

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Extension du domaine de la lutte contre les discriminations. Les nouvelles normes en Communauté française, en Région wallonne et en Région bruxelloise

Van Der Plancke, Véronique; Sautois, Joëlle

Published in:

Actualité du droit de la lutte contre la discrimination

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Der Plancke, V & Sautois, J 2010, Extension du domaine de la lutte contre les discriminations. Les nouvelles normes en Communauté française, en Région wallonne et en Région bruxelloise. dans S Van Drooghenbroeck, S Sottiaux & C Bayart (eds), *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination*. La Chartre, Bruges, pp. 129-191.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

EXTENSION DU DOMAINE DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

LES NOUVELLES NORMES EN COMMUNAUTÉ FRANÇAISE, EN RÉGION WALLONNE ET EN RÉGION BRUXELLOISE

JOËLLE SAUTOIS

Avocate au Barreau de Bruxelles

Assistante en droit constitutionnel à l'Université Libre de Bruxelles

VÉRONIQUE VAN DER PLANCKE¹

Avocate au Barreau de Bruxelles

Chercheuse au Centre Droits fondamentaux & Lien social des FUNDP et associée au Centre de Philosophie du Droit de l'UCL

¹ Les auteurs de la présente contribution font partie des deux cabinets d'avocats dont l'association momentanée a été désignée par la ministre-présidente du Gouvernement de la Communauté française, Mme Marie ARENA, pour assister son cabinet dans la confection du projet de décret devenu décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

§ 1. INTRODUCTION

Au lendemain de la réforme fédérale de 2007, les entités fédérées se sont trouvées, sans doute plus clairement qu'avant encore, face à leurs responsabilités. Non qu'elles n'avaient rien fait jusqu'alors pour intégrer dans leur arsenal normatif des dispositions tendant à garantir l'égalité de traitement.² Mais les systèmes en place n'étaient guère satisfaisants au regard des exigences posées dans les directives, ce que les autorités européennes n'ont pas manqué de faire savoir dès 2005.³ Il était, en outre, devenu nécessaire de les actualiser en tenant compte de l'intervention fédérale, elle-même ciselée sur la base du triple avis rendu par la section de législation du Conseil d'État, réunie en assemblée générale, sur les avant-projets de lois destinés à devenir les lois du 10 mai 2007,⁴ avis à l'occasion duquel les implications de la répartition des compétences dans le domaine de la lutte contre les discriminations – pourtant déjà décrites depuis 1999⁵ – ont été affinées sur certains points.

L'opération devait permettre de répondre à une exigence réelle: comme le Centre pour l'égalité des chances a pu le constater, au cours de l'année 2007, 14 %

² La Communauté française avait adopté un décret le 19 mai 2004 (*M.B.*, 7 juin 2004), relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement pour transposer, dans le champ intégral de ses compétences, les directives «race» (Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique) et «cadre» (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). En outre, en matière d'égalité sexuelle dans l'emploi, le titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique (*M.B.*, 17 août 1978) y était toujours d'application. Quant à la Région wallonne, elle s'était dotée, le 27 mai 2004, d'un décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle (*M.B.*, 23 juin 2004). En Région de Bruxelles-Capitale, on ne recensait que le décret de la COCOF du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle (*M.B.*, 24 janvier 2008).

³ Voy. J. TOJEROW, «La réforme du 10 mai 2007: motifs et orientations», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, Die Keure et Bruxelles, La Charte, 2008, spéc. p. 7, et les références citées.

⁴ Avis n° 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 12 juin 2006 par le Conseil d'État, section de législation, sur un avant-projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, un avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, un avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*Doc.parl.*, Chambre, sess. 2006-2007, n° 51-2721/1) («Avis sur les lois fédérales»).

⁵ Voy. l'avis n° 28197/1 rendu le 16 février 1999 par le Conseil d'État à propos de ce qui allait devenir la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 2057/1, p. 34-36.

des signalements introduits auprès de lui concernaient des matières relevant des compétences des Communautés et des Régions.⁶

Or, le contexte juridique était devenu à ce point clair que nul ne pouvait croire encore – comme cela avait été le cas dans le cadre des travaux préparatoires de la loi fédérale du 25 février 2003⁷ – que les nouvelles lois fédérales allaient s'appliquer aux relations nouées soit entre les écoles et les élèves (compétence communautaire), soit entre les locataires et les sociétés de logements sociaux ou encore au placement des travailleurs (compétences régionales). Il est, en effet, bien compris aujourd'hui que la transposition dans l'ordre juridique belge d'une directive européenne incombe à l'État, aux régions ou aux communautés selon la matière en cause et l'objectif poursuivi par l'Union européenne lors de l'élaboration de la directive en question⁸, dans le respect des règles qui déterminent leurs compétences respectives.⁹ On sait aussi qu'un droit fondamental défini par une norme supranationale n'est pas une matière au sens du droit constitutionnel belge de la répartition des compétences. Il s'agit, en effet, d'un principe transversal que chaque autorité doit respecter dans son domaine de compétence.^{10/11}

Dans ces conditions, il était devenu indispensable que chaque entité fédérée ré-examine, au regard des directives européennes relatives à la lutte contre la discrimination,¹² quelles pièces du puzzle elle devrait poser pour que la Belgique

⁶ Ces chiffres proviennent du rapport: *Discrimination/Diversité. Rapport 2007*, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Ils ne tiennent pas compte des plaintes relatives à l'emploi dans la fonction publique régionale ou communautaire, à la formation professionnelle ou aux intermédiaires publics ou privés sur le marché de l'emploi. En 2007, les secteurs recensés les plus touchés, relevant des compétences des Communautés et des Régions, sont l'enseignement (43 %), le logement social (15 %), les pouvoirs locaux et la vie sociale (vie quotidienne, vie de quartier, loisirs, espaces verts, maisons de repos etc.), les médias (presse audiovisuelle), l'accessibilité (événements culturels, bâtiments communaux, expositions etc.), les transports (Tec, Stib, de Lijn (4 %)).

⁷ S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/ Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., p. 104-105.

⁸ P. GILLIAUX, *Les directives et le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 9.

⁹ Voy. par exemple l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 109/2000 du 31 octobre 2000, cons. B.4.1., in fine.

¹⁰ Ce domaine de compétence est lui-même fonction du champ d'application matériel de la directive à transposer.

¹¹ Voy. l'avis rendu sur les lois fédérales, déjà cité.

¹² Les directives «race» et «cadre», déjà citées; la directive 76/207/CEE du Conseil des Communautés européennes du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la

.../...

tout entière satisfasse à ses obligations internationales, en gardant bien à l'esprit le leitmotiv suivant: «A chaque législateur, il appartient de mettre en place des dispositifs antidiscriminatoires – ceux qui sont requis par les directives et, au-delà, ceux qu'il souhaite – dans les domaines de compétence qui lui sont assignés par ou en vertu de la Constitution».¹³ Telle est la règle de base¹⁴ à partir de laquelle chacune d'entre elles devait œuvrer.

La présente contribution ne peut, compte tenu des limites qui lui sont assignées, constituer l'occasion d'un compte-rendu intégral de ce que les législateurs du Sud et du Centre de ce pays ont produit pour apporter leur pierre à l'édifice de la lutte contre la discrimination dans le courant des années 2008 et 2009. Elle permettra néanmoins d'expliquer en quoi l'exercice aura été complexe en vertu de la technicité intrinsèque d'une opération de transposition, et d'autant plus contraignant qu'il aura fallu, en outre, composer avec toutes les subtilités du système belge de répartition des compétences.

Sera succinctement décrite la teneur des décrets et ordonnances examinés, en relation avec les exigences résultant des directives européennes, spécialement pour ce qui concerne les domaines rencontrés (§ 2). Les interventions des entités fédérées seront ensuite abordées à la lumière de quelques questions transversales de forme et de fond (§ 3) et, enfin, d'un point de vue strictement interne, sur le plan de la répartition des compétences matérielles résultant du système constitutionnel belge (§ 4).

À de nombreux endroits, et la tâche est ardue, les auteurs décortiquent des questions techniques. Il ne s'agit toutefois pas là d'«une froide science» sans conscience de l'essentielle question humaine portée par le droit antidiscriminatoire. Il y va d'un espoir de contribuer, tantôt à l'amélioration, tantôt à la stabilisation de l'édifice normatif en la matière, au prix de la mise en évidence de cer-

.../...

directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 modifiant la directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail (directive «égalité entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi»); la Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services (Directive «égalité entre hommes et femmes pour les biens et services»); la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (directive «refonte»).

¹³ S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», op. cit., spéc. p. 105.

¹⁴ Egalement résumée par B. RENAULD, «Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations», in P. WAUTLET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, CUP, Liège, Anthémis, 2009, p. 20-22.

taines absurdités imputables à la complexité de notre système institutionnel actuel.

§ 2. LES DOMAINES D'INTERVENTION, LES ZONES EN FRICHE ET LES ZONES FRANCHES

On examinera ici, schématiquement, dans quelle mesure les différentes entités fédérées du Centre et du Sud ont correctement transposé, quant à l'étendue du champ matériel (II.) et personnel (III.) concerné, les directives européennes d'égalité de traitement actuellement en vigueur.

I. Généralités

Sont aujourd'hui interdites par le *quintet* des directives européennes à transposer,¹⁵ toutes discriminations:

1. dans l'emploi et les domaines assimilés,¹⁶ sur la base de la prétendue race, de l'origine ethnique, du sexe, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle;
2. dans l'accès aux biens et services ainsi que leur fourniture, y compris le domaine du logement, sur la base de la prétendue race, de l'origine ethnique et du sexe;
3. dans l'éducation, sur la base de la prétendue race et de l'origine ethnique;
4. dans la protection sociale au sens large y compris les soins de santé, sur la base de la prétendue race et de l'origine ethnique;
5. dans la sécurité sociale, sur la base de la prétendue race, de l'origine ethnique et du sexe;
6. dans les avantages sociaux, sur la base de la prétendue race et de l'origine ethnique.

En **Région wallonne**, le *décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination*¹⁷ interdit toute discrimination entre les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, sur la base des *critères protégés* énumérés limitativement, soit

¹⁵ Voy. les directives citées en note 12.

¹⁶ Pour une définition des domaines assimilés, voy. art. 1^{er}, 2) (qui modifie l'art. 2 de la directive 76/207/CEE), de la directive 2002/73/CE; art. 3 de la directive 2000/78/CE; art. 3 de la directive 2000/43/CE.

¹⁷ Voy. décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination (*M.B.*, 19 décembre 2008), modifié par le décret du 19 mars 2009 modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes, en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle (*M.B.*, 10 avril 2009).

l'ensemble des motifs visés par les trois lois fédérales du 10 mai 2007,¹⁸ dans *les nombreux domaines* que le législateur wallon a estimé pouvoir rattacher à ses compétences. On citera notamment le secteur du logement social, des soins de santé et du transport dans certaines limites, ainsi que tout ce qui gravite autour de l'orientation, l'insertion et le placement des travailleurs.¹⁹

À l'analyse, il ne fait aucun doute que le décret wallon non seulement satisfait pleinement aux exigences européennes, mais les dépasse largement, tant par l'addition de critères protégés que par l'extension des domaines au sein desquels s'appliqueront les nouveaux dispositifs de lutte contre la discrimination. Par l'introduction du champ de «*l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public*» – la catégorie dite «résiduaire» – la Région wallonne a d'ailleurs veillé, à l'instar de l'État fédéral, à ce que toute situation présentant une dimension publique ne puisse échapper à la protection renforcée contre la discrimination offerte par le décret.

En **Communauté française**, le *décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination*^{20/21} interdit également toute discrimi-

¹⁸ Conformément à l'article 3 du décret du 6 novembre 2008, les critères protégés sont dès lors les suivants: la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, la nationalité, l'origine nationale ou ethnique (s'indexant sur l'article 3 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie); le sexe et les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe (le législateur wallon ajoute ici le transsexualisme aux critères évoqués à l'art. 4 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes); l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale (s'alignant strictement sur l'article 4, 4^o de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination).

¹⁹ Voy. art. 5, § 1 et 2 du décret du 6 novembre 2008. Il s'agit, plus précisément, de l'ensemble des domaines suivants: la protection sociale, y compris les soins de santé; les avantages sociaux; l'orientation professionnelle; l'insertion socioprofessionnelle; le placement des travailleurs; l'octroi d'aides à la promotion de l'emploi; l'octroi d'aides et de primes à l'emploi, ainsi que d'incitants financiers aux entreprises, dans le cadre de la politique économique, en ce compris l'économie sociale; la formation professionnelle, y compris la validation des compétences; la fourniture des biens et services à la disposition du public indépendamment de la personne concernée et offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre, y compris en matière de logement; l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public; les relations statutaires de travail telles que délimitées par le décret.

²⁰ *M.B.*, 13 janvier 2009.

²¹ B. RENAULT («Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations», *op. cit.*, p. 17, et la note 31) signale en outre, pour la Communauté française, que «de nombreuses dispositions décrétales adoptées en matière d'enseignement démontrent à suffisance la volonté.../...»

nation entre les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé sur la base des *critères protégés* énumérés limitativement, soit l'ensemble des motifs visés par les trois lois fédérales du 10 mai 2007, dans *certaines domaines* que le législateur communautaire a jugés liés aux compétences qui sont les siennes. Il s'agit des relations d'emploi statutaires, de l'enseignement, de la politique de santé, des avantages sociaux, de l'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée par la Communauté française, de même que l'accès aux biens et services mis à la disposition du public ainsi que leur fourniture.²²

Ici aussi, il est certain que le décret communautaire transpose adéquatement les directives européennes; plus encore, il a, en parfaite harmonie avec les échelons fédéraux et wallons, multipliés les critères protégés sur la base desquels ne pouvaient être commises de discriminations. Face aux directives européennes d'égalité de traitement à géométrie variable, la Communauté française a souhaité que soit conféré à l'ensemble des directives à transposer un champ d'application matériel le plus englobant qui soit. Cette option revient à prohiber toutes les discriminations visées dans tous les domaines recensés par la directive «race» dont le champ d'application est précisément le plus étendu. Force est toutefois d'admettre qu'en n'incluant pas de «catégorie résiduaire» dans la définition de son champ d'application matériel, la Communauté française réserve la protection renforcée de son décret aux domaines matériels «européens», excluant *de facto*, par exemple, la problématique de l'accès à des compétitions sportives.²³ En cela, le décret communautaire a un champ d'application plus réduit que celui du décret du 19 mai 2004 qu'il abroge.²⁴

Relevons ici qu'en allant au-delà du champ d'application matériel fixé par les directives européennes d'égalité de traitement déjà en vigueur, la Région wallonne et la Communauté française ont utilement anticipé sur la transposition de la nouvelle directive anti-discriminatoire en projet.²⁵

.../...

du législateur francophone de lutter contre les discriminations en ce domaine, qu'il s'agisse de créer des discriminations positives en faveur des écoles accueillant des populations difficiles ou défavorisées ou de lutter contre les pratiques discriminatoires à l'inscription». Et l'auteur de faire référence au décret «mixité sociale» du 18 juillet 2008 qui a connu de multiples soubresauts.

²² Voy. art. 4 du décret du 12 décembre 2008.

²³ Cette appréciation doit être nuancée sur un point: la Communauté française confère au domaine des «biens et services» une conception plus large que celle reçue en droit européen. Voy. *infra* pt. II, B.

²⁴ Sur ces questions, voy. *infra* pt. II, A.

²⁵ Le 2 juillet 2008, la Commission européenne a déposé une Proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (voy. COM

.../...

La législation applicable exclusivement à Bruxelles appelle un bilan plus contrasté.

Premièrement, le décret de la COCOF du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle²⁶ interdit la discrimination dans l'offre de formation professionnelle à Bruxelles,²⁷ sur la base de critères correspondant plus ou moins à ceux visés dans les lois fédérales de mai 2007²⁸ ou de tout autre motif de discrimination. Ce décret est le seul, parmi les normes anti-discriminatoires du Centre et du Sud du pays, à avoir inséré et maintenu une liste ouverte de critères protégés.

Plus concrètement, le décret est applicable à toute personne qui s'occupe, à quelque niveau que ce soit, de l'orientation, de la formation, de l'apprentissage, du perfectionnement et du recyclage professionnel ainsi qu'à tous ceux qui diffusent en ces domaines de l'information ou de la publicité au sein d'une série d'organismes désignés par le décret.

Deuxièmement, la Région de Bruxelles-Capitale a, au travers de ses quatre ordonnances du 4 septembre 2008,²⁹ entendu interdire, dans le domaine de l'emploi, la discrimination basée sur l'ensemble des critères protégés retenus dans les lois fédérales du 10 mai 2007. Est ainsi prohibée la discrimination, au

.../...

(2008) 426 final). Le texte en projet interdit la discrimination sur la base de l'âge, du handicap, de l'orientation sexuelle, de la croyance ou de la religion dans les domaines de la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement et d'éducation. Le 2 avril 2009, le Parlement européen a rendu un avis critique à ce sujet. Pour une analyse de cette nouvelle directive et les contours réels de son champ d'application, voy. dans le présent ouvrage K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination. Un corpus juris en quête de cohérence».

²⁶ M.B., 24 janvier 2008.

²⁷ Bruxelles Formation, opérateurs agréés par la COCOF.

²⁸ L'ordonnance omet de viser expressément la nationalité, la langue, l'origine sociale, et une caractéristique génétique.

²⁹ Une cinquième ordonnance prise le même jour mérite également d'être citée: Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à garantir la présence équilibrée de femmes et d'hommes dans les conseils d'administration des organismes pararégionaux de droit ou d'intérêt public, M.B., 30 septembre 2008. L'ordonnance prévoit que les conseils d'administration des organismes pararégionaux que sont ACTIRIS, la SLRB (Société du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale), la Société régionale du Port de Bruxelles, la SDRB (Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale), la SRIB (Société régionale d'Investissement de Bruxelles) et la STIB (Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles), ne peuvent comprendre plus de deux tiers de membres du même sexe parmi ceux que désigne la Région de Bruxelles-Capitale. Sauf dérogation expresse accordée par le Gouvernement, l'organe qui n'est pas composé de cette manière ne peut délibérer valablement.

sein du secteur privé du ressort de la Région bruxelloise, commise par les organismes intermédiaires et par les opérateurs d'insertion socio-professionnelle dans leurs activités de placement ou d'insertion des travailleurs.³⁰ Parallèlement, la Région bruxelloise garantit l'égalité de traitement dans la fonction publique régionale statutaire et contractuelle, en ce qui concerne le recrutement, la sélection, les conditions d'emploi, la promotion, le licenciement et la rémunération.³¹ La Région de Bruxelles-Capitale prévoit en outre des subsides au bénéfice des entreprises du secteur marchand ou non marchand qui développent *volontairement* une politique d'égalité au moyen de plans de diversité; pareilles entreprises pourront se voir délivrer un label («label diversité»)³². Similairement, elle promeut la diversité dans ses institutions publiques et les administrations locales, celles-ci étant tenues d'élaborer un plan d'action diversité dont le contenu général est déterminé par le gouvernement.³³ Elle introduit également un dispositif visant à optimiser les possibilités d'emploi, tant au sein de ses institutions publiques que dans l'administration locale, des demandeurs d'emploi issus des quartiers défavorisés indépendamment de leur origine ethnique (incitants financiers, amélioration de l'objectivité des procédures de recrutement)³⁴. Enfin, elle crée un second label (le «Bruxelles label») et organise les critères et la procédure d'octroi de ce label, qui variera selon la taille des entreprises, en vue de promouvoir la responsabilité sociétale dans les entreprises bruxelloises^{35/36}.

³⁰ Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, *M.B.*, 16 septembre 2008.

³¹ Art. 7, Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, *M.B.*, 16 septembre 2008.

³² Art. 28, Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, *M.B.*, 16 septembre 2008.

³³ Art. 5, § 1 et 2, Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, *M.B.*, 16 septembre 2008 (les institutions publiques visées sont identifiées à l'article 4, 13° de l'Ordonnance); art. 7, Ordonnance visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise, *M.B.*, 19 septembre 2008 (ce qu'il faut entendre par «administration locale» est précisé à l'art. 2.1. de l'Ordonnance).

³⁴ Art. 5, § 6, Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, *M.B.*, 16 septembre 2008; art. 3, Ordonnance visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise, *M.B.*, 19 septembre 2008.

³⁵ Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant la promotion de la responsabilité sociétale dans les entreprises bruxelloises, *M.B.*, 30 septembre 2008.

³⁶ Pour une analyse critique de ces quatre ordonnances, voy. dans le présent ouvrage, J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, «Politique de diversité dans l'entreprise: action positive ou communication positive? Le cas de la Région de Bruxelles-Capitale».

Encore faut-il remarquer que, par sa récente ordonnance du 19 mars 2009 modifiant l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement,³⁷ la Région bruxelloise crée, dans l'accès au logement social et moyen,³⁸ un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur l'ensemble des critères protégés, énumérés dans les trois lois fédérales du 10 mai 2007.³⁹

La mise en perspective du contenu des textes adoptés en Région de Bruxelles-Capitale avec le prescrit des cinq directives européennes d'égalité de traitement conduit à un double constat. Premièrement, ce n'est que dans le domaine du logement que la Région bruxelloise est en conformité avec les directives européennes concernées (2000/43/CE et 2004/113/CE). Mieux encore, elle étend la protection à des catégories de personnes que ne visaient pas les normes européennes en ce domaine: par exemple, un couple homosexuel est protégé contre toute inégalité de traitement dans l'accès au logement social, alors que les directives européennes ne prévoient en ce domaine qu'une interdiction de discrimination sur la base du sexe ou de la race/origine ethnique prétendue.

