

LA LOI DU 25 FÉVRIER 2003 TENDANT À LUTTER CONTRE LA DISCRIMINATION : LES DÉFIS D'UNE «HORIZONTALISATION» DES DROITS DE L'HOMME

par

Sébastien VAN DROOGHENBROECK*

Chargé de recherches au F.N.R.S

Professeur invité aux Facultés Universitaires Saint-Louis

INTRODUCTION

1. – Dire que la gestation parlementaire de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination¹ fut mouvementée, est un euphémisme.

Issu d'une proposition de loi déposée le 14 juillet 1999² par Ph. Mahoux, le texte initialement envisagé fut soumis à l'épreuve d'une «navette» entre le Sénat et la Chambre, de deux avis pour le moins négatifs du Conseil d'État³, d'une pluie d'amendements parlementaires et gouvernementaux et, *last but not least*, de l'obstruction dont le *Vlaams Blok* est coutumier lorsque – sans doute à raison en l'occurrence – il pressent le péril d'un nouveau dispositif législatif susceptible de tenir en échec tout ou partie de sa propagande. Obstruction qui, faut-il le signaler, se poursuit actuellement devant la Cour d'arbitrage.

Les difficultés qu'éprouva la loi du 25 février 2003 pour parvenir à l'existence n'eurent d'égales que la virulence de la critique que, dès avant même sa promulgation, une certaine doctrine lui adressa. L'originalité de cette loi réside en ceci que, sous la contrainte pénale notamment, elle érige le principe d'égalité et de non-discrimination

en norme de comportement des particuliers dans leurs rapports mutuels, alors qu'auparavant, pareil principe se bornait essentiellement à ne régir que les rapports «de droit public» entre les particuliers et l'autorité. Pour Matthias Storme⁴, cette «horizontalisation» du principe d'égalité constitue rien moins que «la plus grande menace qu'une société ouverte et démocratique ait subi depuis la seconde guerre mondiale». À l'estime de cet auteur, il ne pourra en résulter que l'instauration d'un État policier orwellien, destructeur de la sphère publique et foulant aux pieds la liberté d'expression et d'association.

2. – Même abstraction faite des comparaisons douteuses qu'elle établit entre l'adoption de la loi du 25 février 2003 et la montée du Nazisme⁵, cette critique radicale n'est pas recevable comme telle en ce qu'elle feint d'ignorer que, loin d'être le fruit exclusif d'une «fantaisie» du législateur belge, l'«horizontalisation» du principe d'égalité ressortit d'obligations internationales, supranationales et constitutionnelles pesant sur ce législateur (I). D'autres États européens ont, au demeurant, d'ores et déjà adopté des dispositifs législatifs puisant aux mêmes inspirations, ou s'approprient à le faire⁶. Sauf à considérer qu'une folie collective se soit emparée des instances internationales et européennes et des États qui y siègent, la légitimité même d'une introduction du principe d'égalité dans les rapports individuels ne semble donc pas devoir être remise en cause.

3. – Qu'elle soit légitime en son principe, pareille introduction n'en suscite pas moins de nombreuses ques-

* L'auteur tient à remercier Mmes Isabelle Hachez et Christine Guillaïn pour leur précieux concours dans la rédaction de cette étude.

¹ Intitulé complet : loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Mon. b.*, 17 mars 2003.

² Cette proposition de loi avait déjà été déposée sous la législature précédente, mais était tombée en caducité suite à la dissolution des Chambres : voy. proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, déposée le 31 mars 1993 par MM. LALLEMAND et consorts, *Doc. parl. Sénat*, 1998-1999, 1341/1. L'on notera que sous la précédente législature, avaient été déposées des propositions ayant un objet en tout ou partie similaire : voy. la proposition de loi modifiant le Code pénal, abrogeant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, déposée le 24 juin 1997 par M. Geert BOURGEOIS, *Doc. parl. Chambre*, 1996-1997, n° 1089/1. Voy., pour plus de détails, J. VRIELINK, «De nieuwe belgische antidiscriminatiewet : een kritische bespreking», *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 193.

³ Voy. avis n° 30.462/2 du 21 décembre 2000, *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/5 et Avis n° 32967/2 du 18 février 2002, *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/002.

⁴ «Een algemene discriminatiewet vernietigt de burgerlijke maatschappij als open samenleving en leidt onvermijdelijk naar een politiestaat», texte publié sur <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/>. Voy. également, du même auteur, «Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat», *De juristenkrant*, 6 novembre 2002, n° 57, p. 4.

⁵ *Ibid.*

⁶ Voy. l'étude de droit comparé à laquelle s'est livrée, en 2002, M. BELL, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford, University Press, 2002, spec. pp. 145-180. Adde l'étude de droit comparé, plus ancienne et d'objet plus réduit, qui a été effectuée par les services de législation comparée du Sénat français : «La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail», consultable sur <http://cubitus.senat.fr/lc/lc82/lc82.html>

tions et difficultés quant aux modalités au travers desquelles elle s'opère.

4. – Certaines difficultés sont propres au procédé utilisé par le législateur belge pour réaliser pareille introduction. Il a en effet été opté pour une « législation-mère » située à mi-chemin entre le faisceau de législations particulières conçues de manière parfaitement étanche et l'adoption d'une législation parfaitement unifiée (II). Il est permis de penser que, loin de les avoir vaincus, ce procédé légistique a en réalité cumulé les inconvénients et les risques propres aux deux extrêmes : le manque de coordination inhérent à l'édiction de dispositifs sectoriels, et les excessives généralisations caractérisant une législation uniforme.

5. – Plus fondamentalement cependant, l'horizontalisation de la protection des libertés publiques – et, singulièrement, de l'exigence d'égalité⁷ – se heurte à une série de difficultés liées au caractère imparfaitement transposable, dans les rapports interindividuels, de catégories et raisonnements juridiques qui, au départ, ont été conçus pour régir des rapports « verticaux » entre la puissance publique, d'une part, et des particuliers, d'autre part⁸.

Les raisonnements juridiques. Lorsque les droits fondamentaux sont conçus comme des boucliers contre la puissance publique, ils reçoivent traditionnellement une interprétation large (*In dubio, pro libertate*) et s'accommodent volontiers d'un flou conceptuel. Cette interprétation large ne se conçoit cependant pas lorsque ces mêmes droits sont érigés en normes de comportement des rapports entre les particuliers, pour la simple raison qu'en de tels rapports horizontaux, l'extension des droits fondamentaux de l'un opère bien souvent au détriment direct des droits fondamentaux de l'autre⁹. Le flou conceptuel n'est pas davantage admissible, particulièrement lorsque la norme de comportement articulée autour du droit fondamental est imposée sous la contrainte pénale.

Les catégories juridiques. Comme boucliers face aux empiètements de la puissance publique, les droits fondamentaux sont rarement consacrés de manière absolue : sous condition qu'elles poursuivent un intérêt général et

demeurent proportionnées par rapport à celui-ci, des limitations pourront leur être apportées. S'il semble logique, dans un État de droit, que les particuliers ne soient pas astreints à des obligations plus sévères que celles qui pèsent sur les pouvoirs publics eux-mêmes, encore faut-il cependant voir si des catégories juridiques qui ont été originellement pensées en relation avec ces derniers peuvent, telles quelles, être greffées sur les rapports qui se nouent entre les premiers. Peut-on, sans plus amples nuances, requérir d'un particulier qu'il motive ses actions par la poursuite d'un intérêt général du même ordre que celui que l'on est en droit d'exiger de la puissance publique lorsqu'elle limite les droits et libertés ?

6. – Les difficultés de tous ordres ainsi recensées ont visiblement été aperçues par le législateur : la loi du 25 février 2003 porte les stigmates évidents – quoique parfois maladroits – d'une telle prise de conscience. Ainsi, pour couper court à la critique, récurrente dans les débats parlementaires, du caractère potentiellement liberticide de la loi en devenir¹⁰, le législateur (article 3) a expressément prévu que celle-ci « ne porte pas atteinte à la protection et à l'exercice des droits fondamentaux qui sont mentionnés dans la Constitution et les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme ». Une telle disposition est évidemment absurde : l'obligation, pour une loi, de respecter les normes juridiques qui lui sont supérieures s'impose par évidence sans qu'il soit besoin de le préciser¹¹.

7. – Que le législateur ait eu conscience des difficultés ne signifie cependant pas qu'au-delà de ces réponses naïves, il leur ait apporté des solutions véritablement satisfaisantes.

Cette sentence sévère sera justifiée au travers de l'analyse successive du champ d'application personnel (III) et matériel (IV) de la loi ; des comportements qu'elle prohibe ou qu'elle tolère (V) ; et des sanctions civiles (VI) ou pénales (VII) qu'elle met en place aux fins de rendre effectives les prohibitions qu'elle comporte. Une telle analyse ne prétend d'aucune manière à l'exhaustivité¹² et, de manière plus générale, laissera plus souvent qu'à son

⁷ Sur ceci, voy. la très belle contribution de J. VELAERS, « De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen », *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkeidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, pp. 289 et suiv.

⁸ Sur ceci, voy. S. Van DROOGHENBROECK et F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'Homme depuis 1980. Bilan et orientations », *En toch beweegt en recht*, sous la dir. de W. DEBEUCKELAERE et D. VOORHOOF, Bruges, La Charte, 2003, pp. 217 et suiv., ainsi que le compte-rendu des débats de la table-ronde reproduit aux pp. 243 et suiv. Voy. aussi, J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », obs. sous Cass. fr. (soc.), 12 janvier 1999, *D.*, 1999, *Jur.*, pp. 645 et suiv. et spéc. p. 647.

⁹ Sur ceci, voy. la remarquable étude de J. VELAERS, « De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten », *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkeidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, pp. 327 et suiv.

¹⁰ Voir références citées in J. VRIELINK, « De nieuwe belgische... », *op. cit.*, pp. 220-221.

¹¹ Il est navrant d'observer qu'un tel propos de bon sens n'apparut, durant les travaux parlementaires, que dans la bouche d'un parlementaire du *Vlaams blok*. Voy. *Ann. Sénat*, 20 décembre 2001, p. 51. Voy. aussi *Doc. parl. Chambre*, Doc 50-1578/6, p. 14.

¹² Pour d'autres commentaires de cette loi, voy. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, « De antidiscriminatiewet. Een artikelgewijze analyse », *N.j.W.*, 2003, pp. 258 et suiv. (Deel I), et 294 et suiv. (Deel II). Voy. surtout J. VELAERS (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkeidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet* (ci-après cité : *Vrijheid en gelijkheid*) Anvers, Maklu, 2003 ; I. AENDENBOOM, « Loi antidiscrimination ou antidérivant ? », *J.D.J.*, n° 227, 2003, pp. 24 et suiv. ; J. JACQMAIN, « ... *Et omnia discriminatio* », *J.D.J.*, n° 227, 2003, pp. 18 et suiv. ; O. DE SCHUTTER, « La loi belge tendant à lutter contre la discrimination », *J.T.*, 2003, pp. 845 et suiv. ; C. BAYART, « De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de belgische wetgever bij de implementatie in de belgische rechtsorde », *J.T.T.*, 2002, pp. 309 et suiv.

tour place aux interrogations et spéculations. La dissipation des premières et la validation des secondes incombera aux applications jurisprudentielles qui seront données de la loi du 25 février 2003, applications qui, à ce jour et à notre connaissance, demeurent encore inexistantes.

I. L'ARRIÈRE-FOND INTERNATIONAL ET CONSTITUTIONNEL DE LA LOI

8. – Encore qu'elle soit pour partie le fruit d'une démarche spontanée, la nouvelle loi du 25 février 2003 peut être ressaisie, et par là-même légitimée, comme l'exécution et la traduction d'obligations pesant sur le législateur belge. Ces obligations trouvent leur source dans le droit international des droits de l'Homme (I.1), dans la Constitution belge (I.2.), et dans le droit dérivé de l'Union européenne (I.3.). Il s'en fallait de beaucoup que ces obligations, au-delà un certain point, fussent parfaitement convergentes : ici se logeait une difficulté majeure pour le législateur belge (I.4.)

I.1. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

9. – L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibe les discriminations opérées, dans la jouissance des droits et libertés conventionnels, sur base du sexe, de la race, de la couleur, de la langue, de la religion, des opinions politiques ou toutes autres opinions, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune, de la naissance ou de toute autre situation.

La règle d'égalité ainsi posée est à la fois large et étroite.

Large, en tant que les motifs prohibés ne sont énumérés qu'à titre exemplatif («notamment»). Jugé par exemple qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pouvait tomber sous le coup de l'article 14, notwithstanding le mutisme du texte de celui-ci sur ce point¹³.

Étroite, dès lors que l'égalité promue ne l'est que dans la jouissance des droits et libertés conventionnellement garantis, et non dans n'importe quel domaine de la vie sociale – ce qui distingue au demeurant l'article 14 de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'on dit à ce propos que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas d'existence indépendante : sa violation ne peut être invoquée qu'en combinaison avec une autre disposition protectrice de droits et libertés inscrite dans la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴.

La règle d'égalité contenue à l'article 14 a par ailleurs une portée relative. Elle ne prohibe pas *a priori* toute distinction de traitement, mais uniquement les distinctions

de traitement manquant d'une justification objective et raisonnable, laquelle s'apprécie en fonction de la légitimité du but poursuivi et de la proportionnalité des moyens employés pour y parvenir¹⁵. Ainsi comprise, cette règle d'égalité s'oppose tout autant à la discrimination active – c'est-à-dire, le traitement distinct de catégories de personnes se trouvant dans des situations comparables –, qu'à la discrimination passive – comprise comme le traitement identique de catégories de personnes se trouvant dans des situations non-comparables¹⁶. Plus récemment encore, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis la possibilité de sanctionner, sous couvert de l'article 14, les discriminations indirectes, par quoi elle vise les pratiques ou dispositifs apparemment neutres, qui, en réalité, frappent spécifiquement une catégorie de personnes bien déterminée¹⁷.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme a traditionnellement été conçu comme le siège d'une obligation négative adressée aux pouvoirs publics : s'abstenir de discriminer. À l'instar de toutes les autres dispositions conventionnelles¹⁸, l'article 14 est cependant en passe de devenir, concurremment, le siège d'une obligation positive dans le chef des autorités étatiques¹⁹ : celles-ci seraient requises d'adopter les mesures adéquates pour promouvoir l'effectivité du principe d'égalité, en ce compris dans les rapports interindividuels.

