée** comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints. »

• Article 157, paragraphe 4 TFUE :

« Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement **n'empêche pas les Etats membres** de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. »

• Article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE :

« L'égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe d'égalité **n'empêche pas** le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe. »

• Article 3 de la directive 2006/54/CE, dite « directive refonte » :

« Les États membres **peuvent maintenir ou adopter des mesures** au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. »

Le considérant 22 précise : « Conformément à l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement **n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques** destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. Étant donné la situation actuelle et compte tenu de la déclaration no 28 annexée au traité d'Amsterdam, les États membres devraient viser **avant tout** à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle. »

• Article 6 du décret de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination :

« § 1. La Communauté française peut maintenir ou adopter des actions positives.

Une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction résulte de la mise en œuvre d'une action positive.

§ 2. Une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes :

1° Il doit exister une inégalité manifeste ;

2° La disparition de cette inégalité doit être désignée comme un but à promouvoir ;

3° La mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que le but visé est atteint ;

4° La mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

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

Dans le cadre de l'emploi et du travail, il existe en droit de l'Union européenne, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 *“relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail”* qui prévoit en son article 14, paragraphe 1, a), que toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne « *les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion* ».

Selon l'article 3 de cette même directive, les États membres peuvent toutefois maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du Traité 3, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. En ce sens, les hypothèses fixées par le présent projet d'arrêt pourraient être considérées comme des mesures visées à l'article 3 de la directive 2006/54/CE.

Toutefois, il découle de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que les conditions de ces hypothèses ne sont pas illimitées. En effet, une action positive, qui vise à promouvoir prioritairement les candidats du sexe sous-représenté dans les secteurs de l'emploi où ce sexe est sous-représenté, sera admissible que si elle respecte les conditions suivantes :

- elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats du sexe sous-représenté ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents du sexe opposé (C.J.C.E., arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, C-450/93, § 24.),

- les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats (Arrêt *Marschall*, § 35)².

- elle prévoit une “clause d'ouverture”, laquelle est qualifiée comme la “*clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur*”.³ (arrêt *Badeck*, § 23)

Toujours dans le cadre de l'emploi et du travail, il existe dans la Constitution belge, l'article 11bis, alinéa 1, qui dispose que « *la loi, le décret ou l'ordonnance garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics* »⁴. A cet égard, il ressort des travaux préparatoires que cet article visait, en autres, à instaurer

² CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, *Badeck e.a.*, Jur. CJUE 2000, I, 1875, concl. A. Saggio. Voir également CJUE, 17 octobre 1995, n° C-450/93, *Kalanke / Freie Hansestadt Bremen*, Jur. CJUE, 1995, I, 3051, considérant 23, concl. G. Tesaurò; CJUE, 11 novembre 1997, n° C-409/95, *Marschall / Land Nordrhein-Westfalen*, Jur. CJUE, 1997, I, 6363, considérant 33, concl. F. Jacobs et CJUE, 6 juillet 2000, n° C-407/98, *Abrahamsson*, Jur. CJUE, 2000, I-05539, considérant 20.

³ CJUE, *Badeck e.a.*, précité, considérant 18.

⁴ CE, avis No 71.827/3 DU 14 NOVEMBRE 2022.

« une base pour l'adoption d'actions positives, donnant aux femmes discriminées la chance concrète de se remettre à niveau »⁵.

Toutefois, selon la Cour constitutionnelle, de telles actions demeurent soumises à certaines conditions pour être admissibles. Ainsi, la Cour exige que les inégalités correctrices soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme objectif à promouvoir, que ces 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'autrui⁶.

III. Analyse juridique

Par souci de clarté, le présent avis entend analyser dans un premier temps, les hypothèses de l'action positive reprises par ce projet d'arrêté (1) et dans un deuxième temps, les conditions de celles-ci (2). Préalablement à cette analyse, l'Institut souhaiterait proposer que soit inclus dans ce présent projet d'arrêté, une définition de ce qu'est une action positive et ce qu'on signifie par « groupe-cible ».

Les actions positives peuvent être définies comme étant « des mesures spécifiques destinées à prévenir ou compenser les désavantages liés aux critères protégés, tel que mentionné par l'article 2 du décret de la Fédération Wallonie-Bruxelles du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination ».

Le groupe-cible, dans ce contexte de discrimination, renvoie expressément à la catégorie de personnes sous-représentées qui, en raison de l'un des critères protégés, souffrent d'un désavantage.

- Les hypothèses de l'action positive :

L'Institut salue l'initiative du Gouvernement de prévoir un arrêté fixant les hypothèses d'action positive. Bien que la liste ne soit pas exhaustive, elle permettra de servir d'inspiration pour les travailleurs et de fixer les attentes de ce nouveau dispositif. Toutefois, afin que ces hypothèses répondent à la réalité qui est celle du domaine de l'emploi, il serait intéressant de les distinguer en fonction de la phase où elles interviennent : mesures relatives à la phase pré-recrutement, mesures relatives au recrutement et mesures relatives à la vie professionnelle post-recrutement⁷. Cette distinction revêt un intérêt d'autant plus important que le présent projet propose majoritairement que des mesures relatives à la phase pré-recrutement.

