

4.2.2. Les actions positives

C. const., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009

Action positive – Lois antidiscrimination – Transposition directive 2000/78 – Conditions – critères identiques pour les citoyens et pouvoirs publics – Non-violation des articles 10 et 11 Const.

Extraits

Quant au quatrième moyen : les mesures d'action positive

B.21. Le quatrième moyen est dirigé contre l'article 10 de la loi anti-racisme, contre l'article 10 de la loi générale anti-discrimination et contre l'article 16 de la loi « genre », qui prévoient un motif général de justification pour les mesures d'action positive. Selon les parties requérantes, ces dispositions violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elles imposent aux citoyens les mêmes critères en vue d'une action positive qu'aux pouvoirs publics (première branche) [...].

B.22.1. En vertu des dispositions attaquées, une distinction directe ou indirecte qui repose sur l'un des motifs de discrimination mentionnés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination lorsque cette distinction constitue une mesure d'action positive (article 10, § 1^{er}, de la loi anti-racisme, article 10, § 1^{er}, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 1^{er}, de la loi « genre »).

Les mesures d'action positive sont des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des motifs de discrimination mentionnés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique (article 4, 11^o, de la loi anti-racisme, article 4, 11^o, de la loi générale anti-discrimination et article 5, 11^o, de la loi « genre »).

B.22.2. Une mesure d'action positive ne peut être prise que moyennant le respect des conditions suivantes :

- (1) il doit exister une inégalité manifeste ;
- (2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;
- (3) la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;
- (4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui (article 10, § 2, de la loi anti-racisme, article 10, § 2, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 2, de la loi « genre »).

B.22.3. Par le passé, la Cour a admis que le législateur prenne des mesures d'action positive si elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Néanmoins, de telles « inégalités correctrices » doivent, pour être compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, n'être appliquées que dans les cas d'inégalité

manifeste, la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir, les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint et elles ne peuvent restreindre inutilement les droits d'autrui (arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2 ; arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20 ; arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79).

B.22.4. Le législateur a voulu reprendre expressément dans le texte de la loi la jurisprudence de la Cour en matière d'inégalités correctrices. Les conditions mentionnées dans les dispositions attaquées correspondent à celles que la Cour a, dans les arrêts précités, attachées aux mesures d'action positive.

B.22.5. Les dispositions attaquées habilent le Roi à déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre (article 10, § 3, de la loi anti-racisme, article 10, § 3, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 3, de la loi « genre »). Il ressort des travaux préparatoires que, sans pareil cadre, les particuliers ne peuvent invoquer le motif général de justification pour les mesures d'action positive (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/001, DOC 51-2721/001, DOC 51-2722/001, p. 52).

Lorsqu'il détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre, le Roi doit respecter les conditions mentionnées en B.22.2 et tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes. Il doit en outre déterminer ces hypothèses et conditions de manière à ce que celui qui souhaite invoquer ce motif de justification respecte également ces conditions.

B.22.6. Lorsqu'il examine une mesure d'action positive d'un citoyen, le juge compétent doit dès lors vérifier s'il est globalement satisfait aux mêmes conditions que lorsque le juge compétent examine une mesure d'action positive des pouvoirs publics. Ce traitement égal n'est pas discriminatoire.

En effet, ainsi qu'il a été observé en B.10.3 à B.10.5, les citoyens et les pouvoirs publics qui sont soumis à l'interdiction de discrimination ne se trouvent pas dans des situations fondamentalement différentes en ce qu'ils occupent, en fait ou en droit, une position dominante dans les relations juridiques qui leur donne l'occasion de discriminer.

Dès lors qu'il appartient au législateur de préciser l'obligation de respecter l'interdiction de discrimination, il ne peut lui être reproché de prévoir un cadre pour les mesures d'action positive et d'aligner les critères pour leur exécution sur ceux que les pouvoirs publics doivent eux aussi respecter.

B.22.7. Le quatrième moyen, en sa première branche, n'est pas fondé.

C.J.U.E., arrêt *Petya Milkova* du 9 mars 2017, C-406/15

Emploi – Distinction entre travailleurs handicapés et non handicapés – Protection spéciale *ex ante* en cas de licenciement pour les travailleurs salariés – Action positive – Art. 7, § 2, directive 2000/78 – Art. 27 et 5, § 4, CDPH – Mise en œuvre du droit de l'Union – Art. 51 Charte des droits fondamentaux de l'UE – Principe d'égalité – Absence de protection équivalente au profit des fonctionnaires atteints du même handicap

Extraits

45. En l'occurrence, le gouvernement bulgare fait toutefois valoir qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, qui instaure une distinction entre les travailleurs handicapés et les travailleurs non handicapés, en ce qui concerne la protection spéciale *ex ante* en cas de licenciement, prévue seulement pour les premiers de ces travailleurs, comporte, en substance, une « action positive », au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/78.

46. Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que ladite disposition permet d'instaurer une distinction fondée sur le handicap, à condition que cette dernière fasse partie de dispositions relatives à la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ou de mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager l'insertion des personnes handicapées dans le monde du travail. Ainsi, une telle distinction, en faveur de personnes handicapées, contribue à la réalisation de l'objet de la directive 2000/78, tel qu'il est énoncé à l'article 1^{er} de cette dernière, à savoir, la lutte contre la discrimination fondée, en l'occurrence, sur le handicap, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans l'État membre concerné, le principe d'égalité de traitement (voir, en ce sens, arrêt du 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:415, point 42).

47. En effet, l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/78 a pour but d'autoriser des mesures spécifiques qui visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait affectant les personnes handicapées, pouvant exister dans leur vie sociale et, en particulier, dans leur vie professionnelle, ainsi qu'à parvenir à une égalité substantielle, et non formelle, en réduisant ces inégalités.

48. Cette interprétation est corroborée par la convention de l'ONU, qui, selon une jurisprudence constante, peut être invoquée aux fins d'interpréter la directive 2000/78, laquelle doit faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à cette convention (arrêt du 1^{er} décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, EU:C:2016:917, point 41 et jurisprudence citée).

49. En effet, il importe de relever, d'une part, que, en vertu de l'article 27, paragraphe 1, sous h), de la convention de l'ONU, les parties contractantes garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, parmi lesquelles des mesures législatives, pour, notamment, favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appro-

priées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures. D'autre part, selon l'article 5, paragraphe 1, de cette convention, ces mêmes parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit, sans discrimination, à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi, l'article 5, paragraphe 4, de ladite convention autorisant, en outre, de manière expresse les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées.

50. Il découle de ce qui précède que la réglementation en cause au principal entre dans le champ d'application de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/78 et, en tant que telle, poursuit un objectif couvert par le droit de l'Union, au sens de la jurisprudence constante de la Cour adoptée en vue de déterminer si une mesure nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») (voir, en ce sens, arrêts du 6 mars 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, points 22 et 25 ainsi que jurisprudence citée, et du 10 juillet 2014, Julián Hernández e.a., C-198/13, EU:C:2014:2055, point 37). [...]

54. Il s'ensuit que la réglementation nationale applicable au litige au principal relève de la mise en œuvre du droit de l'Union, ce qui implique que, en l'occurrence, sont applicables les principes généraux du droit de l'Union, tels que, notamment, le principe d'égalité de traitement, ainsi que la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2014, Julián Hernández e.a., C-198/13, EU:C:2014:2055, point 33). [...]

59. À cet égard, il importe de souligner, tout d'abord, que, en relevant la spécificité de la protection prévue par le droit bulgare, la juridiction de renvoi précise que l'intérêt de cette protection réside dans le fait qu'un organe spécialisé apprécie les répercussions du licenciement sur l'état de santé de la personne concernée et décide d'autoriser ou non celui-ci.

60. Ainsi, la finalité d'une réglementation telle que celle en cause au principal est de protéger un travailleur, non pas en fonction du type de lien juridique constitutif de sa relation de travail, mais en raison de son état de santé.

61. Dès lors, la distinction opérée par une telle réglementation entre les travailleurs salariés atteints d'un handicap donné et les fonctionnaires atteints du même handicap ne paraît pas adéquate à la lumière du but poursuivi par cette réglementation, d'autant plus que ces catégories de personnes handicapées peuvent toutes deux être employées par la même administration.

62. Il appartient au juge national, en ce qui concerne la différence de traitement alléguée dans l'affaire au principal, de vérifier si l'ensemble des règles du droit national applicables offre aux fonctionnaires handicapés un niveau de protection équivalent à celui qui est prévu par le mécanisme d'autorisation préalable de l'inspection du travail en ce qui concerne les salariés handicapés employés dans le secteur de l'administration publique.

63. Enfin, si la juridiction de renvoi devait juger qu'une différence de traitement entre ces groupes de personnes, se trouvant dans une situation comparable, est établie, il appartiendrait en dernier ressort à cette juridiction, seule compétente pour apprécier les faits en cause dans le litige dont elle est saisie et pour interpréter la

réglementation nationale applicable, de déterminer si, et dans quelle mesure, une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, est objectivement justifiée à la lumière du principe d'égalité de traitement.

64. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux première et troisième questions que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/78, lu à la lumière de la convention de l'ONU et en combinaison avec le principe général d'égalité de traitement, consacré aux articles 20 et 21 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il autorise une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui confère aux salariés atteints de certains handicaps une protection spéciale ex ante en cas de licenciement, sans pour autant conférer une telle protection aux fonctionnaires atteints des mêmes handicaps, à moins qu'une violation du principe d'égalité de traitement ne soit établie, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Lors de cette vérification, la comparaison des situations doit être fondée sur une analyse centrée sur l'ensemble des règles du droit national pertinentes régissant les positions des travailleurs salariés atteints d'un handicap donné, d'une part, et celles des fonctionnaires atteints du même handicap, d'autre part, eu égard notamment à l'objet de la protection contre le licenciement en cause au principal.

**Comité des droits des personnes handicapées, décision A.F. c. Italie
du 27 mars 2015, communication n° 9/2012**

Travailleurs handicapés – Entreprise publique – Législation italienne
– Quota – Concours public – Non-violation de l'article 27 CDPH

Extraits

Rappel des faits présentés par l'auteur

2.1. L'auteur souffre depuis l'enfance de la « maladie de Gaucher » et présente un taux d'incapacité physique permanente de 50 %. Il est sous traitement médical permanent. En décembre 2005, l'auteur était sans emploi et inscrit au bureau de l'emploi de la province de Modène. Son nom figurait sur la liste des chômeurs handicapés au titre de la loi n° 68/1999 du 12 mars 1999, qui définit les normes applicables au droit au travail des personnes handicapées. Cette loi prévoit des exonérations de charges sociales et un système de financement des dépenses engagées pour adapter les postes et les conditions de travail aux besoins des travailleurs handicapés. En vertu de l'article 3, alinéa a), de la loi, toute entreprise publique comptant plus de 50 salariés est tenue d'employer au moins 7 % de personnes handicapées [...]. En outre, le paragraphe 2 de l'article 7 dispose que les employeurs publics ont l'obligation de réserver aux personnes handicapées jusqu'à la moitié des postes à pourvoir par voie de concours [...].

2.2. En 2006, l'auteur a travaillé comme stagiaire dans un département technique de l'Université de Modène et de Reggio d'Émilie. Le 2 mai 2006, l'Université a publié un avis de concours dans la catégorie C pour recruter un technicien scientifique dans le département d'ingénierie. Considérant que le poste correspondait à

sa formation et à son expérience professionnelle, l'auteur a passé le concours. En préambule du concours de l'Université, il était fait référence à la loi n° 68/1999. L'auteur affirme qu'en vertu de cette loi, en cas d'égalité de résultats, les personnes handicapées doivent être préférées aux autres candidats. Les résultats du concours ont été officiellement publiés par l'arrêté n° 595 du 22 septembre 2006 : l'auteur était classé troisième, avec une note de 50,5 sur 60 [...]. Comme un seul poste était vacant, l'auteur n'a pas été embauché. Le 17 avril 2008, l'Université a ouvert un deuxième concours public en vue de pourvoir un poste analogue de technicien scientifique de catégorie C. Le concours était réservé aux anciens militaires, si bien que l'auteur n'a pas pu y prendre part.