De telles obligations positives pèsent sur l'ensemble des autorités étatiques – législateurs, autorités administratives, mais aussi autorités juridictionnelles²⁰. L'on notera, à cet égard, que la jurisprudence belge, depuis

¹⁵ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* du 23 juillet 1968, Série A, n° 6, § 10.

¹⁶ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Thlimmenos c. La Grèce* du 6 avril 2000, § 44; Cour eur. D.H., arrêt *Chapman c. Le Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 127.

¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Hugh Jordan c. Le Royaume-Uni* du 4 mai 2001, § 154 (trad. libre) : «lorsqu'une politique générale cause des préjudices disproportionnés à un groupe particulier de personnes, il n'est pas exclu que cela puisse être considéré comme discriminatoire nonobstant le fait que la politique en cause ne soit pas spécifiquement conçue ou dirigée contre ce groupe».

¹⁸ Voy. sur ce point, S. VAN DROOGHENBROECK et F. TULKENS, «La Cour européenne...», *op. cit.*, pp. 218-219.

¹⁹ À notre connaissance, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas encore affirmé, de manière toute à fait nette, la possibilité de déduire, de l'article 14 de la Convention, l'obligation positive pour l'état de veiller au respect de l'exigence de non discrimination dans les rapports entre particuliers. Néanmoins, les principes qu'elle a d'ores et déjà énoncés en la matière laissent clairement apercevoir qu'une telle déduction est possible. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 81 : «Si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit état peut se trouver engagée au regard de la Convention». Voy. encore, plus nettement, Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi (GC) c. La Turquie* du 12 février 2003, § 103 : «(L)es obligations positives [découlant de l'article 1^{er} de la Convention] ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'Etat ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'Etat». Dans un sens identique, voy. J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 296, note infrapaginale 28.

²⁰ J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 293

¹³ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 32.

¹⁴ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. La France* du 26 février 2002, § 27.

quelques années, s'est résolument engagée dans la reconnaissance d'une applicabilité horizontale «indirecte» des droits et libertés garantis par la Convention européenne²¹ : par le relais notamment des notions d'«ordre public» ou de «bonnes mœurs»²², la convention à l'un des droits ou libertés garantis par la Convention peut être source de la nullité d'un acte juridique ou de l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de son auteur. L'on aperçoit donc que l'horizontalisation de la garantie d'égalité, à laquelle procède la loi du 25 février 2003, s'inscrit dans une démarche qui n'est pas, loin s'en faut, étrangère à la pratique des cours et tribunaux belges.

La règle d'égalité conventionnellement garantie tolère-t-elle le recours à la discrimination positive, par quoi l'on entend le traitement juridiquement inégalitaire destiné à résorber une inégalité de fait ? La jurisprudence relative à l'article 14 est largement muette sur la question. Par contre, le protocole additionnel n° 12 à la Convention, dont l'objet est d'ajouter à celle-ci une règle d'égalité dotée d'une existence indépendante²³, est dépourvu d'ambiguïté à ce sujet : son Préambule énonce en effet que «le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable»²⁴.

D'une manière particulièrement intéressante pour notre problématique, le rapport explicatif dudit protocole 12 – qui, précisons-le, n'est pas encore en vigueur au niveau international et n'a pas encore été ratifié par la Belgique – énonce encore (pt. 26), dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la possibilité de prêter un effet «horizontal» au principe d'égalité qu'il consacre : «on ne peut exclure totalement que le devoir d'assurer» [la jouissance de tout

droit sans discrimination], figurant au premier paragraphe de l'article 1 [du protocole 12], entraîne des obligations positives. Cette question peut, par exemple, se poser lorsqu'il existe une lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination. En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre particuliers, l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'État et relèverait alors de l'article 1 du protocole».

Le rapport explicatif (pt. 28) précise cependant que «toute obligation positive dans le domaine des relations entre particuliers concernerait, au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'État a une certaine responsabilité (par exemple : le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité, etc.). La manière précise dont l'État devrait répondre variera selon les circonstances. Il est entendu que les affaires purement privées ne seraient pas affectées. La réglementation de telles affaires serait également susceptible d'interférer avec le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, garanti par l'article 8 de la Convention».

I.2. LA CONSTITUTION

10. – Les articles 10 et 11 de la Constitution forment la garantie constitutionnelle «générale» de l'égalité. L'article 191 affirme quant à lui le principe de l'égalité entre les belges et étrangers, tandis que l'article 11bis, récemment inséré dans le titre II, a spécifiquement traité à l'égalité entre homme et femmes.

À la différence de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme précédemment envisagé, les articles 10 et 11 de la Constitution ont une existence indépendante. Ils garantissent l'égalité dans la jouissance des droits et libertés consacrés, non seulement par la Constitution elle-même²⁵, mais aussi par le droit international²⁶ et par les principes généraux du droit²⁷.

Pour le reste, la portée des articles 10 et 11 est tout à fait identique à celle de l'article 14 en question. À l'enseignement de ce dernier, ils ne se bornent pas à ne viser que certains critères de distinction à l'exclusion de certains autres²⁸. Tout comme l'article 14 de la Convention, les

²¹ Voy. les références citées in S. Van Drooghenbroeck, obs. sous Cass., 20 octobre 1994, in O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, pp. 210-212 et références citées. Adde, plus récemment, Cass., 27 février 2001, P. 99076N (à propos de la compatibilité, avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de la vidéosurveillance pratiquée dans une entreprise privée).

²² Sur cette possibilité pour le principe d'égalité de donner corps aux notions d'ordre public ou de bonnes mœurs en matière contractuelle, ou de «faute» en matière quasi-délictuelle, voy. A. DE BOECK, «Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?», *Vrijheid en Gelijkheid...*, op. cit., spéc. pp. 430 et suiv. et spéc. conclusions p. 443.

²³ En son article 1^{er}, ce protocole énonce que «1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1».

²⁴ Le rapport explicatif du protocole 12 (pt. 16) précise cependant que ce dernier ne contraint pas les États qui y adhèrent à recourir à la discrimination positive : tout juste tolère-t-il qu'ils s'orientent dans cette voie.

²⁵ Voy. p. ex., C.A., n° 23/89, 13 octobre 1989, pt. B.2.9.

²⁶ Voy. C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, pt. B. 11.3.

²⁷ Voy. J. THEUNIS, «Het Gelijkheidsbeginsel», *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire Cyclus W. Delva, 1996-1997, Gand, Mys en Breesch, 1997, p. 147.

²⁸ Le principe en fut très tôt affirmé par la Cour d'arbitrage : voy. C.A., n° 23/89, 13 octobre 1989, pt. B.1.2. Ainsi les articles 10 et 11 de la Constitution constituent-ils des bases juridiques au regard desquelles peuvent être dénoncées des distinctions de traitement sur base de la filiation, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la langue, des convictions politiques, philosophiques et religieuses... Il a pu être affirmé que l'article 10 de la Constitution

articles 10 et 11 de la Constitution ne prohibent pas *a priori* les distinctions de traitement, mais admettent celles-ci sous condition d'une « justification objective et raisonnable », c'est-à-dire, moyennant l'existence d'un but légitime et d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé²⁹. Ainsi compris, les articles 10 et 11 s'opposent tout autant à la discrimination *active* qu'à la discrimination *passive*, au sens où nous avons défini ces notions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁰.

La Constitution belge est-elle le siège d'une obligation positive, mis à charge du législateur, de légiférer en vue de rendre effectif le principe d'égalité, notamment dans les rapports entre particuliers ? Une réponse affirmative s'impose avec évidence s'agissant de l'article 11*bis* de la Constitution³¹, lequel ne vise cependant que l'égalité entre hommes et femmes. S'agissant des articles 10 et 11 de la Constitution et de la garantie générale d'égalité qu'ils comportent, une réponse identique doit pouvoir être apportée; telle est en tout cas la position retenue par une certaine doctrine³².

À l'enseigne des positions par elle arrêtées à propos de la Convention européenne des droits de l'Homme, la jurisprudence admet par ailleurs, de manière sans cesse plus affirmée ces dernières années³³, qu'une contravention au prescrit constitutionnel survenant dans les rapports entre particuliers puisse, le cas échéant, être sanctionnée par la nullité d'un acte juridique ou l'engagement de la responsabilité aquilienne de celui qui s'en rend coupable³⁴. Ici encore, l'on aperçoit par conséquent que la loi du 25 février 2003 et l'horizontalisation de la règle d'égalité qu'elle consacre, rencontrent un substrat jurisprudentiel – et doctrinal³⁵ – qui relati-

visé fortement la « révolution » qu'elle est censée constituer.

Signalons enfin qu'à l'estime de la jurisprudence constitutionnelle belge, les règles d'égalité et de non-discrimination contenues aux articles 10 et 11 de la Constitution tolèrent l'instauration de discrimination positives, moyennant toutefois le respect de strictes conditions³⁶, que nous détaillerons ci-après³⁷. Aux mêmes conditions³⁸, l'article 11*bis* de la Constitution semble quant à lui contraindre les législateurs fédéral, communautaires et régionaux à promouvoir, par la discrimination positive, l'égalité entre les hommes et les femmes³⁹.

I.3. LE DROIT DÉRIVÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

11. – S'il ne fait aucun doute que le législateur du 25 février 2003 trouva inspiration dans la Constitution belge et dans la Convention européenne des droits de l'Homme, force est cependant de reconnaître que c'est le droit dérivé de l'Union européenne qui constitua le plus puissant aiguillon de son initiative⁴⁰.

³³ L'on peut même se demander si, dans un arrêt 117/2003 du 17 septembre 2003, la Cour d'arbitrage elle-même n'a pas admis que les articles 10 et 11 de la Constitution avaient une portée « horizontale » dans les rapports entre les particuliers. Voy. en effet le point B.8 de l'arrêt : « En ce que le moyen considère que les hôpitaux privés ne seraient pas tenus au respect du principe d'égalité et de non-discrimination, il n'est pas fondé, la disposition attaquée n'ayant ni pour objet ni pour portée de permettre que les hôpitaux privés traitent de manière discriminatoire les médecins qui pratiquent leur art en leur sein. Au demeurant, si la réglementation générale d'un hôpital privé devait traiter ses médecins hospitaliers de manière discriminatoire, il apparaîtrait à ceux-ci de faire valoir leurs droits devant le juge compétent ».

³⁴ Voy. p. ex., concernant l'article 25 de la Constitution, Civ. Bruxelles, 11 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1037; concernant l'article 22 de la constitution, Civ. Verviers, 30 janvier 1997 et 5 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 317, ainsi que Cass., 27 février 2001, P. 99076N (à propos de la compatibilité, avec l'article 22 de la Constitution, de la vidéo surveillance pratiquée dans une entreprise privée); en ce qui concerne les articles 12 et 27 de la Constitution, Civ. Neuchâteau, 25 juin 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 326; en ce qui concerne l'article 23 de la Constitution, J.P. Ixelles, 2 décembre 1997, *Act. Jur. Baux*, 1998, p. 57, J.P. Roulers, 1^{er} mars 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1054 et J.P. Ixelles, 6 mars 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 296.

³⁵ Sur la question, voy. en effet J. THEUNIS, « Het gelijkheidsbeginsel... », *op. cit.*, pp. 175 et suiv.; E. DIRIX, « Grondrechten en overeenkomsten », *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, sous la dir. de K. RIMANQUE et P. PEETERS, Anvers, Kluwer, 1982, pp. 52-60; F. DE LY, « Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht », *R.W.*, 1991-1992, 1141-1160; M. TISON, « L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge », *J.T.*, 2002, p. 699; J.-F. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé », *Rev. Dr. ULB*, 2002, p. 225.

³⁶ C.A., n° 9/94, 27 janvier 1994, considérant B.6.2.; C.A., n° 42/97, 14 juillet 1997, pt. B. 20.

³⁷ *Infra*, n° 93.

³⁸ Cette identité ressort des travaux préparatoires de l'article 11*bis* de la Constitution : voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction... », *op. cit.*, p. 160.

³⁹ Voy. I. Hachez et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction... », *op. cit.*, pp. 161-162.

⁴⁰ Les travaux préparatoires de la loi du 25 février 2003 ne laissent planer aucun doute à ce sujet : cette loi constitue l'exécution, par la Belgique, des obligations que lui imposent les directives 43/2000 et 73/2000. Il était cependant impératif que le texte même de la loi le signale expressément (*infra*, n° 133).

couvre « tous les aspects de la vie en société et toutes les formes de relation sociales » (Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par Mmes VAN RIET et de T'SERCLAES à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, *Doc. parl. Sénat*, sess. 2000-2001, n° 2-465/4, p. 54 (propos de M. Verdussen)).

²⁹ Voy. C.A., n° 23/89, 13 octobre 1989, pt. B.1.3.

³⁰ Voy. C.A., n° 4/92, 23 janvier 1992, pt. B.2.3. : « Les règles de l'égalité des belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. Les mêmes règles s'opposent par ailleurs à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification objective et raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes ».

³¹ Voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. Belge de droit constitutionnel*, 2002/2, pp. 160-161. Voy. encore J. VELAERS, « De horizontale werking... », *op. cit.*, p. 295.

³² Voy. sur la possibilité de déduire des obligations positives des articles 10 et 11 de la Constitution, P. LEMMENS, « Gelijkheid en non-discriminatie. Een poging tot synthese », *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 89-90. Voy. également le Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par Mmes VAN RIET et de T'SERCLAES à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, *Doc. parl. Sénat*, sess. 2000-2001, n° 2-465/4, pp. 26-27 (avis P. LEMMENS) et pp. 56-58 (avis M. VERDUSSEN).

Introduit par le traité d'Amsterdam, l'article 13 TCE⁴¹ dispose que «Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

Sur la base de cette disposition, et dans un laps de temps inhabituellement bref sans doute explicable par la «crise autrichienne» de février 2000⁴², furent adoptées deux directives : la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique⁴³ (ci-après la «directive-racisme») et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (ci-après la «directive-cadre») ⁴⁴.