En revanche, en dehors de la sphère du logement, il faut relever plusieurs manquements dans l'opération bruxelloise de transposition. Ainsi, pour ce qui relève des compétences de la Région, la protection contre la discrimination, quel que soit le critère protégé sur lequel elle s'adosse, est garantie dans l'emploi et le logement mais n'est pas assurée dans le domaine de la protection sociale et des avantages sociaux, ni dans celui de l'offre de biens et services au public qui relève des compétences régionales⁴⁰ et plus spécifiquement au niveau des transports publics. En ce sens, la Région de Bruxelles-Capitale demeure en défaut d'une correcte transposition des directives 2000/43/CE et 2004/113/CE. Ainsi, par exemple, l'absence de protection juridique suffisante pour une personne d'origine étrangère qui se voit refuser l'accès à un autobus par un chauffeur de la STIB est contraire aux prescriptions européennes.

³⁷ *M.B.*, 7 avril 2009.

³⁸ Le logement visé est celui mis en location ou en vente par l'un des opérateurs que sont la Société du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale, les sociétés immobilières de service public, le Fonds du logement de la Région de Bruxelles-Capitale, les agences immobilières sociales, les sociétés de crédit social, la Société de Développement pour la Région de Bruxelles-Capitale, les communes, les C.P.A.S., les régies communales autonomes et la Régie foncière de la Région de Bruxelles-Capitale.

³⁹ L'interdiction de discrimination dans le logement social et moyen s'impose à toutes les personnes du secteur public qui s'occupent à quelque niveau que ce soit de l'accès au logement au sein des organismes précités. Plus concrètement, l'interdiction de discriminer s'applique, entre autres, mais pas exclusivement, aux conditions et aux critères relatifs à l'accès au logement; à la présentation, l'information ou la publicité relatives à cet accès et aux conditions d'obtention ou de délivrance de logement ainsi qu'aux modalités d'octroi.

⁴⁰ Excepté en matière de logement.

Pour ce qui relève des compétences de la COCOM, la protection contre la discrimination, quel que soit le critère protégé sur lequel elle repose, n'est pourvue dans aucun domaine. En ce qui concerne la COCOF, pareille protection n'est organisée ni dans le domaine de l'emploi pour la fonction publique, ni dans ceux des soins de santé ou de l'accès et la fourniture de biens et services tels que les transports scolaires... Encore, faut-il ajouter que les différents législateurs bruxellois n'ont, dans les domaines de compétence de la Région bruxelloise, de la COCOM et de la COCOF, pas élargi l'interdiction de discrimination au domaine de l'accès ou de la participation à une activité économique, sociale ou politique accessible au public. Dès lors, une inégalité de traitement dans l'accès aux élections régionales bruxelloises, par exemple, n'est pas couverte par le régime de protection renforcée.

Les multiples carences, ici épinglées dans la législation applicable à Bruxelles et à ceux qui y vivent, privent le justiciable d'une protection adaptée et placent la Belgique en défaut de transposition adéquate des cinq directives européennes d'égalité de traitement. Il faudra y remédier impérativement à bref délai.

II. Champ d'application matériel: précisions et chausse-trappes

Avant d'explorer les contours de certains domaines dans lesquels les nouvelles normes anti-discriminatoires du Centre et du Sud du pays s'appliquent (B.), il convient d'apporter une précision de taille quant au champ d'application du nouveau décret de la Communauté française (A.).

A. Respect de l'obligation de «standstill» par la Communauté française

C'est comme un mouvement d'accordéon: malgré le choix pour un champ d'application matériel plus large que celui des directives européennes à transposer, il faut relever que le décret du 12 décembre 2008 a un champ plus restreint que celui du 19 mai 2004 qui le précédait⁴¹. Ce dernier était en effet applicable dans l'ensemble des domaines de compétence de la Communauté française et sur la base d'une liste illimitée de critères protégés.

Selon nous toutefois, l'obligation de «standstill» n'est, en l'espèce, pas mise à mal. Pour rappel, ce principe interdit, dans certaines limites, de légiférer à rebours des droits fondamentaux déjà garantis en droit interne;⁴² dit autrement, il empêche de porter une atteinte significative au niveau de protection juridique

⁴¹ Décret de la Communauté française du 19 mai 2004 relatif à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement, *M.B.*, 7 juin 2004.

⁴² I. HACHEZ, *Le principe de «standstill» dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 693 p.

existant.⁴³ En réalité, seules les initiatives législatives se rattachant à une obligation internationale ou constitutionnelle (qu'elles transcrivent en droit interne ou qui sont confirmées par celle-ci) par laquelle l'État s'est engagé à protéger un droit défini se voient consolidées sans possibilité de reculs.⁴⁴ Si de telles mesures régressives sont néanmoins prises, elles devront être jugées contraires à la disposition internationale ou constitutionnelle concernée et pourront, sur cette base, être sanctionnées. La section de législation du Conseil d'État a ainsi affirmé que «dès l'entrée en vigueur des Pactes (PIDCP et PIDESC, *ndlr*), il ne sera plus possible à l'État belge de supprimer ou de restreindre ceux des droits reconnus par ces instruments et qui seraient déjà consacrés dans l'ordre juridique belge».⁴⁵ Le «standstill» est, en ce sens, «une obligation négative dotée d'une normativité autonome».⁴⁶

Dès lors qu'aucune norme internationale ou constitutionnelle n'a, au moment de l'adoption du décret du 19 mai 2004 et depuis l'adoption de celui-ci, consacré une protection contre la discrimination supérieure à celle qu'offrent les directives européennes, le principe de «standstill» ne peut valablement être convoqué pour sanctionner le rétrécissement du champ d'application matériel du décret du 12 décembre 2008 dans les strictes limites de ce que les directives imposent.

Parallèlement au principe de «standstill», les «clauses de non-régression» contenues dans les directives européennes elles-mêmes⁴⁷ ne permettent pas non plus, dans le cas présent, de critiquer la réduction de la protection précédemment accordée. L'objectif de ces clauses consiste à sauvegarder le niveau de protection qui pouvait, le cas échéant, exister dans certains États membres avant l'adoption des directives dans les domaines régis par celles-ci, dans l'hypothèse où cette protection nationale était plus large ou plus étendue que celle offerte par

⁴³ Le rabaissement du niveau de protection doit dès lors atteindre un seuil minimal pour être constitutif d'une violation du principe de «standstill». Voy. en ce sens, Cour const., n° 169/2002, 27 novembre 2002, B.6.6; I. HACHEZ, «L'effet de «standstill»: le pari des droits économiques, sociaux et culturels?», *A.P.T.* 2000, p. 53; S. WYCKAERT, «Het «standstill-effect» in de milieurechtspraak van de Raad van State», *A.J.T.*, 1999-00, p. 415, n° 9; E. BREMS, «De nieuwe grondrechten in de Belgische grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht», *T.B.P.* 1996, p. 632; G. MAES, «De afdwingbaarheid van sociale grondrechten», dans *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 50-55; G. MAES, «Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in artikel 23 Grondwet: progressieve (sociale) grondrechtenbescherming», *RW* 2005-06, pp. 1081-1094; J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 1997, n° 708.

⁴⁴ Cass., 14 janvier 2004, *C.D.S.*, 2004, p. 506.

⁴⁵ *Doc.parl.*, Chambre, 1977-78, nr. 188/1, p. 29.

⁴⁶ P. MARTENS, «Les communes et les droits économiques et sociaux», *Rev. Dr. Communal*, 1996, p. 207.

⁴⁷ Art. 8, § 2 de la directive 2000/78; art. 6, § 2 de la directive 2000/43; art. 7, § 2 de la directive 2004/113; art. 8sexies, § 2 de la directive 76/207/CE tel qu'introduit par la directive 2002/73.

la directive dans les mêmes sphères d'action⁴⁸ : les clauses de non-régression interdites dès lors aux États membres de prétexter de l'obligation de *mise en œuvre* de la directive pour réduire le niveau protectionnel déjà garanti. Dans son arrêt *Mangold*, la Cour de justice précise aussi que l'expression «*mise en œuvre*» utilisée ne peut être interprétée comme visant la seule transposition initiale de la directive, «*mais doit couvrir toute mesure nationale visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint, y compris celles qui, postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées*» (point 51). Il faut toutefois bien rappeler que cette clause ne peut être invoquée que relativement à la protection offerte dans les domaines d'application couverts par la directive: elle ne pourra être valablement mobilisée pour critiquer la réduction du champ d'application matériel et personnel d'une norme nationale, tant que celle-ci continue à s'appliquer *au minimum* aux domaines couverts par les directives à transposer, ce qui reste le cas du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008.⁴⁹

B. Les contours de certains domaines d'application des nouvelles normes anti-discriminatoires

La chose est sûre: l'exercice de transposition n'est pas dépourvu de chausse-trappes, même lorsque le champ d'intervention de l'entité fédérée concernée ne suscite pas d'emblée de questionnements sur le plan du droit belge de la répartition des compétences.

C'est ainsi que la Communauté française a découvert qu'elle devait, au titre de ses compétences en matière d'enseignement, transposer la directive «race» non seulement dans le domaine de l'éducation, mais aussi dans celui de la formation professionnelle comprise au sens européen du terme, qui diffère substantiellement de sa portée en droit interne.⁵⁰ En toute rigueur, ce même législateur devait

⁴⁸ CJCE, arrêt du 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04. Cet arrêt est le premier par lequel la Cour de Justice interprète la directive 2000/78/CE.

⁴⁹ On peut également déduire de l'arrêt *Mangold* que, même si un État membre adopte une mesure pouvant être interprétée comme constituant une régression dans le niveau de protection des travailleurs, une telle mesure ne pourra être considérée comme violant la «clause de non-régression» si l'État membre en question peut établir que la mesure adoptée répond en réalité à un «objectif légitime». Dans le même sens, voy. D. MARTIN, «L'arrêt *Mangold* - Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?», *J.T.T.*, n° 941, 7/2006, p. 109. Un «objectif légitime» pourrait consister dans le gain d'effectivité de la norme nouvelle, que signifieraient ses modifications: sur ce plan, il est indubitable que le décret du 12 décembre 2008 s'annonce plus prometteur que celui du 19 mai 2004.

⁵⁰ La section de législation du Conseil d'État, d'après l'avis qu'elle a rendu à propos du texte qui allait devenir la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale a

.../...

dès lors également transposer les directives «cadre» et «égalité entre hommes et femmes dans l'emploi» dans ce dernier domaine, à savoir chaque fois que l'accès à pareille «formation professionnelle» est destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice: sont ici visés, par exemple, l'enseignement technique ou universitaire. La Communauté française a bien compris l'enjeu de l'autonomie des concepts issus du droit européen, et s'est rigoureusement pliée à l'exercice.⁵¹

Pour le reste, les commentaires détaillés des articles des projets de décrets et d'ordonnances des entités fédérées définissent généralement avec précision les contours des domaines auxquels ils s'appliquent, que ce soient, par exemple, les relations d'emploi,⁵² la politique de santé,⁵³ les avantages sociaux⁵⁴ ou encore les biens et services.⁵⁵

.../...

pourtant cru d'abord que les termes européens «*formation professionnelle*» renvoyaient uniquement à l'article 4, 16°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (*Doc.parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 2057/1, et 2058/1, p. 34-35). Conséquence de cette première lecture: ce domaine se retrouverait, en raison du transfert de l'exercice de la compétence précitée à la Région wallonne et à la COCOF, hors du champ d'action de la Communauté française (voy. art. 138 de la Constitution et les décrets et ordonnances adoptés en exécution de cette disposition: pour la Communauté française, le décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française a été publié au *M.B.* le 10 septembre 1993). C'était là omettre le fait que le droit européen se caractérise par l'autonomie des concepts qu'il véhicule. La «*formation professionnelle*» ne peut, dans son sens européen, tel qu'éclairé par la jurisprudence de la Cour de justice (Voy. l'arrêt cité dans les travaux préparatoires du décret du 12 décembre 2008 (aff. 24/86), *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 15) être automatiquement confondue avec le domaine de la «*formation professionnelle*» au sens que peut revêtir ce dernier dans le droit constitutionnel belge de la répartition des compétences. Au regard de la portée qu'il faut conférer à la «*formation professionnelle*» au sens européen du terme, il appartient bien à la Communauté française de transposer les directives «race», «cadre» et «égalité entre hommes et femmes dans l'emploi» au titre de ses compétences en matière d'enseignement, dès que l'accès à celui-ci est destiné à préparer à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou à conférer l'aptitude particulière à leur exercice.

⁵¹ Voy. les art. 18-21 du décret du 12 décembre 2008.

⁵² Projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», Commentaire des articles, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 25; Projet de décret modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, Commentaire des articles, *Doc.*, P.W., sess. 2008-2009, n° 923/1, p. 4 et 5.

⁵³ Projet de décret de la Communauté française cité en note 52, pp. 25 et 34-35; Projet de décret wallon cité en note 52, p. 3.

⁵⁴ Projet de décret de la Communauté française cité en note 52, pp. 25-26; Projet de décret wallon cité en note 52, p. 5.

⁵⁵ Projet de décret de la Communauté française cité en note 52, pp. 26 et 37; Projet de décret wallon cité en note 52, pp. 3 et 5.

Quelques points méritent toutefois d'être mis en évidence.

En ce qui concerne le domaine de l'emploi, les décrets wallon et de la Communauté française sont, à la différence des ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale, très clairs quant à l'exclusion, de leur champ d'application, du personnel contractuel de la fonction publique régionale et communautaire *sensu lato* et en ce qui concerne la Communauté française, du personnel enseignant contractuel. Nous développerons ultérieurement les interrogations multiples que cela suscite.⁵⁶

Quant au concept de «fourniture des biens et services», il ne reçoit pas la même portée dans chaque instrument analysé. Les travaux préparatoires du décret wallon mentionnent, sans autre forme de précision, que pour cerner la notion de fourniture de biens et services, il y a lieu de se référer au préambule de la directive 2004/113/CE selon lequel «les biens doivent s'entendre au sens des dispositions du traité instituant la Communauté européenne relative à la libre circulation des biens. Les services doivent s'entendre au sens de l'article 50 dudit traité».⁵⁷ L'Agence Wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées s'est posé la question de savoir si le futur décret wallon visait uniquement les biens et services fournis contre prestation financière, ou également les non payants⁵⁸. Force est de constater qu'au regard de l'article 50 du Traité instituant la Communauté européenne, sont considérées comme services les prestations fournies normalement *contre rémunération*.⁵⁹ Les travaux préparatoires du décret wallon évoquent enfin, parmi la fourniture de biens et services, outre le

transport scolaire visé à l'article 4 de la loi du 29 mai 1959,⁶⁰ les compétences visées à l'article 4, 9°, 10°, 15° de la loi de réformes institutionnelles du 8 août 1980, soit l'éducation physique, les sports et la vie en plein air, les loisirs et le tourisme, ainsi que la promotion sociale.⁶¹

En contraste, il est intéressant de constater que, bien que le décret de la Communauté française fasse également référence aux dispositions du Traité instituant la Communauté européenne,⁶² ses travaux préparatoires mentionnent explicitement que les services non payants, d'intérêt général, sont également visés et couvrent notamment «les matières culturelles telles que les beaux-arts, les bibliothèques, les centres d'expression et de créativité, le patrimoine culturel, les musées, la musique, la danse, les arts de la scène, les centres culturels, les arts des lettres, le sport, l'éducation permanente et l'animation culturelle, la jeunesse, etc.».⁶³ Il faut encore rappeler que l'interdiction de la discrimination sexuelle en matière de contenu des médias et de la publicité est clairement écartée par la directive 2004/113/CE et que le décret du 12 décembre 2008 a endossé cette exclusion.⁶⁴

⁵⁶ Voy. *infra*, § 4, pt. IV.

⁵⁷ Projet de décret wallon cité en note 54, p. 5. Le préambule de la directive 2004/113/CE ajoute que la directive européenne ne s'applique pas aux transactions qui sont effectuées dans un contexte purement privé, telles que, par exemple, la mise en location d'une maison de vacances à un membre de la famille ou d'une chambre dans une maison privée. Il est précisé enfin que le concept de biens et services disponibles au public pourrait dès lors inclure l'accès aux locaux dans lesquels le public est autorisé à pénétrer; tous les types de logement, y compris les appartements meublés et les hébergements dans les hôtels; les services tels que les banques, les assurances et autres services financiers; les transports et les services liés à toute profession ou tout métier.

⁵⁸ Avis de l'Agence Wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées – Comité de gestion du 28 août 2008 – voy. Projet de décret modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, *Doc.*, P.W., sess. ord., 2008-2009, n° 923/1, p. 32.

⁵⁹ L'art. 50 précise que les services comprennent notamment:

a) des activités de caractère industriel; b) des activités de caractère commercial; c) des activités artisanales; d) les activités des professions libérales.

⁶⁰ À l'instar d'autres matières, le transport est un domaine qui relève tantôt de la compétence du fédéral, tantôt des régions. L'on se souviendra ainsi que le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme avait interpellé, le 19 avril 2009, la compagnie aérienne Ryanair quant à son projet d'introduire, sur ses vols, une «taxe sur l'indice de masse corporelle des clients». Le Centre rappela qu'une telle taxe contrevenait à la *loi fédérale anti-discrimination du 10 mai 2007* qui interdit les discriminations entre autres sur la base de l'état de santé, du handicap et de la caractéristique physique, sauf si la distinction établie repose sur une justification objective et raisonnable, ce qui n'est nullement le cas ici. Voy. www.diversite.be/index.php?action=artikel_detail&artikel=215. L'invocation de la législation fédérale anti-discrimination n'est correcte que si l'on accepte le rattachement de l'hypothèse ici visée à une matière relevant de la compétence fédérale et non des régions. En matière de transports, en effet, la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (art. 6, § 1^{er}, X, 7^o) attribue aux régions «l'équipement et l'exploitation des aéroports et des aérodromes publics, à l'exception de l'aéroport de Bruxelles-National», celui-ci relevant donc de l'autorité fédérale.

⁶¹ Projet de décret modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, Commentaire des articles, *Doc.*, P.W., sess. 2008-2009, n° 923/1, p. 3. Il s'agit, en effet, de compétences dont la Communauté française a transféré l'exercice à la Région wallonne (et à la COCOF) – voy. art. 3 du décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française.

⁶² Art. 3, 17^o et 18^o du décret du 12 décembre 2008.

⁶³ Projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», Commentaire des articles, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 37.

⁶⁴ Projet de décret de la Communauté française, *op. cit.*, p. 26.

III. Champ d'application personnel: du délicat choix des critères

Le débat relatif à la sélection normative des «critères protégés» est abordé à la lumière, notamment, des divers arrêts rendus par la Cour constitutionnelle à la suite des recours en annulation introduits à l'encontre du triptyque des lois fédérales du 10 mai 2007.

Nous l'avons déjà relevé incidemment: les décrets et ordonnances anti-discriminatoires du Centre et du Sud du pays ont, pour la quasi-totalité d'entre eux, aligné rigoureusement, dans un souci d'harmonisation, de sécurité juridique et de cohérence politique, la liste des critères protégés sur celle qu'établissent les trois lois du 10 mai 2007.⁶⁵ Le décret wallon a toutefois ajouté à ceux-ci le critère de transsexualisme⁶⁶, se distinguant du changement de sexe en ce qu'à la différence du second, le premier n'implique pas de mutation de l'état civil.⁶⁷ Seul le décret de la COCOF du 22 mars 2007, antérieur au triptyque de lois fédérales, a maintenu le principe – délicat à opérationnaliser – d'une liste ouverte de critères.^{68/69}

⁶⁵ Voy. art. 2 et 3, 1^o du décret du 12 décembre 2008; art. 3, 2^o du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 4, 2^o et 3^o de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 3, 6^o et 7^o de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise; art. 177 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement (tel que modifié par l'ordonnance du 19 mars 2009). On relèvera que ce dernier article ne mentionne pas explicitement les critères traditionnellement apparentés au sexe.

⁶⁶ Art. 3, 2^o du décret wallon du 6 novembre 2008. On s'étonnera toutefois que l'art. 4, 5^o du décret ne reprenne pas, parmi l'énumération des critères protégés, le critère du sexe et ceux qui lui sont apparentés.

⁶⁷ Projet de décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, Rapport, *Doc.*, P.W., sess. 2008-2009, n^o 842/3, p. 7.

⁶⁸ Il convient de rappeler que l'ex-décret du 19 mai 2004 en Communauté française contenait, à travers son article 2 § 1^{er}, une *liste ouverte* de critères protégés, à laquelle la Communauté française a ensuite renoncé lui substituant une énumération limitative dans son décret du 12 décembre 2008.

⁶⁹ Selon les exigences de transparence et de sécurité juridique du droit européen (voy. CJCE, 23 mars 1995, *Commission c./ Grèce*, C-365/93, *Rec.*, p. I-499, point 9; CJCE, 10 mai 2001, *Commission c./ Pays-Bas*, C-144/99, *Rec.*, p. I-3541, points 17 et 21), les «critères protégés» énumérés dans les directives européennes d'égalité de traitement doivent figurer explicitement dans les instruments nationaux de transposition. Cet impératif autorise toutefois les États et les entités fédérées à opter pour une liste ouverte de critères; mais dans ce cas, cette dernière doit *a minima* énumérer les motifs discriminatoires repris dans les directives.

La liste fédérale des critères protégés devra pourtant être revue, à la suite de l'arrêt cardinal rendu en la matière par la Cour constitutionnelle le 2 avril 2009⁷⁰.