Ainsi, au sein de la première phase, peuvent se trouver les mesures suivantes : « une proportion de candidats appartenant à un groupe-cible convoqués à un entretien ; des campagnes de recrutement pour certains groupes-cibles ; la création de formations donnant accès à des emplois ou à des promotions réservées aux membres d'un groupe-cible ; la promotion ciblée d'offres d'emploi auprès de groupes spécifiques ; des programmes de soutien aux candidats de groupes-cibles lors de la procédure de candidature ; des offres de stages réservées aux membres d'un groupe-cible ».

Au sein de la deuxième phase, se trouve la première mesure reprise dans ce présent projet : « une proportion de candidats appartenant à un groupe-cible dont, à qualifications égales, l'engagement ou la promotion sont privilégiés ». A la lumière de ce qui avait été proposé dans l'Étude de faisabilité juridique relative à la mise en place de mesures d'action positive dans le cadre du recrutement académique à la Faculté des Sciences et à l'École polytechnique de Bruxelles, une autre hypothèse pourrait être incluse dans le présent projet d'arrêté pour cette deuxième phase, à savoir celle qui viserait à « redéfinir le

⁵ Doc. parl., Chambre, 2001-02, n° 50-1140/002, p. 21

⁶ C.C., 27 janvier 1994, n° 9/94, B.6.2. Voir également C.C., 14 juillet 1997, n° 42/97, B.20 ; C.C., 6 octobre 2004, n° 157/2004, B.79 ; C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.22.3 ; C.C., 11 mars 2009, n° 39/2009, B.42 et n° 40/2009, B.88 ; C.C., 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.1.

⁷ Expressions reprises de « Étude de faisabilité juridique relative à la mise en place de mesures d'action positive dans le cadre du recrutement académique à la Faculté des Sciences et à l'École polytechnique de Bruxelles (ULB) », septembre 2022.

mérite lors des décisions de sélection ». Elle permettrait de « *prendre en compte certaines qualités que ces personnes peuvent présenter, alors qu'elles ne bénéficient généralement pas d'une reconnaissance institutionnelle.* »⁸ En effet, même si on aime à considérer qu'une réparation genrée des tâches domestiques n'existe plus aujourd'hui, elle demeure bien présente et ces tâches pourraient revêtir « *une importance pour l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles des candidats et des candidate* »⁹. Les femmes, en plus de la maternité qu'elles assument, sont encore très souvent celles qui s'occupent des enfants ou des personnes nécessitant des soins. Ainsi, dans le milieu universitaire, un nombre important de femmes interrompent leur carrière professionnelle après leur doctorat, période qui correspond souvent au moment de la maternité de celles qui souhaitent avoir des enfants. Cette période consacrée à leur vie de mère les empêche de s'investir professionnellement à un moment crucial de leur carrière dès lors que les compétences acquises durant ces périodes ne sont pas valorisées sur le marché de l'emploi. Partant, cette mesure aurait vocation à renforcer l'égalité entre les femmes et les hommes.

Enfin, le présent projet d'arrêté omet totalement d'énoncer des mesures relatives à la vie professionnelle post-recrutement. Toujours à la lumière de *l'Étude de faisabilité juridique relative à la mise en place de mesures d'action positive dans le cadre du recrutement académique à la Faculté des Sciences et à l'École polytechnique de Bruxelles*, deux mesures pourraient servir d'hypothèse à ce projet d'arrêté. Une première visant à lutter contre le phénomène du « tuyau percé » et une deuxième visant à promouvoir la participation du sexe sous-représenté au sein des conseils et commissions.

- Les conditions de l'action positive :

L'Institut apprécie l'initiative du Gouvernement de prévoir un arrêté fixant les conditions de l'action positive. Toutefois, l'Institut constate que les conditions telles que définies par le présent projet manquent en précision et nécessitent d'être complétées.

D'abord, les conditions mériteraient à être complétées par une clause d'ouverture. La jurisprudence du droit européen a enseigné sur l'importance de prévoir une clause d'ouverture dans la mesure où elle empêcherait qu'une action positive accorde de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats du sexe sous-représenté ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents du sexe opposé¹⁰. En effet, une priorité doit être accordée au terme d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats et si le candidat du sexe opposé se distingue par rapport aux personnes du sexe sous-représenté, il doit pouvoir être privilégié. Dès lors, à l'instar de l'arrêté royal du 11 février 2019¹¹, il conviendrait d'ajouter une condition relative aux droits d'autrui sous la formulation suivante : « La mesure n'est pas de nature à restreindre inutilement les droits d'autrui ».