Ces deux directives, dont la date de transposition est fixée respectivement au 19 juillet 2003 et au 2 décembre 2003, ont ceci de commun qu'elles contraignent les États membres à légiférer⁴⁵ aux fins de garantir l'égalité qu'elles proclament, non seulement dans les rapports «verticaux» vis-à-vis de la puissance publique, mais aussi dans les rapports «horizontaux» que les particuliers nouent entre eux⁴⁶. La définition des comportements en principe prohibés est également identique. Sont ainsi visées par les deux directives

- *La discrimination directe*, définie comme la situation où «une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable» (art. 2, §2, a, de la «directive-cadre» et art. 2, §2, a, de la «directive-racisme»)
- *La discrimination indirecte*, laquelle se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour certaines catégories de personnes par rapport à d'autres (art. 2, §2, b, de la «directive-cadre» et article 2, §2, b, de la «directive-racisme»). La notion de discrimination indirecte ici vi-

sée est puisée dans la jurisprudence de la Cour de justice. Or, il ressort de cette dernière que la discrimination indirecte ne cesse pas d'être prohibée par cela seul que son auteur ne l'a pas commise de manière délibérée⁴⁷. Tout au plus est-il admis que la culpabilité de l'auteur de la discrimination indirecte devra être prise en considération dans la détermination des mesures correctives qui lui seront imposées⁴⁸.

- *Le harcèlement*, lequel est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs prohibés se manifeste, qui a pour objet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant (art. 2, §3 de la «directive-cadre» et article 2, §3, de la «directive-racisme»)
- *Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination prohibée* (art. 2, §4 de la «directive-cadre» et article 2, §4, de la «directive-racisme»).

Au-delà de ces traits communs, les deux directives se distinguent sur de nombreux points.

Quant à leur *champ d'application ratione personae* (c'est-à-dire, l'identification des motifs de discrimination prohibés), tout d'abord.

La «directive-racisme» vise les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique. Son article 2, §2, précise qu'elle ne vise par contre pas les distinctions de traitement fondées sur la nationalité⁴⁹ et qu'elle ne porte pas préjudice «aux dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants des pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut des ressortissants des pays tiers et des personnes apatrides concernées»⁵⁰.

La «directive-cadre» vise quant à elle les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Le sexe n'est pas repris dans les critères de distinctions prohibés, malgré le

⁴¹ Pour un commentaire approfondi de cette disposition et de la législation dérivée adoptée sur sa base, voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, op. cit., ainsi que O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE Peter LANG, Bruxelles/Berne/Berlin Francfort, 2001; P. DOLLAT, «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne», *J.T.D.E.*, 2002, pp. 57 et suiv.

⁴² Voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, op. cit., p. 74.

⁴³ JOCE, n° L. 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26.

⁴⁴ J.O.C.E. n° L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16 et suiv.

⁴⁵ Voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, op. cit., p. 16.

⁴⁶ Voy. l'article 3, § 1^{er} de la «directive-racisme» et l'article 3, § 1^{er}, de la «directive-cadre».

⁴⁷ Ainsi O. DE SCHUTTER affirme-t-il que «La discrimination indirecte peut résulter de ce que l'auteur d'une discrimination, de façon délibérée, souhaite masquer derrière le recours à certains critères ou pratiques neutres en apparence la discrimination qu'il lui est interdit de pratiquer ouvertement. Elle peut aussi être inconsciente : héritée d'une tradition, telle procédure, telle pratique, n'a simplement jamais été réfléchie à la lumière du principe de l'égalité de traitement, c'est-à-dire que son impact défavorable sur certains groupes n'a jamais retenu l'attention des auteurs de ces mesures ou des personnes chargées de les mettre en œuvre» (*Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 93). Dans un premier temps, la Cour de Justice prit le parti de «sonder» l'intention de l'auteur de la prétendue discrimination indirecte aux fins de conclure à l'existence de celle-ci (voy. C.J.C.E. 96/80, *Jenkins/Kingsgate, Rec.*, 1981, p. 911, pt. 14). Par suite, la Cour de justice admit que l'on puisse se trouver en présence d'une discrimination indirecte nonobstant le caractère non-délibéré. Sur cette question, voy. C. BARNARD, «L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan», *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, sous la dir. de Ph. ALSTON, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 243; C. BAYART, «De Opmars...», op. cit., p. 312.

⁴⁸ C. BARNARD, «L'égalité...», op. cit., p. 243.

⁴⁹ Pour une critique de l'amplitude de cette exclusion, voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, op. cit., p. 77.

⁵⁰ La même réserve est prévue par la «directive-cadre» (art. 3, §2).

fait qu'il soit mentionné dans l'article 13 TCE. Il s'agit, non pas d'un oubli, mais bien d'une omission délibérée, dès lors que l'égalité entre hommes et femmes fait l'objet d'une législation européenne dérivée, fondée sur l'article 141 du traité⁵¹. Il est par ailleurs admis que, sous le vocable de «convictions», la directive ne vise pas les opinions politiques, par plus au demeurant que l'article 13 TCE lui-même⁵².

Les deux directives se distinguent également par leur champ d'application *ratione materiae* (c'est-à-dire, les domaines dans lesquels les États sont tenus de promouvoir l'égalité de traitement).

La «directive-cadre» a un domaine d'application relativement étroit, puisqu'elle ne vise que l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail et l'affiliation syndicale. Il est encore précisé que cette directive «ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par le régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale»⁵³, et que les États pourront prévoir que la directive ne s'appliquera pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'âge et le handicap⁵⁴. La «directive-racisme» a par contre un champ d'application plus large puisque, au-delà de l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail et l'affiliation syndicale, elle vise en outre «la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé», «les avantages sociaux», «l'éducation» et «l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement».

Les deux directives se distinguent enfin dans la portée des interdictions qu'elles commencent.

De part et d'autre, il est admis qu'un comportement *a priori* constitutif de discrimination indirecte puisse néanmoins être toléré s'il est «objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires». Il s'agit d'une classique exigence de proportionnalité.

Les comportements constitutifs de discrimination directe sont par contre absolument prohibés par la «directive-racisme». La seule exception que connaît cette interdiction figure à l'article 4 de la directive, au terme duquel «les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité

professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée». L'exemple qui vient naturellement à l'esprit à ce sujet est celle d'une troupe artistique qui souhaite engager un acteur de couleur aux fins de monter un spectacle sur la vie de Martin Luther King.

La «directive-cadre» retient aussi cette exception fondée sur l'exigence professionnelle déterminante pour légitimer les comportements *a priori* constitutifs de discrimination directe. Elle détaille au demeurant le contenu de cette exception dans le domaine des «entreprises de tendance» que constituent les églises ou autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions⁵⁵.

La «directive-cadre» retient encore une seconde série d'exception à propos de comportements qui, *a priori*, pourraient constituer des discriminations directes sur base de l'âge. Sous condition de légitimité du but poursuivi et de proportionnalité des moyens utilisés pour ce faire, sont ainsi visées, notamment, les distinctions de traitement réalisées dans l'accès à l'emploi ou l'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité (art. 6, §§ 1^{er} et 2).

Enfin, et à côté des exceptions susdites à portée «ponctuelle», l'article 2, §5 comporte une clause échappatoire à portée tout à fait générale, disposant que «la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et des libertés d'autrui». La *ratio legis* de cette clause échappatoire et sa portée ne sont pas évidentes à saisir⁵⁶. Quoi qu'il en soit, il ressort assez clairement du libellé de cette clause qu'elle ne s'adresse qu'aux *législateurs nationaux*, et non aux *employeurs privés*⁵⁷. Seuls les pre-

⁵⁵ Art. 4, §2, de la directive.

⁵⁶ Voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, *op. cit.*, pp. 115-116 : «This provision was only inserted in the directive late in its negotiation and its intended purpose is not immediately apparent. From the perspective of sexual orientation, it may be aimed at reassuring national law makers (and the general public) that a ban on sexual orientation discrimination cannot be interpreted as according protection to paedophiles or other persons engaging in unlawful sexual activities. However, the breadth of the exception raises the possibility of an extended application. For example, it is conceivable that certain Member States might attempt to rely on this provision to defend restrictions on the expression of homosexuality within the armed forces. The scope of article 2, §5 will be ultimately a matter for the court of justice to determine, but it introduces an unwelcome area of ambiguity». Voy. encore C. BAYART, «De opmars...», *op. cit.*, p. 321. L'auteur recense, dans la littérature, deux interprétations distinctes de cette clause. Selon une première interprétation, cette clause ajouterait une possibilité supplémentaire de limitation du principe de l'interdiction de la discrimination directe dans le système de la Directive-cadre. Selon une seconde interprétation, cette clause ne ferait qu'explicitier, en réalité, le contenu de la «justification objective et raisonnable» susceptible de légitimer un comportement *a priori* susceptible de discrimination indirecte.

⁵⁷ C. BAYART, «De opmars...», *op. cit.*, p. 321.

⁵¹ L'on prêtera particulièrement attention à la directive 2002/78 du 23 septembre 2002 (*J.O.C.E.*, 5 octobre 2002, L. 269/15), qui réalise une homogénéisation conceptuelle explicite entre le droit dérivé relatif à l'égalité entre hommes et femmes, et le droit dérivé relatif aux «autres égalités» (directives 2000/43 et directive 2000/78).

⁵² Voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, *op. cit.*, p. 127.

⁵³ Art. 3, §3

⁵⁴ Art. 3, §4.

miers, à l'exclusion des seconds, seraient dès lors en mesure de faire valoir l'un des objectifs légitimes énumérés – sécurité publique, protection de la santé, ... – aux fins de justifier un comportement *a priori* constitutif de discrimination directe en matière d'emploi.

La «directive-cadre» et la «directive-racisme» ne se bornent pas à définir une règle d'égalité; elles imposent de surcroît aux États l'adoption d'une série de modalités dans la mise en œuvre de cette règle. L'on épinglera, à ce sujet, la reconnaissance du droit d'action collective aux profit des associations (art. 9 de la «directive-cadre»; article 7 de la «directive-racisme»), la protection des plaignants contre les mesures de rétorsion éventuelles de leurs employeurs (art. 11 de la «directive-cadre»; article 9 de la «directive-racisme»). L'on mentionnera surtout l'inversion de la charge de la preuve (article 9 de la «directive-racisme» et article 10 de la «directive-cadre»): nous reviendrons sur chacun de ces thèmes dans l'analyse de la loi belge.

Signalons enfin, que chacune des deux directives ménage, non tant une véritable exception, mais plutôt un tempérament aux interdictions de discrimination directe et indirecte qu'elles commencent: l'admissibilité⁵⁸ des actions positives (article 7 de la «directive-racisme»; article 5 de la «directive-cadre»). La «directive-racisme» dispose de la sorte que «pour assurer la pleine égalité dans la pratique, 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 la race ou à l'origine ethnique». Les directives demeurent muettes sur la question des conditions concrètes auxquelles doivent satisfaire les actions positives pour être ainsi admises. La doctrine⁵⁹ estime qu'il est légitime de calquer lesdites conditions sur celles que la Cour de Justice a développées dans la problématique voisine de l'égalité des hommes et des femmes sur le marché du travail⁶⁰. Cette dernière jurisprudence – dans le détail de laquelle nous n'entrerons pas ici – est au demeurant assez restrictive, puisqu'elle exclut qu'une action positive puisse prendre la forme de

*quotas rigides*⁶¹, c'est-à-dire, d'une préférence accordée de manière automatique et inconditionnelle à une personne plutôt qu'à une autre pour la seule raison que la première, à la différence de la seconde, appartient à une catégorie «protégée»⁶².

Synthèse

12. – Du panorama synthétique qui vient d'être brossé de l'arrière-fond international, européen, et constitutionnel sur lequel s'inscrit la loi du 25 février 2003, se dégagent au moins deux constats.

13. – Le premier constat est celui d'une indiscutable convergence des prescrits internationaux, européens et constitutionnels dans l'affirmation d'une obligation positive imposée à l'autorité publique de garantir, jusque et y compris dans les rapports entre particuliers, le respect des règles d'égalité et de non-discrimination. L'existence de cette convergence doit désarmer, pour une large part, la critique de ceux pour qui l'horizontalisation de la règle d'égalité est radicalement, et en son principe même, inadmissible.

14. – Le second constat à formuler tient en ce que, au-delà de la convergence qu'elles manifestent sur le plan des principes, les obligations internationales, européennes et constitutionnelles auxquelles le législateur du 25 février 2003 était tenu d'avoir égard, sont loin d'être uniformes⁶³.

Leur hétérogénéité se manifeste, tout d'abord, sur le plan de leur densité normative. Les obligations issues de la Convention européenne et de la Constitution sont, il faut le reconnaître, largement embryonnaires et fondées sur l'extrapolation doctrinale, tandis que les obligations issues du droit communautaire sont nettement mieux ancrées dans le droit positif.

Leur hétérogénéité se manifeste, ensuite, sur le plan de leur nature. La garantie de l'effectivité du principe d'éga-

⁵⁸ Il s'agit d'une tolérance, et non d'une obligation faite aux États.

⁵⁹ Voy. O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 158; A. HAQUET, «L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes», *R.T.D.E.*, 2001, pp. 307-308. Voy. également, quoique moins affirmatif, M. BELL, *Antidiscrimination...*, p. 77.

⁶⁰ L'article 2, § 4, de la directive du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, pose le principe de l'admissibilité des discriminations positives. En effet, cette disposition prévoit explicitement que «les 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 à l'article 1^{er} paragraphe 1 de la directive» ne seront pas tenues pour discriminatoires. La directive du 9 février 1976 a été partiellement modifiée par une directive 2002/73 du 23 septembre 2002 (*J.O.C.E.*, L. 269, 5 décembre 2002). L'ancien article 2, § 4, est devenu l'article 2, § 8, qui dispose désormais que «Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité pour assurer concrètement une pleine égalité entre les hommes et les femmes».

⁶¹ Voy., parmi beaucoup d'autres, A. HAQUET, «L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes», *R.T.D.E.*, 2001, spéc. pp. 324 et suiv.

⁶² Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, «une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées» ne sera couverte par l'article 2, § 4, de la directive du 9 février 1976, et donc compatible avec le droit communautaire, qu'à la double condition qu'elle «n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins» et que «les candidatures fassent l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats» (C.J.C.E., C-158/97, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a. c. Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, pt. 23. Pour une synthèse très complète de la jurisprudence antérieure de la Cour, voy. les conclusions de l'avocat général A. SAGGIO précédant l'arrêt). Voy. encore, plus récemment, C.J.C.E., C-407/98, 6 juillet 2000 *Abrahamsson, Andersson c. Fogelqvist*. Voy. enfin, quoiqu'il ne se soit pas agi ici de quotas proprement dits, C.J.C.E., C-476/99, 19 mars 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

⁶³ En ce sens également, voy. P. POPELIER, «Laten we allemaal vriendjes zijn! Over antidiscriminatie wet en wetgevingsmethoden», *Vrijheid en Gelijkheid...*, p. 261

lité dans les rapports interindividuels, telle qu'elle est imposée par la Convention européenne des droits de l'Homme et par la Constitution, relève très largement de l'obligation de résultats – libre à l'autorité publique de choisir la voie la plus appropriée pour y parvenir –, tandis que, dans le droit communautaire, elle présente le visage d'une obligation de résultats et de moyens.