2.3. L'auteur fait valoir que bien qu'il se soit toujours bien classé dans tous les concours publics qu'il a passés, il n'a réussi aucun de ces concours dès lors que le quota de 50 % fixé par l'article 7, paragraphe 2, de la loi n° 68/1999 n'a jamais été respecté. Le 17 février 2007, l'auteur a déposé un recours devant le tribunal administratif régional de Bologne, en demandant la suspension et l'annulation du concours public pour violation de l'article 7, paragraphe 2, de la loi n° 68/1999. Il a également demandé, pour le cas où le tribunal validerait le concours, qu'un poste équivalent lui soit attribué, puisqu'il avait été déclaré qualifié pour le poste mais ne l'avait pas obtenu en raison d'une mauvaise interprétation de la loi. Le 7 mai 2007, le tribunal administratif a rejeté la demande de l'auteur. Il a fait observer que l'Université était fondée à agir dans le cadre d'un accord signé le 20 décembre 2005 avec le bureau de l'emploi de la province de Modène en vue de respecter le quota de 7 %, mais que cet accord ne garantissait pas à l'auteur d'être sélectionné et embauché par l'Université. Le 4 juin 2008, l'auteur a fait appel de la décision devant le Conseil d'État, la plus haute juridiction administrative. Le Conseil d'État a débouté l'auteur de son appel le 4 décembre 2009, au motif que le quota de 50 % réservé aux personnes handicapées ne s'appliquait pas à tous les concours publics, mais qu'il était destiné à permettre d'atteindre un pourcentage général de personnes handicapées employées dans les institutions publiques, indépendamment du type de poste considéré. Le Conseil d'État a aussi fait observer que l'Université n'avait pas méconnu le quota de 50 % réservé aux personnes handicapées « puisque 50 % d'un poste était égal à zéro » [...].

Teneur de la plainte

3.1. L'auteur affirme que le concours organisé en 2006 par l'Université de Modène et de Reggio d'Émilie ne respectait pas le quota de 50 % de postes réservés aux personnes handicapées en vertu de la loi n° 68/1999 et, partant, constituait une violation de l'article 27 de la Convention. [...]

3.2. L'auteur affirme en outre que l'organisation, en avril 2008, d'un nouveau concours public limité au personnel militaire aux fins du recrutement d'un technicien de catégorie C ayant le même profil que celui recruté à l'issue du concours de 2006 a constitué une autre violation de la loi n° 68/1999 et, partant, des droits qui lui sont garantis par l'article 27 de la Convention. [...]

Examen au fond

[...]

8.2. En l'espèce, la question est de savoir si la décision rendue en 2009 par le Conseil d'État constitue une violation des droits de l'auteur au regard de l'article 27 de la Convention. Le Comité prend note des allégations de l'auteur, qui affirme que la décision du Conseil d'État était discriminatoire pour avoir rejeté sa demande de suspension et d'annulation du concours public auquel il avait pris part en 2006, violant ainsi les droits qu'il tient, en tant que personne handicapée, de l'article 7, paragraphe 2, de la loi n° 68/1999.

8.4. Le Comité rappelle en outre que c'est généralement aux tribunaux des États parties à la Convention qu'il appartient d'apprécier les faits et les éléments de preuve dans une affaire donnée, à moins qu'il ne soit établi que cette appréciation a été manifestement arbitraire ou qu'elle a constitué un déni de justice [...].

8.5. En l'espèce, le Comité estime que l'auteur n'a fourni aucun élément qui lui permettrait de conclure que les dispositions de la législation nationale et leur application ont constitué une violation des droits individuels qu'il tient de la Convention. Il considère en outre que le Conseil d'État a procédé à une analyse approfondie et objective de tous les éléments présentés par l'auteur et l'Université de Modène et de Reggio d'Émilie avant de conclure que la décision de ne pas sélectionner l'auteur pour le poste qu'il avait sollicité n'était pas discriminatoire. Le Comité considère que l'auteur n'a apporté aucune preuve lui permettant de conclure que la décision du Conseil d'État a été manifestement arbitraire ou a constitué un déni de justice. Dans ces circonstances, le Comité conclut que cette décision reposait sur des considérations objectives et raisonnables. Il estime donc qu'il ne peut conclure à une violation de l'article 27 de la Convention. [...]

Observations¹

Les décisions sélectionnées concernent toutes trois la question des mesures d'action positive qu'à première approximation, on pourrait définir comme des mesures spécifiques destinées à remédier de façon proactive, *in casu* dans le chef des personnes en situation de handicap, à une inégalité de fait caractérisant la situation de ce groupe comparé au reste de la population, dans un ou plusieurs domaines de la vie sociale. Mais disons-le sans ambages : aucune de ces décisions ne constitue à proprement parler un « grand arrêt » en matière de handicap.

Rendu au contentieux objectif, le premier arrêt – celui rendu par la Cour constitutionnelle le 12 février 2009 – se limite à valider un dispositif législatif autorisant l'adoption de mesures d'action positive moyennant le respect de conditions que cette Cour elle-même avait énoncées dans des arrêts antérieurs : « Le législateur a voulu reprendre expressément dans le texte de la loi la jurisprudence de la Cour en matière d'inégalités correctrices.

¹ Les auteurs remercient très chaleureusement Stéphanie van der Beek pour les idées qu'elle leur a partagées tout au long de l'écriture de ces observations. Leurs remerciements s'adressent également à Jogchum Vrieling pour ses précieux commentaires sur deux versions antérieures du présent texte.

Les conditions mentionnées dans les dispositions attaquées correspondent à celles que la Cour a, dans les arrêts précités, attachées aux mesures d'action positive »². De grand enseignement il n'y a donc point puisqu'il est connu de longue date. Il ne présente du reste pas de spécificité particulière en matière de handicap : tout au plus le cadre théorique que la Cour valide s'y applique-t-il également. Cet arrêt est cependant l'un des seuls « points d'accroche » que nous ayons trouvé dans la jurisprudence belge³. Deux facteurs sont de nature à expliquer la quasi-absence de contentieux interne : au mieux, les sources juridiques autorisent le procédé, sans l'imposer ; peu nombreuses sont, par ailleurs, les actions positives adoptées à l'échelle de l'État belge – elles se bornent au marché de l'emploi, où, à ce jour, elles sont de surcroît largement privées d'effectivité.

Les deux autres décisions retenues portent précisément sur des actions positives adoptées en faveur de travailleurs ou demandeurs d'emploi en situation de handicap. Rendu sur question préjudicielle, l'arrêt de la Cour de justice a trait à une mesure d'action positive adoptée par l'État bulgare, consistant à soumettre le licenciement des salariés atteints d'un handicap à une autorisation administrative préalable. En l'espèce, l'existence d'une telle mesure, au sens de l'article 7 de la directive 2000/78, lue à la lumière de la CDPH, permet au juge de considérer que la réglementation nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union et est dès lors soumise au respect des droits fondamentaux définis dans ce cadre. Ce n'est cependant pas tant la licéité de la mesure d'action positive elle-même qui est au centre du litige que le fait qu'elle exclut de son champ d'application certains travailleurs en situation de handicap d'une manière potentiellement contraire au principe d'égalité consacré par les articles 20 et 21 de la Charte. De grand enseignement au sujet des actions positives on ne trouve dès lors pas davantage dans cet arrêt⁴.

Enfin, la troisième décision commentée émane du Comité des droits des personnes handicapées qui, au sujet d'un recrutement sur concours à l'université, conclut à la non-violation par l'État italien de l'article 27 de la CDPH relatif au droit au travail des personnes avec un handicap. Compte tenu des

2 B.22.4.

3 Précédemment, dans son arrêt n° 157/2004 rendu le 6 octobre 2004 à propos de la loi du 15 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, la Cour constitutionnelle avait déjà indiqué qu'une mesure d'action positive devait respecter les conditions énoncées dans sa propre jurisprudence à propos des « inégalités correctrices » (cons. B.76-79 de l'arrêt ; cf. *infra*, III.C.). Cette loi a été abrogée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Notons par ailleurs que c'est dans son arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994 que la Cour a pour la première fois établi les conditions auxquelles doit répondre une « inégalité correctrice » pour être jugée compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

4 Comme l'écrit Augustin Boujekaš, « à l'origine de l'affaire se trouve une aberration du droit bulgare soumettant le licenciement des salariés handicapés à une autorisation administrative préalable tout en excluant les fonctionnaires handicapés de ce mécanisme. Il est incontestable que le licenciement de Mme M aurait fait l'objet d'une autorisation préalable de l'inspection du travail si, au lieu d'être fonctionnaire, elle avait joui du statut de salarié au sein de l'agence publique qui l'employait. Il est regrettable qu'un tel litige confinait au non-sens n'ait pu trouver de solution en droit local [...] » (« Pas d'égalité de traitement à géométrie variable entre le salarié handicapé et le fonctionnaire handicapé en droit de l'Union », note sous C.J.U.E., 9 mars 2017, *Rec. D.*, 2017/28, p. 1644).

données révélées dans les constatations du Comité, on peut en effet penser qu'en écartant la candidature de la requérante, l'Université à l'origine des deux recrutements litigieux a tout à la fois respecté la législation italienne définissant les normes applicables au droit au travail des personnes handicapées et la Convention onusienne : le profil de la requérante répondait uniquement aux conditions du premier concours au terme duquel elle fut classée troisième pour un seul poste à pourvoir. Il est en tout cas difficile d'aboutir à une conclusion différente sans autre précision quant à la manière dont les quotas s'appliquent en droit italien. En conséquence, pas de grand enseignement non plus à tirer de ces constatations sur la portée des actions positives.

Les actions positives n'en constituent pas moins un levier parmi d'autres pour donner corps à l'inclusion et à la participation des personnes handicapées, à telle enseigne qu'en dépit de cette maigre pêche jurisprudentielle, il nous a paru important de leur réserver une place au sein du présent ouvrage. Une meilleure connaissance des conditions de licéité de telles mesures (II) et des dispositifs législatifs existant en matière d'emploi (III) pourrait en effet contribuer à leur effectivité. Un rappel des contours de la notion pourrait par ailleurs contribuer à contenir dans de plus justes proportions les réserves que leur seule évocation suscite parfois (I).

I. Contours de la notion

Un certain flou entoure la définition de l'action positive. Pour certains auteurs, les mesures d'action positive englobent « *all measures which seek by means of positive steps to alter existing social practices so as to eliminate patterns of group exclusion and disadvantage* »⁵. Dans cette optique, toute mesure visant à combattre de façon proactive une inégalité ou une discrimination d'ordre structurel subie par un groupe identifié par un critère prohibé de discrimination (le « groupe-cible ») peut être qualifiée d'action positive, qu'elle comporte ou non une différence de traitement. Par exemple, le fait, pour une entreprise ou une institution, de passer en revue ses pratiques pour identifier et éradiquer celles qui ont des effets discriminatoires, la production à échéances régulières de statistiques indiquant le nombre d'employés appartenant au groupe désavantagé ou encore la mise en place de mesures d'inclusion « neutres » et « indirectes », ne faisant pas référence au critère prohibé mais bénéficiant tout particulièrement au groupe visé, peuvent dans cette perspective être considérés comme des actions positives, bien que ces initiatives ne passent pas par l'application d'un traitement différent en fonction d'un motif

5 C. BELL, A. HEGARTY et S. LIVINGSTONE, « The Enduring Controversy: Developments on Affirmative Action Law in North America », *JD*, 1996, vol. 1, n° 3, pp. 233-260, p. 234. Cette définition est reprise par N. BAMFORTH, M. MALIK et C. O'CONNOR dans *Discrimination Law: Theory and Context*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2008, p. 345. Elle correspond également à l'approche suivie par Ch. MCCRUDDEN dans « Rethinking Positive Action », *Industr. LJ*, 1986, vol. 15, n° 1, pp. 219-243.

protégé⁶. D'autres auteurs, en revanche, comme Olivier De Schutter, limitent l'appellation d'« action positive » aux dispositifs *qui incluent une différence de traitement basée sur un critère prohibé de discrimination*⁷. C'est cette seconde approche qui est retenue par le droit belge : la législation belge soumet en effet la mise en place d'une action positive au respect de conditions strictes, lesquelles ne se justifient que dans la mesure où un tel dispositif comporte une différenciation, créant par là un risque de discrimination. La Cour constitutionnelle assimile d'ailleurs, dans l'arrêt commenté, la notion d'« action positive » à celle d'« inégalité correctrice ».