Dans cet arrêt, la Cour a, préliminairement, confirmé la validité de l'édition d'une liste dite «fermée» de critères protégés,⁷¹ tout en ajoutant que le choix de ces critères devait reposer sur des critères objectifs⁷². Il faut rappeler que, dans son arrêt n^o 157/2004 du 6 octobre 2004, la Cour avait déjà jugé de la sorte. Fort de cet enseignement, le législateur fédéral, en rédigeant les lois du 10 mai 2007, avait estimé que la liste se devait dorénavant d'inclure les «critères importants», soit ceux faisant l'objet d'une mention expresse dans un instrument de protection des droits de l'homme; elle s'indexa dès lors directement, à quelques nuances près, sur celle figurant dans l'article 21.1. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce que cette dernière constituerait «*l'expression la plus récente d'un consensus éthique européen dans la lutte contre la discrimination*».⁷³

Prenant le législateur fédéral au sérieux, la Cour constitutionnelle a annulé le 2 avril 2009 les articles 3 et 4, 4^o de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, et ce uniquement en ce qu'ils ne visent pas, parmi les «critères protégés», la conviction syndicale, consacrée pourtant expressément comme telle par plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme.⁷⁴ La Cour a jugé qu'en légiférant ainsi, le législateur «*avait traité différemment, sans justification raisonnable, les victimes de discrimination sur la base de ce motif et celles sur la base d'un des motifs énumérés à l'article 4, 4^o de la loi attaquée*», les premières ne bénéficiant pas des nombreux

⁷⁰ C.C., arrêt n^o 64/2009 du 2 avril 2009.

⁷¹ Le législateur fédéral a déjà pu préciser en quoi une liste ouverte – préconisée pour les relations verticales – était peu praticable dans les rapports horizontaux: déficit de sécurité juridique, ingérence excessive dans la vie économique au mépris de toute liberté contractuelle et pouvant perturber gravement la vie économique, risque d'inflation de revendications en justice (en ce compris les plus farfelues) entraînant une judiciarisation excessive des rapports sociaux etc. Voy. *Doc.parl.*, Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2722/001, pp. 14-16.

⁷² Arrêt n^o 64/2009 du 2 avril 2009, B.7.5. Dans le même sens, voy. C.C., arrêt n^o 17/2009 du 12 février 2009, B.14.5 C.C., arrêt n^o 41/2009 du 11 mars 2009, B.9.

⁷³ Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, *Exposé des motifs*, *Doc.parl. Ch. repr.*, Doc. 51 2722/001, p. 17.

⁷⁴ Arrêt n^o 64/2009 du 2 avril 2009, B.8.1. - B.8.9. Cette question avait été débattue en détail lors des travaux préparatoires. Le gouvernement n'avait pas estimé nécessaire d'introduire le critère de l'affiliation ou conviction syndicale dans la loi, dès lors qu'il serait inclus dans «les convictions religieuses, philosophiques et politiques» mais aussi que d'autres dispositions légales permettaient à suffisance, selon lui, de protéger l'individu contre des discriminations sur la base de ce critère. Voy. *Doc.parl.*, Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/009, pp. 47-49.

dispositifs prévus par la loi du 10 mai 2007 pour en garantir l'effectivité⁷⁵. Par la technique «originale» adoptée par la Cour (qui se confère par là même un pouvoir quasi législatif en comblant la lacune de la loi) et en attendant d'une intervention législative, les juges, saisis d'une demande *civile* relative à une discrimination fondée sur la conviction syndicale, appliqueront les dispositions fédérales partiellement annulées. En revanche, le principe de légalité en matière pénale, selon lequel nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, interdit qu'en l'absence de modification législative, les juridictions pénales comblent la lacune en matière de conviction syndicale sanctionnée par la Cour constitutionnelle.⁷⁶ Le législateur fédéral s'est dès lors d'emblée attelé à réaliser la correction législative.⁷⁷

Il appartiendra aux différents législateurs des entités fédérées de tirer l'enseignement de cet arrêt en ajoutant, dans leur liste de critères, la «conviction syndicale». La Région bruxelloise y est d'ailleurs naturellement conduite par la Cour constitutionnelle.⁷⁸

⁷⁵ La convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008 (conclue au sein du Conseil national du Travail et rendue obligatoire par l'arrêté royal du 11 janvier 2009, *M.B.*, 4 février 2009) concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, modifiant la convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleur, disposition la plus récente en Belgique en matière de non discrimination sur la base de l'affiliation à une organisation syndicale, n'introduit nullement de dispositifs équivalents à ceux issus des directives anti-discrimination (protection particulière de la personne déposant plainte et des témoins, aménagement de la charge de la preuve, dommages et intérêts forfaitaires, action en cessation etc.).

⁷⁶ Pour des développements approfondis quant à l'impact des arrêts de la Cour constitutionnelle sur la problématique des «critères protégés», voy. dans le présent ouvrage, D. DE PRINS, «Het grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten».

⁷⁷ Voy. Proposition de loi complétant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations, *Doc.Parl.*, Sénat, sess. ord., 2008-2009, n° 4-1404/1. Son art. 2 prévoit que «dans l'article 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, les mots «la conviction syndicale» sont insérés entre les mots «la conviction politique» et les mots «la langue»». L'auteur de la proposition législative précise que «la conviction syndicale» recevra la portée qui lui a été conférée par la Cour constitutionnelle selon laquelle «l'affiliation ou l'appartenance à une organisation syndicale et l'activité menée dans le cadre d'une telle organisation doivent être considérées comme des manifestations de l'opinion syndicale de la personne concernée. La victime d'une discrimination sur la base de son affiliation, de son appartenance ou de son activité syndicales est dès lors également victime d'une discrimination sur la base de ses convictions en matière syndicale, de sorte que les trois motifs de discrimination cités sont compris dans celui de la conviction syndicale».

⁷⁸ Voy. C.C., arrêt n° 122/2009 du 16 juillet 2009, rendu à la suite d'un recours en annulation totale ou partielle des articles 4, 2°, 3°, 4°, 6° et 7°, 10, 11, § 1^{er}, 12, § 1^{er}, 20, § 1^{er}, et 21 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, introduits notamment par la «Landelijke Bediendencentrale - Nationaal Verbond voor Kaderpersoneel» et par la «Centrale nationale des employés». Il annule l'art. 4, 2° et 3°, de l'ordonnance litigieuse, .../...

La Communauté française, dans une version liminaire de son avant-projet de décret, avait été avant-gardiste sur ce point,⁷⁹ pour finalement renoncer à introduire l'«affiliation syndicale» par strict souci d'harmonisation avec l'échelon fédéral.⁸⁰ Cette hésitation témoigne d'un questionnement plus large au sein de la Communauté française, également tentée d'introduire les «antécédents judiciaires» dans la liste de critères protégés sans toutefois aller jusqu'à concrétiser cet objectif.^{81/82}

.../...

«mais uniquement en ce qu'il ne vise pas la conviction syndicale parmi les motifs de discrimination énumérés dans cette disposition». Dans le même sens, voy. C.C., arrêt n° 123/2009 du 16 juillet 2009, en ce qu'il annule l'art. 16, § 3, du décret flamand du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement, «mais uniquement en ce qu'il ne vise pas la conviction syndicale parmi les motifs de discrimination énumérés dans cette disposition».

⁷⁹ La justification à la base de cet ajout résidait, selon la Communauté française, dans l'importance acquise par ce critère dans le droit international (en référant notamment aux conventions n° 87, 98 et 135 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Sorensen et Rasmussen c. Danemark* du 11 janvier 2006 (Gr.Ch.), § 58). Il fallait remarquer dès lors la présence explicite de l'affiliation syndicale parmi les critères protégés, entre autres, dans les législations anti-discrimination française et néerlandaise.

⁸⁰ Voy. Rapport de Commission du projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/2, p. 3. L'art. 37 § 2 du décret du 12 décembre 2008 contient d'ailleurs une scorie oubliée, en référant à cet unique endroit à l'affiliation syndicale.

⁸¹ Dotée d'une compétence en matière d'aide sociale aux détenus définie comme le soutien accordé à ceux-ci dans leur participation à la vie sociale et économique notamment, il aurait été parfaitement cohérent que la Communauté française veuille à lutter contre les discriminations dont sont victimes les détenus – en surveillance électronique ou en détention limitée – dans l'accès au marché du travail ou du logement. Sur l'aide sociale aux détenus, voy. décret de la Communauté française du 19 juillet 2001 relatif à l'aide sociale aux détenus en vue de leur réinsertion sociale, ultérieurement modifié par le décret du 28 avril 2004; V. VAN DER PLANCKE et G. VAN LIMBERGHE, *La sécurité sociale des (ex) détenus et de leurs proches*, Bruxelles, La Charte, coll. *Droit en mouvement*, 2008, pp. 408-409.

⁸² La Coordination pour l'égalité des chances commune au Ministère de la Communauté française et aux organismes d'intérêt public remit toutefois un avis réticent à ce sujet en mars 2008, estimant que la mise en place d'une protection contre les discriminations sur la base des antécédents judiciaires nécessitait une mise en oeuvre plus spécifique, notamment dans le secteur de l'Enseignement ou de la Protection de la jeunesse (Rapport de Commission du projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/2, p. 3). Prohiber les discriminations sur la base des antécédents judiciaires n'aurait pourtant pas conduit à interdire catégoriquement toute référence au passé judiciaire du candidat à l'emploi par exemple, mais plutôt de veiller, conformément à la logique qui gouverne les normes anti-discriminatoires, à ce que la volonté dans le chef du recruteur de connaître les «antécédents judiciaires» d'un candidat soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Ainsi, l'introduction des antécédents judiciaires dans le décret anti-discrimination de la Communauté française n'aurait pas fait obstacle à l'examen de la question de savoir si un instituteur a été récemment condamné pour infractions de pédophilie et *ipso facto* au refus d'embauche en cas de réponse affirmative.

On peut regretter ce choix final de la frilosité. En effet, la Cour constitutionnelle a jugé, à maintes reprises, qu'il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de lutter expressément avec une intensité accrue contre les discriminations fondées sur des motifs qu'il considère comme *les plus abjects*.⁸³ Ainsi, précise la Cour, lorsque le législateur, pour se conformer aux exigences de directives européennes, organise une procédure spécifique qui déroge aux règles ordinaires du droit judiciaire, il peut réserver cette procédure dérogatoire aux discriminations visées par les directives précitées et y ajouter celles contre lesquelles il estime devoir organiser la même protection.

Bien que ne faisant pas l'objet d'une mention expresse dans un instrument de protection des droits de l'homme⁸⁴ – repère retenu par le législateur fédéral – le critère des «antécédents judiciaires» n'en demeure pas moins un «critère important», repris dans certaines législations anti-discriminatoires étrangères.⁸⁵ En Belgique, le décret «anti-discriminatoire» du Conseil flamand du 8 mai 2002 promet, pour sa part, la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi de «groupes à potentiels»⁸⁶ qui inclut depuis 2006 la «catégorie» des ex-détenus.^{87/88}

⁸³ Voy. arrêt n° 17/2009, B.14.5; arrêt n° 41/2009, B.9; arrêt n° 64/2009, B.7.5.

⁸⁴ Les détenus sont toutefois fréquemment présentés comme un groupe vulnérable. Voy. General Comment No. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, par. 2), E/C.12/GC/20, 10 juin 2009, § n° 27.

⁸⁵ Voy. notamment: art. 18 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne énumérant, parmi les motifs discriminatoires, les antécédents judiciaires; art. 5 du Code des droits de la personne (Ontario), L.R.O.1990, ch. H.19; par. 3(1) de la loi sur les droits de la personne (Territoires du Nord-Ouest), L.T.N.-O. 2002, ch. 18), art. 2 de la loi canadienne sur les droits de la personne. Voy. également trois arrêts instructifs de la Cour suprême canadienne: *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 145; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S., p. 228; *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48.

⁸⁶ Voy. art. 5, § 1^{er}, 1° et art. 2, 1° du décret du Conseil flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi. Les groupes à potentiel sont des catégories de personnes dont le taux d'activité est inférieur au taux d'activité de l'ensemble de la population active flamande. Conformément à l'art. 2, 1° du décret du Conseil flamand du 8 mai 2002, le gouvernement flamand prend un arrêté afin d'identifier ces groupes. Une subvention est accordée par la Région flamande pour soutenir des plans de diversité, c'est-à-dire un ensemble de mesures et d'actions dans le cadre de la gestion du personnel et de l'organisation d'une entreprise ou d'une organisation, destinées à stimuler l'entrée, la transition, le maintien ou la formation de groupes à potentiel par une approche planifiée et intégrée.

⁸⁷ Voy. notamment art. 1, 11° de l'A.G.fl. du 19 juillet 2007 fixant les critères, les conditions et les modalités de l'octroi de subventions à l'appui et en exécution de la politique de participation proportionnelle au marché de l'emploi et de diversité, M.B., 9 août 2007.

⁸⁸ Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a également exprimé sa préoccupation à l'égard du traitement subi par les personnes de par leur passé judiciaire. Voy. *Discrimination /Diversité. Rapport annuel 2008*, Bruxelles, juillet 2009, pp. 17 et 24.

À l'épicentre de toute création catégorielle dans le domaine de la lutte contre les discriminations, siègent la reconnaissance et la mise en évidence, pour les individus qui la constituent, du partage d'une caractéristique qui conduit traditionnellement à la discrimination. La catégorie est, en ce sens, une construction juridique, une oeuvre artificielle, institutionnalisée par les différents législateurs, reflétant une représentation partielle de la réalité sociale.⁸⁹ Cette classification a une visée opératoire: en mettant l'accent sur certaines inégalités fondées sur des critères dits protégés, l'objectif est de les combattre prioritairement, au moyen de dispositifs procéduraux et sanctionnels adaptés.

Dans cette perspective, accoler aux côtés des autres critères protégés celui d'«antécédents judiciaires» aurait été opportun, tant il est avéré que *«les conséquences négatives d'un casier judiciaire sur l'emploi sont extraordinairement stables à travers le temps et l'espace»*.⁹⁰ Les ex-détenus, groupe vulnérable et massivement discriminé sur le marché du travail notamment, sont dès lors souvent contraints d'accomplir un travail non déclaré. Ils ne sont certes pas dépourvus de toute protection juridique à l'heure actuelle. En effet, la théorie civiliste de l'abus de droit peut servir de fondement à la sanction de comportements qui, dans les rapports horizontaux entre particuliers, sont constitutifs de discriminations prohibées par une norme internationale comportant une liste ouverte de critères de discrimination.⁹¹ Dans cette hypothèse toutefois, les mécanismes procéduraux et sanctionnels issus des directives européennes ne seront pas d'application, ce qui peut sembler peu justifié au regard de ce qui vient d'être exposé.

⁸⁹ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 10.

⁹⁰ T. HATTEM, A. NORMANDEAU et C. PARENT, «Les conséquences d'une condamnation pénale dans le domaine du travail», *Déviante et Société*, Vol.6, n° 3, 1982, p. 311.

⁹¹ La Cour constitutionnelle rappelle traditionnellement que *«le fait qu'un motif de discrimination ne figure pas dans la liste a certes pour effet que la protection spécifique offerte par la loi attaquée ne s'applique pas, mais ne signifie pas que les victimes d'une discrimination fondée sur un tel motif soient privées de toute protection juridique. En effet, tout traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut être donnée constitue une discrimination et, dès lors, un comportement fautif qui peut donner lieu à une sanction civile, notamment à une indemnisation. En outre, le juge peut annuler une clause contractuelle discriminatoire sur la base des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil au motif qu'elle est contraire à l'ordre public»*. Voy. arrêt n° 17/2009, B.14.7; arrêt n° 41/2009, B.11; arrêt n° 64/2009, B.7.7; arrêt n° 123/2009, B.3.2.

§ 3. DE QUELQUES QUESTIONS DE FORME ET DE FOND

I. Pluralité de normes ou politique du décret unique?

La Communauté française comme la Région wallonne ont chacune opté pour un décret unique créant, dans les matières de leur ressort, un *cadre général* pour lutter contre certaines formes de discrimination. La Région Bruxelles-capitale a adopté une pluralité de normes, non pas en fonction du critère protégé, mais bien du domaine matériel concerné, dès lors que les sphères de l'emploi et du logement sont régies par des ordonnances distinctes. Ce choix méthodologique et légistique s'écarte de celui adopté par le législateur fédéral qui a rédigé trois lois distinctes en fonction du critère discriminatoire contre lequel il convient de lutter: le sexe et les critères apparentés, la race prétendue et les critères apparentés, les autres critères protégés.

Dans les décrets communautaire et régionaux, la race prétendue comme le sexe sont dès lors cités parmi les autres critères. Il ne faut, certes, pas négliger l'opinion répandue selon laquelle il existe de solides raisons de principe pour ne pas dissoudre l'égalité raciale et sexuelle dans un ensemble «anti-discriminations», tant sur le plan législatif que pour ce qui concerne les organes de promotion de l'égalité de traitement. À l'instar de l'Agence Wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées, on peut toutefois répliquer que la coexistence de trois textes à l'échelon fédéral pourrait nourrir l'impression, certes erronée, que les critères de handicap, d'orientation sexuelle ou d'autres encore, seraient mineurs par rapport à ceux de la race et du sexe.⁹²

Privilégier un texte normatif unique permet ainsi de ne pas alimenter les tentatives de hiérarchisation des critères protégés. Mais ce choix se justifie au regard d'autres arguments encore. L'unification de la législation en améliore l'accès, notamment pour les victimes de discrimination.⁹³ Un décret unique facilite également la production d'une jurisprudence transversale, porteuse d'enseignements communs applicables à toutes les formes de discrimination. Il permet aussi de servir de base légale *unique* face aux discriminations «multiples», par quoi l'on vise la situation où des personnes subissent une discrimination en raison de plusieurs caractéristiques qui leur sont propres (combinaison sexe/race

prétendue, sexe/religion, sexe/handicap, race prétendue/handicap etc.). Enfin, si, à l'échelon fédéral, une législation relative à l'égalité entre les hommes et les femmes et une législation «antiracisme» (la loi dite «Moureaux») existaient déjà avant l'adoption des lois du 10 mai 2007 et qu'il s'est avéré nécessaire de préserver leur existence vu leur réputation auprès des citoyens, on ne recense pas de décrets spécifiques équivalents en Communauté française et en Région wallonne.

La structure du décret anti-discriminatoire de la Région wallonne s'apparente très largement à celle adoptée dans les trois lois du 10 mai 2007. La Communauté française a, en revanche, préféré s'en distancer pour offrir la meilleure lisibilité possible à son décret, au regard de son vaste champ d'application matériel et personnel.

Ainsi, l'auteur du décret du 12 décembre 2008 a jugé opportun de concevoir un décret unique «à tiroirs»⁹⁴ multiples, lequel, tout en prévoyant à lui seul l'interdiction générale de discrimination, réserve le cas échéant un traitement spécifique, non pas prioritairement en fonction de chaque «critère protégé», mais bien selon les domaines concernés.⁹⁵ En effet, les domaines des relations d'emploi, de l'enseignement ou encore de l'accès à et de la fourniture des biens et services nécessitent chacun, dans une certaine mesure, un sort particulier, notamment en ce qui concerne le régime de justifications acceptables à une distinction de traitement.⁹⁶

Cette classification par «domaine matériel» est une méthode prise en considération dans la directive «refonte» 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil. Or, selon la Commission européenne, la «refonte» désigne le fait d'à la fois codifier et enrichir la législation existante; l'objectif de pareil procédé revient à simplifier, moderniser et améliorer le droit communautaire, garantir un

⁹⁴ L'expression est utilisée par Caroline SAGESSER. Voy. «La loi anti-discrimination», *C.H. - CRISP*, 2005, n° 1887-1888, p. 54.

⁹⁵ Ils constituent autant de chapitres distincts dans le titre II du décret.

⁹⁶ Rappelons qu'interrogé comme expert lors des travaux préparatoires des lois fédérales anti-discrimination, le Professeur M. DE VOS avait, dans le même sens, remis en cause le bien-fondé du maintien d'une loi distincte en ce qui concerne la discrimination homme/femme, tout en proposant d'opter plutôt pour une alternative qui consisterait en une loi générale sur les relations de travail. Voy. Rapport du 19 mars 2007 fait au nom de la Commission de la Justice par Mr. E. LEBERT relatif au projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, au projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, au projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et au projet de loi modifiant le Code judiciaire à l'occasion de la loi du ... tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, de la loi du ... tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du ... modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *Ch. Repr.*, sess. ord., 2006-2007, Doc. 51 2720/009, p. 146.

⁹² Avis de l'Agence wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées – Comité de gestion du 28 août 2008 – voy. projet de décret modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, *Doc.*, P.W., sess. 2008-2009, n° 923/1, p. 32.

⁹³ En ce sens, voy. Avis de l'Agence Wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées – Comité de gestion du 28 août 2008, *op cit.*

haut degré de sécurité juridique, rendre la législation accessible aux citoyens, et offrir une meilleure lisibilité à ce qui existe déjà.⁹⁷

II. Quelques concepts et mécanismes de lutte contre la discrimination

On saluera le souci des entités fédérées du Centre et du Sud d'harmoniser étroitement les définitions et les dispositifs de lutte contre les discriminations avec celles et ceux adoptés par le législateur fédéral. Ceux-ci bénéficiant déjà de commentaires substantiels⁹⁸ directement utiles pour l'interprétation des textes des communautés et régions, seules quelques observations seront ici formulées.