Ensuite, concernant la deuxième condition, il apparaît qu'elle semble apporter que peu de précision quant à l'effet recherché de l'action positive. En effet, le projet d'arrêté indique « la description de l'effet recherché de l'action positive », mais aucune indication n'est donnée quant à cet « effet recherché » alors que dans le cadre d'une action positive, un objectif en particulier est à promouvoir. Il s'agit de la disparition de l'inégalité, constatée à la première condition, dans l'accès à la fonction visée. Il doit être démontré que l'inégalité manifeste entre les sexes constitue une question que le législateur entend faire disparaître¹². Afin d'éviter d'instaurer une insécurité juridique, cette condition aurait intérêt à être étayée par l'ajout de cet objectif particulier à promouvoir.

⁸ O. DE SCHUTTER, C.J.C.E., arrêt *Badeck*, 28 mars 2000, C-158/97, EU:C:2000:163, p. 157.

⁹ C.J.C.E., arrêt *Badeck*, 28 mars 2000, C-158/97, EU:C:2000:163, pt. 31.

¹⁰ C.E., *Van Brantegem*, n° 196.546, 1er octobre 2009.

¹¹ Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, M.B., 1er mars 2019.

¹² Dans CE, avis No 71.827/3 DU 14 NOVEMBRE 2022: C.C., 27 janvier 1994, n° 9/94, B.6.2. Voir également C.C., 14 juillet 1997, n° 42/97, B.20 ; C.C., 6 octobre 2004, n° 157/2004, B.79 ; C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.22.3 ; C.C., 11 mars 2009, n° 39/2009, B.42 et n° 40/2009, B.88 ; C.C., 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.1.,

Toujours concernant cette deuxième condition, elle semble se confondre avec la condition de la temporalité dès lors qu'elle ajoute, outre la condition de la description de l'effet recherché, « les modalités de son évaluation ». Bien qu'il soit apprécié que soit prévu une évaluation périodique de l'action positive, elle devrait toutefois être une condition parallèle à la condition de temporalité. De fait, l'instauration d'un système d'évaluation régulière suffit à attester du caractère temporaire des mesures positives adoptées¹³, d'où l'intérêt de regrouper ces deux conditions. Ainsi, s'agissant de la troisième condition de ce présent projet d'arrêté, il est apprécié qu'elle prévoit une condition de temporalité avec une indication de délai maximum, mais elle aurait intérêt à être assortie d'une obligation de réévaluation périodique de la mesure. Ainsi, cette condition de temporalité et d'évaluation permettra de garantir que l'action positive reste en œuvre le temps nécessaire à la réalisation de l'objectif à promouvoir, que seule une évaluation périodique pourra déterminer.

De plus, s'agissant de la quatrième condition relative à la proportionnalité de la mesure, elle semble également entachée d'un défaut de précision. En effet, dans un souci de transparence et de sécurité juridique, il conviendrait de préciser qu'il faut établir que les moyens utilisés pour éliminer l'inégalité manifeste sont effectivement appropriés et nécessaires.

En outre, le choix de ne pas imposer un instrument juridique déterminé, tel que la conclusion d'une convention collective ou l'adaptation du règlement de travail, pourrait emporter la conséquence de rendre ineffectif ce nouveau dispositif. L'intérêt de définir un instrument juridique défini favoriserait un pouvoir d'adhésion à ces plans d'action et permettrait de garantir aux travailleurs la possibilité d'un contrôle juridictionnel de ces instruments. Certes, le projet d'arrêté prévoit que le plan d'action soit soumis à l'approbation du ministre, mais l'absence d'un instrument juridique défini ne permet pas de garantir ce contrôle. Cette carence est d'autant plus regrettable qu'elle prive l'action positive d'une force contraignante et de crédibilité.

Enfin, une dernière remarque qui pourrait être formulée est sur choix de ne pas prévoir de mesure de publicité de ces plans d'action positive. Assurer la publicité des plans adoptés, dans le respect du droit de la protection des données personnelles, permettrait de dynamiser le processus en servant d'exemple et ainsi, mutualiser les bonnes pratiques.

IV. Conclusions

En conclusion, l'Institut salue l'initiative du Gouvernement de la Communauté française de prévoir un arrêté fixant les hypothèses et conditions de l'action positive, mais soulève toutefois les suggestions suivantes :

- **Prévoir une définition de l'action positive et de définir ce qu'on entend par « goupe-cible » ;**
- **Concernant les hypothèses de l'action positive, l'Institut suggère de :**
 - **Distinguer les hypothèses de l'action positive en fonction de la phase où elles interviennent : mesures relatives à la phase pré-recrutement, mesures relatives au recrutement et mesures relatives à la vie professionnelle post-recrutement ;**
 - **Proposer davantage des hypothèses relatives aux deux dernières phases ci-mentionnées ;**
- **Concernant les conditions de l'action positive, l'Institut suggère de :**
 - **Définir davantage la condition relative à « la description de l'effet recherché » de l'action positive ;**
 - **Regrouper les conditions de temporalité et d'évaluation périodique dans un soucis de cohérence ;**

¹³ C.C., n° 145/2015, 22 octobre 2015, cons. B.10.2

- **Définir la proportionnalité de la mesure ;**
- **Prévoir un instrument juridique qui permet la mise en œuvre des plans d'action positive ;**
- **Assurer la publicité des plans adoptés, dans le respect du droit de la protection des données personnelles, afin de susciter un effet d'entraînement.**