Mais même en s'en tenant à cette deuxième approche, la notion d'action positive recouvre un éventail très large de mesures. Contrairement à une opinion répandue, elle ne se limite pas à une politique de quotas associés à un traitement préférentiel en faveur des personnes appartenant au groupe-cible dans des procédures de sélection à un emploi ou à d'autres biens rares. Elle peut aussi se traduire par des dispositifs tels que la promotion ciblée d'offres d'emploi auprès des membres de groupes cibles, la mise en place de formations à destination de ceux-ci visant à les préparer à postuler à un emploi ou à une promotion, des offres de stages au sein d'une entreprise réservées aux personnes appartenant à ces groupes ou encore la garantie que les candidats à une offre d'emploi qui appartiennent au groupe concerné seront invités à un entretien⁸.

Les systèmes de traitement préférentiel dans la sélection à un emploi ou à une place dans un établissement d'enseignement, associés à une politique de quota, peuvent eux-mêmes prendre différentes formes, selon le caractère plus ou moins accentué de la préférence accordée aux candidats du groupe cible :

- (1) Un mécanisme de *préférence faible* permet simplement de considérer l'appartenance du candidat au groupe cible comme un élément pertinent parmi d'autres, chaque critère ayant le même poids dans la décision.
- (2) Un modèle de *préférence souple* ou *flexible* accorde une priorité de principe au candidat du groupe cible lorsqu'il présente des *compétences équivalentes* à celle d'un autre candidat avec lequel il est en compétition mais permet de faire pencher la balance en faveur de cet autre candidat si une raison particulière le justifie.

6 En ce sens, voy. Ch. McCrudden, « Rethinking Positive Action », *op. cit.* ; Ch. McCrudden, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe. A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, Luxembourg, Publication office of the European Union, 2019, pp. 116-139.

7 O. De Schutter, « Positive Action », in Cases, *Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (D. Schiek, L. Waddington et M. Bell eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, pp. 757-869, p. 759. Dans le même sens, voy. A. McColgan, *Discrimination, Equality and the Law*, Human Rights Law in Perspective, vol. 19, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014, p. 89 ; R. Xenidis et H. Masse-Dessen, « Positive Action in Practice: Some Dos and Don'ts in the Field of EU Gender Equality Law », *European Equality Law Review*, 2018, n° 2, pp. 36-62, p. 37.

8 Voy. les exemples donnés par Ch. McCrudden, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe*, *op. cit.*, pp. 116-117, et par O. De Schutter, « Positive Action », *op. cit.*, p. 762.

- (3) Dans le cas d'une *préférence automatique* « à compétences équivalentes », le candidat du groupe cible qui présente des compétences équivalentes à celles d'un autre candidat sera automatiquement sélectionné (ce type de préférence est appelé *tie-break* en anglais car elle permet de départager les candidats).
- (4) Dans un système de *préférence forte*, le candidat du groupe cible sera sélectionné dès lors qu'il remplit les *compétences minimales* exigées, même si un autre candidat possède des qualifications supérieures aux siennes.
- (5) Enfin, dans le cas d'une *préférence* dite *absolue*, certains avantages sont réservés aux membres du groupe cible sans condition de qualification⁹.

Dans les trois derniers cas, on parle de *quota rigide* puisque la préférence est automatique, tandis que dans la deuxième hypothèse, il s'agit d'un *quota* dit *flexible*.

Une autre source de complexité dans l'appréhension du concept d'action positive provient de la variété des dénominations utilisées pour désigner tout ou partie de la même réalité¹⁰. Dans la littérature, les textes juridiques ou la jurisprudence, on rencontre également les termes d'*inégalités correctrices* (utilisés par la Cour constitutionnelle), d'*action affirmative* (traduction littérale de l'expression d'*affirmative action* utilisée aux États-Unis), de *mesures spécifiques* ou *spéciales* (dans les traités des Nations unies¹¹) ou encore de *discrimination positive*¹². Cette dernière expression nous paraît devoir être évitée : elle génère controverses et confusions en suggérant que les mesures visées sont discriminatoires alors qu'elles constituent précisément – sous réserve du respect de certaines conditions – un outil important pour combattre les effets de discriminations structurelles.

Si l'on peut retracer l'origine de ce type de mesures aux politiques dites d'*affirmative action* développées aux États-Unis à partir des années 1960 (A), elles ont également été promues, sous des formes diverses, par les institutions de l'Union européenne à partir des années 1980 dans le domaine de l'égalité entre

9 Cette typologie est établie par G. SELANEC et L. SENDEN dans *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice Between Men and Women, Including on Company Boards*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2013, pp. 3-4. Pour d'autres essais de typologie des systèmes de quotas, voy. L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 364-366. Voy. par ailleurs les illustrations fournies par A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, p. 129. Comp. G. DE BECO, « Le droit au travail des personnes handicapées en vertu de l'article 27 de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, avec application en Flandre », *Rev. b. séc. soc.*, 2013/4, spéc. p. 10.

10 Voy. « Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique », Rapport final présenté par Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, en application de la résolution 1998/5 de la Sous-commission, E/CN.4/Sub.2/2002/21, spéc. pp. 2 et 3 ; L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action Under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *CMLRev.*, 2011/48, p. 1507.

11 Voy. Convention sur les droits des personnes handicapées, art. 5, § 4 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 4, § 1 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 1, §§ 4 et 2, § 2.

12 Termes utilisés par exemple par B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, 1997, p. 427.

hommes et femmes. Malgré leur diversité, ces mesures partagent des caractéristiques communes (B). Elles restent par ailleurs un enjeu de controverses (C).

A. Origine

Si elle vise « à compenser les “handicaps” de certains groupes »¹³, l'origine de la notion d'action positive en tant que composante des politiques de lutte contre la discrimination et de promotion de l'égalité est étrangère au champ du handicap. Aux États-Unis, la nécessité d'une « action affirmative » (*affirmative action*) visant à corriger les inégalités de fait entre les Noirs et les Blancs, résultant d'une histoire marquée par l'esclavage et la ségrégation, est évoquée par le président Lyndon Johnson en 1965 dans son célèbre discours prononcé à l'université noire d'Howard¹⁴. Mais c'est à partir de 1969 que les autorités commenceront à mettre en place des dispositifs visant à promouvoir le recrutement des Noirs dans des secteurs ou entreprises où ils sont sous-représentés. Ce type de mesures sera par la suite étendu à d'autres groupes, les femmes notamment, et à d'autres domaines, en particulier celui de l'enseignement supérieur¹⁵. Ces politiques donnèrent lieu à une jurisprudence abondante, complexe et vivement discutée de la Cour suprême¹⁶.

Dans l'Union européenne, l'idée d'action positive est d'abord consacrée dans la directive 76/207, adoptée en 1976, qui dit ne pas faire obstacle aux « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés »¹⁷. Dans sa recommandation 84/635 du 13 décembre 1984, le Conseil parle expressément d'*action positive* et en recommande l'instauration, par les États membres, en faveur des femmes¹⁸. Les termes d'*action positive* sont repris dans la directive 2000/78, adoptée en 2000, interdisant la discrimination en matière d'emploi et de travail à raison notamment du handicap. Celle-ci décrit cette notion dans son article 7 comme « des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs [prohibés de discrimination] », qu'un État membre peut main-

13 B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *op. cit.*, p. 430.

14 D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p. 35.

15 Sur l'histoire des politiques d'*affirmative action* aux États-Unis, voy. D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *op. cit.* ; S. LEITER et W. M. LEITER, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy. An Overview and Synthesis*, State University of New York Press, 2002 ; J. SKRENTNY, *The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture and Justice in America*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1996.

16 Sur cette jurisprudence, voy. e.a. D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *op. cit.* ; S. LEITER et W. M. LEITER, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy. An Overview and Synthesis*, *op. cit.* ; O. DE SCHUTTER, « Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis », *RTDH*, 1991, pp. 347 et s. Sur la jurisprudence récente : D. N. HAYER, « Forty Years of Precedent: Reaffirming Affirmative Action », *University of Central Florida Department of Legal Studies Law Journal*, 2019, vol. 2, pp. 33-48.

17 Dir. 76/207/CEE du Conseil, 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, art. 2, § 4. Cette directive n'utilise pas les termes d'« action positive ». Sur l'émergence et l'évolution du concept d'action positive dans le droit de l'UE, voy. Ch. McCrudden, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe*, *op. cit.*, pp. 52-57.

18 Recomm. n° 84/635/CEE du Conseil, 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

tenir ou adopter « pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle »¹⁹. Cet article 7 comporte en outre un second paragraphe consacré spécifiquement aux dispositions et mesures en faveur des personnes handicapées (voy. *infra*, II.A.). La notion d'action positive a par ailleurs fait l'objet d'une jurisprudence remarquée et controversée de la Cour de justice qui, jusqu'à l'arrêt commenté ici, ne concernait toutefois que le domaine de l'égalité entre hommes et femmes (voy. *infra*, II.A.).

Il est à noter cependant que les premières politiques de quotas en faveur des travailleurs handicapés sont apparues en Europe à une époque antérieure à ces différents développements. Mais elles répondaient à une autre logique que celle de la lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité. C'est après la Première Guerre mondiale que plusieurs pays d'Europe mirent en place des quotas de recrutement en faveur des invalides de guerre, considérant que la société avait une dette morale à leur égard. Après la Seconde Guerre mondiale, dans la plupart des États européens, ces systèmes de quotas furent étendus à l'ensemble des personnes souffrant d'un handicap, s'inscrivant désormais dans le cadre de leurs politiques sociales²⁰. L'adoption de législations interdisant la discrimination à raison du handicap et reconnaissant la notion d'action positive a conféré un nouveau sens à ces dispositifs.

B. Caractéristiques

Il semble qu'*a minima*, on puisse reconnaître aux actions positives les caractéristiques suivantes : leur dimension collective (1), l'égalité substantielle comme principe justificatif (2) et la résorption d'une inégalité structurelle comme objectif (3).

1. Dimension collective des actions positives

La dimension collective des actions positives tient à deux éléments. D'une part, elles présupposent l'existence d'un groupe cible (en l'occurrence les personnes en situation de handicap) dont la situation globale, comparée à celle d'autres groupes, démontre un désavantage – dans l'emploi, l'éducation ou d'autres domaines – pouvant être objectivement établi. D'autre part, les mesures adoptées sont susceptibles de bénéficier à toute personne appartenant

19 Dir. 2000/78/CE du Conseil, 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 7, § 1. Une définition similaire *mutatis mutandis* est insérée dans la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (cf. art. 5), et dans la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (cf. art. 6). Comp. avec l'article 3 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) et à l'article 157, § 4, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

20 L. WADDINGTON, « Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws », *Comp. Lab. L. J.*, 1996, vol. 18, pp. 62-101, pp. 63-64. Sur les politiques de quotas en faveur des travailleurs avec un handicap instaurées en Belgique, voy. *infra*, III.

au groupe cible concerné. L'action positive présente donc par essence une portée générale, contrairement aux aménagements raisonnables qui sont des mesures individuelles²¹.

2. Justification des actions positives : poursuite d'une égalité substantielle

À l'instar, cette fois, des aménagements raisonnables²², les mesures d'action positive visent à réaliser une égalité substantielle – également qualifiée d'égalité matérielle ou *de facto* – par opposition à la seule égalité formelle à laquelle le droit à l'égalité se cantonnait initialement. Alors qu'une vision de l'égalité limitée à l'égalité formelle interdit d'avoir égard à certains critères de différenciation « suspects », comme le sexe, l'origine raciale ou ethnique ou le handicap, la recherche d'une égalité substantielle conduit, au contraire, à prendre en compte ces critères pour éliminer les disparités qu'elles génèrent dans la vie réelle. Il s'agit, par le biais d'une mesure spécifique, de résorber des inégalités factuelles pour favoriser la participation et l'inclusion des personnes appartenant aux groupes concernés, à rebours d'une logique d'exclusion, voire de ségrégation. Ces inégalités peuvent être dues à différents facteurs qui peuvent se combiner, telles des discriminations institutionnalisées dans le passé, des discriminations de grande ampleur à l'époque présente ou encore des attitudes et pratiques sociales fortement ancrées qui entravent la participation des personnes concernées.