L'hétérogénéité se signale encore dans le champ d'application *personnel et matériel* des obligations pesant sur le législateur belge. D'un point de vue personnel, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les articles 10 et 11 de la Constitution tendraient à prohiber la discrimination opérée sur base de n'importe quel critère de distinction, tandis que la législation dérivée de l'Union européenne n'édicte pareille prohibition qu'en rapport avec certains critères de distinctions bien définis. Du point de vue du champ d'application matériel, l'obligation constitutionnelle – qui vise la prohibition de la discrimination opérée dans n'importe quel champ de la vie sociale et en rapport avec n'importe quelle prérogative issue du droit positif – contraste évidemment avec la législation communautaire qui, se bornant à certains domaines de la vie sociale, présente encore une géométrie variable selon que l'on se place sur le terrain de la «directive-racisme» ou sur le terrain de la «directive-cadre».

L'hétérogénéité apparaît, enfin, sur le plan de la tolérance que les différents ordres juridiques manifestent à l'encontre de certains comportements, et singulièrement des comportements constitutifs, *a priori*, de discrimination «directe». Alors que la Convention européenne des droits de l'Homme et la Constitution belge font montre d'ouverture, n'excluant jamais *a priori* que de tels comportements puissent trouver une «justification objective et raisonnable (*open system*)», la «directive-racisme» en édicte la prohibition absolue et inconditionnelle, sous la seule réserve, très ponctuelle, de «l'exigence essentielle et déterminante» en matière d'emploi.

15. – La difficulté qu'affronte le législateur n'est donc pas mince : si les obligations pesant sur lui se dispersent au-delà d'une direction commune qu'elles indiquent, il n'en demeure pas moins tenu de les assumer toutes de front.

L'on pourrait imaginer que le salut du législateur prenne la forme d'une œuvre maximaliste, c'est-à-dire, d'un régime composite agréant uniquement les aspects les plus étendus et rigoureux des différentes obligations qui pèsent sur lui. Ce régime emprunterait par exemple le caractère «omni-inclusif» du champ d'application personnel et matériel que la Convention européenne des droits de l'Homme et la Constitution belge assignent à la règle de non-discrimination, tandis qu'il intégrerait le «rigorisme» de la «directive-racisme» quant à la possibilité de justifier les comportements *a priori* constitutifs de «discrimination directe».

Une telle œuvre maximale satisferait par hypothèse à l'ensemble des obligations internationales et européennes qui la suscite, en raison du nivellement par le haut qu'elle réalise.

Prima facie, ni le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, ni le droit communautaire ne semblent s'opposer à une telle entreprise de nivellement. L'article 53 de la Convention énonce le principe classique de la «clause la plus favorable» : standard minimum, cette Convention ne fait pas obstacle à ce que les États accordent à l'un des droits qu'elle consacre une protection plus généreuse que celle que cette Convention elle-même lui confère⁶⁴. Les directives communautaires précisent pour leur part expressément qu'elles ne constituent que des «exigences minimales», «ce qui donne la possibilité aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables»⁶⁵. À y regarder de plus près cependant, le blanc-seing ainsi donné par les textes européens au surcroît de générosité étatique est plus apparent que réel. Tout durcissement de l'exigence d'égalité et de non-discrimination imposée aux particuliers aura comme corollaire, la plupart du temps, une «décrue» de la protection accordée concurremment à d'autres droits fondamentaux dont sont investis lesdits particuliers – songeons par exemple à la liberté d'expression et d'association, sur lesquelles nous reviendrons ci-après⁶⁶ —. Or, cette décrue pourra se révéler critiquable, voire condamnable, au regard, soit de la Convention européenne des droits de l'Homme, soit des principes généraux du droit communautaire relatifs aux droits fondamentaux qui s'imposent aux États lorsqu'ils assurent l'exécution du droit communautaire. Pour le dire en d'autres mots, le surcroît de protection des droits de l'un aura presque nécessairement pour conséquent une diminution de la protection des droits de l'autre. En pareille situation, la règle de la clause la plus favorable contenue à l'article 53 de la Convention et rappelée par les directives européennes se trouve comme «paralysée»⁶⁷, et par conséquent, incapable de légitimer *a priori* tous les excès de générosité dont un État ferait preuve dans la protection d'un droit particulier. On comprend alors que la piste du nivellement par le «haut», ci-avant développée comme la solution permettant au législateur d'assumer l'ensemble des obligations internationales pesant sur lui, pourrait se révéler une «fausse bonne idée» : à l'œuvre maximale doit être privilégiée l'«œuvre équilibrée» respectueuse de la totalité du catalogue des droits fondamentaux et se gardant,

⁶⁴ Pour un rappel récent de ce principe, voy. J. CALLEWAERT, «La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'Homme : la dimension substantielle», *L'Europe de la subsidiarité*, sous la dir. de M. VERDUSSEN, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 20-21.

⁶⁵ Cons. 28 du Préambule de la «directive-cadre», et cons. 25 du Préambule de la «directive-racisme».

⁶⁶ *Infra*, nn° 55-58 et 65.

⁶⁷ Voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «La Constitution belge et l'incitation à la haine», *Rapports belges présentés au Congrès de l'académie de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 802.

par conséquent, d'hypertrophier l'un d'entre eux au détriment des autres.

II. LE CHOIX OPÉRÉ EN FAVEUR D'UNE LÉGISLATION-MÈRE⁶⁸

16. – Tenant à égale distance les options consistant en l'adoption d'un faisceau de législations spécifiques ou, au contraire, en la mise en place d'une législation unique fusionnant et consolidant tout le «droit de l'égalité» belge, le législateur a privilégié l'idée d'une «législation-mère». Force est cependant de constater qu'il n'a pas accompli totalement l'œuvre de coordination de la législation fédérale appelée par une telle option légistique (II.1). Force est aussi d'observer que le législateur, tout à son souci d'ériger une «matrice du droit égalitaire belge», n'eut que trop peu d'égards au périmètre des compétences qui sont les siennes dans la Belgique fédérale (II.2).

II.1. UNE LÉGISLATION-MÈRE... ET SES ENFANTS OUBLIÉS

17. – Il eût parfaitement pu se concevoir que la Belgique exécute les obligations internationales qui lui sont imparties au travers d'un faisceau de législations distinctes et étanches.

Une telle solution pouvait apparaître techniquement recommandable, au vu de la segmentation qui caractérise le droit communautaire dérivé de l'égalité⁶⁹. Non seulement constate-t-on que ce dernier consacre des directives distinctes aux différentes formes d'égalité – «égalité des sexes», «égalité des races» et «autres égalités» –, mais en plus observe-t-on qu'il érige, à propos de ces différentes égalités, des régimes juridiques foncièrement distincts, tant en ce qui concerne leurs champs d'application respectifs qu'en ce qui concerne la portée des obligations qu'ils imposent.

À cet argument de type «technique» s'en ajoutait un autre, de nature plus idéologique, qui occupa une large part des débats parlementaires – à tout le moins dans un premier temps. L'idée fut en effet qu'il convenait d'extraire, de la problématique générale de la lutte contre la discrimination, la question de l'égalité des sexes⁷⁰. À l'appui d'un tel plaidoyer furent livrés divers arguments⁷¹. Il fut insisté, tout d'abord, sur la

«transversalité» de la discrimination entre hommes et femmes : «chaque personne appartient toujours et nécessairement à l'un des deux sexes et nul ne peut échapper à cette dichotomie essentielle. Il découle entre autres de cette affirmation que le sexe est un facteur qui intervient dans toutes les autres catégories de discrimination»⁷². La discrimination fondée sur le genre se distinguerait ensuite de toutes les autres formes de discrimination, en ce qu'elle ne toucherait pas à proprement parler une «minorité». Vient enfin l'idée que le Centre pour l'égalité des chances, érigé en gardien, notamment judiciaire, de la loi antidiscrimination, ne disposait pas d'une expertise suffisante dans la problématique de l'égalité des sexes.

18. – Le législateur ne privilégia cependant pas l'option d'un faisceau de législations distinctes. Peu inquiet par l'argument de type technique repris ci-dessus, il ne s'estima pas convaincu par le plaidoyer de ceux qui entendaient réserver à la question de l'égalité des sexes les honneurs d'une législation particulière. Sans doute faut-il lui donner raison sur ce point. Dût-il même être avéré, *sur le plan des faits*, que la discrimination sur base du sexe est plus fréquente, il n'en résulte pas nécessairement qu'elle soit plus grave, et doive à ce titre, *en droit*, se voir réserver un traitement plus sévère au moyen d'une législation spécifique : le droit international des droits de l'Homme et le droit constitutionnel belge n'affirment aucune «hiérarchie» entre les égalités au sommet de laquelle se trouverait l'égalité des sexes⁷³. Plus fondamentalement, il y a quelque paradoxe à fonder sur la «transversalité» d'une discrimination – comprise comme sa nécessaire imbrication dans toutes les autres formes de discrimination – l'idée selon laquelle cette discrimination devrait se voir traitée de manière isolée : la transversalité vantée n'appelle-t-elle pas tout au contraire un traitement intégré à celui des autres inégalités⁷⁴?

19. – Le législateur préféra par conséquent une législation unique qui, couvrant l'ensemble des égalités, assignerait à celle-ci un même rang⁷⁵, un même statut se

⁶⁸ Les termes ont été utilisés par la Ministre en charge de l'égalité des chances (*Doc. parl. Sénat*, sess. 2000-2001, 12/15, p. 71). Voy. aussi *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, 12/15, p. 49.

⁶⁹ Dans un sens identique, voy. C. BAYART, «De Opmars...», *op. cit.*, p. 326; J. GOLDSMITH, «De hete adem van Europa – Implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland», *N.J.B.*, 2001, p. 988.

⁷⁰ Voy., essentiellement, le plaidoyer livré en ce sens par le Comité d'avis pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, *Doc. parl. Sénat*, 1999-2000, pp. 3 et suiv. et 23 et suiv.

⁷¹ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 1999-2000, n° 12/3 pp. 23-24. L'un des arguments avancés en faveur de l'extraction de la question de l'égalité des sexes fut l'existence d'un traitement particulier que, sur le plan chronologique et sur le plan législatif, le droit de l'Union européenne réserva à cette question : cette égalité, à l'inverse de la plupart des autres, suscita l'intérêt des rédac-

teurs du traité de Rome dès 1957 (ex. art. 119), quoique son champ d'application fut alors limité au seul domaine de la rémunération. Comme le rappelle cependant C. BAYART (*op. cit.*, p. 309), cet intérêt précoce doit bien moins à des raisons de type idéologiques fondées sur l'«importance» de l'égalité des genres, qu'à des motivations strictement pragmatiques : «Het is bekend dat die bepaling [l'ex. art. 119 TCE] op dat moment [soit en 1957] niet zozeer werd ingeschreven vanuit een sociale bekommernis om de positie van de vrouw te promoten doch wel vanuit zuiver economische overwegingen en meer in het bijzonder om de concurrentie tussen de lidstaten niet te verstoren».

⁷² *Doc. parl. Sénat*, 1999-2000, n° 12/3, p. 23.

⁷³ Voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, «L'introduction...», *op. cit.*, p. 156.

⁷⁴ Voy. P. POPELIER, «Laten we allemaal...», *op. cit.*, p. 272.

⁷⁵ Cette volonté fut clairement confirmée par la Ministre en charge de l'égalité des chances dans le cadre des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 20 janvier 2003 modificative de la loi Moureaux du 30 juillet 1981 (*Mon. b.*, 12 février 2003) : voy. *Doc. parl. Chambre*, Doc 50-1407/005, p. 10.

déclinant sous la forme d'un *corpus* de concepts, de principes et de procédures communs.

20. – La seule concession qu'il consentit à la spécificité de la problématique de l'égalité des sexes est de nature institutionnelle : cette problématique fut soustraite du lot des nouvelles missions statutaires conférées au Centre pour l'égalité des chances⁷⁶, pour être confiée à un Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, créé par une loi du 16 décembre 2002⁷⁷. Pareille «division des tâches» a pu être critiquée, au nom du constat qu'un traitement discriminatoire procède bien souvent d'une imbrication de motifs, où l'élément «genre» se superposera par exemple à celui de la «race et de l'origine ethnique». Il est au demeurant significatif de constater qu'en Hollande, la création d'une commission pour l'égalité des chances à compétence «générale», s'accompagna de la suppression de l'institution spécialisée créée auparavant aux fins de promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes dans les relations de travail⁷⁸. Quoiqu'il en soit, l'on observera que la «division des tâches» souhaitée ne fut pas – sans doute par pure inadvertance – conduite jusqu'au bout de sa logique. Bien qu'il ne fut pas investi de la mission statutaire de promouvoir l'égalité entre hommes et femmes, le Centre pour l'égalité des chances n'en reçut pas moins la compétence d'ester en justice dans *tout* litige suscité par l'application de la loi du 25 février 2003. À défaut de réserve exprès en sens contraire, il serait à cet égard indifférent que ledit litige procède, précisément, d'un manquement au principe de la non-discrimination entre hommes et femmes⁷⁹. Inversement, l'Institut de l'égalité entre hommes et femmes ne reçoit pas de la loi du 25 février 2003 le droit d'ester en justice aux fins de son application⁸⁰ – fût-elle même limitée à la seule problématique du genre⁸¹. Pareil droit d'action ne pourrait être déduit que de la loi du 16 décembre 2002 organique dudit Institut, mais au prix d'une interprétation particulièrement peu rigoureuse de celle-ci⁸².

⁷⁶ Voy. l'article 23 de la loi du 25 février 2003, *a contrario*.

⁷⁷ *Mon. b.*, 31 décembre 2002. Cette loi fut modifiée par une loi du 27 février 2003 (*Mon. b.*, 24 mars 2003).

⁷⁸ Voy. J. VRIELINK, «De nieuwe Belgische...», *op. cit.*, p. 199.