A. Le concert de concepts anti-discriminatoires

C'est ainsi que le décret du 12 décembre 2008, celui du 6 novembre 2008, et les ordonnances utiles du 4 septembre 2008 proposent une sémantique similaire – calquée fidèlement sur le fédéral – quant aux termes de discrimination directe et indirecte, de harcèlement (sexuel), d'injonction de discriminer et d'aménagement raisonnable:⁹⁹ le refus de ce dernier comme la consommation des trois premiers sont tous constitutifs de pratiques discriminatoires interdites et ce dans l'ensemble des domaines couverts par les normes précitées.¹⁰⁰

⁹⁷ Voy. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social, et au Comité des Régions «Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire», du 24 janvier 2003 (COM(2003)71.final).

⁹⁸ C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, Die Keure et Bruxelles, La Charte, 2008, 849 p.; P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, CUP, Liège, Anthémis, 2009, 254 p.

⁹⁹ Voy. art. 3, 5° à 9° du décret du 12 décembre 2008; art. 3, 7°, 9° à 11° et 13° du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 4, 2° à 6°, 8° de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 3, 6° à 10°, 12° de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise; art. 177, 3°, 5°, 6°, 8°, 10° de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement (tel que modifié par l'ordonnance du 19 mars 2009). Cette dernière ne définit toutefois pas explicitement le harcèlement sexuel.

¹⁰⁰ Voy. art. 5 du décret du 12 décembre 2008; art. 15 et 13 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 8 et 11 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise; art. 7 et 9 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 178 et 181 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement (tel que modifié par l'ordonnance du 19 mars 2009). Les quelques variations, parmi ces normes, dans la formulation du rapport entre pratique discriminatoire (indirecte) et refus d'aménagement raisonnable ne devraient entraîner aucune conséquence concrète.

Cette extension du filet légal ne sera pas sans soulever certaines difficultés pratiques. Dans les limites de la présente contribution, nous en relèverons brièvement deux. L'une relative à l'interdiction du harcèlement, l'autre à la mise sur pied d'aménagements raisonnables au bénéfice des personnes handicapées.¹⁰¹

Premièrement, il faut constater que si le dispositif fédéral de lutte contre le harcèlement au travail comporte un volet préventif et «conciliatoire» substantiel, jugé nécessaire pour éviter une judiciarisation excessive voire abusive des relations professionnelles,¹⁰² aucun mécanisme équivalent n'est organisé dans les autres domaines au sein desquels le harcèlement peut subvenir. La problématique est pourtant sensible tant on connaît les débordements potentiels auxquels peut conduire la lutte contre le harcèlement: de par la sensibilité individuelle exacerbée de la personne vers qui le comportement litigieux est dirigé ou, encore, le risque de manipulation, par cette dernière, de ses propres émotions en vue d'obtenir la condamnation du prétendu agresseur. Ainsi, l'interdiction du harcèlement à l'égard des bénéficiaires de l'enseignement, par exemple, devrait être accompagnée de mesures préventives, comportant un volet préalable obligatoire de tentative de conciliation, pour éviter un éventuel recours systématique aux tribunaux par les élèves à l'encontre de leurs enseignants: un tel dispositif annulerait la relative asymétrie actuelle entre, d'une part, la protection garantie au professeur contre son élève, d'autre part, celle offerte à l'élève contre son professeur. Les services de conciliation, prévus dans le décret du 12 décembre 2008, devraient jouer ici utilement leur rôle.¹⁰³

En ce qui concerne les aménagements raisonnables, si la directive 2000/78/CE n'impose de prévoir des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées que dans le domaine de l'emploi, la Communauté française et la Région wallonne ont exporté, à l'instar du fédéral, cette obligation dans toutes les autres sphères d'intervention de leurs décrets respectifs.^{104/105} L'élargisse-

¹⁰¹ Pour les questions que soulèvent ces deux problématiques en termes de répartition des compétences, voy. *infra* § 4, II et III.

¹⁰² L'article 32*decies* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs (législation modifiée par les lois du 10 janvier et du 6 février 2007) prévoit que le juge saisi par un travailleur peut ordonner à celui-ci d'appliquer d'abord la procédure interne à l'entreprise (en déposant une plainte motivée en mains du conseiller en prévention de l'entreprise), pendant laquelle la procédure judiciaire sera suspendue.

¹⁰³ Voy. art. 60 du décret du 12 décembre 2008. Ce service de conciliation accomplit des missions de médiation entre les parties, à savoir un service d'écoute, de conseil et d'assistance administrative aux victimes de discriminations commises en violation du décret. La Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale prévoient également des services de conciliation. Voy. art. 16 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 26 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

¹⁰⁴ Elles n'ont en revanche pas franchi le pas de garantir le droit aux aménagements raisonnables sur la base d'autres motifs que le handicap, comme c'est notamment le cas aux États

.../...

ment est tel qu'il faudra notamment se résoudre à une réflexion relative aux moyens budgétaires.

Certes, conformément aux termes de l'article 5 de la directive 2000/78/CE, l'aménagement sera jugé «raisonnable» s'il n'entraîne pas une charge financière et organisationnelle disproportionnée pour son débiteur, ou que les coûts qui en découlent sont suffisamment compensés par des mesures subsidiantes existantes.¹⁰⁶ Cependant, si cette opération de subtile appréciation a fait l'objet de nombreux développements dans le domaine de l'emploi,¹⁰⁷ la question demeure en revanche largement indéterminée dans le secteur des services et notamment des services publics, tels que l'enseignement, les transports ou les soins de santé qui sont autant de matières relevant de la compétence des entités fédérées. Selon certains auteurs, pour évaluer le caractère excessif ou non d'une demande d'aménagement dans ce contexte, il convient notamment d'avoir égard aux finalités de l'institution publique concernée – mission éducative de l'école par exemple – et à la nature «captive» ou vulnérable de ses usagers (élève, personne malade, détenu). Ce dernier élément justifierait une obligation d'accommodement plus étendue que dans d'autres milieux.¹⁰⁸

.../...

Unis et au Canada. Voy. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *Rev. trim. D.H.*, 2009, p. 320; K. HENRARD, «De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *op cit.*, p. 280.

¹⁰⁵ Ce choix permet aux deux entités fédérées d'anticiper leurs obligations internationales qui découleraient de l'adoption de la *Proposition de Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle* (*op cit.*, note n° 25), mais également, dans une certaine mesure, de se mettre en conformité avec la Convention des Nations Unies pour les droits de l'homme des personnes handicapées, ratifiée par la Belgique le 2 juillet 2009. Cette dernière garantit notamment l'accessibilité, la liberté de mouvement, le droit – sans discrimination – à la santé, à l'éducation, à l'emploi, l'adaptation et la réadaptation, la participation à la vie politique, le droit à une participation digne à la vie culturelle. Dans son art. 5.3, la Convention stipule qu'«afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés». En ce qui concerne l'éducation par exemple, outre l'accessibilité physique des bâtiments et langagière de l'enseignement prodigué, la Convention impose, de façon générale, qu'il soit procédé à des aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun et que les personnes handicapées bénéficient, au sein du système d'enseignement général, de l'accompagnement nécessaire pour faciliter leur éducation effective. Elle ajoute que des mesures d'accompagnement individualisé efficaces doivent être prises dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la socialisation, conformément à l'objectif de pleine intégration (en application des articles 9.2 et 24.2 de cette Convention).

¹⁰⁶ Pour quelques développements à ce sujet, voy. notamment Projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», Commentaire des articles, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 20 à 24. Voy. aussi utilement: Protocole sur la notion d'aménagements raisonnables, conclu lors de la conférence inter-

.../...

En Région wallonne, l'Institution des Finances a attiré l'attention du Parlement et du Gouvernement sur l'impact financier conséquent que pourrait avoir, à terme, l'aménagement raisonnable des transports en commun ou des logements sociaux. Sous le joug de la Région wallonne, il est vraisemblable que les TEC, par exemple, prévoient d'emblée des bus adaptés pour une meilleure utilisation par les personnes à mobilité réduite.¹⁰⁹

.../...

ministérielle du 11 octobre 2006, entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-capitale, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française en faveur des personnes en situation de handicap. Le protocole tend à fixer entre l'État fédéral, les Communautés et Régions des critères qui leur serviraient de guide pour l'interprétation du concept d'aménagements raisonnables

¹⁰⁷ Voy. notamment les «Considérant» 20 et 21 du Préambule de la directive 2000/78/CE précitée. Pour une application en Belgique, voy. Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, *Clés pour les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées au travail*, mars 2005, p.17. La Brochure est disponible à l'adresse suivante: <http://www.meta.fgov.be/> (45 p.)

¹⁰⁸ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, *op cit.*, p. 343. Il est intéressant de relever ici que, se fondant sur le Décret de la Communauté flamande du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement, le Tribunal de première instance de Gand a condamné, le 28 juillet 2009, la Communauté flamande pour avoir refusé des aménagements raisonnables pour personnes handicapées (www.diversite.be/index.php?action=article--detail&artikel=279). En mars 2009, des parents d'élèves avaient introduit auprès des tribunaux de Gand et Louvain une requête à l'encontre du ministre flamand de l'Enseignement et de différentes écoles flamandes, en vue de garantir à leurs enfants, souffrant de surdité, le droit à un enseignement accessible, par l'offre suffisante de traduction en langage gestuel néerlandais. En se basant sur une étude scientifique pour déterminer le nombre d'heures nécessaire pour permettre aux élèves une participation active dans l'enseignement, le juge a estimé que la Communauté flamande devait reconnaître aux élèves concernés un paquet d'heures d'interprétation équivalent à minimum 70 % de leur heures de cours, sous peine d'astreinte de 250 euros par jour. La Communauté flamande a également été condamnée à dédommager les élèves à hauteur de 650 euros chacun. Si la mise à disposition d'un interprète à 70 %, même pour un seul élève, n'a pas été jugée disproportionnée au regard des moyens de la Communauté flamande, il faudra analyser si le même raisonnement pourrait être tenu pour une école dans l'enseignement libre ou officiel en Communauté française, par exemple.

¹⁰⁹ Rapport présenté au nom de la Commission de l'Action sociale et de la Santé sur le projet de décret modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, *Doc.*, P.R.W., sess. 2008-2009, n° 923/2, p. 3; compte-rendu intégral de la Commission de l'Action sociale et de la Santé, lundi 2 mars 2009, C.R.I.C. n° 73 (2008-2009), P.W. La Région wallonne prévoit, à l'art. 13 al. 2 de son décret du 6 novembre 2008, que le Gouvernement est habilité à définir la notion d'aménagement raisonnable et à préciser les modalités d'application du principe. Notons que le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a diffusé, le 3 décembre 2009, une série de 10 carnets pratiques, sur les aménagements raisonnables pouvant être réalisés pour les personnes avec un handicap ou à mobilité réduite dans 10 secteurs de la vie quotidienne dont la culture, les services publics,

.../...

Reste à évoquer ici la notion d'action positive. La Communauté française s'écarte, et la nuance n'est pas anodine, de la définition adoptée uniformément par les législateurs fédéral, régional wallon et bruxellois.¹¹⁰ En réalité, en stipulant qu'il s'agit de mesures spécifiques destinées uniquement à *compenser* – et non à *prévenir* – les désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique, le décret du 12 décembre 2008 est parfaitement cohérent avec les balises fixées par la Cour constitutionnelle en la matière et intégrées dans l'ensemble des normes anti-discriminatoires.¹¹¹ À l'instar du fédéral et pour les mêmes raisons, seuls les gouvernements respectifs des entités fédérées du Centre et du Sud du pays peuvent autoriser, voire imposer, la mise sur pied, par les acteurs publics ou privés, d'actions positives, et ce dans tous les domaines couverts par les normes anti-discriminatoires concernées.¹¹² L'accès à la fonction publique régionale ou communautaire, au logement social, le bénéfice des soins de santé ou encore l'inscription dans les établissements scolaires.¹¹³

.../...
la santé et le logement (www.diversite.be/index.php?action=publicatie-detail&id=113). À cette même date, le Centre a officialisé sa collaboration, par la signature d'un protocole, avec le Conseil Supérieur National des Personnes Handicapées (CSNPH) pour coordonner leur action en matière de lutte contre les discriminations liées au handicap (www.diversite.be/index.php?action=artikel-detail&artikel=319).

¹¹⁰ Voy. art. 3, 10° du décret du 12 décembre 2008. Comparez avec l'art. 3, 12° du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 4, 7° de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 3, 11° de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise; art. 177, 7° de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement (tel que modifiée par l'ordonnance du 19 mars 2009).

¹¹¹ Voy. C.C., arrêts n° 9/94 du 27 janvier 1994 et n° 42/97 du 14 juillet 1997. Pour quelques enseignements complémentaires de la Cour de Justice des Communautés européennes au sujet des contours de l'action positive, voy. notamment Projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», Commentaire des articles, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 24 et 28-29.

¹¹² En effet, on considère généralement qu'à l'inverse des acteurs privés qui n'en ont qu'une vision microscopique, seule l'autorité publique peut offrir une vision panoramique de disparités dans la répartition ethnique, sexuée etc. des bénéficiaires de tel ou tel secteur d'activités, par exemple, et proposer dès lors une politique d'action positive conforme aux conditions de licéité fixées par la Cour constitutionnelle.

¹¹³ Il suffit de référer aux décrets «inscription» et «mixité» pour comprendre la sensibilité de cette problématique en milieu scolaire. En comparaison, voy. également, aux États-Unis: Cour suprême, 28 juin 2007, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551, U.S., 2007. La Cour a censuré un système racial conduisant à rejeter l'inscription d'un élève blanc dès lors que le chiffre de leur représentation serait atteint, afin d'équilibrer la présence des élèves noirs et blancs dans un même établissement. Elle jugea notamment que: «Unlike the cases pertaining to higher education, the District's plan involved no individualized consideration of students, and it employed a very limited notion of diversity ("white" and "non-white")».

B. La logique des justifications

Force est de remarquer qu'à l'inverse de la Communauté française et de la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale n'a pas explicitement repris dans ses textes – sauf en matière de logement¹¹⁴ – le couplet fédéral «distinction/discrimination» et il faut le regretter tant cette terminologie clarifie la problématique de l'égalité de traitement dans son ensemble. Ainsi, le législateur fédéral a rappelé que toute différence de traitement n'est pas discriminatoire et que le terme de discrimination doit être réservé à la distinction qui ne peut être justifiée.¹¹⁵

Les systèmes de justification «ouvert» et «fermé» ont déjà fait l'objet d'études approfondies auxquelles les limites de la présente étude recommandent de référer largement.¹¹⁶ Sans aucune vocation à l'exhaustivité, nous nous contenterons d'épingler certaines particularités des textes analysés.

La Communauté française, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale ont, à raison, prévu que quel que soit le domaine d'application (transport, logement social, enseignement, soins de santé...), les *distinctions directes* fondées sur les critères de *race prétendue* et les motifs apparentés – excepté la nationalité – ne peuvent être justifiées que pour la mise en place d'une action positive ou, pour ce qui concerne les relations de travail, sur la base d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante (EPED).¹¹⁷

Le décret du 6 novembre 2008 prévoit un système de justification restrictif similaire pour les *distinctions directes* basées sur le *genre*, sauf en matière de fourniture et d'accès aux biens et services pour lesquels il est stipulé, en pleine conformité avec la directive 2004/113/CE, qu'ils peuvent être exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe si «cette réserve» est objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.¹¹⁸ En contraste, il faut remarquer qu'en matière de distinction sexuelle si la Communauté française introduit une disposition équivalente pour

¹¹⁴ Art. 177, 2° et 4° de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement.

¹¹⁵ *Doc.parl.*, Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/009, p.14.

¹¹⁶ S. SOTTIAUX, «De rechtsvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *op cit.*, pp.227-256; B. RENAULD, «Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations», in P. WAUTELET (dir.), *op cit.*, pp. 36-48.

¹¹⁷ Voy. art. 7 et 8 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 10, 18, 20, 28, 31 et 34 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008; art. 180 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement; art. 10 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 9 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

¹¹⁸ Voy. art. 8/1 du décret wallon du 6 novembre 2008.

les biens et services¹¹⁹ et n'admet, en matière de relations de travail et d'enseignement correspondant à la formation professionnelle,¹²⁰ que l'EPED comme justification admissible à une distinction sexuelle, elle introduit pour les autres domaines un système de justification ouvert aux distinctions fondées sur le sexe. Il en va de même, pour la Région de Bruxelles-Capitale, en matière de logement.¹²¹

On retiendra aussi qu'en matière d'emploi, tant dans le secteur public que privé, la Région de Bruxelles-Capitale ne réserve pas, contrairement à la Région wallonne et à la Communauté française, le système de justification fermé aux seuls critères protégés «européens».¹²² Ainsi, une distinction fondée sur l'apparence physique ou l'état de santé futur dans l'accès au travail sera discriminatoire si elle ne peut être justifiée par une EPED.¹²³

En guise d'illustration de la complexité de la matière, nous relèverons enfin que le régime des justifications admissibles à la distinction directe dans l'enseignement a été établi, au sein de la Communauté française, en s'alignant sur une stricte transposition des directives européennes d'égalité de traitement. En d'autres termes, là où elle semblait possible, la géométrie variable résultant des directives a été exploitée: s'il présente l'avantage de la conformité aux exigences européennes, il faut bien admettre que le système proposé n'est pas d'une lisibilité optimale. Ainsi, le décret du 12 décembre 2008 introduit, excepté en matière de distinction directe basée sur la race, un système de justification «ouvert» dans le domaine de l'enseignement primaire et secondaire général, dès lors que l'interdiction de discriminer dans ce domaine, sur la base de l'ensemble des critères protégés (excepté la race), n'est pas imposée par les directives européennes d'égalité de traitement.¹²⁴ En revanche, en matière d'accès ou de sui-

vi de l'enseignement technique ou universitaire, c'est un système tantôt ouvert, tantôt fermé qui prévaut.^{125/126}

C. Les dispositifs procéduraux et sanctionnels¹²⁷

Bien que les mécanismes procéduraux et sanctionnels prévus à l'échelle fédérale ne soient pas tous en tant que tels imposés par les directives européennes, les entités fédérées du Centre et du Sud du pays ont généralement jugé utile de s'approprier l'ensemble de ces innovations, annonciatrices d'une meilleure efficacité de l'arsenal législatif et, en cela, largement soutenues par le monde associatif.

La Région wallonne, bruxelloise et la Communauté française prévoient ainsi l'aménagement de la charge de la preuve et l'identification des éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination,¹²⁸ ainsi que des mesures de protec-

¹¹⁹ Art. 35 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008.

¹²⁰ Art. 10 et 21 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008.

¹²¹ Art. 179 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement.

¹²² On entend par là les critères de race prétendue, de sexe, et les motifs apparentés, ainsi que les critères de religion ou de convictions, de handicap, d'âge et d'orientation sexuelle, soit les critères visés par les directives européennes d'égalité de traitement.

¹²³ Voy. art. 10 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 9 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise. "Si une entreprise a des activités dans plusieurs régions, ses travailleurs bénéficieront donc d'une protection à géométrie variable selon qu'ils sont basés dans la Région de Bruxelles-capitale (protection renforcée de par le spectre restreint de justifications admissibles) ou en Communauté française/Région wallonne. Ce double régime pourrait engendrer quelques incohérences".

¹²⁴ Art. 18 et 19 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008. Concrètement, les parents d'un enfant de huit ans relevant jusqu'alors de l'enseignement spécial pourront se prévaloir du décret du 12 décembre 2008 pour réclamer l'inscription de leur enfant dans le «circuit traditionnel»: si le refus d'inscription du fait du handicap de l'enfant ne reçoit pas de justification objective et raisonnable, il sera jugé discriminatoire.

¹²⁵ Art. 20 à 22 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008.

¹²⁶ Un élève pourra invoquer la protection du décret du 12 décembre 2008 pour combattre une discrimination sur la base de l'opinion religieuse: l'interdiction du port de signes distinctifs ou de couvre-chef décrétée par un établissement scolaire à destination de ses élèves sera constitutive de discrimination indirecte fondée sur la religion si elle est dépourvue de justification objective et raisonnable. L'ex-décret de la Communauté française du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement fut ainsi convoqué dans un litige dirigé par le MRAX contre la Communauté française relatif aux règlements d'ordre intérieur (R.O.I.) de deux établissements scolaires de la région de Charleroi (l'athénée de Gilly et l'athénée Vauban) qui avaient interdit en 2005 le port de «vêtements et signes distinctifs» (pour le recours en suspension d'extrême urgence, rejeté devant le Conseil d'État, voy. Conseil d'État (6^{ème} ch.vac.), arrêt n° 148.566 du 2 septembre 2005 opposant *Tamarante et Moussaddaq c. Communauté française, J.T.*, 2005, pp. 593-594). Voy. les deux arrêts du Conseil d'État du 17 mars 2009, n° 191.532 et 191.533, qui, en réalité, ne statuent que sur l'intérêt à agir d'une association anti-raciste – le MRAX – et non au fond sur la question du foulard. Voy. S. VAN DROOGENBROECK, *J.T.* 3 avril 2009).

¹²⁷ Sur cette question, voy. également *infra*, § 4, pt. I.