Le développement des actions positives est une réponse au constat de l'incapacité du modèle classique de non-discrimination, consistant en une interdiction de discriminer assortie d'une action en justice, à assurer une véritable égalité aux personnes appartenant à des groupes souffrant d'un degré élevé de marginalisation ou d'exclusion. Ce modèle classique – qui garantit l'application des mêmes règles à chacun dans un processus de sélection – ignore l'importance des obstacles auxquels ces groupes doivent faire face et que ne connaissent pas les individus provenant du groupe dominant. En outre, il fait reposer sur les individus, victimes de discriminations, la responsabilité d'agir contre celles-ci en introduisant une action en justice ou une plainte auprès d'un organisme adéquat. Or, les raisons qui dissuadent les victimes d'agir, surtout lorsqu'elles ont un faible statut social, sont bien connues : coût de la justice, longueur et incertitude de la procédure, difficulté à prouver la discrimination... Par ailleurs, ce mode de protection apparaît mal adapté pour remettre en cause des inégalités résultant non pas d'une décision bien précise attribuable à une

21 L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *op. cit.*, p. 1518. De manière générale, *cf.* sur les différences entre actions positives et aménagements raisonnables, ainsi que sur les confusions qui ont cours dans la doctrine et la jurisprudence de la C.J.U.E. entre ces deux notions : A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, *op. cit.*, p. 119. Sur la notion d'aménagement raisonnable, *cf.*, dans cet ouvrage, le commentaire de Xavier DELGRANGE et Véronique GHESQUIÈRE [4.2.1.].

22 Et de l'interdiction des discriminations passives et indirectes ; *cf.* à ce sujet le commentaire de Marie SPINOY et Jogchum VRIELINK [4.1.1.].

personne physique ou morale déterminée mais d'un ensemble de facteurs qu'il est difficile de rattacher à des responsabilités individuelles²³.

3. Objectif visé : résorption d'une inégalité structurelle

Le but assigné aux actions positives consiste, plus précisément, à s'attaquer à une inégalité structurelle ou systémique dont est victime un groupe donné, qui se traduit par une sous-représentation de ce groupe dans des secteurs clés comme l'emploi ou l'enseignement. Cette inégalité, on l'a dit, peut être le produit de divers facteurs, telles des discriminations d'ampleur dans le passé ou dans le présent ou encore des pratiques sociales préjudiciables à l'insertion de ces personnes²⁴. Elles se distinguent d'autres mesures de portée générale qui visent à éliminer les barrières environnementales et sociales à la participation des personnes avec un handicap en adaptant cet environnement aux spécificités de celles-ci, et ce, sans être concentrées sur un champ d'action spécifique comme l'enseignement ou l'emploi²⁵.

C. Enjeux de controverses

Les politiques d'action positive continuent de faire l'objet de controverses. Trois questions en particulier sont vivement discutées dans la littérature et ont donné lieu à des réponses divergentes selon les ordres juridiques : de telles mesures sont-elles requises ou simplement autorisées par le principe d'égalité (1) ? Doivent-elles toujours revêtir un caractère temporaire ou peuvent-elles être permanentes (2) ? Comment concilier l'application d'un traitement distinct avec le principe de non-discrimination (3) ?

1. Caractère facultatif ou obligatoire ?

Dans le droit de l'UE, les actions positives ont un caractère facultatif : les États sont autorisés à adopter ou maintenir de telles mesures, mais n'ont pas l'obligation de le faire. Celles-ci sont conçues comme une exception au principe d'égalité et de non-discrimination²⁶. C'est là une autre différence avec l'aménagement raisonnable, dont l'octroi a un caractère obligatoire, y compris en droit de l'UE²⁷.

23 S. FREDMAN, « Substantive Equality Revisited », *IJCL*, 2016, vol. 14, pp. 712-738 ; S. FREDMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 189-192 ; E. ELLIS et Ph. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 6.

24 Cf. en ce sens les considérants B.22.2. et B.22.3. du premier arrêt commenté qui soulignent la nécessité de l'existence d'une inégalité manifeste dont la disparition constitue l'objectif à promouvoir.

25 A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, *op. cit.*, pp. 117-119. Voy. par ailleurs sur la distinction entre les mesures d'actions positives et celles de portée plus générale : L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *op. cit.*, pp. 1503 et s.

26 En ce sens, Ch. MCCRUDDEN, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe*, *op. cit.*, p. 61.

27 À supposer, cependant, que l'autorité adopte une mesure d'action positive, celle-ci devrait être protégée, à l'instar de toute obligation positive, par le principe de *standstill* – en tout cas aussi longtemps que la mesure est requise pour résorber l'inégalité dénoncée. Cf. not., à cet égard, C. NENNEN, « L'article 11bis de la Constitution ou la traduction d'une préférence abstraite du

Dans le droit des Nations unies, cependant, une approche différente prévaut : les Comités chargés de veiller à l'application des traités relatifs aux droits fondamentaux considèrent que, lorsque les circonstances l'exigent, les États doivent mettre en place des « mesures spécifiques » pour assurer l'effectivité du principe d'égalité au profit de certains groupes²⁸. Dans son observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, le Comité des droits des personnes handicapées dit ainsi que les États parties à la CDPH « sont *tenus* d'adopter des mesures spécifiques » au profit des groupes de personnes handicapées pour lesquelles des mesures particulières sont nécessaires « pour accélérer ou assurer l'égalité inclusive »²⁹. Le Comité des droits de l'homme³⁰ et le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes³¹ ont également affirmé le caractère obligatoire de ces mesures dans certaines circonstances. L'article 5, paragraphe 4, de la CDPH, que le Comité interprète dans le passage précité, n'est pourtant pas aussi explicite. Il énonce que les « mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention »³². Ce texte peut paraître à première vue se limiter à autoriser l'adoption de mesures spécifiques, sans l'imposer. Mais en indiquant que de telles mesures peuvent être *nécessaires* pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto*, il laisse ouverte la possibilité d'en déduire que ces mesures sont *requises* par le principe d'égalité³³. Aussi, à l'instar du Comité, des auteurs considèrent, sur la base d'une interprétation contextuelle et dynamique de l'article 5, paragraphe 4, de la CDPH, que certaines circonstances peuvent *imposer* l'adoption de mesures spécifiques³⁴.

En droit belge, les mesures d'action positive sont, comme dans le droit de l'UE, conçues comme une exception au principe d'égalité et de non-discrimi-

constituant en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes. Analyse des actions positives favorisant une présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les collèges communaux », *APT*, 2018/4, pp. 417-432, spéc. p. 431.

28 En ce sens : A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, *op. cit.*, pp. 120 et 121 ; O. DE SCHUTTER, « Positive Action », *op. cit.*, p. 792.

29 *Observation générale n° 6* du Comité des droits des personnes handicapées sur l'égalité et la non-discrimination (2018), § 32, notre accent. Cf. aussi le paragraphe 28 de cette observation.

30 *Voy. Observation générale n° 18* du Comité des droits de l'homme (1989), § 10.

31 *Voy. Observation générale n° 25* du Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (2004), § 14.

32 En comparaison, le texte de l'article 2, paragraphe 2, de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale indique clairement le caractère obligatoire des mesures spécifiques : « Les États parties *prendront, si les circonstances l'exigent*, dans les domaines social, économique, culturel et autres des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (notre accent).

33 L'article 27, paragraphe 1, h, de la CDPH, qui concerne le domaine de l'emploi, présente une ambiguïté analogue. Il énonce : « Les États [...] favorise(nt) l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive [...] » (notre accent).

34 *Voy. A. BRODERICK, The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, op. cit.*, pp. 131-135, et les références citées. Adde J.-L. CORSI, « Article 5. Equality and Non-discrimination », in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary* (I. BANTEKAS, M. A. STEIN et D. ANASTASIOU dir.), Oxford University Press, 2018, p. 169.

mination. Néanmoins, en matière de handicap, le législateur belge a rendu obligatoire, dans le secteur public, le respect de quotas de recrutement³⁵.

2. Caractère temporaire ou permanent ?

Compte tenu de l'objectif qu'elles servent (résorber une inégalité structurelle) et de la tension qu'elles peuvent générer vis-à-vis du principe de non-discrimination dans la mesure où elles passent par une différence de traitement, on considère classiquement que les actions positives doivent demeurer temporaires³⁶. De l'avis de certains, c'est même là leur principale caractéristique, étant entendu que ce caractère temporaire ne doit pas nécessairement se traduire par la détermination *a priori* d'un délai à l'issue duquel les mesures adoptées cesseraient automatiquement d'être en vigueur. Il signifie par contre que l'auteur d'un tel dispositif doit y mettre un terme lorsque l'objectif d'égalité substantielle apparaît (suffisamment) atteint. Aussi les mesures d'action positive appellent-elles généralement une obligation de suivi dans le chef des autorités qui y recourent³⁷.

Si cette exigence de limitation dans le temps est énoncée dans plusieurs sources législatives et jurisprudentielles qui consacrent la notion, ce n'est pas toujours le cas. En particulier, l'article 5, paragraphe 4, de la CDPH n'érige pas le caractère temporaire de la mesure en condition de recevabilité des dispositifs d'action positive qu'il autorise. Il n'en reste pas moins que les mesures spécifiques concernées ne se justifient que tant que les circonstances qui les ont rendues nécessaires perdurent. Si celles-ci venaient à disparaître, ces dispositifs perdraient leur justification. À l'inverse, tant que l'inégalité structurelle qui a motivé leur mise en place persiste, des mesures d'action positive devraient pouvoir être maintenues. Reste que les critères permettant d'affirmer qu'une inégalité structurelle a été éliminée prêtent inévitablement à discussion. On reviendra sur cette question lors de l'examen des conditions de licéité de l'action positive³⁸.

35 Voy. *infra*, III.

36 En ce sens not. : M. BOSSUYT, « Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique », *op. cit.*, p. 3, pt 6 : « L'action positive consiste en un ensemble cohérent de mesures, de caractère temporaire, visant spécifiquement à améliorer la situation des membres d'un groupe cible dans la société à un ou plusieurs égards, afin d'assurer leur égalité effective avec les autres groupes ». Voy. par ailleurs les considérants B.22.2. et B.22.3. du premier arrêt commenté.

37 En ce sens notamment (hors champ du handicap) : avis n° 27.394/2, 30 mars 1998, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en œuvre de discriminations positives, *Doc. C.C.F.*, sess. 1997-1998, n° 235/1, p. 5 ; avis n° 62.346/AG, 26 novembre 2017, par l'assemblée générale du Conseil d'État sur un amendement à une proposition d'ordonnance modifiant la nouvelle loi communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein d'organes collégiaux ; avis n° 62.926/4, 28 février 2018, sur une proposition de décret spécial de la Région wallonne modifiant les articles 29octies et 29nonies de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en vue de supprimer l'effet dévolutif de la case de tête lors de l'élection au Parlement wallon.

38 *Infra*, II.A., II.B. et II.C.

3. Concilier différence de traitement et principe de non-discrimination

On l'a souligné : en son essence, la mesure d'action positive vise à permettre à une catégorie de personnes d'accéder à une égalité factuelle mise à mal par des facteurs variables. En ce sens, elle contribue à réaliser le principe d'égalité. Il n'en reste pas moins que la singularité de l'action positive est qu'elle peut prendre la forme d'une différence de traitement au bénéfice du groupe souffrant de cette inégalité – raison pour laquelle ce dispositif reste controversé. Il en résulte en effet un risque d'atteinte au droit à l'égalité des personnes appartenant au groupe non protégé. D'où la balance des intérêts à laquelle il convient de procéder, dans la droite ligne de la théorie générale des droits fondamentaux : la mesure d'action positive doit demeurer proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit³⁹. « La prohibition de la discrimination s'applique également aux mesures que les autorités nationales qualifient de mesure d'action positive [...]. Si les États aident les personnes appartenant à de tels groupes à surmonter leur handicap, ils doivent le faire d'une manière qui ne soit pas contraire aux libertés et droits fondamentaux des personnes n'appartenant pas aux groupes aidés »⁴⁰.