⁷⁹ L'article 31 de la loi du 25 février 2003, contrairement à ce qu'il prévoit à propos des autres personnes morales de droit public et de droit privé qu'il désigne, ne subordonne pas le droit d'ester en justice du Centre à la démonstration préalable d'une atteinte à ses missions statutaires...

⁸⁰ Et ce, malgré l'antériorité de la création dudit Institut par rapport à la promulgation de la loi.

⁸¹ L'article 31, al 2, désigne certes d'autres personnes morales de droit public et de droit privé habilitées à agir en justice, mais subordonne leur droit d'action, entre autres, à la condition qu'elles aient acquis la personnalité juridique depuis au moins cinq ans : tel n'est pas encore le cas de l'Institut pour l'égalité entre femmes et hommes.

⁸² L'article 4, 6°, de la loi du 16 décembre 2002 habilite en effet l'institut à «agir en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application des lois pénales et autres lois qui ont spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes». Techniquement, la loi du 25 février 2003 n'a pas pour objet de garantir «spécifiquement» l'égalité susdite, étant donné au contraire son champ d'application à toutes les inégalités que le législateur belge tient pour suspectes.

21. – Privilégiée par le législateur, l'approche intégrée des différentes inégalités ne le conduisit cependant pas à refondre, dans un texte unique, les différents dispositifs «sectoriels» du droit de l'égalité que comportait, jusqu'alors, la législation belge. La suggestion lui en avait pourtant été faite par la Section de Législation du Conseil d'État⁸³, aux fins d'obvier le risque d'incohérences entre la loi en devenir et lesdits dispositifs. Le législateur s'y refusa cependant arguant que les dispositifs en question – en l'occurrence, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale – avaient acquis auprès du public une «visibilité» qu'il convenait de préserver⁸⁴.

22. – D'où l'idée de maintenir ces dispositifs législatifs en l'état, tout en les arrimant à la loi du 25 février 2003, laquelle sera appelée à former la «matrice» du droit commun de l'égalité en Belgique.

Très concrètement, cette loi se décompose en trois grands volets. Le premier constitue un cadre conceptuel commun, portant définition du comportement discriminatoire (art. 2 à 5). Les second (art. 18 à 22) et troisième (art. 6 à 17) volets détaillent respectivement les sanctions «civiles» et «pénales» attachées à ces comportements.

Au «volet civil» de la loi est soustrait, par l'article 5, la matière couverte par la loi du 7 mai 1999, soit, en substance, la problématique de l'égalité des hommes et des femmes dans le domaine du travail. Les seuls dispositifs du «volet civil» de la loi du 25 février 2003 qui trouveront, par exception, à s'appliquer à cette matière, sont ceux qui concernent le renversement de la charge de la preuve (art. 19, §3) et l'administration de la preuve par un test de situation (art. 19 §4). Le volet pénal de la loi du 25 février 2003 trouvera par contre à s'appliquer à la problématique de l'égalité des hommes et des femmes dans le domaine du travail.

Quant au volet pénal de la loi, il exclut (art. 6, §§1 et 2) les discriminations fondées sur «une prétendue race, la couleur, l'ascendance et l'origine nationale ou ethnique» : la répression de ces discriminations conti-

⁸³ Avis 32967/2 du 4 février 2002, *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50 1578/002, p. 5.

⁸⁴ À l'occasion des débats parlementaires ayant précédé la modification de la loi du 30 juillet 1981 par la loi du 20 janvier 2003, la Ministre en charge de l'égalité des chances précisa ce qui suit : «En ce qui concerne la suggestion du Conseil d'État d'abroger la loi du 30 juillet 1981 (...) et d'en intégrer les dispositions dans la loi anti-discrimination, la Ministre fait remarquer qu'en vingt ans, la loi Moureaux s'est fait connaître. Cela vaut également pour la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail qui commence à être connue. Si l'on suit la remarque du Conseil d'État et que l'on fonde ces législations dans une nouvelle loi tendant à lutter contre la discrimination, il faudra recommencer *ab initio* tout le travail pédagogique d'information, ce qui nuira à l'efficacité pratique des mesures proposées».

nuera à ressortir exclusivement de la loi du 30 juillet 1981, telle que modifiée par la loi du 20 janvier 2003⁸⁵. Le volet « civil » de la loi du 25 février 2003 trouvera par contre à s'appliquer aux discriminations fondées sur ces motifs.

23. – Ainsi réalisée, l'idée d'une « législation-mère » – on pourrait également parler de « législation à tiroirs » – trouvera des adeptes. Patricia Popelier y voit notamment le moyen d'assurer la pérennité et la « force de frappe » des principes consacrés⁸⁶, par l'évitement de leur dilution au sein d'une législation par trop détaillée.

24. – Il reste cependant qu'un tel procédé – à tout le moins dans la manière dont on l'a utilisé en l'occurrence – est porteur d'un étonnant paradoxe. Au nom de la « visibilité » qu'auraient acquises les lois du 30 juillet 1981 et du 7 mai 1999, l'on s'interdit de procéder à une codification du droit fédéral de l'égalité de traitement, ce qui opère au détriment de la *lisibilité* de celui-ci considéré dans son ensemble. Or, non moins que la « visibilité » de celle-ci, l'accessibilité et l'intelligibilité d'une loi par ceux qui en sont les destinataires sont, comme le rappelle le Conseil constitutionnel français dans une décision du 16 décembre 1999⁸⁷, les conditions *sine qua non* de l'effectivité des droits qu'elle proclame.

Il y a cependant plus.

25. – L'on observera tout d'abord, au fil de la présente étude, que la coordination opérée par le législateur belge échoue, pour une large part, à réaliser l'objectif qui lui était assigné : assurer un égal rang, un égal statut aux égalités. Non seulement n'est-on pas parvenu à une parfaite cohérence conceptuelle, mais en plus aperçoit-on la survivance de régimes de protection distincts, qui, *de jure*, réinstaurent la dimension hiérarchisante que l'on avait entendu bannir.

26. – L'on s'étonnera, ensuite, que l'entreprise de coordination réalisée laisse de côté, sans explications convaincantes, certains dispositifs qui, pourtant, se rattachent indubitablement au droit fédéral de l'égalité de traitement.

27. – Il en va ainsi, tout d'abord, de la Convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 relative à la sélection et le recrutement des travailleurs, telle que modifiée en dernier lieu par la Convention collective de tra-

vail n° 38^{quater} du 14 juillet 1999. En son article 2^{bis}⁸⁸, cette Convention, rendue obligatoire par arrêté Royal⁸⁹, dispose que

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

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

La matière traitée – le recrutement et la sélection des travailleurs – est de celles couvertes par la loi du 25 février 2003 (art. 2, §4, deuxième tiret). Le régime mis en place de part et d'autre est cependant distinct, notamment en ce qui concerne les motifs de distinction de traitement *a priori* prohibés. Ainsi l'article 2^{bis} s'oppose-t-il aux distinctions de traitement opérées, dans le recrutement et la sélection des travailleurs, sur base des « convictions politiques », alors que ce critère de distinction a été clairement écarté du champ d'application de la loi du 25 février 2003⁹⁰. Faut-il alors considérer que cette dernière loi « autorise », au sens de l'article 2^{bis} de la Convention collective, les distinctions de traitement opérées sur base de ce critère de distinction ? Les travaux préparatoires de la loi du 25 février 2003 sont muets sur la question. Plus gênant encore : rendues obligatoires par Arrêté Royal – *quod* est en ce qui concerne la convention collective n° 38 –, les dispositions impératives d'une convention collective de travail se voient assorties, par l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968, d'une sanction pénale en cas de transgression. La discrimination dont se rend coupable un employeur dans le recrutement et/ou la sélection d'un travailleur en méconnaissance de l'article 2^{bis} est donc pénalement réprimée. Or, le même comportement n'est pas susceptible de répression pénale en vertu de la loi du 25 février 2003⁹¹. Il n'y a pas à proprement parler de « contradiction » entre ces deux dispositifs, ni par conséquent nécessité de faire primer le second sur le premier⁹² : la répression pénale du comportement contraire à l'article 2^{bis} de la Convention collective du travail n° 38 demeure donc, à notre estime, en vigueur. Il est

⁸⁵ Loi du 20 janvier 2003 tendant à renforcer la lutte contre le racisme, *Mon. b.*, 12 février 2003.

⁸⁶ P. POPELIER, « Laten we allemaal... », *op. cit.*, p. 258 : « Daaruit blijkt dat wetgeving meer effect heeft, wanneer de regeling niet te complex en te gedetailleerd wordt, maar uiteenvalt in basisprincipes, die verder worden uitgewerkt in meer concrete regels die worden toegepast in de geest van de basisprincipes (...) »

⁸⁷ Décision du Conseil Constitutionnel 99-421 DC et 99-422 DC du 16 décembre 1999. Sur ces décisions, voy. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, *Chron.*, pp. 361 et suiv.

⁸⁸ Y inséré par la Convention collective de travail n° 38^{ter} du 17 juillet 1998.

⁸⁹ *Mon. b.*, 21 septembre 1999.

⁹⁰ *Infra*, n° 42.

⁹¹ Voir *infra*, nn° 116-118.

⁹² Article 51 de la loi du 5 décembre 1968

assez navrant de constater que le législateur du 25 février 2003 ne l'ait pas aperçu, laissant de la sorte se constituer une manière de «échelle de gravité», *a priori* difficilement justifiable, entre les différents domaines – relation d'emploi ou autres – où est susceptible de survenir un même type de discrimination⁹³.

28. – Autre enfant visiblement «oublié» par la «législation-mère» du 25 février 2003 : la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi⁹⁴. En son article 3, cette loi interdit de fixer une limite d'âge maximale lors du recrutement et de la sélection d'un candidat à l'emploi. Sauf disposition légale fixant elle-même pareille limite, cette interdiction est absolue. L'article 4, §2, de la loi prévoit cependant que le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, pourra fixer les cas dans lesquels il pourra être fait mention de l'âge dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle pour lesquels, en raison de la nature ou des conditions de leur exercice, l'âge constitue une condition déterminante. La loi du 25 février 2003 tendrait également à s'opposer à la fixation d'une limite d'âge maximale dans le recrutement et la sélection des travailleurs, et, plus largement, à toute distinction de traitement opérée en fonction de l'âge dans l'accès à l'emploi. Tout comme dans le cadre de la loi du 13 février 1998, une telle distinction de traitement pourra malgré tout être opérée «lorsque en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice», l'âge «constitue une exigence professionnelle déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée». La loi du 25 février 2003 n'impose cependant pas, contrairement à la loi du 13 février 1998, que la portée de la dérogation ainsi admise soit déterminée par Arrêté Royal délibéré en Conseil des ministres. Un même comportement – la fixation d'un âge maximal lors du recrutement et de la sélection des travailleurs – est donc admis à des conditions différentes selon que l'on se place sur le terrain de l'une ou l'autre loi... Une telle incohérence, que le législateur ne semble pas avoir aperçue, peut néanmoins être surmontée par application de l'adage *lex specialis* – en l'occurrence, la loi du 13 février 1998 – *derogat generalis*. Plus gênant est cependant le constat que la loi du 13 février 1998 érige la fixation illicite d'un âge maximal lors du recrutement et de la sélection d'un travailleur en infraction pénale, alors que ce même comportement discriminatoire, tombant sous l'empire de la loi du 25 février 2003, n'est pas pénalement réprimé par celle-ci. Ici encore, le législateur, inattentif, a laissé se constituer une «échelle de gravité», difficilement justifiable, entre les domaines dans lesquels est susceptible d'intervenir un même type de discrimination. L'employeur qui refuse un emploi en raison de l'âge jugé trop avancé de celui qui

le postule sera susceptible d'être pénalement poursuivi; le restaurateur qui refuse de servir un de ses clients pour le même motif ne le sera pas.

II.2. UNE LÉGISLATION-MÈRE...TROP POSSESSIVE

29. – La loi du 25 février 2003 entend mener la lutte contre la discrimination – tel est son intitulé – sur des terrains particulièrement étendus. Songeons par exemple qu'elle dit vouloir s'appliquer à la «fourniture ou à la mise à disposition du public de biens ou de services» non autrement précisée, ou encore à l'«accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale et culturelle ou politique accessible au public», sans plus ample détermination. Nombre des matières attribuées *hic et nunc* à la compétence des Communautés et des Régions pourraient sans peine être subsumées sous ces notions particulièrement ouvertes, avec, à la clef, un excès de compétence relativement patent du législateur fédéral⁹⁵.

30. – Il fut un temps où ledit législateur n'eût pas dû s'inquiéter outre mesure de semblables débordements. Jusqu'au milieu des années nonante, prévalut en effet dans la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État l'idée que, formant une «matière en soi» n'ayant pas été formellement attribuée – sauf exceptions – aux législateurs communautaires ou régionaux, la consécration et la réglementation des droits fondamentaux continuaient à ressortir de la compétence résiduaire du législateur fédéral⁹⁶. Également endossée par la Cour d'arbitrage⁹⁷ – quoique sur un mode plus implicite –, cette équation reliant les droits fondamentaux à la compétence fédérale trouvait soutien, à l'estime de la Section de législation, dans «l'économie générale et l'esprit de la Constitution»⁹⁸ et dans l'idée selon laquelle «il ne se conçoit pas que [les libertés publiques], qui apparaissent comme des attributs essentiels de la personne humaine, puissent, au sein d'un même État, être tantôt reconnues, tantôt ne pas l'être»⁹⁹.

L'évolution fédérale de la Belgique – et singulièrement la réforme constitutionnelle de 1994 qui vit l'inscription dans la Constitution des actuels articles 22, 23 et 32 – rendaient très improbables les soutiens classiquement apportés à l'équation¹⁰⁰; aussi cette équation fut-elle aban-

⁹⁵ Sur ceci, voy. en particulier J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 298.

⁹⁶ Sur ceci, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, obs sous C.A., 28 mai 1991, in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. «Les grands arrêts de la jurisprudence belge», 1999, pp. 456 et suiv.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Avis L. 19679 (ch. Réunies) du 28 novembre 1990, *Doc. parl. Chambre*, sess. 1990-1991, 1610/1, pp. 50-51.

⁹⁹ Avis du 21 octobre 1987 (ch. Réunies) sur une proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, *Doc. parl. Sénat*, s. e. 1988, 215/2, p. 6.

¹⁰⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., 28 mai 1991, *op. cit.*, p. 459-460.

⁹³ *Infra*, n° 118.