¹²⁸ Voy. art. 29 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 42 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008; art. 195 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement; art. 13 du décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle; art. 22 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 22 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise. Force est toutefois de constater qu'à la différence des trois premiers, les trois derniers textes ne font ni explicitement référence aux «test de récurrence et de comparabilité», ni aux données statistiques. Sur la question de la preuve et de ces diverses notions, consultez utilement «Projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», Commentaire des articles, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 38-41; I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, «Quels dispositifs pour prouver la discrimination?», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, .../...

tion contre les représailles applicables tant à la prétendue victime qu'aux témoins.¹²⁹ Elles introduisent l'action en cessation permettant, sur le mode du référé, d'obtenir rapidement d'une personne qu'elle cesse un comportement ou une pratique discriminatoire, éventuellement sous la contrainte d'une astreinte; ajoutant, à l'instar du fédéral toujours, que le non respect d'un jugement rendu suite à une action civile en cessation, constituera désormais une infraction pénale.¹³⁰

Parmi les sanctions civiles,¹³¹ les différents décrets et ordonnances reproduisent rigoureusement les mécanismes, imaginés par le législateur fédéral, de nullité des clauses et dispositions discriminatoires (à l'exception de l'ordonnance du

.../...

S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *op. cit.*, pp. 415-461. Notons encore que le principe de l'aménagement de la charge de la preuve a été validé par la Cour constitutionnelle à diverses reprises, voy. arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004 annulant partiellement la loi du 25 février 2003; arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B. 91 et s.; arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009, B. 48 à 56; arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009, B. 92 et s.; arrêt n° 41/2009 du 11 mars 2009, B. 9. Dans son arrêt du 12 février 2009 (arrêt n° 17/2009), il faut toutefois regretter la portée restreinte que la Cour constitutionnelle offre à l'admissibilité de la preuve par statistiques. La Cour précise ainsi (B. 93.3) «qu'il ne suffit pas de démontrer sur la base de statistiques qu'un motif apparemment neutre lèse des personnes caractérisées par un motif mentionné dans les lois attaquées. Il faut démontrer en outre que le défendeur était conscient de cette situation». Par cette précision, la Cour exclut la possibilité de condamner la discrimination indirecte fruit de pratiques systémiques inconscientes révélées par statistiques. La Cour ajoute ensuite légitimement que «les données statistiques doivent par ailleurs satisfaire à certaines exigences de qualité pour que le juge puisse en tenir compte, ainsi qu'il ressort notamment de la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme».

¹²⁹ Voy. art. 18 et 18/1 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 44 et 45 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008; art. 185 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement; art. 23 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 23 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise. Il faut relever ici que, contrairement aux lois fédérales du 10 mai 2007 et aux normes des autres entités fédérées précitées, les art. 44, § 5 et 45, § 5 du décret du 12 décembre 2008 ne limitent pas la protection aux témoins qui ont daté et signé un document relatif à la plainte. Conformément à l'exigence de la Commission européenne, la protection s'étend dès lors aux témoins «plus informels», ainsi par exemple aux collègues agissant en qualité de conseil ou de soutien de la victime (voy. en ce sens l'Avis motivé de la Commission des Communautés européennes adressé au Royaume de Belgique, 17 octobre 2007, C(2007)4798).

¹³⁰ Voy. art. 20, 21 et 25 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 47, 50 et 57 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008; art. 187, 188 et 192 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement; art. 19, § 1^{er}, 25 et 26 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 16, 17 et 19 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

¹³¹ Nous n'aborderons pas, dans le cadre de la présente étude, les sanctions pénales.

17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement),¹³² ainsi que le *système novateur de dommages et intérêts forfaitaires* – inusuel dans le droit belge de la responsabilité.¹³³ A la lumière des données jurisprudentielles disponibles, il apparaissait en effet que, dans la plupart des cas, l'application du droit commun de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle n'offrait pas à la victime la possibilité d'obtenir une réparation effective du préjudice subi, la réparation étant trop fréquemment jugée impossible à chiffrer.

Certaines entités fédérées ont, en outre, prévu des sanctions particulières: ainsi, la Communauté française introduit une série de mesures allant de la suspension d'agrément jusqu'à la suppression de certaines subventions pour les organismes agréés qui contreviendraient à son décret.¹³⁴

Enfin, les différentes entités du Centre et du Sud du pays ont, dans la plupart des cas, prévu un droit d'action d'intérêt collectif au bénéfice d'associations et syndicats notamment, la désignation de services de conciliation et de surveillance,¹³⁵ ainsi que la référence à un organisme public autonome de lutte contre les discriminations.¹³⁶

§ 4. LES QUESTIONS ÉPINEUSES DE RÉPARTITION DE COMPÉTENCES

La Communauté française, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la COCOF ont dû aborder, dans les normes qu'elles ont adoptées pour transposer les directives anti-discrimination, certaines thématiques particulière-

¹³² Voy. art. 17 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 43 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008; art. 21 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 14 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise. En conformité avec les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 64/2009 du 2 avril 2009, n° 122/2009 et n° 123/2009 du 16 juillet 2009, les mots «par avance» devront toutefois être retranchés de ces divers articles.

¹³³ Voy. art. 19 du décret wallon du 6 novembre 2008; art. 46 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008; art. 186 de l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement; art. 24 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 15 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise. On saluera l'initiative isolée de la Communauté française consistant à inverser les montants de 1300 EUR et 650 EUR, dès lors que le forfait de 650 EUR devrait être réservé à des circonstances exceptionnelles.

¹³⁴ Art. 49 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008.

¹³⁵ Voy. *supra*, note n° 103.

¹³⁶ Sur cette question et l'absence d'organisme public autonome pour les domaines relevant de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale, la COCOF et la COCOM, voy. *infra*, § 4, pt. V.

ment sensibles du point de vue de la répartition des compétences en droit belge. Devait, en effet, être définie à cette occasion, la marge de manœuvre dont elles bénéficient pour régler des questions de droit pénal, de droit civil et de droit judiciaire (I), de protection du bien-être au travail (II), de politique des handicapés (III) et de droit du travail (IV). Enfin, se posait la question de savoir de quelle manière respecter leur obligation issue du droit européen dérivé de mettre en place leurs propres organismes de promotion de l'égalité de traitement (V).

I. Le droit pénal, le droit civil et le droit judiciaire: un double scénario

On a déjà décrit l'incidence de la répartition des compétences entre les diverses entités de l'État belge sur la transposition des directives anti-discrimination en ce que celles-ci contiennent des dispositifs sanctionnels, des règles de preuve, de procédure et de compétence juridictionnelle qui ressortissent au droit civil, au droit pénal ou au droit judiciaire.¹³⁷ Il suffira ici, pour situer l'action des entités fédérées par rapport à l'intervention fédérale, de rappeler l'alternative devant laquelle le législateur fédéral s'est vu placé par la section de législation du Conseil d'État – ci-après la SLCE – en matière de droit civil: «*Soit – premier scénario – il cantonnait l'intégralité du dispositif de lutte contre la discrimination qu'il mettait en place aux seules matières fédérales. Soit – deuxième scénario – il mettait en place un dispositif de lutte contre la discrimination «à géométrie variable»: d'une part, il confère aux dispositifs de la réforme en projet qui sont rattachables à ses compétences résiduelles de droit civil et de droit pénal une portée générale, et donc une applicabilité dans les matières régionales et communautaires, et d'autre part, il cantonne les dispositifs de la réforme non rattachables à ses compétences résiduelles de droit civil et de droit pénal aux seules matières fédérales, à l'exclusion des matières communautaires et régionales.*»¹³⁸

Le législateur fédéral a opté pour le «premier scénario». Désireux de couper court à toute autre interprétation différente, il a d'ailleurs exposé que, de manière générale, les trois législations nouvelles adoptées par ses soins «*et les procédures judiciaires qu'elles mettent en place, ne pourront trouver à s'appliquer que dans les domaines de compétences de l'État fédéral*», excluant expressément de leur champ d'application toutes les matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions.¹³⁹ «*L'inexistence d'une réglementation*

fédérale générale» engendrait, donc, pour satisfaire au prescrit des directives, «*la nécessité d'une réglementation communautaire ou régionale spécifique*».¹⁴⁰

En Communauté française, en Région wallonne et, dans une moindre mesure, à Bruxelles, les différents législateurs se sont pliés à l'exercice. Le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 contient comme nous l'avons exposé précédemment les dispositifs issus du droit communautaire dérivé ayant pourtant des implications en matière de droit civil, de droit pénal ou de droit judiciaire – ouverture d'un droit d'action collectif au profit d'associations, actions en cessation, inversion de la charge de la preuve, mise en place de dispositifs sanctionneurs dissuasifs.¹⁴¹ Il en va de même du décret wallon du 6 novembre 2008, tel que modifié par le décret du 19 mars 2009.¹⁴² La Région de Bruxelles-Capitale a également introduit ces mécanismes dans ses diverses ordonnances.¹⁴³

Appelée par la SLCE à justifier son intervention en la matière, la Communauté française s'est longuement expliquée en prenant d'abord acte du choix fédéral.¹⁴⁴ En substance, selon ce législateur, la position adoptée par l'autorité fédérale, combinée aux exigences européennes, a en réalité abouti à *contraindre* les entités fédérées à faire usage des articles 10 et 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles alors même que ces dispositions leur laissent

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 115. «*Clairement, donc, le niveau fédéral laisse aux entités fédérées le soin d'intégrer dans leur ordre juridique propre les mécanismes relevant du droit civil et du droit pénal nécessaires à assurer une transposition complète des directives anti-discrimination dans les domaines de leur compétence principale (enseignement pour les communautés, par exemple, transports pour les régions, par exemple)*» (Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008, Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 11).

¹⁴¹ Art. 38-42 pour le droit d'ester en justice et la charge de la preuve, art. 43-50 pour les dispositifs de protection et les sanctions de nature civile, art. 51-59 pour les dispositions pénales.

¹⁴² Art. 17-21 du décret wallon pour ce qui concerne les dispositifs de protection; 22-27 pour les dispositions pénales, 28 et 29 pour la charge de la preuve, 30-32 pour le droit d'ester en justice conféré à des associations.

¹⁴³ Voy. art. 185-188 de l'ordonnance du 19 mars 2009 modifiant l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois de logement pour ce qui concerne les dispositifs de protection; art. 189-193 pour les sanctions pénales, art. 194 et 195 pour la charge de la preuve, art. 196 et 197 pour le droit d'ester en justice conféré à des associations; art. 18 et 19 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi pour les dispositions pénales, art. 20-26 pour ce qui concerne les dispositifs de protection et la question de la charge de la preuve, art. 27 pour le droit d'ester en justice conféré à des associations; art. 14-23 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise pour ce qui concerne les dispositifs de protection, les sanctions pénales et la charge de la preuve, art. 24 pour le droit d'ester en justice conféré à des associations.

¹⁴⁴ Décret du 12 décembre 2008, Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 11-13.

¹³⁷ S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations» *op. cit.*, spéc. p. 109 et suiv.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 114.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 114, et les références aux travaux préparatoires citées en note 43.

en principe la *faculté de procéder* aux empiètements de compétence qu'elles tolèrent, aux conditions qu'elles fixent.

L'intention du législateur fédéral était claire et les suites que les autres entités fédérées lui ont réservées ont le mérite d'avoir permis que soient posées les pièces du puzzle que l'autorité fédérale n'avait expressément pas souhaité sortir de son jeu résiduaire, à la faveur du choix porté sur le «premier scénario» proposé par le Conseil d'État. Il est, dès lors, pour le moins étonnant de constater que le Conseil des ministres, au moment de se défendre dans l'un des recours en annulation dirigés contre ses lois du 10 mai 2007, a choisi de faire comme si le législateur fédéral avait opté pour le «second scénario». Il est encore plus surprenant que la Cour constitutionnelle ait également privilégié cette lecture pour rejeter le moyen pris de la violation, par les dispositions répressives et civiles des textes fédéraux, des règles répartitrices de compétences, combinées avec les articles 10, 11 et 14 de la Constitution, en ce qu'elles n'excluaient pas de leur champ d'application les matières relevant de la compétence des communautés et des régions.¹⁴⁵

Le Conseil des ministres – et à sa suite le Gouvernement flamand – s'est en effet réfugié, pour répondre à ce moyen, derrière le deuxième scénario proposé par la SLCE, lequel n'a pourtant pas été choisi. Il a soutenu, chaque fois, que le législateur fédéral peut édicter, en vertu de son pouvoir résiduaire en matière pénale et civile, des dispositions pénales générales en matière de non-discrimination ou d'incitation à la discrimination, indépendamment de la matière dans laquelle la discrimination s'opère, ainsi que des règles générales en droit des obligations, en droit des contrats et en droit de la responsabilité.¹⁴⁶ Et la Cour constitutionnelle d'adopter la même lecture pour rejeter le moyen invoqué en privilégiant l'avis donné, pour les besoins de la – bonne – cause, par le Conseil des ministres, quitte à prendre de grandes libertés par rapport aux travaux préparatoires et au texte des lois fédérales elles-mêmes.¹⁴⁷

¹⁴⁵ C.C., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, dix-septième moyen.

¹⁴⁶ *Ibid.*, cons. Art.83.2 et Art.84.2.

¹⁴⁷ Ainsi, alors qu'elle constate que «le champ d'application des lois attaquées exclut expressément les matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions» – ce qui lui aurait d'ailleurs suffi pour rejeter le moyen – la Cour croit pouvoir déduire du fait que l'art. 20 de la loi anti-racisme, l'art. 22 de la loi générale anti-discrimination et l'art. 27 de la loi «genre» emportent les sanctions qu'ils prévoient «même en dehors des domaines visés à l'article 5 (lire: art. 6, en ce qui concerne la loi 'genre')», que les dispositions contestées «doivent être considérées comme également applicables aux matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions» (cons. B.106.1).

.../...

II. La protection du bien-être au travail: une compétence à la marge

Selon le moment où se produit le harcèlement au travail – dans l'accès à l'emploi et la formation professionnelle ou durant l'exécution de ceux-ci – la distribution des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées s'opère différemment.

En dépit de la relative perplexité initiale du Conseil d'État,¹⁴⁸ la Communauté française et la Région wallonne ont veillé à articuler une protection propre contre le harcèlement et le harcèlement sexuel en tant que discrimination, dans les domaines où elles estimaient encore pouvoir – et donc, devoir – agir eu égard aux directives européennes, avec la protection analogue à celle offerte pour sa part par le législateur fédéral, à la faveur d'une actualisation de sa loi du 4 août 1996 relative au bien-être au travail.¹⁴⁹ Elles ont, en effet, estimé devoir protéger contre le harcèlement survenant dans *l'accès à l'emploi et la formation professionnelle*.¹⁵⁰ À Bruxelles, par contre, il semble que le législateur ne se soit pas préoccupé de la question.

.../...

Il n'en était pourtant rien dans la lettre des textes fédéraux, tels qu'ils étaient libellés *in tempore non suspecto*, c'est-à-dire au moment où les législateurs fédérés ont dû déterminer les suites à y réserver: en effet, les «autres domaines» dans lesquels les sanctions prévues par les lois fédérales sont destinées à s'appliquer ne faisaient aucunement référence à des «matières» éventuellement régionales ou communautaires mais uniquement à des domaines autres que ceux qu'énuméraient dans les lois fédérales anti-discrimination en raison de leur couverture par les directives à transposer. Ainsi, l'art. 6, § 1^{er}, de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. L'art. 27 de cette même loi, qui prévoit des sanctions pénales à charge de qui discriminerait une personne en raison de son sexe «même en dehors des domaines visés à l'article 6», ne signifie – à l'origine du moins... et conformément au champ d'application défini par le législateur fédéral avant qu'il n'aille se défendre devant la Cour constitutionnelle – rien d'autre que le fait que ces sanctions fédérales pourront également être appliquées à une personne se rendant coupable d'une discrimination dans un domaine non énuméré à l'art. 6, pour autant que celui-ci soit rattachable aux compétences matérielles du seul législateur fédéral.

¹⁴⁸ Qui s'était demandé, s'il existait encore une part de champ d'application *ratione personae* non couverte par les dispositifs existants au niveau fédéral, relevant de la compétence de ce dernier, et autorisant les entités fédérées à légiférer en la matière (Voy. par exemple l'avis relatif au décret du 12 décembre 2008, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, p. 102).

¹⁴⁹ *M.B.*, 18 septembre 1996.

¹⁵⁰ La Région wallonne a, pour sa part, prévu que son décret du 6 novembre 2008 pouvait bénéficier aux personnes «qui ne sont pas visées à l'article 2, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail» (art. 6). Quant à l'auteur du projet de décret de la Communauté française, il a répondu à l'interrogation de la section de législation dans l'exposé des motifs (*Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, p. 14.):

.../...

Clairement, en revanche, il n'appartenait pas aux entités fédérées de transposer les directives anti-discrimination aux situations de harcèlement ou de harcèlement sexuel survenues dans le cadre de *l'exécution du travail*; elles l'ont bien compris. La SLCE a en effet estimé, dans un avis du 22 mai 2007, qu'une telle protection relevait du bien-être au travail, pour lequel le législateur fédéral est demeuré compétent.¹⁵¹ Les personnes visées par exemple aux articles 14 et 22 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 sont, en matière de harcèlement et de harcèlement sexuel, déjà concernées par la loi du 4 août 1996, soit directement en qualité de travailleurs, soit indirectement en qualité d'employeurs de ceux-ci. Tel est le produit de la liaison entre le harcèlement et le harcèlement sexuel comme discriminations et la compétence réservée au législateur fédéral pour régler le bien-être des travailleurs lors de *l'exécution* de leur travail. Seul ce dernier est, dès lors, habilité à prohiber ce type de comportement sur les lieux de travail fréquentés pourtant, par exemple, par des agents contractuels et statutaires de la Communauté française.¹⁵²

Cette réserve de compétence au profit de l'autorité fédérale est légitime. Dès l'origine, en faisant usage de ses compétences en matière de protection du travail, elle a inclus la problématique du harcèlement moral et sexuel dans sa législation sur le bien-être au travail. L'assimilation de ces troubles à une charge psychosociale à gérer dans le cadre d'une gestion des risques dans l'entreprise pa-

.../...

S'agissant du harcèlement moral fondé sur un motif discriminatoire (européen) ou du harcèlement sexuel qui se déroulerait dans le hypothèses visées par les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE ou 2002/73/CE, mais qui ne sont pas couvertes par la loi du 4 août 1996 sur le bien-être au travail, la Communauté française doit assurer la transposition adéquate pour les problématiques tombant dans le champ de ses compétences. Il en va le cas échéant ainsi du harcèlement discriminatoire dans l'accès à l'emploi et la formation professionnelle dont le programme de formation ne prévoirait pas une forme de travail effectué ou non dans l'établissement de formation, harcèlement prohibé par les directives précitées, mais non couvert par la loi du 4 août 1996 qui ne s'applique qu'au harcèlement commis dans le cadre de l'exécution du travail.

¹⁵¹S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», *op. cit.*, p. 118.

¹⁵²À cet égard, il est à remarquer que le Conseil d'État relie chaque fois, dans ses avis récents, la législation fédérale relative au bien-être des travailleurs à la compétence dévolue à l'autorité fédérale en matière de droit du travail en application de l'article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, alors qu'à notre sens, son intervention se justifie plutôt en raison de la compétence qui lui est réservée en matière de protection du travail par l'article 6, § 1^{er}, II, 3^o, de la même loi spéciale. En soi, le titre de compétence choisi ne change rien au raisonnement à tenir, lequel revient à affirmer qu'en matière de harcèlement au travail, seule l'autorité fédérale est habilitée à transposer les directives européennes anti-discrimination, à l'exclusion des entités fédérées, qui ne peuvent le faire qu'en tant que les domaines couverts par lesdites directives ne sont pas déjà couverts par la loi sur le bien-être.

raît, en effet, opportune. En réalité, le lien existant entre des situations de harcèlement moral ou sexuel au travail et le bien-être des travailleurs ne mérite pas plus d'être mis en cause que celui que le législateur a établi, lors de l'élaboration de la loi du 4 août 1996, entre le stress au travail et cette loi en projet.¹⁵³ À l'époque, la SLCE avait considéré qu'ainsi modernisées, les règles relatives au bien-être des travailleurs s'inscrivaient «à l'évidence, pour l'essentiel, dans le cadre du concept traditionnel de la protection du travail, dont il est admis que l'objectif premier consiste à faire effectuer du travail par les travailleurs dans des conditions convenables». «Vu sous cet angle», a-t-elle ajouté «et compte tenu de ce que rien n'indique que la protection du travail visée à l'article 6, § 1^{er}, II, 3^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 soit exclusivement la matière que règle le Règlement général pour la protection du travail, il ne fait aucun doute que la réglementation en projet soit considérée globalement comme une matière relevant de l'autorité fédérale».¹⁵⁴

Au demeurant, l'insertion, en 2002,¹⁵⁵ d'un chapitre consacré aux harcèlements moral et sexuel dans la loi sur le bien-être n'a pas, à notre connaissance, suscité de réprobation en termes de répartition des compétences, même si ce seul constat ne peut conduire d'emblée à la conclusion selon laquelle elle n'aurait entraîné aucun excès en la matière. Il est toutefois utile de rappeler qu'à l'époque, le législateur fédéral poursuivait déjà l'objectif de transposer des directives européennes (la directive «race» et la directive «cadre») assimilant le harcèlement moral et sexuel à l'expression d'un comportement discriminatoire.¹⁵⁶ Dans ces conditions, le fait que le législateur européen ait considéré que la discrimination pouvait se manifester sous forme de harcèlement moral ou sexuel et que le législateur fédéral ait transposé cette perspective nouvelle sous le couvert de ses compétences en matière de protection du travail n'est jamais que conforme à la règle de base: il appartient à chaque législateur de la Belgique fédérale, dans les limites de son domaine de compétence, de concrétiser les

¹⁵³À cette époque, en effet, il lui était paru indispensable de consacrer plus d'attention aux grands principes de prévention, en tenant compte du niveau de la technique et de la science. Aussi, a-t-il indiqué vouloir, au moment de réorganiser la protection de la sécurité et de la santé du travail, porter son intérêt «sur de nouveaux phénomènes tels que les conséquences du stress sur la santé des travailleurs» (Projet de loi concernant le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, Exposé des motifs, *Doc.parl.*, sess. extr. 1995, n° 71/1, p. 2).