On l'a vu, les actions positives peuvent prendre des formes très diverses, allant de mesures visant à encourager les personnes appartenant au groupe cible à postuler ou à améliorer leur capacité à concourir contre d'autres candidats grâce à des formations ou des stages, à des dispositifs de quotas allant de pair avec l'octroi d'un traitement préférentiel aux membres du groupe cible dans des procédures de sélection (à un emploi ou à une place dans un établissement d'enseignement) tant que le quota n'est pas atteint. Un tel traitement préférentiel peut lui-même être soumis à des conditions variables (« à compétences égales », « à compétences minimales », priorité automatique ou assortie d'une clause d'ouverture en faveur des candidats non membres du groupe cible). Dans quel(s) cas une mesure d'action positive entraîne-t-elle une atteinte excessive au droit à l'égalité et à la non-discrimination des personnes n'appartenant pas au groupe cible et doit-elle être jugée disproportionnée ? Ainsi qu'on le verra dans la section suivante, des réponses divergentes ont été données à cette question selon les ordres juridiques. Ceux qui appréhendent l'action positive comme une exception au principe d'égalité tendent à se montrer plus restrictifs que ceux qui l'envisagent comme une application de ce principe. Mais de manière générale, l'instauration de quotas avec traitement préférentiel dans des procédures de sélection est le mécanisme le plus controversé. Il l'est tout particulièrement lorsqu'il prend une forme rigide plutôt que flexible.

39 Étant entendu que « *the proportionality principle implies that where a group experiences particularly severe disadvantage, more intensive positive action measures may be legitimate. It is submitted that, in some circumstances, even a permanent measure will meet the requirement of proportionality under EU law* » (L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *op. cit.*, p. 1514).

40 M. BOSSUYT, « Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique », *op. cit.*, p. 25, §§ 109 et 110.

II. Conditions de licéité des mesures d'action positive

Dans cette deuxième partie, nous examinerons les conditions qu'une mesure d'action positive doit respecter pour être jugée licite, en nous concentrant plus particulièrement sur le champ du handicap. Ces conditions varient sur certains points selon les ordres juridiques, certains se montrant plus stricts que d'autres. Nous commencerons par discuter des exigences posées au niveau international, analysant tour à tour le droit de l'UE (A) et le droit des Nations unies (B). Nous nous pencherons ensuite sur le régime établi en droit interne (C).

A. Droit de l'UE

Dans le droit de l'UE, les mesures d'action positive en matière de handicap sont expressément permises par la directive 2000/78. Cette directive, qui ne concerne pas seulement la discrimination liée au handicap mais également celle fondée sur l'orientation sexuelle, l'âge, la religion ou conviction, comporte un article 7, intitulé « Action positive et mesures spécifiques », lequel dispose que :

- « 1. Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er}.
2. En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail ».

En vertu de cette disposition, les États européens sont donc autorisés à adopter des mesures d'action positive, sans y être contraints⁴¹.

Pour ce qui est des conditions entourant l'institution de ces mesures, l'article 7, paragraphe 1, qui concerne tous les motifs visés par la directive, indique que leur adoption ou maintien suppose « des désavantages liés à l'un des motifs visés » qu'il s'agit de prévenir ou compenser et que leur objectif doit être d'« assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle ». L'article 7, paragraphe 2, qui traite uniquement de mesures destinées aux personnes en situation de handicap, est formulé en termes plus larges : il permet de créer ou maintenir des « dispositions ou facilités » en vue de « sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail », sans autre précision. Dans le deuxième arrêt commenté, la Cour de justice précise à cet égard que « l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/78 a pour but d'autoriser des

41 Cf. à cet égard J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *JEDH*, 2013/1, p. 60 ; L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *op. cit.*, p. 1504.

mesures spécifiques qui visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait affectant les personnes handicapées, pouvant exister dans leur vie sociale et, en particulier, dans leur vie professionnelle, ainsi qu'à parvenir à une égalité substantielle, et non formelle, en réduisant ces inégalités »⁴². On retrouve ici les caractéristiques classiques des mesures d'action positive : objectif de résorption d'une inégalité de fait, volonté de parvenir à une égalité substantielle.

L'article 7 de la directive n'évoque pas de condition de durée : il ne dit pas que ces mesures doivent nécessairement être temporaires⁴³. Cette question doit toutefois être appréciée à l'aune de ce qui justifie la mesure au regard du droit européen, à savoir l'existence d'un désavantage ou inégalité de fait lié au motif protégé. Si ce désavantage ou cette inégalité disparaissait, la mesure perdrait sa justification.

Une limite aux mesures d'action positive se déduit par ailleurs du considérant 17 du préambule de la directive, selon lequel celle-ci « n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées ».

Par contraste avec la question de l'égalité entre hommes et femmes, la Cour de justice n'a jamais eu, à ce jour, à se prononcer sur la conformité au droit européen d'une législation nationale instaurant des quotas en faveur de personnes avec un handicap – législations qui existent pourtant au sein de plusieurs États membres, dont l'Italie, comme en témoigne la troisième décision commentée⁴⁴, et la Belgique (*cf. infra*, III). Dans la deuxième affaire commentée, si une mesure d'action positive en faveur des personnes présentant certains handicaps était en jeu, la légalité en tant que telle de la mesure concernée – consistant à soumettre le licenciement d'une personne handicapée salariée à une autorisation *ex ante* destinée à la protéger – n'était pas mise en cause. C'est le fait que celle-ci soit réservée à certains travailleurs en situation de handicap, ceux possédant le statut de salariés, à l'exclusion de ceux dotés du statut de fonctionnaires, qui était contesté.

Dans sa jurisprudence relative aux actions positives mises en place en vue de favoriser l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi, la Cour de justice a cherché à définir les limites dans lesquelles de telles mesures peuvent être admises au regard du droit de l'UE. Dans son arrêt *Kalanke* du 17 octobre

42 § 47.

43 L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *op. cit.*, pp. 1511 et 1514.

44 L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, *op. cit.*, p. 361, et la référence note 1499 à L. WADDINGTON, « Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discriminations Laws », *op. cit.*, vol. 18, pp. 62-101.

1995, elle déclare contraire à la directive 76/207 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, alors en vigueur, une réglementation nationale exigeant d'accorder dans les procédures de recrutement et de promotion, à qualifications égales entre candidats de sexes différents, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs des services publics dans lesquels les femmes sont sous-représentées, au sens où elles ne représentent pas la moitié au moins des effectifs⁴⁵. Reprenant à son compte l'analyse de l'avocat général G. Tesauro, la Cour déclare qu'un tel système qui « garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion » dépasse les limites de l'exception prévue dans la directive⁴⁶ parce qu'il va au-delà d'un dispositif visant à *égaliser les chances* des femmes de concourir contre des candidats masculins sur le marché de l'emploi (par exemple, en agissant sur l'orientation et la formation) et cherche à *égaliser les résultats* en tendant « à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes »⁴⁷.

L'opposition ainsi établie par la Cour entre mesures poursuivant l'« égalité des chances » et celles visant l'« égalité de résultat » a fait l'objet de critiques. On a souligné que la sous-représentation des femmes dans certains secteurs tient notamment à la persistance de préjugés et de stéréotypes négatifs à l'encontre des femmes, qui influencent parfois inconsciemment les employeurs, générant une sous-évaluation de leurs compétences et qualités, réduisant ainsi leurs chances par rapport aux hommes. Dans ces conditions, définir un résultat à atteindre en termes de représentation des femmes au sein des effectifs, sous la condition de compétences égales des candidats, peut être conçu comme un moyen de contrer ces préjugés en vue d'égaliser les chances des femmes sur le marché de l'emploi⁴⁸.

Dans sa jurisprudence postérieure, la Cour a nuancé la position prise dans l'arrêt *Kalanke*. Dans l'arrêt *Marschall*, elle reconnaît l'existence d'obstacles structurels à l'évolution des femmes dans l'emploi, observant que, « même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active »⁴⁹. Elle juge qu'un système qui oblige en principe, à qualifications égales, à sélec-

45 C.J.C.E., arrêt *Kalanke*, 17 octobre 1995, C-450/93, § 24.

46 *Ibid.*, § 22.

47 *Ibid.*, § 23. Cf. aussi les conclusions de l'avocat général G. TESAURO présentées le 6 avril 1995.

48 Cf. not. D. SCHIEK, « Sex Equality Law After Kalanke and Marshall », *ELJ*, juin 1998, vol. 4, n° 2, pp. 148-166 ; C. BARNARD, « The Principle of Equality in the Community Context: *P. Grant, Kalanke and Marshall*: Four Uneasy Bedfellows? », *CLJ*, juillet 1998, vol. 57, n° 2, pp. 352-373, spéc. p. 371 ; C. O'CONNOR, « Positive Action and the Limits of Existing Law », *MJ*, 2006, vol. 13, n° 3, pp. 351-364.

49 C.J.C.E., arrêt *Marschall*, 11 novembre 1997, C-409/95, § 29. Cf. aussi C.J.U.E., arrêt *Badeck*, 28 mars 2000, C-158/97, § 21. Dans l'arrêt *Kalanke*, la Cour observait déjà que « les normes juridiques existant sur l'égalité de traitement, qui ont pour objet d'accorder des droits aux individus, sont insuffisantes pour éliminer toute forme d'inégalité de fait si, parallèlement, des actions ne sont pas entreprises, de la part des gouvernements, des partenaires sociaux et d'autres organismes concernés, en vue de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société » (§ 20).

tionner en priorité les candidats féminins dans les secteurs d'activité où les femmes sont sous-représentées reste compatible avec le droit de l'Union s'il garantit que toutes les candidatures font l'objet d'une appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel des candidats et permet d'écarter la priorité accordée aux femmes lorsque des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur⁵⁰. Grâce à cette « clause d'ouverture », la priorité accordée aux femmes n'est pas « absolue et inconditionnelle », ce qui permet de distinguer ce mécanisme du système examiné dans l'arrêt *Kalanke*. Par la suite, la Cour a également déclaré admissibles des formes d'action positive portant sur les étapes préliminaires à la décision de recrutement ou de promotion comme le fait, dans des secteurs où les femmes sont sous-représentées, de réserver aux femmes la moitié des places de formation donnant accès à des professions qualifiées⁵¹ ou de garantir aux femmes postulant à un emploi et présentant les qualifications requises d'être convoquées à un entretien d'embauche⁵². Ces mesures, estime la Cour, se limitent à promouvoir une égalisation des chances des femmes dans la vie professionnelle sans imposer un résultat définitif en termes d'embauche ou de promotion. La Cour renvoie également au principe de proportionnalité « qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toutes la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi »⁵³.

La Cour accepte donc que diverses formes d'action positive peuvent être compatibles avec le droit de l'UE, y compris des quotas de recrutement pour autant qu'ils comportent une clause d'ouverture. Mais des mesures accordant une priorité « absolue et inconditionnelle » aux femmes en cas de qualifications égales des candidats des deux sexes, et *a fortiori* en cas de qualifications inférieures mais suffisantes⁵⁴, sont considérées comme non conformes. On peut toutefois se demander si la Cour n'aboutirait pas à une solution différente au cas où elle était interrogée sur la licéité d'une action positive en faveur des personnes en situation de handicap. L'existence de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2000/78 pourrait conduire la Cour à se départir d'un raisonnement par analogie et à accepter les actions positives consistant en l'octroi d'une priorité inconditionnelle et automatique aux candidats en situation de handicap ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents valides (voire

50 Arrêt *Marschall*, § 35. Cf. aussi arrêt *Badeck*, § 23.

51 Arrêt *Badeck*, § 55. La Cour juge le dispositif admissible dans la mesure où l'État ne détient pas le monopole de cette formation.

52 Arrêt *Badeck*, § 63.

53 C.J.U.E., arrêt *Lommers*, 19 mars 2002, C-476/99, § 39 ; C.J.U.E., arrêt *Briheche*, 30 septembre 2004, C-319/03, § 24. Pour une présentation récente de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour sur l'action positive, cf. Ch. McCrudden, *Gender-Based Positive Action in Employment in Europe*, op. cit., pp. 63-78.

54 C.J.U.E., arrêt *Abrahamsson*, 6 juillet 2000, C-407/98.

une qualification inférieure mais suffisante pour le poste), tant qu'un certain niveau de représentation des travailleurs avec un handicap dans une entreprise ou un secteur donné n'est pas atteint⁵⁵. Cette hypothèse paraît d'autant plus envisageable que, dans le deuxième arrêt commenté, la Cour précise expressément que l'article 7, paragraphe 2, de la directive doit être lu à la lumière de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées, et, en particulier, de ses articles 5, paragraphe 4, et 27, paragraphe 1. « Il est » par ailleurs « permis de penser que l'action positive soit plus consensuelle en matière de handicap. En effet, sa "visée correctrice" s'impose eu égard à la situation socio-économique des travailleurs handicapés, dont le taux de chômage est particulièrement important »⁵⁶.