⁹⁴ *Mo. B.*, 19 février 1998.

donnée, tant par la Section de législation¹⁰¹ du Conseil d'État que par la Cour d'arbitrage¹⁰², en 1996. Depuis lors prévaut l'enseignement selon lequel «La consécration de droits et libertés fondamentaux par la Constitution et les traités internationaux ne signifie en aucune manière qu'en tant que telle, la réglementation de ces droits et libertés n'appartiendrait qu'à l'autorité fédérale»¹⁰³. En conséquence, «c'est à chaque autorité qu'il appartient d'en assurer le respect en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes»¹⁰⁴.

Cet enseignement est rappelé par le Conseil d'État dans le premier avis qu'il rendit à propos de ce qui allait devenir la loi du 25 février 2003¹⁰⁵. La circonstance que la loi du 25 février 2003 constitue l'exécution d'obligations internationales ou constitutionnelles en matière de droit fondamentaux n'offre par conséquent au législateur fédéral aucun titre particulier à s'immiscer dans des matières qui, *prima facie*, ressortiraient de la compétence communautaire ou régionale.

31. – Le Conseil d'État envisage cependant l'existence, à titre subsidiaire, de quatre vecteurs de compétence fédé-

rale susceptibles de justifier, en l'occurrence, une telle immixtion : «Si l'autorité fédérale ne peut interdire directement les discriminations dans les matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions, une telle interdiction peut, cependant, résulter de l'exercice par l'autorité fédérale de ses compétences en matière, notamment, de droit civil, de droit commercial et de droit du travail (...). Un même raisonnement peut être tenu en matière pénale (...). La circonstance que (des) infractions puissent être commises dans une matière relevant de la compétence des communautés ou des régions ou par un fonctionnaire d'un gouvernement communautaire ou régional n'enlève rien à la compétence du législateur fédéral d'édicter des interdictions de portée générale».

32. – Il n'est pas certain que la voie ainsi tracée par le Conseil d'État suffise pour circonvenir toute difficulté¹⁰⁶.

33. – Tout d'abord, parce qu'il apparaît impossible de rattacher l'ensemble du dispositif normatif contenu dans la loi du 25 février 2003 à l'un des quatre vecteurs de compétence fédérale susmentionnés.

L'article 2, §3 de la loi assimile à discrimination «l'absence d'aménagement raisonnables pour la personne handicapée» lorsque celle-ci intervient dans l'un des domaines d'application de la loi comme par exemple la fourniture de biens et services (art 2, §4, premier tiret) ou encore «l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public». Or, à deux exceptions près qui ne concernent pas du tout la présente problématique, l'article 5, §1, II, 4° de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 a confié la totalité de la politique des handicapés aux Communautés. La survivance d'une compétence du législateur fédéral eût pu se concevoir, à l'estime de J. Velaers¹⁰⁷, si celui-ci s'était borné à prescrire les «aménagements raisonnables» dans le seul domaine de la relation de travail; la loi ne comporte cependant pas une telle limite. De même la compétence du législateur fédéral eût-elle pu se justifier, à suivre un avis du 24 juin 1992 du Conseil d'État, s'il s'était agi d'un dispositif «purement pénal», poursuivant, non tant l'objectif d'une intégration des personnes handicapées, mais bien la répression des discriminations dont elles font l'objet¹⁰⁸. Toutefois – et abstraction faite des critiques auxquelles cet avis peut s'exposer¹⁰⁹ –, force est de constater que l'«absence

¹⁰¹ Le revirement est localisé dans un Avis L. 25131/VR/8 (ch. Réunies) du 18 novembre 1996 et 13 mai 1997 (8^{ème} ch.) sur une proposition de décret portant réglementation du droit à la libre collecte d'information et la diffusion de courts messages par les émetteurs (*Doc. VI. Raad*, 1995, 82/2). Sur cet avis, voy. A. ALEN et P. BERCKX, «De bevoegdheidsverdeling inzake grondrechten : het recht op vrije nieuwsgaring», *T.B.P.*, 1998, pp. 182 et suiv.

¹⁰² L'on a coutume de localiser le changement d'attitude de la Cour d'arbitrage dans un arrêt 54/96 du 3 octobre 1996 (voy. en ce sens J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 302, note infrapaginale 52. Comp. cependant S. VAN DROOGHENBOECK, obs. sous C.A., 28 mai 1991, *op. cit.*, p. 462, note infrapaginale n° 20).

¹⁰³ C.A., n° 124/2000, 29 novembre 2000, pt. B.4.2.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Avis 30.462/2 du 16 novembre 2000, *Doc. parl. Sénat*, sess. 2000-2001, p. 2, citant sur ce point un avis 28197/1, donné le 16 février 1999 sur l'avant projet devenu la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les 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 : «Les droits fondamentaux définis par des normes juridiques supérieures ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. Lorsque la mise en œuvre d'un droit fondamental requiert une réglementation supplémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient d'édicter les règles nécessaires. Il s'ensuit que, dans la mesure où la garantie d'un droit fondamental concerne des matières relevant de la compétence des communautés et régions, la loi ordinaire, même si elle confirme ainsi le caractère fondamental d'un droit déterminé et prétend veiller au respect de ce droit, ne peut pas édicter des règles qui imposeraient des conditions aux communautés et aux régions pour l'exercice de compétences qui leur sont conférées en vertu de la Constitution ou de lois spéciales de réformes institutionnelles ou au regard desquelles les normes édictées par les entités fédérées pourraient être vérifiées. Le fait que ces conditions résultent directement de normes juridiques supérieures ou ne sont qu'une simple concrétisation de celles-ci, n'infirme en rien cette constatation. En effet, les autorités communautaires ou régionales compétentes sont directement liées par ces normes juridiques supérieures, de sorte que la limitation de leur marge d'action résulte de ces normes juridiques mêmes. Il n'appartient pas au législateur de même rappeler aux communautés et aux régions qu'elles sont liées à ces normes juridiques supérieures». Cet enseignement fut encore rappelé dans l'avis rendu le 23 mai 2002 par le Conseil d'État sur un avant projet de loi portant création de l'Institut de l'égalité des femmes et des hommes, *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50/1919, pp. 14 et suiv.

¹⁰⁶ Sur ceci, voy. J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, p. 300 et suiv.

¹⁰⁷ J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 304

¹⁰⁸ Avis du 24 juin 1992 sur une proposition de loi tendant à la répression de la discrimination à l'encontre des handicapés physiques ou mentaux, *Doc. parl. Chambre*, s. e., 1991-1992, 172/2.

¹⁰⁹ Voy. J. VELAERS, «De horizontale werking...», p. 304. L'auteur estime en outre que cet avis est inspiré par l'ancienne doctrine du Conseil d'État relative à la compétence de principe du législateur fédéral en matière de droit fondamentaux (*supra*, n° 20), et se trouverait donc frappé de caducité à l'heure actuelle.

d'aménagement raisonnable» visé par la loi, n'est pas, comme tel, passible de sanctions pénales. L'on doit dès lors conclure que, de manière relativement évidente, l'article 2, § 3, de la loi du 25 février 2003 est entaché d'un excès de compétence. Pour combattre cette évidence, il fut affirmé dans les travaux préparatoires que l'article 2, § 3, n'avait pas l'objet d'imposer l'obligation de mettre en place des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées – compétence que l'on admet être celle des Communautés –, mais bien d'assimiler à une discrimination l'absence de tels aménagements¹¹⁰. Un tel jeu de langage ne peut convaincre¹¹¹.

Autre exemple : en étendant son champ d'application à toutes les «activités culturelles» et à la «fourniture au public de services», la loi du 25 février 2003 pourrait parfaitement, et sans que ses termes fussent être forcés pour ce faire, trouver application dans le domaine des relations contractuelles qui se nouent entre une école du réseau libre confessionnel et l'un de ses (candidats)-élèves. Cette relation ressortit cependant de la compétence du législateur décentral, de même au demeurant que celle qui unit l'élève à une école du réseau officiel¹¹². Seules les communautés sont donc compétentes pour édicter un principe d'égalité applicable à cette relation, ce qu'elles ont au demeurant déjà fait ou s'approprient à faire : songeons par exemple au décret flamand «égalité des chances» du 28 juin 2002¹¹³. La crainte¹¹⁴ – où l'espoir, c'est selon – de voir la loi du 25 février 2003 pimenter le débat sur le port du voile à l'école, nous paraît donc non fondée.

Un exemple encore : en tant qu'elle mène la lutte contre la discrimination dans les «conditions d'accès à l'emploi salarié», sans limiter ce domaine à la seule problématique du recrutement et de la sélection des travailleurs, la loi du 25 février 2003 pourrait vouloir s'appliquer à l'ensemble de la politique d'accès à l'emploi, et régir par conséquent l'activité des services de placement, ou encore la formation et la réorientation professionnelles. Faut-il cependant rappeler que ces différentes questions relèvent de la compétence des Communautés et Régions¹¹⁵, dont certaines ont au demeurant déjà mise en

place, en la matière, leurs dispositifs anti-discriminatoires? Songeons par exemple à l'ordonnance du 26 juin 2003 relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale¹¹⁶. Songeons encore au décret flamand du 8 mai 2002¹¹⁷ relatif à la participation proportionnelle sur le marché du travail, qui présente cette particularité, par rapport à la loi fédérale, d'ériger en infraction pénale le comportement discriminatoire lui-même¹¹⁸.

34. – Les exemples pourraient être multipliés. Gageons cependant que l'échantillon ici livré laisse apercevoir l'ampleur de la difficulté. Les termes extrêmement ouverts par lesquels la loi du 25 février 2003 délimite son champ d'application autorisent à y subsumer toute une série de problématiques particulières ne présentant pas de rattachement avec les vecteurs de compétence fédérale envisagés par le Conseil d'État : le droit civil, le droit du travail, le droit commercial et le droit pénal.

35. – À cette difficulté, s'en ajoute une autre, liée à la fragilité de ces vecteurs eux-mêmes.

Le Conseil d'État assied pour partie le dispositif de la loi du 25 février 2003 sur la compétence qu'il reconnaît au législateur fédéral d'édicter des «interdictions de portée générale» en matière pénale, sans préjudice du fait que lesdites interdictions s'étendraient à des matières communautarisées ou régionalisées. La proposition semble difficilement admissible¹¹⁹. L'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 érige en effet la compétence pénale – incriminer et pénaliser – en compétence strictement accessoire : la compétence d'ériger en comportement en infraction pénale suit celle de réglementer ledit comportement, laquelle est à son tour fonction de la répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions. Il n'existe pas, dans un tel système, une compétence d'incrimination et de pénalisation «autonome» et «indépendante» qui permettrait à l'un des législateurs en présence de s'ingérer dans les compétences normalement dévolues aux autres.

Le Conseil d'État semble également vouloir arrimer, pour partie, le dispositif de la loi du 25 février 2003 à la compétence du législateur fédéral d'édicter les règles relatives au contrat de travail¹²⁰. À l'estime de J. Velaers¹²¹ cependant, il conviendrait de ne pas perdre de

¹¹⁰ *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/008, pp. 5 et 29.

¹¹¹ Voy. J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, p. 305. Voy. encore J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, p. 268.

¹¹² Voy. J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, p. 302.

¹¹³ Décret du Conseil de la Communauté flamande du 28 juin 2002 relatif à l'égalité des chances dans l'éducation, *Mon. b.*, 28 juin 2002. Sur ce décret, voy. A. OVERBEEKE, «Nondiscriminatie en gelijke kansen inzake schoolkeuze in het vlaamse onderwijs- Requiem voor het toelatingsbeleid van identiteitsgebonden instellingen», *Vrijheid en Gelijkheid*, *op. cit.*, pp. 736 et suiv.

¹¹⁴ Cette crainte fut manifestée par le Centre pour l'égalité des chances à l'occasion des travaux préparatoires. Voir *Doc. parl. Sénat*, 12/15, 39.

¹¹⁵ Art. 6, § 1^{er}, IX de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (en ce qui concerne le placement des travailleurs et la réorientation professionnelle : compétence régionale), et art. 4, 15^o et 16^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (en ce qui concerne la formation professionnelle : compétence des communautés, mais dont l'exercice a été «régionalisé» au sud du Pays en application de l'article 138 de la Constitution).

¹¹⁶ *Mon. b.*, 29 juillet 2003. Voy. spécialement l'article 4, al. 1, 2^o de cette ordonnance.

¹¹⁷ *Mon. b.*, 26 juillet 2002.

¹¹⁸ Art. 11.

¹¹⁹ Voy. sur ce point J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, p. 300.

¹²⁰ Compétence qui se déduit de l'article 6, § 1^{er}, VI, 12^o de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

¹²¹ J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, pp. 301 et suiv., citant lui-même R. VERSTEGEN, «De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake rechtspositie, medezeggenschap en inspraak van het personeel in het onderwijs», *R.W.*, 1994-1995, 1148-1150. Voy. encore, A. OVERBEEKE et G. GEUDENS, «'Wij zijn zo vrij af te wijzen'. Onderscheid in personeelsbeleid bij identiteitsgebonden onderwijsinstellingen», *Vrijheid en Gelijkheid*, *op. cit.*, p. 687.

vue qu'à défaut de précision en sens contraire dans le texte même de l'article 127 de la Constitution, la compétence d'édicter les règles relatives à la relation de travail unissant un enseignant à un établissement d'enseignement, même dans le réseau libre, revient aux Communautés¹²², et non au législateur fédéral¹²³. La précision est d'importance, au vu des débats passionnés qu'a suscitée au Parlement la question de l'incidence de la loi du 25 février 2003 sur le recrutement des enseignants du réseau libre confessionnel¹²⁴ : cette incidence s'avérerait, en réalité, inexistante.

36. – L'on aperçoit donc, au sortir des développements qui précèdent, que la loi du 25 février 2003 «flirte», plus souvent qu'à son tour, avec l'excès de compétence¹²⁵. Il appartiendra aux juges chargés d'en faire application d'en adopter une interprétation qui concilie au mieux son champ d'application avec les règles répartitrices de compétences entre l'État, les Communautés et les Régions. Le Conseil d'État, en son avis du 16 novembre 2000¹²⁶, n'affirme finalement rien d'autre.