¹⁵⁴Avis de la section de législation du Conseil d'État du 16 mars 1995, *Doc.parl.*, sess. extr. 1995, n° 71/1, pp. 73-74.

¹⁵⁵Voy. la loi du 11 juin 2002 relative à cette question et destinée à s'intégrer dans la législation sur le bien-être des travailleurs (*M.B.*, 22 juin 2002). Au terme d'une réévaluation, le dispositif de protection contre le harcèlement au travail a été modifié par la loi du 10 janvier 2007 (*M.B.*, 6 juin 2007).

¹⁵⁶Projet de loi relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail, *Doc.parl.*, sess. 2001-2002, n° 1583/001, pp. 6-7.

droits fondamentaux définis par des normes supérieures, dans les matières qui lui ont été attribuées.¹⁵⁷

III. Les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées: du bon usage de l'intervention adventice?

Dans chacune des normes fédérées analysées, apparaît une définition des aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées et la règle selon laquelle ne pas les prévoir est, conformément à la directive «cadre», assimilé à une discrimination sur la base du handicap.¹⁵⁸

A. Les balises de la règle de base

Soucieuse de s'en tenir, en principe, au respect de la *règle de base*, la Communauté française a, pour sa part, consacré quelques développements dans l'exposé des motifs du décret du 12 décembre 2008 pour définir le cadre de son intervention au travers d'un décret de facture propre.

Sur le plan de la répartition des compétences, la Communauté française s'est souventue des difficultés déjà rencontrées par le législateur fédéral pour déterminer le législateur compétent en matière d'aménagements raisonnables au profit de la personne handicapée: «s'agit-il d'une matière en soi, de compétence com-

munautaire (sous réserve des transferts opérés par application de l'article 138 de la Constitution), ou simplement d'un aspect de la lutte contre la discrimination sur la base du handicap, qu'il appartient à chaque législateur de régler dans le domaine de ses compétences (compétence partagée)?».¹⁵⁹

Pour trancher cette question, dans son avis relatif aux lois fédérales,¹⁶⁰ la SLCE s'était prononcée, en substance, comme suit: «8.2. (...) ce sont les autorités compétentes en matière de politique des handicapés, soit, compte tenu de l'article 5, § 1^{er}, II, 4^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (...), celles qui sont compétentes dans cette matière communautaire, qui sont habilitées à garantir le principe de non-discrimination à l'égard des handicapés». Toutefois, «(o)utre les exceptions figurant à l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, les (autres) autorités (...) sont, sur la base de (leurs) (...) attributions, habilitées à prévoir de manière adventice des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières.».¹⁶¹

La Communauté française a déduit de cet avis que «chaque législateur, quel qu'il soit, est habilité à prévoir que, dans les matières qui ressortissent à sa compétence, nul ne peut être discriminé sur la base de son éventuel handicap».¹⁶² Mais, strictement parlant, la logique que poursuit la section de législation dans l'extrait de son avis précité permettait de dire qu'en revanche, l'assimilation d'une absence d'aménagements raisonnables à une discrimination fondée sur le handicap devait, en termes de répartition de compétences, être analysée de la même manière que l'assimilation du harcèlement sexuel à une discrimination fondée sur le sexe.

Il devait donc revenir, en principe, aux autorités compétentes pour légiférer à propos de la mise en place des aménagements raisonnables en faveur des handicapés, de transposer le principe issu de la directive selon lequel le fait de ne pas

¹⁵⁷ Avis n° 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 12 juin 2006 par le Conseil d'État, section de législation, sur un avant projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, un avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, un avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*Doc.parl.*, Chambre, sess. 2006-2007, n° 51-2721/1, p.89, et les références jurisprudentielles citées).

¹⁵⁸ Voy. notamment l'art.13 du décret wallon – pris en partie en application de l'art. 138 de la Constitution – dont l'al.2 habilite le Gouvernement wallon à définir la notion d'aménagement raisonnable et à préciser les modalités d'application du principe contenu dans l'alinéa premier. Voy. aussi l'article 7 du décret de la COCOF du 22 mars 2007 – pris également en exécution de l'art. 138 de la Constitution. La Région de Bruxelles-Capitale a défini les aménagements raisonnables dans ses ordonnances du 4 septembre 2008 (Art. 4, 8° et art. 4, 12°) et dans son ordonnance du 19 mars 2009 modifiant l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement, sans toutefois prévoir, dans cette dernière, que le refus de les mettre en place peut être assimilé à une discrimination. Dans l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, la Région impose aux organisations intermédiaires et aux opérateurs d'insertion socioprofessionnelle qu'elle vise, de prévoir des aménagements raisonnables aux besoins des personnes avec un handicap (art. 14), mais ajoute que la distinction sur la base d'un handicap ne constitue pas une discrimination indirecte quand «il est démontré que l'on ne peut opérer d'aménagements raisonnables». L'ordonnance du même jour visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise prévoit le même régime de justification (art. 11).

¹⁵⁹ Extrait de l'exposé des motifs de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, lui-même cité dans l'exposé des motifs du décret du 12 décembre 2008 (*Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 21).

¹⁶⁰ Avis n° 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG rendus le 12 juin 2006 par le Conseil d'État, section de législation, sur un avant projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, un avant-projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, un avant-projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*Doc.parl.*, Chambre, sess. 2006-2007, n° 51-2721/1, p. 89, et les références jurisprudentielles citées).

¹⁶¹ La section de législation prenait pour exemple le fait que «les législateurs compétents en matière d'urbanisme ou de télécommunications peuvent adopter en principe des dispositions s'adressant, dans ces matières, aux handicapés».

¹⁶² *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 21.

les prévoir à leur égard est constitutif d'une discrimination. C'est ce qu'a d'abord conclu la Communauté française, qui a compris que l'enjeu consistait dès lors à rechercher l'autorité compétente «pour exiger la mise en place des aménagements raisonnables requis par la directive cadre et pour décider que le fait qu'il n'y en ait pas est constitutif d'une discrimination au sens de la directive cadre» avant de résoudre l'exercice en constatant que, article 138 de la Constitution et décrets de transfert aidant, la Région wallonne et la COCOF sont sans aucun doute désignées.^{163/164/165}

À notre estime, la Communauté française et, donc, également la Région bruxelloise, pouvaient clore le sujet dès ce stade en indiquant qu'en égard à la compétence ainsi réservée à la Région wallonne et à la COCOF, il ne leur revenait pas d'intégrer dans leur décret des dispositions tendant à définir ce qu'est un aménagement raisonnable et à prohiber l'omission discriminatoire de le mettre en place.

B. Les contours de l'intervention adventice

La Communauté française – de même que la Région de Bruxelles-Capitale – a pourtant souhaité, sans que la logique du raisonnement ne transparaisse clairement, «faire expressément référence aux aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, tout en ayant égard à la compétence dévolue à la Région wallonne et à la COCOF en la matière».¹⁶⁶

¹⁶³ La loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 attribue, en son art. 5, § 1^{er}, II, 4^o, aux Communautés, la compétence de principe de déterminer la politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnel des handicapés, l'autorité fédérale demeurant compétente pour régler le financement des allocations aux handicapés et pour fixer les règles relatives à l'intervention financière pour la mise au travail de travailleurs handicapés, octroyée aux employeurs occupant des handicapés.

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

¹⁶⁴ Doc., P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 22.

¹⁶⁵ Elle aurait pu constater, en outre, que les règles de droit du travail qui concernent spécifiquement les personnes handicapées ressortissent à la compétence fédérale en vertu de l'art. 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., p. 123.

¹⁶⁶ Doc., P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 22.

Il s'agit là probablement d'une manière de viser le concept des aménagements raisonnables dans un décret de la Communauté française, comme fruit d'une crainte peut-être rationnelle, peut-être irrationnelle, de ne jamais le lire dans la moindre réglementation interne de cette entité fédérée, laquelle serait pourtant subordonnée aux règles édictées en la matière par la COCOF ou la Région wallonne.

Considérer qu'agissant ainsi la Communauté française aurait fait usage de sa faculté d'intervenir de manière adventice serait, selon nous, une manière peu orthodoxe de voir les choses.

En effet, le Conseil d'État confirme que la Communauté française peut, bien évidemment, dans le cadre de ses compétences propres, instaurer des normes qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, dans la mesure où l'empiètement ainsi opéré sur les compétences de la COCOF et de la Région wallonne répondrait aux conditions posées par la jurisprudence constitutionnelle lorsqu'elle applique implicitement la théorie des pouvoirs implicites.¹⁶⁷

Cependant, le décret du 12 décembre 2008 n'a pas été adopté et n'avait pas à être adopté pour régler, par exemple, l'enseignement en tant que tel, mais pour prévoir que, dans les domaines d'application de la directive rattachables à la compétence de la Communauté française en matière d'enseignement, discriminations directe et indirecte sont prohibées. Or, dans la rigueur de la règle de base, il ne peut être admis que la Communauté française prenne prétexte de l'adoption d'une norme dont l'objet n'est que de prohiber les discriminations qui interviendraient dans des domaines liés à l'aire de ses compétences propres, pour interdire «de manière adventice» une discrimination intervenant dans un domaine rattaché à l'aire de compétence d'un autre législateur.¹⁶⁸ À notre sens donc, le décret de la Communauté française, en tant qu'il a pour objet de lutter contre les discriminations se produisant dans les domaines rattachables à ses compétences matérielles, n'était pas le lieu indiqué pour insérer des dispositions

¹⁶⁷ Voy., à propos de l'application implicite de la théorie des pouvoirs implicites par la Cour constitutionnelle, M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge – Regards sur un système institutionnel paradoxal*, 3^{ème} éd. Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 954-956.

¹⁶⁸ En cela, notre opinion contraste avec celle de S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS («La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», op. cit., p. 125), qui estiment pouvoir déduire de la position de la section de législation du Conseil d'État que «sous condition classique de proportionnalité, les législateurs fédéraux et régionaux pourront également, au travers de la législation anti-discriminatoire qu'ils adopteront dans leurs domaines de compétences respectifs, assimiler à une discrimination indirecte vis-à-vis de la personne handicapée, l'absence d'«aménagements raisonnables» au profit de celle-ci».

relatives aux aménagements raisonnables en faveur des handicapés.¹⁶⁹ Il n'en demeure pas moins que de telles dispositions pourraient adéquatement – à condition que leur existence ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs compétences en matière de politique des handicapés par la COCOF et la Région wallonne – se trouver dans des décrets autres, substantiellement rattachés à ses compétences, tel un décret régissant directement l'enseignement.

IV. Le droit du travail dans la fonction publique communautaire et régionale ainsi que dans l'enseignement: un double conflit négatif de compétences

L'examen de cette problématique a ceci de particulier qu'il constitue l'occasion de mettre en exergue ce qui ressemble à un double conflit négatif de compétences, entre l'État fédéral, d'une part, et la Communauté française, d'autre part. Pour le premier d'entre eux, il oppose également l'État fédéral à la Région wallonne.

Le constat de départ est le suivant. Le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008, qui consacre son chapitre I^{er} au domaine de l'emploi, réserve les prohibitions qu'il instaure en application des directives européennes, aux seules relations *statutaires* d'emploi qui se nouent au sein des organismes visés à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, créés par la Communauté française ou dans lesquels elle prend des participations en capital, des établissements d'enseignement en Communauté française, tous types, tous niveaux, tous réseaux confondus, tels que visés par l'article 24, § 4, de la Constitution et, enfin, de l'administration et des institutions dont dispose le Gouvernement, visées à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.¹⁷⁰

¹⁶⁹ C'est sans aucun doute parce qu'il en était conscient que le législateur communautaire a, chaque fois qu'il était question d'aménagements raisonnables, précisé qu'il avait bien égard à la compétence attribuée en la matière à la COCOF et à la Région wallonne. Voyez, par exemple, l'art. 3, 9^o, du décret du 12 décembre 2008: «Aménagements raisonnables»: sans préjudice de la définition donnée par l'autorité compétente en la matière en vertu de l'art. 5, § 1^{er}, II, 4^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, combinée à l'art. 3septies du décret II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, les aménagements raisonnables sont des mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et de progresser dans les domaines visés à l'art. 4, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées.»

¹⁷⁰ Art. 8, al. 1^{er}, du décret du 12 décembre 2008.

Cette application restreinte aux agents régis par un statut est encore confirmée par la définition que le décret de la Communauté française donne des «relations d'emploi».¹⁷¹

Il en va de même en Région wallonne, puisque celle-ci a, par son décret du 19 mars 2009, limité le champ d'application du décret du 6 novembre 2008 aux seules relations *statutaires* de travail nouées au sein des services du Gouvernement wallon, des personnes morales de droit public dépendant de la Région, des provinces, des communes, des agglomérations et des fédérations de communes, des associations de provinces, des associations de communes, des régies provinciales autonomes et des régies communales autonomes et, enfin, des Centres publics d'Action sociale et des associations créées par les Centres publics d'Action sociale.¹⁷²

En revanche, et le clivage est d'autant plus interpellant, le législateur bruxellois a étendu l'application de son ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise à chaque membre du personnel travaillant dans les institutions publiques de la Région de Bruxelles-Capitale, «qu'il soit dans sa relation de travail sous statut ou sous contrat de travail» (article 4, 2^o).

A. La fonction publique communautaire et régionale

Les décrets de la Région wallonne et de la Communauté française sont très clairs quant à l'exclusion du personnel contractuel de la fonction publique régionale et communautaire *sensu lato*. Quelle portée faut-il alors conférer aux trois lois fédérales du 10 mai 2007, lesquelles excluent de leur champ d'application respectif «les relations de travail nouées avec les organismes et institutions visées aux articles 9 et 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, et des relations de travail dans l'enseignement, visées à l'article 127, § 1^{er}, 2^o, de la Constitution»?¹⁷³ Dès lors que le législateur fédéral a par ailleurs défini les relations de travail comme incluant, entre autres «l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement, et ceci (...) indépendamment du régime contractuel ou statutaire de la personne prestant du travail»,¹⁷⁴ la conclusion résonnera *a priori* péniblement à l'oreille des agents contractuels oeuvrant aux

¹⁷¹ Voy. art. 3, 11^o, du décret du 12 décembre 2008.

¹⁷² Art. 5 nouveau du décret wallon.

¹⁷³ Voy. par exemple, art. 6, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

¹⁷⁴ Voy. par exemple, art. 6, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

côtés des agents statutaires protégés par les décrets communautaire et régional wallon.

Entre deux décrets ne s'appliquant qu'aux statutaires et une loi fédérale excluant de son champ d'application tous les types de relations de travail possibles au sein de la fonction publique régionale ou communautaire et dans l'enseignement, il y a, à l'évidence, un vide apparent, fruit d'un conflit négatif de compétences, qu'il faut d'abord comprendre, ensuite justifier, enfin, combler.

L'exclusion des agents sous contrat de travail par le décret du 12 décembre 2008 est manifestement la conséquence d'un choix opéré par la Communauté française au terme d'une analyse de sa marge de manœuvre au regard des règles de répartition des compétences fixées par ou en vertu de la Constitution.¹⁷⁵ La Région wallonne procède à la même analyse pour en arriver à la délimitation du champ d'application de son décret.¹⁷⁶

Pour rappel, dans son avis sur les lois fédérales,¹⁷⁷ la SLCE, réunie en assemblée générale, a indiqué qu'il appartient exclusivement aux communautés et aux régions de mettre en œuvre le principe de non-discrimination dès lors que celui-ci concernerait le statut du personnel des organismes publics qui relèvent de leur compétence (article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles), le statut du personnel des gouvernements communautaires et régionaux (article 87 de cette loi) ou encore celui du personnel enseignant que l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la Constitution permet aux communautés d'adopter.

«Dans tous ces domaines», a conclu la section de législation, «il revient à l'autorité communautaire ou régionale compétente de mener une politique de lutte contre la discrimination et d'adopter les dispositions nécessaires pour

¹⁷⁵ Voy. le commentaire article par article, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 25: «(...) l'auteur du projet souligne le fait qu'il propose une définition adaptée au fait qu'à son estime, seules les relations de type statutaire ont vocation à être réglées par la Communauté française en vertu des dispositions précitées. En effet, la Communauté française doit transposer les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE en tant qu'elles s'appliquent aux «conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion», ainsi qu'aux «conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que la rémunération, comme le prévoit la directive 75/117/CEE». Cependant, eu égard à la réserve de compétence fédérale en matière de droit du travail, seules les relations statutaires qui se nouent au sein des services et établissements visés par le décret en projet sont concernées.»

¹⁷⁶ Projet de décret modifiant, en ce qui concerne le champ d'application, le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, *Commentaire des articles*, *Doc.*, P.W., sess. 2008-2009, n° 923/1, pp. 4 et 5.

¹⁷⁷ Avis sur les lois fédérales, *op. cit.*, p. 89, et les références jurisprudentielles citées.

*transposer les directives européennes. En effet, la concrétisation même du principe de l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte relève de chacune des autorités compétentes en ce qu'il s'agit de l'assurer dans les différentes phases de la relation de travail, c'est-à-dire au moment de la sélection et du recrutement, du déroulement de la carrière professionnelle et de la fin de celle-ci».*¹⁷⁸

Cependant, a-t-elle ajouté, faisant en cela écho à des avis rendus antérieurement, «pour délimiter les pouvoirs respectifs de l'État fédéral, des communautés et des régions en matière de lutte contre la politique de lutte contre la discrimination, il faut tenir compte de l'ensemble des compétences, et notamment des compétences dont dispose le législateur fédéral en matière de droit du travail, de droit civil et de droit pénal».

Et d'exposer ce qui suit, s'agissant de la compétence fédérale en matière de droit du travail: «13. L'article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 confirme que le droit du travail relève de la compétence du législateur fédéral. En ce qui concerne plus particulièrement les usagers du statut des agents régionaux et communautaires et de l'enseignement (voir le n° 8.1. ci-dessus), les limites des compétences des communautés ou des régions doivent dès lors être tracées au regard de cette compétence. À ce sujet, il faut observer que certaines règles relevant du droit du travail s'appliquent également aux catégories du personnel précitées, telles notamment celles relatives à la protection de la rémunération, au bien-être au travail¹⁷⁹ ou à la protection de la ma-

¹⁷⁸ Nous nous demandons, aujourd'hui encore, si la SLCE n'aurait pas pu tenir compte de l'existence de l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en vertu duquel un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, pris après avis des Gouvernements des entités fédérées, désigne ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État qui seront applicables de plein droit au personnel des Communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions, à l'exception du personnel désormais visé à l'article 24 de la Constitution, soit le personnel de l'enseignement. L'arrêté royal du 22 décembre 2000, adopté en application de l'article 87, § 4, précité, et fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région 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 («ARPG 2000») (M.B., 9 décembre 2001) prévoit, en son article 5, § 1^{er} que «les agents traitent les usagers de leurs services avec compréhension et sans aucune discrimination». Nous voyons là le germe d'un dispositif qui aurait pu être complété par le législateur fédéral pour imposer aux entités fédérées la transposition des directives anti-discrimination selon des modalités définies par ses soins.

¹⁷⁹ A notre sens, la législation fédérale sur le bien-être au travail est davantage fondée sur la compétence de l'autorité fédérale en matière de protection du travail au sens large (art. 6, § 1^{er}, II, 3^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980) que sur sa compétence en matière de droit du travail (art. 6, § 1^{er}, VI, 12^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980). Voy. l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 65/2005 du 23 mars 2005 (cons. B.13.).

ternité. Il s'impose aussi de rappeler que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui relève de la compétence fédérale, s'applique à certains membres du personnel du secteur public. Dans ces cas, il appartient à l'autorité fédérale de mettre en œuvre le principe de non-discrimination, également à l'égard de ces catégories.»¹⁸⁰

Se conformant à la logique ainsi exprimée, la Communauté française a donc inscrit, dans son décret du 12 décembre 2008, un titre consacré au domaine de l'emploi, mais réservé, en application des articles 3, 11^o et 8, alinéa 1^{er}, du décret, aux seules relations *statutaires* d'emploi nouées au sein des organismes publics relevant de sa compétence, des services du Gouvernement, ou dans l'enseignement. Tel est également le cas du décret wallon du 6 novembre 2008 qui, depuis sa modification par le décret du 19 mars 2009, prévoit clairement, en son article 5, § 2, qu'il ne s'applique qu'aux relations statutaires d'emploi nouées au sein des structures publiques qu'il vise.

Examinant les dispositions précitées de l'avant-projet de décret communautaire, la SLCE n'a pas cru devoir mettre en cause la définition du champ d'application spécifique délimité par l'auteur de l'avant-projet, réservé aux seules relations d'emploi de type statutaire. Tout au contraire, d'ailleurs, puisqu'elle a invité l'auteur de l'avant-projet à revoir la formulation de l'article 8 aux fins de ne plus viser les organismes et institutions dans lesquels la Communauté française prend des participations en capital au motif que, sauf lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit public créées par accord de coopération en vertu de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles,¹⁸¹ leur personnel n'est, en principe, pas statutaire.¹⁸²

Eut-elle indiqué au législateur décentral qu'il devait viser également le personnel contractuel que la section de législation aurait, nous semble-t-il, versé dans la contradiction, à tout le moins eu égard à l'avis rendu par ses soins à propos des lois fédérales et sous réserve de ce qui sera développé en matière d'enseignement.