Notons encore que dans le deuxième arrêt commenté, la Cour de justice identifie une condition supplémentaire de licéité d'une action positive : lorsqu'un État met en place une action positive en faveur des travailleurs atteints d'un certain handicap, il ne peut, en vertu du principe général d'égalité de traitement consacré aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux, réserver ce dispositif à certains travailleurs (en l'espèce, ceux possédant le statut de salarié) à l'exclusion des autres travailleurs atteints des mêmes handicaps, sans justification objective.

B. Droit des Nations unies : CDPH

En vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la CDPH, « [L]es mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention ».

Dans son observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, le Comité des droits des personnes handicapées qualifie expressément ces mesures spécifiques de « mesures positives ou de mesures d'action positive »⁵⁷.

55 Dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de directive 2000/78/CE, la Commission européenne affirme certes que les mesures d'action positive doivent être interprétées « à la lumière de la jurisprudence actuelle en matière de discrimination fondée sur le sexe » (JO, C 177 E, 27 juin 2000, pp. 42-46 ; cf. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, n° 256). Cette position ne lie cependant pas la Cour de justice. Plusieurs auteurs sont d'avis qu'une interprétation plus large des mesures d'action positive admissibles se justifie en matière de handicap : L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: a Search for Conceptual Clarity », *op. cit.*, pp. 1508 et 1514 ; R. WHITTLE, « The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis From a Disability Perspective », *ELR*, 2002, vol. 27, p. 319 ; C. O'CONNOR, « Positive Action and the Limits of Existing Law », *op. cit.*, p. 357, note 33. Adde, pour une position moins tranchée : L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, *op. cit.*, pp. 360 et 361.

56 J. DAMAMME, *La responsabilité de l'entreprise et l'inclusion professionnelle des personnes en situation de handicap*, Thèse réalisée sous la copromotion de E. Bribosia et I. Rorive (ULB), 2018-2019, non publiée, p. 53.

57 CDPH, *Observation générale n° 6*, § 28. L'expression avait au demeurant été suggérée dans le cadre du processus d'élaboration de la CDPH, mais abandonnée, compte tenu des craintes qu'elle suscitait dans le chef de plusieurs États. Cf. A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, *op. cit.*, pp. 122-125 ; R. CERA, « Article 5. Equality and Non-Discrimination », in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary* (V. DELLA FINA, R. CERA et G. PALMISANO dir.), Springer, 2017, p. 171. Par ailleurs, l'article 5, paragraphe 4, de la CDPH trouve des prolongements dans des dispositifs spécifiques, comme l'article 27, paragraphe 1, h, de ladite Convention, qui fait, quant à lui, expressément référence à des « programmes d'action positive ». La deuxième affaire commentée se réfère du reste à l'une et l'autre de ces dispositions conventionnelles (§ 49).

Le Comité ajoute que de telles mesures « supposent d'adopter ou de maintenir certains avantages en faveur d'un groupe sous-représenté ou marginalisé. Elles sont généralement de nature temporaire, même si, dans certains cas, des mesures spécifiques permanentes sont nécessaires, compte tenu du contexte et des circonstances, y compris en raison d'un handicap particulier ou des obstacles structurels de la société »⁵⁸. Il cite comme exemples de mesures spécifiques les programmes de vulgarisation et d'appui, l'affectation et/ou la réaffectation des ressources, le recrutement, l'embauche et la promotion ciblés, les systèmes de quotas, les mesures de promotion et d'autonomisation, ainsi que la prise en charge de répit et les aides technologiques⁵⁹.

Tant une interprétation littérale de la Convention que celle que lui réserve le Comité le confirment : le caractère temporaire n'est pas une condition *sine qua non* des mesures spécifiques adoptées en vertu de l'article 5, paragraphe 4, qui admet également des mesures permanentes⁶⁰. En comparaison, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale subordonne l'institution de « mesures spéciales » visant à promouvoir l'égalité à la condition qu'« elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient »⁶¹. De façon analogue, l'article 4, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose que « [l']adoption par les États parties de mesures *temporaires* spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints » (notre accent).

L'article 4, paragraphe 2, de la Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes autorise cependant l'adoption de mesures spécifiques *permanentes* pour protéger la maternité⁶². Dans son observation générale n° 25, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes justifie le caractère permanent des mesures visées à l'article 4, paragraphe 2,

58 Observation générale n° 6, § 26. Voy. aussi le paragraphe 25, c), sur la différence entre mesures spécifiques et aménagements raisonnables.

59 Observation générale n° 6, § 26.

60 A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, op. cit., p. 125 ; R. CERA, « Article 5. Equality and Non-Discrimination », op. cit., p. 173 ; A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX et J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 67 : « Artikel 5, lid 4 IVRPH verschilt echter van de genoemde artikelen door niet te voorzien in een verplichteinde van de maatregelen ingeval de doelstellingen bereikt zijn ». Adde UN-DESA et al., *The Handbook to Parliamentarians on the Implementation of the Convention*, 2007, pp. 66-68.

61 Art. 1, § 4. Cf. aussi art. 2, § 2.

62 L'article 4, paragraphe 2 dispose, plus précisément, que « [l']adoption par les États parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente Convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ».

par les différences biologiques qui distinguent les hommes et les femmes : « [I]l faudrait établir une distinction entre le vécu et les besoins permanents des femmes liés à leur condition biologique et ceux qui résultent d'un traitement discriminatoire passé ou présent imposé par des acteurs individuels, de l'idéologie sexiste dominante ou de ses manifestations au niveau des structures et des institutions sociales et culturelles. Au fur et à mesure que des mesures sont mises en place pour éliminer cette discrimination, les besoins des femmes peuvent évoluer ou disparaître, ou se confondre avec ceux des hommes. Ainsi, il faut continuellement suivre les lois, les programmes et les pratiques visant à instaurer l'égalité de fait ou réelle pour éviter la perpétuation d'un traitement différentiel de plus en plus difficile à justifier »⁶³. Andrea Broderick n'hésite pas à raisonner par analogie dans le cadre de la CDPH. Selon elle, la logique sous-jacente à l'article 4, paragraphe 2, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes « *can be applied to persons with disabilities, who also have biologically determined, and of course mentally/intellectually determined, permanent needs and experiences. This inherent aspect of impairment may in certain circumstances necessitate the adoption of permanent positive action measures* ». Et l'auteur de poursuivre : « *The incorporation of permanent specific measures in Article 5 (4) of the CRPD demonstrates quite clearly that the conceptualisation of disability in the Convention is not solely a social construct. Disability is a partly biologically determined experience and, as such, biologically determined factors must be taken into account in accelerating or achieving substantive equality. The understanding of disability endorsed by the CRPD seeks to redress, inter alia, the inequalities which result from biological (mental/intellectual) needs by placing ultimate responsibility on national governments to tackle the disadvantage arising from the interaction of impairment with societal barriers* »⁶⁴. On peut se demander toutefois si les mesures visées dans cet extrait correspondent toujours à la notion d'« action positive ». Car, comme le souligne le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes à propos des mesures protégeant la maternité, il n'est plus ici question de contrer les effets de discriminations passées ou présentes ou d'attitudes ou pratiques sociales néfastes ancrées dans les mentalités, mais de répondre à des besoins propres aux personnes concernées⁶⁵. Dans le domaine du handicap,

63 § 11. Voy. par ailleurs les paragraphes 15 et 16 sur la portée respective des paragraphes 1 et 2 de l'article 4.

64 A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, op. cit., p. 128. Voy., plus généralement, pp. 125-128. L'auteur y fournit notamment des exemples de mesures temporaires (p. 129) et permanentes (p. 130).

65 Ainsi, Andrea Broderick écrit, au sujet des mesures permanentes qu'elle évoque : « *[C]ertain individuals will require permanent positive action measures to equalise opportunities and outcomes on account of the particular nature of their impairment. Without such measures, the exercise of many rights will be hindered in respect of persons with intellectual or developmental disabilities, for instance. Permanent positive action in respect of those individuals might include respite care or assistive technology to overcome the disadvantaged accruing to such persons and flowing from their impairment, in circumstances where the disadvantage is particularly embedded. The UNCESCR gives examples of measures to achieve non-discrimination in the disability context that may need to be of permanent nature, such as interpretation services for linguistic minorities and persons with sensory impairments in health care facilities* ».

cet impératif est poursuivi à travers le principe d'accessibilité et l'obligation d'aménagement raisonnable, voire les politiques de santé et de sécurité au travail. Les arguments d'Andrea Broderick présentent en outre le risque de réhabiliter la conception médicale du handicap, au détriment de la conception sociale. Il convient par ailleurs de rappeler que l'idée qui sous-tend la condition de limitation dans le temps des mesures d'action positive est qu'une fois atteint l'objectif en vue duquel elles ont été instituées, ces mesures ne se justifient plus. Par conséquent, tant qu'une inégalité structurelle entre les personnes avec un handicap et le reste de la population persiste, des programmes d'action positive en faveur de ces personnes devraient pouvoir être maintenus.

Enfin, la CDPH formule dans son article 4, paragraphe 3, une autre exigence, qui n'est pas propre aux mesures d'action positive mais revêt un caractère transversal dans la Convention, celle d'associer les personnes concernées par ces politiques à leur élaboration⁶⁶.

C. Droit belge

La loi belge du 10 mai 2007, qui transpose la directive 2000/78, autorise la mise en place de mesures d'action positive, notamment en faveur des personnes en situation de handicap, moyennant le respect de conditions calquées sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (1). Les dispositions de la loi sont complétées sur ce plan par l'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de mise en œuvre de l'action positive (2).

1. La législation tendant à lutter contre la discrimination et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

En vertu de l'article 10 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, en cause dans la première affaire commentée, « une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés », dont le handicap, « ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction [...] constitue une mesure d'action positive ». Cette disposition s'inscrit dans la droite ligne de la directive 2000/78 qu'elle transpose. Comme à l'article 7, paragraphe 1 de la directive, les actions positives y sont définies comme des « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique » (art. 4, 11°). Le champ d'application de la loi est toutefois plus large que celui de la directive, limité au secteur de l'emploi et du travail : il inclut notamment l'accès et la fourniture de biens et services à la disposition du public ainsi que l'accès, la participation et tout

66 A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, op. cit., pp. 121 et 122.

autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public (art. 5, § 1).

La loi du 10 mai 2007 formule plusieurs conditions auxquelles la mise en place d'une mesure d'action positive doit répondre : « [I]l doit exister une inégalité manifeste ; la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ; la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ; la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui »⁶⁷. On notera qu'à la différence de la directive 2000/78, la loi du 10 mai 2007 souligne expressément le caractère temporaire que doivent revêtir des mesures d'action positive⁶⁸.

En énonçant ces conditions, le législateur reprend à son compte les exigences précédemment dégagées par la Cour constitutionnelle sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution dans sa jurisprudence relative à ce qu'elle a appelé les « inégalités correctrices ». L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt n° 9/94. C'est à cette jurisprudence que fait écho le premier arrêt commenté⁶⁹.

Si le législateur a décidé de mentionner expressément ces conditions dans la loi, c'est à la suite d'un arrêt antérieur de la Cour, l'arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, rendu à propos de la loi du 25 février 2003 qui constituait une première tentative de transposition de la directive 2000/78/CE⁷⁰. Cette loi – qui a depuis été abrogée et remplacée par la loi du 10 mai 2007 – se bornait à autoriser l'action positive en reprenant la définition de celle-ci énoncée dans la directive. Dans son arrêt n° 157/2004, la Cour, rappelant sa jurisprudence antérieure, affirme qu'« une norme ou disposition législative ne peut avoir une portée telle qu'elle empêcherait le juge compétent, lorsqu'il apprécie les applications de mesures d'action positive, de vérifier concrètement » que les quatre conditions dégagées dans sa jurisprudence antérieure sont remplies. Dans la mesure où la disposition en cause de la loi est interprétée en ce sens, elle est déclarée conforme à la Constitution. Lorsque le législateur décida d'élaborer la

67 Loi préc., art. 10, § 2.

68 De ce point de vue, la loi belge est plus restrictive que la directive 2000/78/CE (*supra*, 1.1.) et la CDPH (*infra*, 1.3.) qui ne limitent pas le champ d'application temporel des mesures d'action positive qu'elles autorisent.