¹²² Voy., e. a., C.A., n° 2/2000, 19 juin 2000, pt. B.3.2. «Les communautés ont, en vertu de [l'article 127 de la Constitution], la plénitude de compétence pour régler l'enseignement dans la plus large acception du terme, sauf les exceptions qui y sont expressément mentionnées. Cette compétence comprend la fixation des règles relatives au statut administratif et pécuniaire du personnel de l'enseignement, à l'exclusion de son régime de pension». Voy. encore C.A., 76/2000, 21 juin 2000, pt. B.3.1. «Sauf les exceptions mentionnées à l'article 127, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o, de la Constitution, le Constituant a attribué aux communautés toute la compétence d'édicter des règles propres à la matière de l'enseignement. Parmi ces règles figurent également celles qui se rapportent au statut du personnel enseignant en général et à celui du personnel de l'enseignement communautaire en particulier».

¹²³ Dans un arrêt n° 6/93 du 27 janvier 1993, la Cour d'arbitrage avait cependant estimé que les compétences des Communautés en matière d'enseignement ne comprennent pas «la compétence de déroger à des règles de droit pénal du travail s'appliquant indistinctement à tous les travailleurs, telles que celles de l'article 3 de la loi du 12 avril 1965 qui vise à assurer la liberté des travailleurs de disposer à leur gré de leur rémunération». À l'estime de J. VELAERS, la réserve ainsi envisagée à la compétence communautaire procède encore de l'ancienne doctrine selon laquelle les droits fondamentaux constitueraient une matière revenant par principe au législateur fédéral. Cette doctrine étant aujourd'hui abandonnée, il faudrait en conclure que la réserve concernée est caduque et ne pourrait, en conséquence, fonder l'applicabilité de la loi du 25 février 2003 dans les rapports entre un enseignant et l'école qui l'emploie (J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 302). Cette lecture de l'arrêt est relativement audacieuse, ne trouvant au demeurant aucun étalement implicite ou explicite dans celui-ci. Quoi qu'il en soit, ce dernier n'offre pas de titre à l'applicabilité de la loi du 25 février 2003 dans le rapport susdit, pour la simple raison que, ne pénalisant pas comme telle la discrimination qui pourrait y être commise, cette loi ne se rattache pas, techniquement, au «droit pénal du travail» dont la Cour d'arbitrage fait mention.

¹²⁴ Voy., parmi beaucoup d'autres, *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, pp. 17, 71, 83-84, 144-148.

¹²⁵ Le Centre pour l'égalité des chances avait averti le législateur en ce sens : *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 25.

¹²⁶ Avis du 16 novembre 2000, *op. cit.*, p. 4. «Il faut donc comprendre que le champ d'application de la proposition est nécessairement limité aux matières qui relèvent de l'autorité fédérale...»

III. LE CHAMP D'APPLICATION «PERSONNEL» : LES CRITÈRES DE DISCRIMINATION RETENUS

37. – L'article 2, § 1^{er} de la loi du 25 février 2003 énonce les différents critères en considération desquels il pourra être conclu à l'existence d'une discrimination prohibée. La liste reprise est en elle-même assez étoffée; elle n'en est pas moins limitative (III.1). Il n'est pas de notre intention de commenter l'un après l'autre l'ensemble des critères énumérés; tout juste notre analyse se bornera-t-elle au commentaire de certains d'entre eux (III. 2), ainsi qu'à l'explication et à la critique de certaines «omissions» commises par le législateur (III.3).

III.1. UNE LISTE LIMITATIVE

38. – «Le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique» : tels sont les critères de distinction qu'envisage la loi du 25 février 2003. La liste ainsi finalement arrêtée déborde largement celle que retient pour sa part le droit communautaire primaire et dérivé¹²⁷, et celle qu'avait initialement envisagée le Sénateur Mahoux, auteur de la proposition de loi¹²⁸. Pareille extension est pour partie imputable à l'influence parallèle qu'a pu exercer, sur les parlementaires, «l'omni-inclusivité» caractérisant, nous l'avons vu, les règles d'égalité et de non-discrimination portées par la Constitution belge et la Convention européenne des droits de l'Homme¹²⁹.

Quoique influencée par cette «omni-inclusivité», la loi du 25 février 2003 ne l'a cependant pas reprise à son compte. La liste arrêtée par l'article 2, § 1^{er} doit être considérée comme limitative¹³⁰, et interdisant, par conséquent, toute interprétation par analogie.

En soutien de cette proposition, peut tout d'abord être produit un argument de texte. L'adverbe «notamment», sur fondement duquel la Cour européenne des droits de l'Homme a pu conclure au caractère énumératif, et non limitatif, des critères de distinction visé par l'article 14 de la Convention, ne figure pas dans le texte de la loi belge.

À cet argument, s'en ajoute un autre, lié au constat que les suggestions et amendements visant à poser explicitement le principe du caractère non-exhaustif de l'énumé-

¹²⁷ *Supra*, n° 11

¹²⁸ *Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 7.

¹²⁹ Le Conseil d'État, dans son avis du 16 novembre 2000, avait estimé (*Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/5, p. 13) : «Il appartient au législateur d'apprécier quelles discriminations doivent être prioritairement combattues et selon quels moyens. Encore faut-il que ces choix soient compatibles avec le droit européen et puisse être justifiés au regard des articles 10 et 11 de la Constitution».

¹³⁰ Voy. J. VELAERS, «De horizontale...», *op. cit.*, p. 314.

ration à laquelle procède la loi, furent rejetés au cours des débats parlementaires ¹³¹.

Plus fondamentalement, le caractère limitatif qui caractérise la loi du 25 février 2003 dans la manière dont elle définit son champ d'application «personnel» se justifie en raison de «l'horizontalité» des relations dans lesquelles cette loi intervient. Nous l'avons relevé ci-dessus : s'il se conçoit bien que dans les rapports verticaux opposant le particulier à la puissance publique, la garantie d'égalité fasse l'objet d'une interprétation large aux frontières peu définies, pareille logique floue n'est pas contre guère admissible dans les rapports interindividuels, où le terrain gagné par les droits de l'un est souvent – voire systématiquement – du terrain perdu par les droits de l'autre. Il en va particulièrement ainsi lorsque, comme en l'espèce, le droit pénal est appelé en arbitre des sphères de libertés respectives.

III.2. COMMENTAIRE DE QUELQUES CRITÈRES PARTICULIERS

III.2.1. Le critère du sexe

39. – Le contenu précis de la notion de «sexe» fut peu ou prou discuté à l'occasion des travaux parlementaires.

En droit communautaire, il est admis de longue date qu'une discrimination fondée sur une caractéristique exclusivement liée à l'appartenance à l'un des deux sexes – à l'instar de l'état de grossesse ou encore de la survenance d'un accouchement – constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ¹³². Il n'y a aucune raison pour qu'une telle assimilation ne soit pas opérée dans le cadre de la loi belge du 25 février 2003 ¹³³. Dût-on même y renoncer, les conséquences juridiques n'en seraient de toute façon pas modifiées. Les discriminations fondées sur les caractéristiques susdites s'analyseront bien évidemment comme des discriminations *indirectes* fondées sur le sexe. Or, la loi belge assigne à celles-ci le même régime juridique que celui qui s'applique aux discriminations directes.

Mutatis mutandis, la même situation prévaut pour les discriminations fondées sur la transexualité, que la Cour de Justice des Communautés européennes assimile éga-

lement à des discriminations directes fondées sur le sexe ¹³⁴. Encore que les travaux préparatoires de la loi belge soient muets sur la question, cette assimilation doit également pouvoir être opérée dans le cadre de celle-ci ¹³⁵. Dans le cas contraire, la discrimination fondée sur la transexualité pourrait, de toute façon, s'analyser en une discrimination directe fondée sur une «caractéristique physique».

III.2.2. Le critère de la «prétendue race», de la couleur, de l'ascendance et de l'origine nationale ou ethnique.

40. – À l'expression classique de «distinction de traitement fondée sur la race», le législateur préféra celle de «distinction de traitement fondée sur la 'prétendue race'». La loi du 30 juillet 1981 fut modifiée en sens identique. Initié par amendement gouvernemental ¹³⁶, ce changement terminologique n'a aucune portée juridique; sa vocation est avant tout symbolique. Comme l'explique le gouvernement, «l'utilisation du terme race (peut) dans les faits donner l'impression que le législateur légitime l'existence de différentes races, alors qu'il s'agit en fait d'un concept ne correspondant à aucune réalité scientifique» ¹³⁷. L'intention est sans conteste louable. Il reste cependant que le changement opéré est source d'un certain obscurcissement, dans un environnement normatif international ¹³⁸ et européen ¹³⁹ qui, quant à lui, demeure attaché – par tradition, et non par conviction – au terme de «race».

Plus importante sans doute est la question de savoir si, en utilisant les termes «prétendue race», «couleur», «ascendance» et «origine nationale ou ethnique», le législateur a également entendu viser les discriminations fondées sur la «nationalité». À s'en tenir au sens que ces termes revêtent dans le vocabulaire juridique commun, pareille déduction ne s'imposerait pas avec évidence ¹⁴⁰, pas plus au demeurant qu'au regard de la directive 43/2000 du 29 juin 2000 ¹⁴¹. Toutefois, l'intention claire du législateur d'inclure la nationalité au nombre des critères visés par la loi du 25 février 2003, ressort des travaux préparatoires de la modification de la loi du 30 juillet 1981, opérée le 20 janvier 2003. Au sein de cette dernière

¹³¹ Voy. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, p. 259. Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, pp. 101 et 109.

¹³² Voy. C.J.C.E., 177/88, 8 novembre 1990, *Dekker, Jur.*, 3941. Voy. C. BAYART, «De Opmars...», *op. cit.*, p. 311. Cette interprétation de la Cour de justice a été ratifiée par le législateur communautaire lui-même : voy. Directive 2002/73 du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 CE du Conseil 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 (*JOCE* 5 octobre 2002 L269/15). Voy. en effet le considérant 12 du préambule de la directive, et l'article 7, al. 3, de cette directive.

¹³³ Au demeurant, une telle assimilation se retrouve explicitement dans l'article 4 loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale.

¹³⁴ C.J.C.E., 13/94, 30 avril 1996, *P... c. S...*, *Rec.*, p. 2143.

¹³⁵ Voy. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 260.

¹³⁶ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/6, p. 3.

¹³⁷ *ibid.*

¹³⁸ Voy. sur ce point les remarques du Conseil d'État à propos de la modification qui, à l'identique, fut introduire dans la loi du 30 juillet 1981 (Avis 31.132/2 du 12 mars 2001, *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1407/001).

¹³⁹ La directive 2000/43 du 29 juin 2000 utilise encore le terme de «race», même si ses auteurs précisent, à titre de Préambule, que «L'union européenne rejette toute théorie tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot 'race' dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories».

¹⁴⁰ Voy. en ce sens, D. VANHEULE, «De antidiscriminatiewet en de antiracismewet», *Vrijheid en gelijkheid*, p. 394.

¹⁴¹ Rappelons en effet que celle-ci, tout en visant les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, exclut expressément son application aux discriminations fondées sur la nationalité (*supra*, n° 11).

loi fut en effet supprimée toute référence explicite à la notion de nationalité. À l'estime du législateur cependant, il ne devait en résulter aucun rétrécissement du champ d'application des infractions comminées : «il doit être clairement établi», lit-on dans les travaux préparatoires, «que le concept utilisé 'd'origine nationale ou ethnique' est plus large et qu'il contient donc également la nationalité»¹⁴². Ce qui vaut pour l'interprétation de la loi du 30 juillet 1981 doit également valoir pour l'interprétation de la loi du 25 février 2003.

III.2.3. Le critère de l'orientation sexuelle

41. – Les travaux préparatoires de la loi ne comportent pas de définition explicite – et *a fortiori*, unanimement acceptée à la Chambre et au Sénat – de ce qu'il y a lieu d'entendre par «orientation sexuelle». Il reste cependant qu'à la lecture des débats, l'impression domine que les protagonistes de celui-ci ont essentiellement eu en vue les discriminations qui s'établissent entre hétérosexuels et homosexuels.

À notre estime cependant, il n'y a pas lieu de réduire le champ d'application de la loi à cette seule situation. Le sens commun du terme «orientation sexuelle» est plus large. De surcroît, l'on observe que les amendements introduits en vue d'opérer explicitement une telle réduction ont finalement été rejetés¹⁴³.

Il s'impose donc d'étendre l'empire de la loi aux discriminations opérées à raison d'autres «orientations sexuelles» considérées comme «hors normes» (le sado-masochisme ou le triolisme, par exemple), sans opérer, à cet égard, de distinction en fonction du caractère «librement choisi» ou non de l'orientation sexuelle en question¹⁴⁴. Non seulement pareille distinction s'emboîterait dans d'interminables querelles scientifiques, mais en plus ne trouve-t-elle aucun soutien dans l'esprit de la loi du 25 février 2003, qui ne limite nullement sa protection aux seules situations placées hors du choix des individus¹⁴⁵ – songeons ici à l'état civil, ou encore aux convictions religieuses ou philosophiques. Plus encore – mais reconnaissons qu'il y a là matière à controverse –, il ne semble pas qu'il y ait lieu d'exclure du champ d'application de la loi les discriminations qui seraient fondées

sur des orientations sexuelles pénalement réprimées, si odieuses soient-elles – songeons par exemple à la pédophilie. Tout juste doit-on considérer que l'existence de cette répression pénale constituera *au cas par cas*, la justification objective et raisonnable des distinctions de traitement dont ces personnes pourraient faire l'objet. L'exclusion de *plano* des comportements délictueux du champ d'application de la loi aurait en effet pour conséquence une *capitis diminutio* du délinquant dans tous les domaines de la vie sociale, *capitis diminutio* que la théorie générale des droits de l'Homme peine à justifier¹⁴⁶. S'il se conçoit bien qu'une personne condamnée pour pédophilie soit écartée d'un emploi qui la met en contact avec des enfants, l'on aperçoit par contre difficilement les raisons qui justifieraient qu'une telle personne se voit refuser, en raison de son orientation sexuelle, un titre de transport ou une place de parking. Rendre justice à ce qui précède suppose que le caractère délictueux de l'orientation sexuelle intervienne, non pas de manière abstraite dans le tracé du champ d'application de la loi, mais bien de manière concrète, au niveau de la justification des comportements que celle-ci tend *a priori* à prohiber.

III.3. LES CRITÈRES «OMIS»

III.3.1. Les convictions politiques

42. – La loi du 25 février 2003 ne mentionne pas les «convictions politiques» au titre de critère des discriminations qu'elle prohibe. Il ne s'agit pas d'un oubli, que quelque interprétation généreuse d'un autre critère de discrimination – les convictions religieuses ou philosophiques – suffirait à combler, mais bien d'une omission délibérée. Les divers amendements tendant à réintroduire ce critère ont été systématiquement rejetés¹⁴⁷.