Le premier conflit négatif de compétences oppose donc l'autorité fédérale d'une part, la Communauté française et la Région wallonne d'autre part, sur la question de savoir qui doit transposer les directives anti-discrimination dans le domaine des relations *contractuelles* d'emploi qui se nouent au sein des institutions et organismes ressortissant à la fonction publique fédérée *sensu lato*.

¹⁸⁰ Nous soulignons.

¹⁸¹ Exception qui a sans doute motivé le maintien, par le législateur décentral, de sa formulation initiale.

¹⁸² Avis 44.742/4 du 9 juillet 2008, rendu par la section de législation du Conseil d'État, quatrième chambre, sur l'avant-projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 107, 111 et 112 («Avis sur le décret du 12 décembre 2008»).

Est-il, à cet égard, possible de s'en tenir à la position exprimée par S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS dans leur analyse des lois fédérales, lorsqu'ils indiquaient qu'en raison de l'exclusion explicite formulée dans celles-ci, «il appartient (...) exclusivement aux Communautés et Régions, chacune pour ce qui les concerne, de mettre en place les dispositifs anti-discriminatoires applicables à ces relations de travail»?¹⁸³

À notre estime, le problème ne peut, strictement parlant, être tranché sur la base d'un tel raisonnement. En effet, la question n'est pas tant de savoir si, par exemple, la Communauté française aurait dû étendre le champ d'application de son décret anti-discrimination aux relations contractuelles nouées au sein de sa fonction publique, au seul motif que le législateur fédéral a décidé de ne pas leur appliquer ses dispositifs protecteurs. L'interrogation devait être prioritairement la suivante: qui, du législateur fédéral ou de la Communauté française, est *en principe* compétent pour régir de telles relations et, en conséquence, pour transposer à celles-ci tous les mécanismes prévus dans les directives européennes? C'est là, en effet, la complexité résultante de l'orthodoxie du système, tel que la SLCE et la Cour constitutionnelle l'ont progressivement décrit et qui peut d'ailleurs, déplorons-le, faire d'une opération de transposition de directives le moment où la répartition des compétences en Belgique offre le spectacle le plus saisissant de ses aberrations.

Il ne revient donc pas à l'État fédéral de décider, à la faveur de l'adoption de lois ordinaires tendant à lutter contre diverses formes de discrimination, et au gré de considérations finalement peu claires,¹⁸⁴ qu'il renonce à exercer une compétence que la Constitution et les lois spéciales lui ont attribuée, à peine d'engendrer, de la sorte, une régionalisation ou une communautarisation «feutrées» des compétences qui lui sont pourtant réservées.

En l'occurrence, il résulte de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, que l'autorité fédérale est seule compétente pour le droit du travail.¹⁸⁵ D'après la Cour constitutionnelle, cette

¹⁸³ S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸⁴ Pourquoi se débarrasser de sa compétence relative au droit du travail, et non de celle qui concerne le bien-être au travail? Au nom de quelle cohérence la loi du 4 août 1996 n'a-t-elle pas, pour sa part, procédé à une exclusion d'applicabilité en ce qui concerne les rapports d'emploi au sein de la fonction publique communautaire et régionale et au sein de l'enseignement?

¹⁸⁵ C'est, par exemple, sur la base de la disposition précitée que la Cour constitutionnelle a jugé que le législateur communautaire n'était pas fondé à s'occuper du règlement de pension des membres du personnel de la RTBF liés par un contrat de travail «puisque la sécurité sociale est une compétence attribuée au législateur fédéral (art. 6, § 1^{er}, VII, dernier al. 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, modifiée par la loi spéciale du 8 août 1988)» (Arrêt n° 88/93, du 22 décembre 1993, cons. B.5.4.).

expression couvre la forme de travail consistant en une prestation, contre rémunération, effectuée dans un lien de subordination vis-à-vis d'un employeur.¹⁸⁶

Dans son avis rendu à propos de ce qui allait devenir la loi du 25 février 2003, la SLCE a, pour justifier sa conclusion selon laquelle l'autorité fédérale peut interdire les discriminations au niveau des entités fédérées à la faveur de l'exercice de ses compétences en matière de droit du travail, cité un avis antérieur¹⁸⁷ donné sur un avant-projet devenu le décret du 6 avril 1995 «*relatif à l'intégration des personnes handicapées*», confirmant l'existence de cette réserve de compétence. Elle y avait estimé, à propos de l'obligation d'engager des personnes handicapées dans les entreprises privées que: «*Cet engagement ne pourrait que prendre la forme d'un contrat de travail. Or, la Région n'est certainement pas compétente dans cette matière, ni au titre de la politique de l'emploi ni à celui de la politique des handicapés. Elle pourrait difficilement revendiquer cette compétence sur la base de ses pouvoirs implicites car la charge constituée par les engagements pour les employeurs ne saurait être considérée comme marginale par rapport à sa compétence principale*».¹⁸⁸ La compétence fédérale en matière de droit du travail a été mise plusieurs fois en évidence par la même section de législation lors de l'analyse de projets de décrets qui lui ont été soumis ultérieurement par diverses entités fédérées. D'une manière qui sera ensuite nuancée pour ce qui concerne l'enseignement dans la foulée de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 154/2005, elle a, chaque fois refusé à celles-ci le droit de s'arroger la compétence précitée à la faveur de la transposition de directives européennes relatives à l'égalité de traitement.¹⁸⁹

À notre estime, c'est sans renier l'existence de cette réserve de compétence en faveur de l'autorité fédérale que la SLCE a remis son avis sur l'avant-projet d'ordonnance bruxelloise relative à l'égalité des chances et la lutte contre la discrimination à l'embauche et à l'emploi.¹⁹⁰ Elle n'a fait qu'y constater qu'alors que la Région bruxelloise était exclusivement compétente pour adopter des règles en matière de lutte contre la discrimination et, par conséquent, pour trans-

¹⁸⁶ C.A., arrêt n° 65/2005, cons. B.12.

¹⁸⁷ Avis 23 478/2/V, donné le 10 août 1994.

¹⁸⁸ Avis 30.462/2 du 16 novembre 2000, sur une proposition de loi «*tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*», *Doc.parl.*, Sénat, n° 2-12/5, note de bas de page 4.

¹⁸⁹ Avis 36.415/2 du 11 février 2004 sur un avant-projet de décret relatif à l'égalité de traitement sur le marché du travail (*Doc.parl.*, P.C.G., sess. 2003-2004, n° 166/1); Avis 36.797 du 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle (*Doc.parl.*, P.R.W., sess. 2003-2004, n° 708/1); Avis 36.788/2 du 25 mars 2004 sur un avant-projet de décret relatif à la mise en œuvre de l'égalité de traitement (*Doc.parl.*, P.C.F., sess. 2003-2004, n° 543/1).

¹⁹⁰ Avis 41.541/1 du 16 novembre 2006, *Doc.parl.*, PRB, sess. 2006-2007, n° A-402/1, spéc. p. 21.

poser les directives européennes dans des matières relevant de la politique régionale de l'emploi ainsi que pour fixer le statut du personnel des organismes publics dépendant de la région et du personnel du gouvernement régional, le texte en projet présentait un vide juridique en ce qu'il ne s'appliquait pas au personnel précité. En procédant à ce constat, la SLCE ne s'est pas prononcée expressément sur le lien unissant ce personnel à la Région. Elle n'a donc pas indiqué que le personnel contractuel en ferait partie.

Il est vrai, en revanche, que, dans l'avis qu'elle a rendu quelques mois plus tard sur ce qui allait devenir une des ordonnances bruxelloises du 4 septembre 2008,¹⁹¹ la même section de législation a cru pouvoir valider le texte projeté en tant qu'il règle «*certain aspects du statut des agents statutaires et contractuels de l'administration, des organismes d'intérêt public et des organismes pararégionaux, par exemple l'interdiction de la discrimination directe et indirecte dans la sélection, la promotion et l'orientation professionnelle*».¹⁹² La SLCE rappelle d'abord que l'autorité fédérale a expressément décliné sa compétence s'agissant des «*relations de travail nouées avec les institutions visées aux articles 9 et 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles*»; conséquence probable, elle estime ensuite que l'ordonnance en projet «*ne sort pas, en principe, des limites de la compétence de la région*». Pour justifier encore cette extension aux contractuels, la section de législation ajoute, en note de bas de page, que les régions peuvent fixer le statut de ces agents, «*pour autant que les dispositions statutaires ne dérogent pas aux règles impératives de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (...)*».

Il est quelque peu étonnant que la SLCE ne se soit pas fixé la même ligne de conduite au moment d'examiner, en 2008, le projet de décret élaboré par la Communauté française et, en 2009, le projet de décret wallon modificatif du décret du 6 novembre 2008. Sans doute cela doit-il s'expliquer par le fait que, à cette occasion, les auteurs des projets avaient pris l'option expresse de ne pas légiférer au profit des contractuels, sans que ce choix ne fût en soi contraire aux règles constitutionnelles de répartition des compétences. Et sans doute était-ce là le choix de la logique la plus strictement conforme à ces dernières lorsqu'elles doivent permettre de désigner comme entité compétente pour transposer des directives européennes anti-discrimination celle qui est *en principe* compétente pour la matière concernée par ces directives et non celle qui pourrait l'être à titre *exceptionnel*.

¹⁹¹ Celle visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

¹⁹² Avis 42.960/4 du 27 avril 2007 rendu sur un avant-projet d'ordonnance «*relative à la diversité dans la fonction publique régionale*», *Doc.parl.*, PRB, sess. 2007-2008, n° A-467/1, pp. 23 et suiv.

Certes, les compétences attribuées respectivement à l'État fédéral et aux entités fédérées peuvent s'interpréter d'une manière qui les rend compatibles ou qui permette aux entités fédérées de régler des questions pour lesquelles elles ne sont *de prime abord* pas compétentes, en ce compris celles qui doivent être liées aux domaines de la sécurité sociale et du droit du travail.

La Cour constitutionnelle a, ainsi, pu valider le régime flamand de l'assurance soins en interprétant d'une manière conciliante la compétence fédérale en matière de sécurité sociale, fixée par le même article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et la compétence des communautés en matière d'aide aux personnes.¹⁹³ C'est dans cette même optique qu'elle a examiné un recours en annulation dirigé contre le décret de la Communauté flamande du 24 juillet 1996 fixant le statut du sportif amateur.¹⁹⁴

De sa jurisprudence, il se déduit qu'à l'évidence, la Communauté française et la Région wallonne sont fondées à prendre des mesures de nature décrétales qui concerneraient leurs agents contractuels, pour autant que celles-ci ne *touchent pas* à la compétence de l'autorité fédérale en matière de sécurité sociale et de droit du travail. C'est pour cette raison, par exemple, que la section de législation du Conseil d'État a pu rappeler, au moment de rendre son avis sur l'ordonnance bruxelloise du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, que *«s'agissant des agents contractuels, les régions peuvent en fixer le*

¹⁹³ Selon elle, en effet, *«une communauté n'exécède pas ses compétences si, dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées en matière d'aide aux personnes, elle accorde à certaines d'entre elles une aide particulière, distincte de celles qui sont accordées par le régime de sécurité sociale organisé par l'autorité fédérale, et sans toucher à une matière réservée à celle-ci»* (C.A., arrêt n° 51/2006, cons. B.10.5.). En conséquence, devraient seules être considérées comme excédant la compétence d'une communauté *«les mesures par lesquelles elle prétendrait modifier une règle de sécurité sociale, la remplacer, y déroger ou l'abroger»* (Ibid.).

¹⁹⁴ C.A., arrêt n° 11/98. Il s'est agi pour elle de vérifier, en l'espèce, si le droit du sportif de résilier annuellement son contrat d'affiliation avec une association sportive déterminée était conciliable avec les dispositions légales concernant la fin des contrats de travail, soit à durée indéterminée, soit à durée déterminée (contrats qui peuvent, dans certains cas, également lier le sportif à son association). Dans la négative, il y aurait atteinte à la compétence du législateur fédéral en matière de droit du travail. Constatant que *«le droit du travail prévoit aussi la possibilité de résilier les contrats de travail – ce qui est la règle pour les contrats à durée indéterminée»*, la Cour a estimé que le régime décretaal litigieux *«ne touchait pas»* à la compétence de l'autorité fédérale en matière de droit du travail en ce que le sportif amateur peut faire coïncider la fin de son contrat de travail à durée indéterminée avec la fin de son contrat d'affiliation. En revanche, relevant que la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée, contraire aux obligations contractuelles, demeure une cessation irrégulière du contrat de travail, la Cour a estimé que, sur ce point, le régime de liberté prévu par le décret flamand violait l'art. 6, § 1^{er}, VI, al. 5, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui réserve au législateur fédéral la compétence en matière de droit du travail (cons. B.10.).

statut¹⁹⁵ pour autant que les dispositions statutaires ne dérogent pas aux règles impératives de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et qu'elles soient intégrées dans les contrats de travail (...)» (voy. *supra*).

À notre sens, toutefois, et à peine de mettre à mal la *règle de base* et son effet utile, ces entités fédérées n'avaient pas et n'ont pas à prétexter de l'adoption d'une norme dont l'objet n'est que de prohiber les discriminations qui interviendraient dans des domaines liés à l'aire de leurs compétences propres, pour prohiber une discrimination intervenant dans un domaine rattaché de manière claire à l'aire de compétence *de principe* d'un autre législateur.

En conséquence, sauf à s'arroger, à cette occasion, une compétence réservée au législateur fédéral, la Région de Bruxelles-Capitale n'avait pas, selon nous, à prévoir une interdiction de discrimination dans le domaine des relations contractuelles d'emploi existantes au sein de sa fonction publique. La Communauté française et la Région wallonne l'ont quant à elles bien compris.

Corollairement, sauf à faire en sorte que la Belgique méconnaisse les directives européennes, le législateur fédéral n'avait pas à exclure les relations contractuelles nouées dans la fonction publique des entités fédérées du champ d'application de ses propres lois anti-discrimination.¹⁹⁶ Sous réserve, une fois encore, de ce qui sera développé à propos de l'enseignement, l'autorité fédérale reste le législateur naturel de l'ensemble des travailleurs engagés par contrat de travail. Elle est, par voie de conséquence, le législateur habilité à protéger ceux-ci contre les formes de discrimination prohibées par les directives européennes.

Ajoutons encore un ultime élément d'appréciation. Il est tentant de soutenir que la Communauté française aurait pu suivre le même cheminement que celui qui l'a amené à constater que *«les exigences européennes, combinées à l'abandon de compétence manifesté par le législateur fédéral emportent en réalité la nécessité, pour le législateur communautaire, de causer les débordements de compétences engendrés par la définition de dispositifs civils et procéduraux assortissant les règles d'égalité de traitement instaurées par ses soins»*.^{197/198} La Cour constitutionnelle n'a-t-elle pas fini par tenir compte *«de la nécessité dé-*

¹⁹⁵ En homogénéisant par exemple les règles d'évolution de carrière par rapport à celles applicables aux agents statutaires.

¹⁹⁶ D'autant moins, d'ailleurs qu'il a lui-même exposé que l'inapplicabilité de principe qu'il posait ainsi ne portait pas atteinte au champ d'application de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail.

¹⁹⁷ Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 13.

¹⁹⁸ La Communauté française a d'ailleurs longuement justifié le caractère proportionné de l'empiètement commis par ses soins en la matière (décret de la Communauté française du 12 décembre 2008, Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, pp. 11-13). Et de citer deux arrêts de la Cour constitutionnelle (n° 105/2000 du 25 octobre 2000 et n° 19/2001 du 14 février 2001) pour corroborer sa thèse.

coulant du droit communautaire européen» pour admettre une extension du champ d'application de l'assurance soins flamande à la catégorie de personnes qui habitent dans la région de langue française ou dans la région de langue allemande bien qu'elle ne soit en principe pas compétente à leur égard?^{199,200}

En dépit de cette avancée, qui contraste avec la frilosité dont fait habituellement preuve la Cour constitutionnelle lorsqu'il est question d'empiètements dans l'aire de compétence territoriale des entités fédérées, il reste à notre sens douteux, vu l'extrême modération avec laquelle la Cour a annulé le décret portant organisation de l'assurance soins, en visant qui plus est uniquement les cas présentant l'élément d'extranéité européen – et en blâmant les autres entités fédérées pour n'avoir pas prévu de dispositif analogue applicable dans leur aire de compétence territoriale – qu'elle condamne, à terme, la Communauté française ou la Région wallonne pour n'avoir pas voulu commettre un empiètement de compétence complémentaire à l'occasion de la transposition des directives anti-discrimination, alors même que le législateur fédéral pouvait et, donc, devait transposer celles-ci au titre de sa compétence en matière de droit du travail.

On ajoutera que, si d'aventure l'autorité fédérale était amenée à se défendre contre un moyen pris de la violation des règles répartitrices de compétence et des articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que ses lois du 10 mai 2007 excluent de leur champ d'application les relations d'emploi *contractuelles* dans la fonc-

tion publique des entités fédérées, et si, en outre, elle optait pour une défense identique à celle dont elle a fait usage dans l'affaire n° 17/2009,²⁰¹ elle devrait plaider pour une interprétation conciliante de ses textes, conforme aux règles répartitrices de compétence. En conséquence, soutiendrait-elle, ceux-ci ne devraient s'interpréter que comme excluant de leur champ d'application les relations d'emploi *statutaires* nouées par les entités fédérées.²⁰²

B. Le personnel enseignant de la Communauté française

Le second conflit négatif de compétences oppose l'État fédéral et la seule Communauté française quant à la détermination de l'autorité compétente pour régir, sur le plan de la non-discrimination, les relations *contractuelles* d'emploi qui se nouent au sein des établissements d'enseignement en Communauté française.

S. VAN DROOGHENBROECK rappelait, à juste titre, que la réserve fédérale en matière de droit du travail, évoquée par la SLCE pour délimiter l'intervention de la Communauté française, ne doit pas faire «*perdre de vue qu'à défaut de précision en sens contraire dans le texte même de l'article 127 de la Constitution, la compétence d'édicter les règles relatives à la relation de travail unissant un enseignant à un établissement d'enseignement, même dans le réseau libre, revient aux Communautés, et non au législateur fédéral*».²⁰³

La Cour constitutionnelle n'a-t-elle pas indiqué à ce propos, dans son arrêt n° 154/2005 du 20 octobre 2005, qu'en vertu de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o de la Constitution, les Communautés disposent de la plénitude de compétence pour régler l'enseignement au sens le plus large, sauf les trois exceptions énoncées²⁰⁴ qui doivent s'interpréter de façon stricte? N'a-t-elle pas ajouté que la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles,²⁰⁵ qui réserve à l'autorité fédérale la compétence en matière de sécurité sociale et de droit du travail, ne peut porter atteinte à la compétence communautaire en matière d'enseignement résultant directement de la Constitution? Et la Cour d'expliquer que le législateur fédéral ne peut intervenir, en matière de sécurité sociale et de droit du travail dans l'enseignement, qu'à l'égard des pensions.

¹⁹⁹ C.C., arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009, cons. B.10.2. Voy. pour un exposé exhaustif du contexte préalable à cet arrêt, H. VERSCHUEREN, «La régionalisation de la sécurité sociale en Belgique à la lumière de l'arrêt de la Cour de Justice européenne portant sur l'assurance soins flamande», *Rev. b. séc. Sociale*, 2^{ème} trim. 2008, pp. 173 et suiv.

²⁰⁰ Force est toutefois de constater qu'en l'occurrence, la Cour a réservé ce considérant aux ressortissants d'autres États membres de la Communauté européenne et aux ressortissants belges ayant fait usage de leur droit à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté européenne, disculpant la Communauté flamande pour l'exclusion de son régime d'assurance soins des ressortissants belges résidant en région de langue française ou dans la région de langue allemande n'ayant pas circulé à l'intérieur de la Communauté européenne mais travaillant dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, au nom des exigences inhérentes à la répartition des compétences au sein de la structure fédérale belge. Pour la Cour constitutionnelle, sans qu'elle ne doive examiner si ces personnes «pourraient être victimes d'une discrimination dans l'exercice de leur droit à la libre circulation des personnes, visé à l'art. 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, il convient de constater qu'en toute hypothèse, cette éventuelle discrimination ne pourrait avoir son siège dans le décret attaqué, mais dans l'absence de dispositions analogues dans des décrets des Communautés française et germanophone ou dans l'absence de mesures fédérales de sécurité sociale (...)» (arrêt n° 11/2009, cons. B.16.). Elle a, en outre, admis l'empiètement de compétences requis par la Cour de justice des Communautés européennes parce que le groupe de citoyens «européens» injustement entravé constitue un groupe «relativement limité» et parce que le décret flamand organique de l'assurance soins prévoit une suppression ou une réduction de l'intervention «si l'usager a droit à la couverture des mêmes frais en vertu d'autres dispositions légales ou décrétales» (cons. B.10.2).

²⁰¹ Voy. plus haut, § 4, I.

²⁰² Cette interprétation conciliante des lois fédérales pourrait également servir d'argument à la Communauté française ou à la Région wallonne en cas de mise en cause de leurs décrets par un de leurs agents contractuels.

²⁰³ S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une «horizontalisation» des droits de l'homme», *A.P.T.*, 2003, liv. 3-4, p. 223.

²⁰⁴ Il s'agit de la fixation du début et de la fin de l'obligation scolaire, des conditions minimales pour la délivrance des diplômes et, enfin, du régime des pensions.

²⁰⁵ Art. 6, § 1^{er}, VI, al. 5, 12^o.