69 Cons. B.22.3. L'arrêt commenté renvoie par ailleurs également à l'arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, cons. B.20. On notera que dans aucune de ces deux affaires (n° 9/94 et 42/97), la Cour ne considère que la loi litigieuse constitue une mesure d'action positive répondant aux conditions qu'elle énonce. À la suite de ces deux arrêts, la Cour mentionne enfin, au considérant B.22.3. précité, l'arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, auquel on a déjà fait allusion *supra*, note 3, et sur lequel l'on revient ci-après dans le corps du texte. On notera par ailleurs que la section de législation du Conseil d'État se réfère également à l'arrêt de principe de la Cour constitutionnelle – l'arrêt n° 9/94 – dans les avis qu'elle rend. Cf. en ce sens : Projet de loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, avis du Conseil d'État du 16 février 1999, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 49-2057/1, spéc. pp. 38 et 39 ; Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, avis du Conseil d'État du 2 février 2002, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 50-1578/2, spéc. pp. 7 et 8.

70 Loi du 15 février 2003, tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

loi du 10 mai 2007, destinée à remplacer celle du 25 février 2003, il préféra cette fois mentionner expressément dans la législation les conditions énoncées par la Cour. Celle-ci a validé le dispositif ainsi mis en place dans le premier arrêt commenté⁷¹.

La loi du 10 mai 2007 pose un préalable supplémentaire à la mise en place d'actions positives : elle requiert l'adoption d'un arrêté royal pour déterminer « les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre »⁷².

2. L'arrêté royal du 11 février 2019

Le 11 février 2019, soit plus de dix ans après l'adoption de la loi du 10 mai 2007, un arrêté royal fixant les conditions de mise en œuvre de l'action positive, selon son intitulé, a été adopté par le Gouvernement. Son champ d'application personnel déborde de loin la thématique qui nous retient, puisqu'il concerne des mesures susceptibles de s'appliquer à tout critère protégé par l'une des trois lois fédérales antidiscriminatoires⁷³. Pour ce qui est du champ d'application matériel, il porte uniquement sur l'emploi dans le secteur privé.

Reprenant la définition énoncée dans la loi, l'article 3 de l'arrêté définit les actions positives comme « des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés aux critères protégés, tels que mentionnés (dans les dispositions précitées), en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ».

Alors que les lois antidiscrimination évoquent un arrêté royal déterminant *les hypothèses et les conditions* dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre, l'arrêté du 11 février 2019 n'apporte pas de précision quant aux circonstances dans lesquelles des initiatives de cet ordre sont admises. Son objet est plutôt de définir une procédure permettant à une entreprise de faire approuver un plan d'action positive par le ministre compétent afin de garantir à celle-ci la « sécurité juridique ». Le Conseil d'État avait jugé, dans son avis sur l'avant-projet d'arrêté⁷⁴, que les « hypothèses et les conditions (spécifiques) corrélatives, dont il est question dans les dispositions légales précitées, étant dans la pratique probablement très diverses [...], il ne paraît pas déraisonnable d'interpréter les habilitations au Roi dans ces dispositions légales de la manière précitée ». Il avait toutefois estimé qu'il s'imposait « de mieux faire correspondre l'objet des habilitations précitées, tel qu'il est décrit actuellement dans ces dispositions légales, à la portée qui y est donnée présentement dans

71 C. const., 12 février 2009, n° 17/2009, B.22.4.

72 Art. 10, § 3.

73 Autrement dit, les critères mentionnés à l'article 4, 4°, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, à l'article 4, 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et à l'article 3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (art. 7).

74 Version à laquelle nous n'avons pas accès, à telle enseigne qu'il n'est pas possible de comparer le contenu de l'avant-projet d'arrêté sur lequel portait l'avis du Conseil d'État avec celui de l'arrêté adopté postérieurement à cet avis.

le projet à l'examen » pour que l'arrêté puisse être réputé trouver un fondement juridique dans ces dispositions⁷⁵.

L'arrêté prévoit que, pour pouvoir être approuvé par le ministre, le plan d'action positive doit être établi soit par une convention collective de travail, soit par un acte d'adhésion fixant les conditions relatives aux actions positives – auquel cas, l'entreprise doit compléter le modèle obligatoire annexé à l'arrêté et porter le projet d'acte d'adhésion à la connaissance de tous les travailleurs⁷⁶. Le plan d'action doit contenir une série d'informations énumérées à l'article 5, paragraphe 2, lesquelles renvoient aux conditions de validité consacrées par les lois antidiscrimination⁷⁷. En premier lieu, il doit établir l'existence d'une inégalité manifeste dans le ressort de la commission paritaire, la branche d'activité ou l'entreprise, la preuve pouvant en être fournie « par tous les moyens disponibles ». Il doit ensuite décrire l'objectif et l'effet concret de l'action positive, qui doit poursuivre « la disparition de l'inégalité en assurant une égalité des chances » et viser « à éliminer ou à réduire les problèmes qui sous-tendent l'inégalité ». Cette formulation fait écho à la jurisprudence de la Cour de justice examinée plus haut (*cf. supra*, II.B.). Le plan doit également indiquer la durée prévue de l'action positive, celle-ci devant être retirée « lorsque l'objectif poursuivi est réalisé et au plus tard après une période de 3 ans ». Sur ce plan, l'arrêté royal s'avère plus strict que la loi en fixant une durée maximale de trois ans. On peut s'interroger sur la pertinence de cette limite de trois ans, qui semble devoir s'appliquer *même si l'objectif n'a pas été atteint*. Dans les cas où un plan d'action positive aurait montré son utilité en permettant d'améliorer la situation, sans pour autant parvenir dans ce délai limité à faire disparaître l'inégalité qui a justifié sa mise en place, il serait regrettable qu'il doive être interrompu. Une obligation de réévaluation périodique des effets du plan aurait pourtant permis de garantir qu'il ne reste en place que le temps nécessaire à la réalisation des objectifs visés. Enfin, quatrième et cinquième informations exigées, le plan doit satisfaire à un test de proportionnalité et comporter la garantie que la mesure ne restreint pas inutilement les droits d'autrui.

C'est au ministre qui a l'emploi dans ses attributions que le plan doit être soumis pour approbation. Celui-ci vérifiera si les conditions énoncées dans l'arrêté royal sont remplies et si l'action positive concerne bien l'un des critères protégés par les législations fédérales antidiscriminatoires. L'arrêté indique que si « le plan d'action positive est approuvé, il doit être considéré comme conforme à l'article 10, § 3, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes

75 Avis n° 64.406/1, 16 novembre 2018.

76 Art. 4. L'article 5, paragraphe 1, établit des conditions particulières à respecter lorsque le plan d'action positive est fixé par un acte d'adhésion.

77 Conditions validées par la Cour dans le premier arrêt commenté : cons. B.22.6.

inspirés par le racisme et la xénophobie, à l'article 10, § 3, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et à l'article 16, § 3, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes »⁷⁸ – autrement dit, les articles par lesquels ces lois requièrent l'adoption d'un arrêté royal pour déterminer les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre⁷⁹.

Cette procédure n'est cependant pas obligatoire : l'arrêté précise que les entreprises peuvent mettre en place des actions positives sous d'autres formes que celles de la convention collective de travail ou de l'acte d'adhésion. Elles peuvent dans ce cas en informer le ministre de l'Emploi⁸⁰.

On notera enfin que le rapport au Roi identifie des exemples d'actions positives. Il peut s'agir de campagnes de recrutement pour certains groupes cibles, de la promotion ciblée d'offres d'emploi auprès de groupes cibles spécifiques, de programmes de soutien aux candidats lors de la procédure de candidature⁸¹, de stages réservés aux groupes cibles concernés⁸², ou encore de la stimulation des formations en vue de possibilités de promotion pour briser le plafond de verre. Cette liste n'est cependant pas exhaustive.

III. Traductions embryonnaires dans le cadre du marché de l'emploi belge

En droit belge, des dispositions qu'on peut qualifier aujourd'hui d'actions positives se sont matérialisées dans le domaine de l'emploi et ce, dès le début des années 1960 – soit avant même que la notion n'émerge dans la jurisprudence et les sources formelles belges⁸³. Les quotas de recrutement incarnaient

78 Art. 7, al. 3. L'arrêté royal précise par ailleurs qu'à défaut de communication de la décision au demandeur dans un délai de deux mois à dater de l'enregistrement de la convention collective de travail ou de la déclaration de recevabilité de l'acte d'adhésion, le plan est considéré comme approuvé (art. 8).

79 Dans son avis précité, le Conseil d'État avait considéré, d'une part, « que l'on n'aperçoit pas quels effets juridiques sont liés à l'approbation ou à la non-approbation d'un tel plan. À cet égard, on peut se demander par exemple si un plan approuvé doit être réputé conforme aux conditions fixées au paragraphe 2 de chacune des dispositions légales précitées » (pt 4 de l'avis). Et il ajoutait : « Le projet ne comporte pas de critères que le ministre compétent doit suivre pour approuver ou non le plan d'action positive en application de l'article 6 du projet. En tout état de cause, il convient à cet égard de tenir compte également des conditions fixées au paragraphe 2 de chacune des dispositions légales précitées concernant la mise en œuvre de mesures d'action positive, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour constitutionnelle en la matière. Le projet devra être complété par une règle explicite à ce sujet » (pt 5 de l'avis). On peut penser que l'actuel article 6 de l'arrêté royal, qui détermine les informations que doit contenir le plan d'information répond, partiellement en tout cas, à l'avis du Conseil d'État. On ne voit cependant pas ce qui empêcherait un juge de contrôler la conformité de l'arrêté ministériel approuvant le plan d'action positive – et le déclarant donc conforme aux conditions énoncées à l'article 6 de l'arrêté royal du 11 février 2019 – au regard des conditions fixées aux articles 10, paragraphe 2, des lois antidiscriminatoires, interprétées à la lumière de la jurisprudence de la C.J.U.E. De ce point de vue, la question des effets juridiques liés à l'approbation (ou à la non-approbation) d'un plan d'action positive, que le Conseil d'État avait soulevée, demeure à notre avis.

80 Art. 9. Là encore, le mécanisme avait suscité la critique du Conseil d'État qui déplorait l'absence de précision sur les effets juridiques d'une telle communication « à titre d'information » (pt 4 de l'avis).

81 Le rapport au Roi précise à cet égard que « cela pourrait par exemple signifier qu'une entreprise offre la possibilité de fournir des informations ou une formation préliminaire aux candidats d'un groupe cible donné, en expliquant comment ils peuvent postuler avec succès pour un emploi dans l'entreprise ».

82 Avec la précision qu'une garantie pour un emploi peut être liée à cela, par exemple en cas d'évaluation positive du stage et lors de la rédaction d'une offre d'emploi dans les 2 ans suivant le stage ».

83 Sur la distinction entre les mesures d'action positive et les politiques de diversité, cf. J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Plans de diversité dans l'entreprise : action positive ou communication positive ? Le cas de la Région de Bruxelles-Capitale », in *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination* (C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK dir.), Bruges, die Keure/la

alors l'une des mesures destinées à favoriser l'intégration professionnelle des personnes handicapées, aux côtés des formations spécifiques et de la création d'entreprises séparées⁸⁴.

La loi belge du 16 avril 1963 fut la première à fixer des quotas d'embauche de personnes handicapées. En vertu de l'article 21 de la loi, les entreprises privées, les administrations publiques et les organismes d'intérêt public qui occupaient au moins vingt travailleurs étaient tenus d'occuper un nombre minimum de travailleurs handicapés⁸⁵. Aux termes de l'article 21, paragraphe 2, il revenait au Roi de fixer « pour chaque branche d'activité, le nombre de handicapés qui doivent être occupés » et les modalités d'application afférentes à ces mesures d'action positive⁸⁶; l'article 21, paragraphe 3, instaurait la même obligation pour les administrations publiques et les organismes d'intérêt public. Enfin, l'article 31 de la loi prévoyait une sanction pénale en cas de non-respect par l'employeur du prescrit de l'article 21 et de ses arrêtés d'exécution.

Un arrêté royal fut adopté sur cette base le 11 août 1972 pour la *fonction publique*⁸⁷. Cet arrêté fixait et ventilait entre les différents ministères le nombre de personnes handicapées. L'article 2 dudit arrêté précisait en outre que « tant que leur quota n'est pas atteint, les ministères intéressés sont tenus, lors des demandes de recrutement, de réserver à des handicapés trois pour cent des emplois précis en extension du cadre ou en remplacement de personnel ». Ce dispositif était cependant demeuré largement ineffectif. L'arrêté a depuis lors été abrogé⁸⁸.

Charte, 2010, pp. 309-352; A. REA, « Les politiques de diversité à Bruxelles : entre politique symbolique et action positive », in *Politiques antidiscriminatoires* (J. RINGELHEIM, G. HERMAN et A. REA dir.), De Boeck, 2015, pp. 195-212. Les personnes handicapées bénéficient par ailleurs d'avantages sociaux et fiscaux (cf. M. DUMONT et N. MALMENDIER, *Les personnes handicapées*, coll. Études pratiques de droit social, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, pp. 3-18) qui, à notre estime, ne se confondent pas avec les mesures d'action positive ici envisagées dans la mesure où elles n'ont pas spécifiquement pour objet de supprimer, dans un contexte particulier, une inégalité structurelle dont seraient victimes les personnes handicapées; il s'agit de mesures de portée générale visant à faciliter l'insertion et la participation à la société des personnes handicapées (cf. *supra*, I.B.3.). En ce sens, c'est à première vue à tort, selon nous, que la Cour du travail de Liège qualifie de « discrimination positive » l'abattement dont font l'objet les revenus du travail de la personne handicapée et de la personne avec laquelle elle forme un ménage dans le cadre de l'octroi des allocations sociales d'intégration et de remplacement (C. trav. Liège [3^e ch.], 11 février 2013, *Chron. D.S.*, 2018, som., p. 106). Voy. par ailleurs les « mesures de faveur » dont bénéficient les personnes handicapées en matière de logement et qui sont évoquées par Nicolas BERNARD dans son commentaire au présent ouvrage [6.1.].

84 J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *J.T.*, 2018/6726, p. 310. Sur l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés en droit français, voy. L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, op. cit., pp. 366 et s., qui signale que le contentieux en la matière est restreint mais pas inexistant (avec référence à H. RIHAL, « Le contentieux de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés : le respect de l'obligation des 6 % apprécié par les juridictions administratives et judiciaires », *RDSS*, 2010, p. 1146). Voy. enfin la troisième décision commentée à propos des quotas prévus dans les entreprises publiques italiennes.

85 Est considérée comme une personne handicapée au sens de la loi « les personnes de nationalité belge dont les possibilités d'emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution d'au moins 30 p.c. de leur capacité physique ou d'au moins 20 p.c. de leur capacité mentale » (art. 1). L'article 3, 2^e, de la loi porte la marque évidente d'une conception médicale du handicap, lui qui dispose que le Fonds national de reclassement social des handicapés a pour mission « de veiller à ce que les handicapés puissent bénéficier du meilleur traitement médical ou chirurgical en vue d'atteindre une récupération fonctionnelle maximum et de réaliser ou d'améliorer ainsi l'aptitude à l'emploi ».

86 Étant entendu que cette qualification n'apparaît pas dans la loi du 16 avril 1963.

87 A.R., 11 août 1972, stimulant l'emploi de handicapés dans les administrations de l'État.

88 Par A.R., 5 mars 2007, organisant le recrutement des personnes handicapées dans certains services publics fédéraux, art. 6.

L'arrêté royal du 6 octobre 2005 portant diverses mesures en matière de sélection comparative de recrutement et en matière de stage⁸⁹ a, quant à lui, instauré un nouveau quota de 3 % dans les services publics *fédéraux*⁹⁰. En sus de l'instauration de ce quota et d'un élargissement de la définition du handicap⁹¹, l'arrêté royal prévoit la possibilité pour la personne handicapée de se faire connaître auprès du Selor et de solliciter à cette occasion le bénéfice d'aménagements raisonnables pour sa participation à la sélection comparative de recrutement ou au test de sélection. Pour le surplus, le rapport au Roi précise que « [c]ontrairement aux dispositions de 1972, les personnes handicapées seront soumises aux mêmes épreuves de sélection que les personnes valides. [...] La logique préconisée ici est donc celle de l'action positive et non de la discrimination positive. On s'assure en effet que les candidats ont bien les compétences nécessaires et suffisantes pour exercer une fonction au sein de l'administration fédérale »⁹². L'arrêté royal considère par ailleurs que certains types de handicap (ceux impliquant une perte d'autonomie d'au moins douze points ou nécessitant l'aide d'une tierce personne) comptent double dans le calcul du quota à atteindre⁹³. En cas de non-respect du quota, une possibilité de sanction existait (recrutement bloqué pour les travailleurs non handicapés), mais n'avait jamais été appliquée, malgré le quota non atteint dans la plupart des services fédéraux. Elle a été supprimée par l'arrêté royal du 6 décembre 2012⁹⁴. Une commission d'accompagnement demeure par contre instaurée afin de rapporter annuellement et de proposer des recommandations⁹⁵. L'obligation de quota prévue pour la fonction publique fédérale apparaît donc en définitive très *soft*, à défaut de sanction en cas de non-respect, et demeure du reste largement ineffective⁹⁶.

La plupart des administrations publiques des entités *fédérées* ont également instauré des quotas (de 2 à 3 % selon les régions et communautés)⁹⁷, qui ne sont pas davantage respectés. Là aussi, aucune sanction n'est prévue mais il existe également des rapportages annuels ou bisannuels aux gouvernements.

89 Tel qu'il a été modifié à plusieurs reprises, et notamment par l'arrêté royal précité du 5 mars 2007.

90 Art. 3.

91 Cf. l'article 1 de l'arrêté qui précise au travers de six items, se référant parfois eux-mêmes à d'autres législations (comme la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées), ce qu'il faut entendre par « personne handicapée ».

92 Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 5 mars 2007.

93 Art. 3, § 1. Le rapport au Roi qui accompagne l'arrêté royal du 5 mars 2007 justifie cette mesure correctrice de la manière suivante : il s'agit, par ce biais, d'« éviter que les services ne recrutent de préférence des personnes souffrant d'un handicap léger ».

94 Cette suppression a été dénoncée par le Conseil supérieur national des personnes handicapées dans son avis n° 2012/14 (<http://ph.belgium.be/fr/avis/avis-2012-14.html>). Elle apparaît de surcroît contraire au principe de *standstill* qui, dans le domaine des droits fondamentaux, interdit de diminuer de manière significative, sans motif d'intérêt général, le niveau de protection conféré à un droit – *in casu* le droit à l'égalité. Sur le principe de *standstill*, voy. le commentaire, dans le présent ouvrage, de Line BURSENS et Dries VAN ECKHOUTTE [1.3.].

95 A.R., art. 4.

96 Cf. e.a. l'avis n° 2016/5 du CSNPH (<http://ph.belgium.be/fr/avis/avis-2016-15.html>) qui souligne que le taux d'emploi des personnes handicapées dans la fonction publique fédérale est en diminution constante depuis 2012.

97 Voy. par exemple : arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles Capitale, 21 mars 2018, portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale, art. 325 à 328.

Par contraste avec le secteur public, le *secteur privé* est demeuré à l'écart de toute obligation de quota, faute d'adoption des arrêtés d'exécution requis par la loi de 1963⁹⁸. La loi du 10 mai 2007 permet désormais expressément aux entreprises privées de mettre en place un plan d'action positive en faveur des personnes en situation de handicap, moyennant le respect des conditions énoncées dans cette loi et dans l'arrêté royal du 11 février 2019 (*cf. supra*, II.C.), mais leur laisse le choix d'en adopter ou non.

IV. Conclusion

Lors du débat qui a précédé, en France, la constitutionnalisation de la règle de la parité obligatoire des candidatures aux élections⁹⁹, Élisabeth Badinter s'interrogeait en ces termes : « Sommes-nous à ce point handicapées qu'il faille nous imposer par la contrainte constitutionnelle ? Et si cela devait arriver, comment jamais être sûres que nous sommes à tel ou tel poste par l'effet de notre compétence ou par la force des quotas ? », avant de conclure que « la discrimination n'est jamais positive et finit toujours par se retourner contre la personne discriminée »¹⁰⁰.

Le propos a le mérite de rappeler le caractère controversé des mesures d'action positive¹⁰¹ et des liens compliqués qu'elle entretient avec l'interdiction de discrimination¹⁰². Quant à l'allusion au handicap, si elle est indélicate – en tous les cas le serait-elle aujourd'hui –, elle n'en est pas moins significative. Elle sous-entend, en creux, que les mesures d'action positive ne devraient pas soulever les mêmes objections pour les personnes handicapées que pour d'autres groupes de personnes – les femmes, *in casu*. Le droit offre du reste certaines prises à cette assertion, lui qui, au niveau national, compte des législations instaurant des quotas rigides pour l'emploi des personnes handicapées, et qui, à l'échelle européenne et internationale, reconnaît le principe même des actions positives, non sans les mâtinier de certaines spécificités propres au contentieux du handicap¹⁰³. Reste à voir si ces caractéristiques suffiront à infléchir la jurisprudence de la Cour de justice en matière de quotas. À ce jour, cependant, aucun recours n'a encore été porté devant elle en la matière. Sous réserve d'autres explications possibles, peut-être est-ce là le signe que les dispositifs d'action positive bénéficient d'une légitimité de principe plus forte

98 Et ce, semble-t-il, en raison notamment de résistances opposées par les syndicats et les associations de personnes handicapées (J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *op. cit.*, p. 310 et la référence citée en note 13).

99 Const. (France), art. 1^{er}, al. 2.

100 « Non aux quotas de femmes », *Le Monde*, 12 juin 1996 (texte reproduit dans *Le piège de la parité. Arguments pour un débat*, Paris, Hachette Littérature, 1999, pp. 18 et s.).

101 Loin de combattre et d'éradiquer les préjugés existant à l'encontre des personnes désavantagées, elles ne feraient, selon d'aucuns, que les renforcer.

102 Sachant que toute mesure d'action positive n'entraîne pas nécessairement de conséquences collatérales (significatives) sur celles et ceux qui en sont exclus et n'est donc pas nécessairement discriminatoire.

103 Possibilité de mesures permanentes *versus* temporaires ; dir. 2000/78/CE, art. 7, § 2.

dans le champ du handicap que dans le cas d'autres critères de discrimination¹⁰⁴. Pour le surplus, la justiciabilité des mesures d'action positive demeure affectée d'une triple fragilité au moins. *Primo*, les dispositions européennes les autorisent, sans les imposer : pas de recours possible, donc, sur la base du droit européen, en cas d'inaction des pouvoirs publics. Le Comité des droits de personnes handicapées, de son côté, considère, qu'en vertu de la CDPH, ces mesures peuvent être obligatoires dans certaines circonstances, mais cette position doit encore être précisée. *Secundo*, lorsque de telles mesures sont adoptées en droit belge, elles sont souvent dépourvues de sanction. *Tertio*, à supposer qu'une sanction existe, encore faut-il connaître les rouages judiciaires pour les actionner, être prêt à les utiliser et assumer le risque de se voir stigmatisé au motif que l'on revendique le bénéfice d'une mesure qui reste controversée¹⁰⁵. Si, à défaut de commenter un grand arrêt en la matière, les présentes observations pouvaient à tout le moins avoir favorisé une compréhension plus fine des mesures d'action positive et visibilisé leur potentielle plus-value, en complément d'autres dispositifs inclusifs, il aurait atteint son objectif.

Isabelle Hachez et Julie Ringelheim

104 Pour rappel, l'arrêt de la C.J.U.E. commenté ne portait pas sur la validité même de la mesure d'action positive litigieuse mais sur l'étendue de son champ d'application personnel potentiellement discriminatoire.

105 David Bourguignon et Ginette Herman soulignent à cet égard « les répercussions délétères induites par l'expérience de la discrimination et les grandes difficultés qu'éprouvent les personnes stigmatisées à les contrer par des démarches individuelles (comme affirmer qu'un acte discriminatoire a été commis, déposer plainte...) » (« Les individus stigmatisés face au programme de lutte contre les discriminations », in *Politiques antidiscriminatoires*, *op. cit.*, p. 147). Voy. par ailleurs la récente étude d'Aude Lejeune et Julie Ringelheim qui, compte tenu de l'hétérogénéité des formes de handicaps et des moments de la vie auxquels ils se manifestent, soulignent – dans le contexte des aménagements raisonnables – la difficulté pour les travailleurs handicapés d'appréhender leur expérience personnelle comme la manifestation d'une discrimination structurelle et de se sentir engagés au service d'une cause commune (« Workers with Disabilities Between Legal Changes and Persisting Exclusion: How Contradictory Rights Shape Legal Mobilization », *Law & Soc'y Rev.*, 2019, spéc. p. 27).