Se révèle ainsi un large domaine de compétence de la Communauté française en matière de «*droit du travail et de la sécurité sociale dans l'enseignement*», dont il ne semble pas que toute l'ampleur ait à ce jour été réellement mesurée... On relayera ici les interrogations de Xavier DELGRANGE, qui se demande s'il faut déduire de l'arrêt n° 154/2005, précité, «*que la sécurité sociale fédérale ne peut plus, depuis 1988, dédommager le professeur victime d'un accident du travail, payer les soins de santé d'une institutrice*» et si les Communautés devront «*par voie de conséquence, organiser et financer, au profit des enseignants, leur propre régime de sécurité sociale*». ²⁰⁶

L'article 127 de la Constitution et son articulation avec la loi spéciale ouvrent ainsi de larges perspectives pour la Communauté française qui pourrait régler, si elle le souhaitait, le droit du travail et de la sécurité sociale des enseignants sans craindre d'empiéter sur les compétences de l'autorité fédérale en la matière. ²⁰⁷

L'usage des compétences précitées n'aurait pas qu'une incidence dans l'état du droit national mais il en aurait aussi, et par voie de conséquence, dans la perspective de la transposition des directives anti-discrimination, puisque la Communauté française doit veiller à respecter les principes d'égalité de traitement que celles-ci contiennent dans le cadre de l'exercice des compétences qui lui sont propres, à tout le moins dès le moment où elle fait usage de ces dernières.

On croit pouvoir dire, toutefois, que tant que la Communauté française n'exerce pas les compétences que la Cour constitutionnelle a ainsi rappelées à son souvenir, une transposition du droit européen dérivé dans ce cadre n'aurait, pragmatiquement parlant, aucune effectivité. S'agissant de non-discrimination, toutefois, l'argument n'est pas conforme à la *règle de base* et revient, en tout cas, à user du même procédé que l'autorité fédérale en matière de droit du travail dans la fonction publique des entités fédérées. Or, nous venons d'exposer qu'il n'était, à notre estime, pas admissible sur le plan des principes de faire abandon d'une compétence propre pour s'épargner, dans le domaine concerné, la responsabilité de la transposition des directives européennes.

Il apparaît donc que, même si la Communauté française n'a à ce jour que très marginalement fait usage de son droit de créer un droit du travail *matériel* dans

²⁰⁶ X. DELGRANGE, «La Communauté française devra-t-elle financer la sécurité sociale des enseignants?», *Journ. Jur.*, 2005, liv. 47, p. 6.

²⁰⁷ S'agissant du bien-être au travail, par application analogique du contenu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 154/2005, précité, la compétence réservée en principe au législateur fédéral en matière de protection du travail ne pourrait porter atteinte à la compétence communautaire en matière d'enseignement résultant directement de la Constitution. Si, donc, la Communauté française décidait d'instaurer un régime propre de protection du travail – et donc de protection contre le harcèlement lors de l'exécution du travail – dans l'enseignement, elle ne se rendrait responsable d'aucun empiètement de compétence.

l'enseignement, ²⁰⁸ elle est supposée s'en tenir, pour transposer les directives anti-discrimination, au canevas théorique de répartition des compétences dressé par la Constitution et la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. La Communauté française devrait, dès lors, étendre le champ d'application de son décret du 12 décembre 2008 aux relations *contractuelles* d'emploi qui se nouent dans l'enseignement.

C. En guise de perspective

Le double conflit négatif de compétences mis ici en exergue amène assez naturellement à une conclusion proche de celle qu'a adoptée la Cour constitutionnelle en matière de radiodiffusion. Si, en règle, considérait-elle, «*l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences*», dès lors que «*les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, (...) elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération*. «*Il s'ensuit, estime-t-elle, qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences*». ²⁰⁹

En l'espèce, et là réside peut-être tout le piquant du constat, ce serait parce que *toutes* les compétences matérielles de l'État fédéral et des entités fédérées sont à ce point imbriquées qu'il faudrait que ces autorités, à défaut d'y être contraintes à la faveur d'une modification de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980, s'astreignent à une coopération préalable au moment de transposer des directives anti-discrimination. Ainsi, le caractère transversal des principes d'égalité et de non-discrimination mis en évidence par la SLCE et par la Cour constitutionnelle constitue un révélateur supplémentaire pour le moins édifiant de ce que l'exclusivité des compétences en droit belge n'existe pas.

V. Les organismes de promotion de l'égalité de traitement: vers la conclusion d'accords de coopération?

Dernière épine à ôter: l'obligation inscrite dans les directives à transposer de mettre en place un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de

²⁰⁸ Peut-être faut-il détecter là une certaine superstition de la Communauté française, peu encline à exploiter les potentialités révélées par l'ancienne Cour d'arbitrage dans son arrêt 154/2005?

²⁰⁹ Voy. l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, cons. B.6.2., ou l'arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006, cons. B.6.2.

traitement entre toutes les personnes, sans discrimination fondée sur les critères protégés.²¹⁰ En droit belge, cette obligation se heurte en effet au principe d'exclusivité des compétences, lequel a notamment pour conséquence que les institutions créées par une collectivité ne peuvent agir que dans le domaine de compétence de celle-ci. Il en résulte que le Centre pour l'Égalité des chances et la lutte contre le racisme et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, créés par le législateur fédéral^{211/212} n'ont, en principe, pas vocation à exercer leurs missions en cas de discriminations constatées dans un domaine ne ressortissant pas à la compétence de leur autorité créatrice, sauf signature préalable d'un accord de coopération entre l'État fédéral et l'entité compétente dans le domaine où le comportement discriminant s'est développé.²¹³ À défaut d'un tel accord de coopération, il incombe aux législateurs de chacune des entités fédérées de créer leurs propres organismes autonomes.

Aux yeux de la Communauté française et de la Région wallonne, il est apparu nécessaire de confier expressément au Centre et à l'Institut, organismes déjà connus des citoyens, les missions découlant des directives à transposer, pour les cas où celles-ci porteraient, en l'occurrence, sur des discriminations commises dans des domaines ressortissant à leurs compétences respectives.²¹⁴

L'article 30 du décret wallon du 6 novembre 2008 indique que le Gouvernement conclut un *accord de coopération* avec l'État fédéral habilitant le Centre et l'Institut à ester en justice. Quant à son article 16, il précise que «conformément à l'article 3 de la loi créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et aux articles 4 et 10, 2°, de la loi portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, le Gouvernement est habilité à conclure, avec le Centre et l'Institut, un *protocole destiné à préciser les modalités de la collaboration, notamment en matière de conciliation*». Les articles 37 et

38 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 désignent, quant à eux, sans la moindre réserve d'un nécessaire accord de coopération, les deux institutions en qualité d'organismes autonomes de lutte contre la discrimination dans les domaines couverts par le décret, et leur confient toutes les missions exigées par les directives, dont celle d'ester en justice pour et avec les victimes de discrimination. En revanche, les législations bruxelloises ne contiennent pas de délégation expresse aux deux organismes précités, renvoyant systématiquement à l'exécutif le soin de désigner un ou plusieurs organismes pour assumer les missions définies par les directives européennes.²¹⁵

À la lecture des options choisies tantôt par la Région wallonne tantôt par la Communauté française, trois questions méritent d'être éclaircies: l'éventuelle base légale, les limites et la formalisation (nécessité réelle d'un accord de coopération ou d'un simple protocole?) de l'élargissement des missions du Centre et de l'Institut aux discriminations survenues dans le domaine de compétence des entités fédérées.

S'agissant d'élargir les *missions du Centre*, il échet de relever que cet organisme est habilité, au-delà de l'exercice des missions dévolues par le législateur fédéral, «à accomplir toute autre mission confiée par tout pouvoir public».²¹⁶ Il en résulterait que si la Communauté française ou toute autre entité fédérée lui confiait une mission comparable à celles qui lui sont dévolues par les lois fédérales du 10 mai 2007, il serait légalement habilité à l'exécuter.²¹⁷

²¹⁵ Voy. art. 12 de l'ordonnance de la COCOF du 22 mars 2007; art. 198 du Code bruxellois du Logement tel que modifié par l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 mars 2009; art. 15 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; art. 24 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise.

²¹⁶ En vertu de l'art. 3, al. 2, 3°, de la loi du 15 février 1993, précitée. Cette mission complémentaire est le produit d'un amendement gouvernemental justifié de la manière suivante: «Tout pouvoir public de quelque niveau institutionnel qu'il soit pourra sur sa propre initiative confier au Centre toute tâche en rapport avec ses compétences» (*Doc.parl.*, Ch., SE 1991-1992, n° 339/2, p. 5).

²¹⁷ C'est en tout cas dans ce cadre qu'ont été récemment conclus des protocoles entre le Centre, d'une part, et la Région wallonne et la Communauté française, d'autre part (Voy. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Discrimination / Diversité. Rapport annuel 2008*, Bruxelles, juillet 2009, pp. 73 et 134). Ces protocoles désignent le Centre comme organe public autonome chargé d'apporter aux victimes de discrimination l'aide indépendante nécessaire à la mise en œuvre de leurs droits. Ils règlent la collaboration entre le Centre et chacune de ces entités fédérées précitées en matière d'échange d'informations entre les parties, de conciliation informelle, d'information juridique à destination des victimes de discrimination, d'information et sensibilisation à destination du public, de formation, d'avis et de recommandations, de conduite d'études, de publication de rapports, à savoir toutes les missions actuellement accomplies par le Centre au niveau fédéral, à l'exception des

.../...

²¹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., p. 125 et suiv., et les références citées, notamment deux avis de la section de législation du Conseil d'État.

²¹¹ *M.B.*, 19 février 1993.

²¹² *M.B.*, 31 décembre 2002.

²¹³ Obligation rappelée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis sur le décret du 12 décembre 2008, *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/1, p. 116.

²¹⁴ Il est vrai que la multiplication d'organismes de promotion de l'égalité de traitement qui résulterait de la mise en œuvre stricte des règles précitées est de nature à méconnaître l'objectif indiqué par les directives européennes à transposer, spécialement en ce qui concerne l'aide à fournir aux victimes de discriminations. Ces dernières doivent, en effet, pouvoir en appeler à l'aide d'organismes chargés de veiller à leur protection sans souffrir, concrètement, du morcellement des compétences issu des règles constitutionnelles belges. Les contraindre à s'adresser à une instance différente en fonction du domaine dans lequel s'est produite la discrimination qui leur a été infligée paraît d'emblée contre-productif par rapport aux objectifs à poursuivre.

En dépit de la brèche ouverte par les articles 37 et 38 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008, il semble par contre – et le décret wallon le confirme – que, sauf accord de coopération, le Centre, en tant qu'institution fédérale, ne peut légalement envisager la mise en oeuvre de recours judiciaires que sur la base des législations fédérales énumérées dans sa loi organique. En effet, l'article 3, 5^o de cette loi habilite uniquement le Centre à ester en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application des lois fédérales qu'il vise.^{218/219}

À la différence de la loi organique du Centre, la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ne contient pas – en dépit de ce que le législateur wallon a bien voulu y lire²²⁰ – une disposition permettant à cet organisme indépendant d'accomplir toute autre mission confiée par tout pouvoir public. En l'état, cette lacune prive les entités fédérées d'un fondement légal émanant du législateur fédéral lui-même, qui autoriserait les entités fédérées à confier à l'Institut en la surveillance du respect de l'égalité entre hommes et femmes dans les domaines relevant de leurs compétences, qu'il s'agisse tant des missions consultatives que de l'action en justice.

Cela étant, à notre avis, le fait que le législateur fédéral ait pu décider, de sa seule initiative, et sans fondement constitutionnel, que les autres entités fédérées pourraient confier des missions à ses propres instances – en l'occurrence, le

.../...

recours en justice. L'option prise par les législateurs bruxellois n'empêcherait pas que la Région de Bruxelles-Capitale, la COCOF et la COCOM signent un protocole de collaboration similaire. Un tel protocole est d'ailleurs en discussion entre la Région Bruxelles-Capitale et le Centre.

²¹⁸ La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite et du trafic des êtres humains; le chapitre Vbis de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail; la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

²¹⁹ Indépendamment encore de ce que permet le décret de la Communauté française, et donc à tout le moins pour les autres entités fédérées, il faut probablement relativiser l'impact de ce dernier constat sur la protection qualitative des victimes. Premièrement, celles-ci pourront toujours être représentées ou accompagnées devant les juridictions par des associations ou des organisations représentatives de travailleurs. Deuxièmement, il faut constater la place considérable du processus d'avis et de conciliation dans le cadre de l'assistance aux victimes de discrimination. En effet, la pratique du Centre démontre combien la solution des litiges ou des conflits peut trouver une issue utile par l'information, la conciliation ou la médiation. Dans son travail quotidien avec les victimes de discrimination, le Centre ne saisit la justice qu'avec parcimonie, dans le cas les plus flagrants, soit en 2007, dans seulement 2 % des signalements introduits (Voy. Rapport Discrimination/Diversité. Rapport 2007, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme pp. 40-63).

²²⁰ Voy. *supra*, le décret wallon se réfère à l'art. 10, 2^o de la loi organique de l'Institut.

Centre – ne supprime pas les interrogations liées au principe constitutionnel d'exclusivité des compétences. Indépendamment de l'existence de l'article 3, alinéa 2, 3^o, de la loi du 15 février 1993²²¹ il peut, en effet, toujours paraître douteux que les entités fédérées confient des missions rattachées à des matières qui leur sont propres à des organismes fédéraux et ce, encore une fois, qu'il s'agisse de missions consultatives ou «juridictionnelles». L'autorisation délivrée par le législateur fédéral en ce qui concerne le Centre – ou, au contraire, son éventuel refus de voir les autres entités fédérées l'habiliter à ester en justice pour leur compte – n'est, en d'autres termes, en soi, guère une garantie de constitutionnalité de la démarche entreprise radicalement par la Communauté française et de manière plus nuancée par la Région wallonne pour y donner suite.

Pour justifier l'empiètement de compétences résultant donc de l'initiative des entités fédérées, il est vraisemblablement plus prudent d'en appeler au précédent de l'«arrêt Everberg»,²²² dans lequel la juridiction constitutionnelle a examiné la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction, en vertu de laquelle a été créé le centre fermé d'Everberg. Dans cet arrêt, la Cour a admis que ces mineurs puissent être placés dans un centre fédéral alors que les infrastructures d'aide à la jeunesse relèvent de la compétence des communautés. À son estime, le législateur fédéral a pu juger nécessaire d'exercer cette compétence «*dès lors que cette mesure, compte tenu de ses limites, de son caractère complémentaire et subsidiaire et de l'exigence d'un accord de coopération avec les communautés, ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la compétence des communautés*».²²³

Dans une perspective similaire, mais inversée, la nécessité d'assurer une transposition efficace des directives anti-discrimination et de confier, en conséquence, à des organismes autonomes déjà installés les missions utiles, a pu emporter la conviction suivante de la Communauté française et de la Région wallonne: pour exercer la compétence qui leur revient d'assurer l'égalité de traitement dans les matières qui leur sont dévolues, elles doivent pouvoir adopter des mesures consistant à élargir les missions du Centre et de l'Institut, y compris pour leur permettre d'ester en justice. Ces mesures sont, en tant que telles, proportionnées, puisqu'elles n'ont pas pour effet de modifier l'organisation fondamentale desdits organismes. Il s'agit, en effet, uniquement, de leur permettre d'exercer les missions qu'ils exécutent habituellement mais dans des domaines rattachés aux compétences des entités fédérées.

²²¹ Lequel est sans doute le produit de la conception ancienne selon laquelle le droit de l'égalité de traitement et de la lutte contre les discriminations est une compétence fédérale générale.

²²² Prononcé par la Cour constitutionnelle, n° 166/2003 du 17 décembre 2003.

²²³ Cons. B.3.8.

Sachant que la Région wallonne n'avait pas à confirmer l'exigence d'un accord de coopération pour attribuer un droit d'ester en justice au Centre et à l'Institut, puisque cette exigence est, le cas échéant, applicable de plein droit en vertu de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, le précédent «Everberg» permet en revanche de se demander si, en dépit de la logique moins réservée qui a été la sienne lors de l'élaboration de son texte, la Communauté française ne devrait pas considérer quant à elle que la conclusion d'un tel accord est souhaitable, voire obligatoire aux fins de respecter le principe de proportionnalité.²²⁴ Il semble, assez heureusement, qu'elle partage ce point de vue.²²⁵ En définitive, il reviendra à la Cour constitutionnelle de trancher la question de savoir si l'éventuelle absence d'un tel accord de coopération entre l'autorité fédérale et les entités fédérées concernées est de nature à rendre inconstitutionnelle l'intervention du Centre et de l'Institut dans les domaines rattachés aux compétences fédérées.

§ 5. CONCLUSION

Comme annoncé d'emblée, et la quatrième partie de cet article le confirme, les récentes initiatives des entités fédérées en matière de lutte contre la discrimination sont autant d'arbres qui «créent» ou «rèvelent» la forêt complexe du paysage institutionnel belge. Tout prête probablement à controverse en cette matière de répartition des compétences.

Dans un souci de cohérence et de ne pas ajouter des «discriminations légales»²²⁶ – instituées par les normes elles-mêmes – à l'inégalité de traitement subie par les victimes, il est apparu que les corps même des textes adoptés au sein des entités du Centre et du Sud du pays sont largement similaires à ceux émis à l'échelon fédéral. Cet alignement vaut à la fois pour le choix des critères pro-

²²⁴ Pour garantir au Centre et à l'Institut que la négociation d'un accord de coopération aurait lieu dans un délai raisonnable, sans les priver de l'exercice immédiat de leurs missions nouvelles, il aurait pu être prévu, à l'instar de ce qui a été imaginé dans le cadre de la loi «Everberg», que les dispositions du décret du 12 décembre 2008 relatives aux compétences de l'Institut et du Centre cesseraient d'être en vigueur à défaut de conclusion d'un accord de coopération relatif à la gestion conjointe de ces institutions, par exemple, dans un délai de six mois à compter de la publication du texte décretaal au *Moniteur belge*.

²²⁵ Voy. rapport de Commission du projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/2, p. 4 ainsi que les déclarations de politique régionale et communautaire élaborées au lendemain des élections du mois du 7 juin 2009.

²²⁶ Le terme de «discriminations légales» est ici utilisé de façon délibérément profane. En effet, s'il semble peu opportun, voire peu légitime, de créer des régimes de protection distincts dans les différentes entités fédérale et fédérées, la Cour constitutionnelle s'abstiendrait vraisemblablement de censurer ces différences, au nom de l'autonomie des régions et des communautés. Voy. utilement à ce sujet V. FLOHIMONT, «Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle», *R.B.D.C.*, 2008, n° 3, pp. 224-225.

tégés, la définition des discriminations, ou encore l'instauration de dispositifs pénaux et civils originaux. Les textes fédéraux étant globalement exemplaires, on louera cette démarche qui facilitera tant la recherche de protection par les victimes que la tâche du juge.²²⁷ Sous réserve du contenu même de la liste des critères protégés, d'un aménagement dans la nullité des clauses discriminatoires et de quelques orientations d'interprétation, la Cour constitutionnelle, saisie de pas moins de huit recours en annulation à l'encontre des lois fédérales du 10 mai 2007, a d'ailleurs validé ces dernières.

Seule la Région de Bruxelles-Capitale doit compléter son arsenal juridique pour se conformer pleinement aux directives européennes d'égalité de traitement actuellement en vigueur. Dépassent, en revanche, les exigences européennes, la Région wallonne et la Communauté française, même si cette dernière n'a pas inclus de «catégorie résiduaire» dans son champ d'application matériel. Encore faut-il préciser qu'en application de l'article 29 de la directive 2006/54/CE, chacune des entités devra prochainement s'adonner à la mise en œuvre d'une politique de «gendermainstreaming».²²⁸

Bien sûr, une des prochaines priorités consistera à résoudre le double conflit négatif de compétence, frappant le personnel enseignant engagé dans les liens d'un contrat de travail et celui de la fonction publique *sensu latu* en Région wallonne et en Communauté française.

Il nous reste à rappeler ici que les directives européennes d'égalité de traitement invitent les États à fournir une information utile à toutes les personnes concernées par les normes anti-discriminatoires sur le contenu de celles-ci. Les Gouvernements de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Région wallonne et de la Communauté française devront ainsi veiller à ce que leurs décrets et ordonnances respectifs fassent l'objet d'une large diffusion auprès des administrations, des sociétés de logement social, des écoles, des opérateurs de formation professionnelle et des particuliers.

²²⁷ Rapport de Commission du projet de décret de la Communauté française «relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination», *Doc.*, P.C.F., sess. 2008-2009, n° 601/2, p. 3.

²²⁸ À l'instar de la loi fédérale du 12 janvier 2007 visant au contrôle de l'application des résolutions de la conférence mondiale sur les femmes réunie à Pékin en septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques fédérales (*M.B.*, 13 février 2007). Ainsi, dans son article 2, § 1, la législation fédérale prévoit que le Gouvernement veille à la mise en œuvre des objectifs de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes tenue à Pékin en septembre 1995 et plus particulièrement à l'intégration de la dimension de genre dans l'ensemble des politiques, mesures, préparations de budgets ou actions qu'il prend et cela, en vue d'éviter ou de corriger d'éventuelles inégalités entre les femmes et les hommes.

Enfin, la mise en oeuvre des normes anti-discriminatoires engendrera parfois un certain coût que les acteurs publics et privés devront alors budgéter. Ainsi, si l'exposé de ces dernières revêt une technicité étroite, on gardera le cap de l'outil de transformation sociale profond et prometteur qu'elles constituent désormais.