La motivation de ce rejet fut on ne peut plus claire : il s'agissait de ne pas offrir, au travers de la loi du 25 février 2003, une arme nouvelle aux extrémistes de tous bords¹⁴⁸. Corrélativement, il fut rappelé à de nombreuses reprises que la notion de «conviction religieuse et philosophique» ne viserait que «les questions qui se rap-

¹⁴² Doc. parl. Chambre, Doc 50-1407/001, p. 10.

¹⁴³ Doc. parl. Chambre, Doc 50-1578/006, p. 14 et Doc. parl. Sénat, 2001-2002, n° 12-20, p. 14.

¹⁴⁴ Comp. J. VRIELINK, D. DE PRINS et S. SOTTIAUX, «De anti-discriminatiewet...», *op. cit.*, p. 263, et S. SOTTIAUX, «De seksuele geaardheid als toegelaten/verboden criterium voor ongelijke behandeling», *Vrijheid en Gelijkheid*, pp. 630-631.

¹⁴⁵ Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, les initiateurs de celle-ci estimaient que l'élément fédérateur des critères de distinction repris résidait dans le caractère «non délibéré» des caractéristiques fondant ces critères. (Doc. parl. sénat, SE 1999, n° 12/1, p. 2). L'assertion était déjà, à ce moment, discutable, vu que la proposition de loi initiale visait les discriminations fondées sur 'l'état civil'. Il est difficilement contestable que les individus ont une maîtrise sur celui-ci, maîtrise qui, au demeurant, est internationalement garantie (article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme).

¹⁴⁶ Ainsi les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme n'ont-ils jamais conçu que le caractère liberticide des activités d'un individu lui valait d'être déchu de l'ensemble des droits et libertés que consacre cet instrument : tout juste la déchéance frapperait-elle les droits et libertés qui rendent possible l'activité liberticide. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme : incertain et inutile?», *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, sous la dir. de H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 150 et suiv.

¹⁴⁷ Voy. e. a., Doc. parl. Chambre, Doc 50-1578/006, p. 1.

¹⁴⁸ Voy. e. a., Doc. parl. Chambre, Doc. 50-1407/005, p. 10 : «En effet, l'actualité politique récente est malheureusement là pour en témoigner, il est fondamental de rester vigilants à l'égard des partis non démocratiques et liberticides. Il faut éviter que ces partis extrémistes puissent tenter de s'appuyer sur la loi pour essayer d'interdire toute critique ou toute mise en cause de leurs prises de position politiques». Voy. encore Doc. parl. Sénat, 2001-2002, n° 12/15, pp. 55 et 64.

portent à l'existence d'un Dieu ou pas»¹⁴⁹, et n'inclurait donc pas les «convictions politiques».

Dissonante en droit comparé¹⁵⁰, l'option prise par le législateur s'expose massivement à la critique¹⁵¹.

Tout d'abord, l'exclusion des «convictions politiques» au titre des critères de discrimination prohibés par la loi du 25 février 2003 introduit une incohérence de taille au sein du droit belge de l'égalité, de souche fédérale¹⁵² ou fédérée¹⁵³ : celui-ci, précisément, accorde à l'égalité politique une importance tout à fait significative. Parties intégrantes de ce Droit, car directement applicables dans notre ordre juridique, les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme proscrivent la discrimination sur base des «opinions politiques». L'égalité politique est également promue avec une insistance tout particulière par la Constitution belge, sous le label de la non-discrimination pour des raisons «idéologiques» (art. 131) ou à l'égard des «minorités idéologiques» (art. 11)¹⁵⁴. Il convient encore de signaler qu'en écho aux dispositions constitutionnelles précitées, la loi du 16 juillet 1973, dite du Pacte culturel – autre enfant visiblement oublié par la «législation-mère» du 25 février 2003 – garantit aux différentes tendances «idéologiques» – comprenez, notamment, «politiques» – la non-discrimination dans la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique culturelle. Dans un tel environnement juridique, l'option prise par le législateur du 25 février 2003 se révèle incompréhensible et, faut-il le dire, injustifiable en droit. L'objectif poursuivi – la lutte contre les tendances politiques liberticides – est certes louable, mais le moyen choisi pour y parvenir est radicalement disproportionné. Comme le souligne J. Velaers¹⁵⁵, il eût été nettement préférable d'inclure les convictions politiques dans le champ d'application de la loi, et de cantonner la lutte contre les extrémismes sur le terrain de l'appréciation, au cas par cas, des justifications objectives et raisonnables qu'auto-

rise cette même loi vis-à-vis des traitements directement ou indirectement inégalitaires. Une telle approche aurait non seulement évité de priver les convictions politiques «démocratiques» de la protection du nouveau dispositif législatif, mais aurait également permis de respecter au mieux la théorie générale des droits de l'Homme qui, nous l'avons vu, s'accommode mal de l'idée d'une *capitis diminutio* totale, abstraite et indifférenciée comme sanction de l'extrémisme liberticide¹⁵⁶. S'il est parfaitement concevable qu'un organe de presse refuse d'accorder ses colonnes à l'un ou l'autre groupement en raison du caractère antidémocratique de son message, l'on peine cependant à justifier que, pour ces mêmes raisons, un membre de ce groupement se voie refuser la location d'une salle de mariage.

Difficilement justifiable en droit, la volonté acharnée du législateur d'exclure les «convictions politiques» du champ d'application de la loi est par ailleurs à la source de «dégâts collatéraux» au niveau de l'interprétation d'autres concepts utilisés par cette loi. Nous l'avons vu en effet, cette volonté induit un rétrécissement de la notion de «convictions religieuses et philosophiques» autour des seules «questions qui se rapportent à l'existence d'un Dieu ou pas». Pareil rétrécissement est illégitime au regard du droit international des droits de l'Homme. Les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme définissent en effet les «convictions» protégées par l'article 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) comme un ensemble de «vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance»¹⁵⁷, ou encore, comme une «vision cohérente sur des problèmes fondamentaux»¹⁵⁸. Il s'agit là de notions extrêmement ouvertes, et non réductibles à la définition étroite qu'en donne le législateur belge. La jurisprudence des organes de la Convention inclura, par exemple, sous le concept de convictions philosophiques et religieuses, le végétarisme et le pacifisme.

Exclues du champ d'application de la loi du 25 février 2003, les discriminations liées aux convictions politiques pourront néanmoins être combattues sur le fondement du «droit commun de l'applicabilité horizontale du principe d'égalité». Même si elles se révèlent moins pointues que celles offertes par la nouvelle loi, les ressources de ce «droit commun» n'en sont pas pour autant à négliger. Que l'on se souvienne ici de ce jugement du 6 novembre 1998¹⁵⁹ où le Président du tribunal de commerce de Bruxelles, statuant en cessation sur fondement de l'article 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce, avait estimé que le refus de louer le Palais des

¹⁴⁹ Doc. parl. Sénat, 2001-2002, n° 12/15, p. 64; Doc. parl. Sénat, 2000-2001, n° 12/6, p. 3.

¹⁵⁰ Les législations antidiscriminatoires hollandaise, italienne, danoise, et finlandaise (voy. M. BELL, *Antidiscrimination...*, op. cit., respect. p. 150, 163, 168 et 173) visent le critère des convictions politiques.

¹⁵¹ Voy. J. VELAERS, «De horizontale werking...», op. cit., pp. 318-319.

¹⁵² Voy. ci-dessus l'article 2bis de la Convention collective de travail n° 38, et le problème lié au manque de coordination entre celle-ci et la loi du 25 février 2003.

¹⁵³ Voy. l'article 4, al. 1, 2° de l'ordonnance du 26 juin 2003 relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la région de Bruxelles-Capitale, Mon. b., 29 juillet 2003.

¹⁵⁴ Sur l'inclusion des convictions politiques sous le qualificatif «idéologique» utilisé par la Constitution, voy. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol. 2, de 1970 à 1993, Bruxelles, FUSL, 1996, pp. 23 et suiv. Pour un exemple de discrimination opérée sur base des convictions politiques et combattue avec succès sous le visa des articles 10 et 11 de la Constitution, voy. C.A., n° 65/93, 15 juillet 1993. Sur cet arrêt, voy. H. DUMONT et X. DELGRANGE, «La loi du Pacte culturel et la directive de l'équilibre idéologique et philosophique dans les nominations : sagesse ou monstruosité», J.T., 1994, pp. 2 et suiv.

¹⁵⁵ J. VELAERS, «De horizontale werking...», op. cit., p. 319.

¹⁵⁶ *Supra*, n° 41 et réf. citées.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, Série A, n° 48.

¹⁵⁸ Comm. eur. D.H., req. n° 8741/79, décision X. c. R.F.A du 10 mars 1981, D.R., n° 24, p. 20.

¹⁵⁹ Comm. Bruxelles (Cess.), 6 novembre 1998, *De Belgische Staat t. VZW Vlaamse Concentratie*, inédit.

Congrès à l'ASBL Vlaams Concentratie (sattelite du Vlaams Blok) était constitutif d'un abus de droit, car en-taché d'une discrimination ¹⁶⁰.

III.3.2. La langue

43. – La loi du 25 février 2003 ne mentionne pas la «langue» au titre de critère des discriminations qu'elle prohibe. Il ne s'agit à nouveau pas d'un «oubli» récupérable par une interprétation généreuse ¹⁶¹, mais d'une omission délibérée. Les divers amendements tendant à remédier à cet oubli ont été systématiquement rejetés ¹⁶².

Les travaux préparatoires sont moins diserts sur les raisons de cette omission qu'il ne le sont à propos de l'exclusion des convictions politiques. L'on peut cependant présumer que la motivation principale de celle-ci est le souhait de ne pas voir la loi en devenir offrir un nouveau terrain judiciaire à l'affrontement linguistique communautaire belge ¹⁶³.

L'évacuation de «l'égalité linguistique» du champ d'application de la loi est difficilement justifiable au vu de la protection que lui accordent non seulement le droit international des droits de l'Homme ¹⁶⁴, mais aussi la Constitution belge – quoique sur un mode plus implicite ¹⁶⁵.

L'on pourrait encore reprocher à cette évacuation son caractère disproportionné. À prétexte de ne pas envenimer le conflit linguistique communautaire typiquement belge, l'on aboutit en effet *a priori* à laisser sans protection ni recours l'allochtone qui, dans le cadre d'un entretien d'embauche, se verrait systématiquement pénalisé du fait de son insuffisante maîtrise d'une langue nationa-

le qu'il aurait apprise ¹⁶⁶. À y regarder de près cependant, pareille situation pourrait néanmoins être ressaisie comme potentiellement constitutive d'une *discrimination indirecte* sur base de l'«origine ethnique» ¹⁶⁷ ou de la «nationalité» ¹⁶⁸, et être ainsi ramenée sous l'empire de la loi. S'agissant des inégalités linguistiques surgissant dans le cadre des relations communautaires belgo-belges, pareil raisonnement est par contre radicalement exclu, sauf à soutenir la proposition farfelue selon laquelle les francophones et les néerlandophones de Belgique constitue des «ethnies» distinctes ¹⁶⁹. Pour ces dernières situations, seul le «droit commun de l'applicabilité horizontale du principe de l'égalité» pourra éventuellement se révéler d'un quelconque secours.

IV. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL : LES DOMAINES DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

44. – Les domaines dans lesquels la loi du 25 février 2003 entend mener la lutte contre la discrimination sont assurément vastes; ils ne sont cependant pas illimités, le législateur ayant clairement signifié son intention de ne pas introduire cette lutte dans les «affaires strictement privées» (IV.1). Un point de friction qu'eût pu engendrer la loi avec les droits et libertés garantis aux acteurs des relations interindividuelles se trouve, par là-même, neutralisé. Loin s'en faut cependant qu'il en aille de même de tous les points de friction susceptibles de survenir entre la première et les seconds : c'est au relevé, forcément non exhaustif, de toutes ces difficultés que s'emploiera essentiellement notre analyse du champ d'application matériel de la loi (IV.2).

IV.1. UNE DIRECTIVE INTERPRÉTATIVE : L'EXCLUSION DES «AFFAIRES PRIVÉES»

45. – Lorsqu'ils envisagèrent la possibilité d'une horizontalisation du principe d'égalité qu'ils consacraient, les rédacteurs du Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme signalèrent immédiatement l'existence d'une limite : à peine de contrevenir aux droits garantis par l'article 8 de cette Convention, l'«horizontalisation» dont question ne pouvait opérer dans les «affaires purement privées» ¹⁷⁰.

¹⁶⁰ Pour une analyse de ce jugement, voy. H. DUMONT et F. TULKENS, «Les activités liberticides et le droit public belge», *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, sous la dir. de P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS et H. DUMONT, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 258 et suiv.

¹⁶¹ J. VRIELINK suggère ainsi que le critère de la «naissance», repris dans la loi, pourrait inclure la dimension linguistique («De nieuwe antidiscriminatiewet. Een Kritische bespreking», *op. cit.*, p. 202). À dire vrai cependant, le lien entre langue et naissance n'apparaît que fort furtivement sous la plume du seul auteur de la proposition de loi initiale (*Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, pp. 102-103), et ne dispose d'aucune assise solide dans le droit international des droits de l'Homme, où la notion de naissance vise avant tout la «qualité» – légitime, naturelle, adultérine – de la filiation d'une personne.

¹⁶² *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/7, p. 2; *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/10, p. 21; *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/11, p. 4.

¹⁶³ Voy., implicitement, *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/15, p. 101.

¹⁶⁴ Voy. les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁶⁵ Le Constituant belge s'est jusqu'à présent toujours refusé à inscrire explicitement dans la Constitution l'interdiction de la non-discrimination sur une base linguistique (voy. X. DELGRANGE, «Le fédéralisme belge : la protection des minorités linguistiques et idéologiques», *R.D.P.*, 1995, p. 1178). Celle-ci tombe cependant, par évidence, sous l'empire des prescrits généraux des articles 10 et 11 de la Constitution. À preuve : c'est par exemple sous le visa de ces dispositions que la Cour d'arbitrage, dans son arrêt 36/2003 du 27 mars 2003, examina le caractère discriminatoire *vel non*, de la distinction de traitement entre électeurs francophones et néerlandophones qu'impliquait la représentation fixe du groupe linguistique néerlandais au sein du Conseil Régional Bruxellois.

¹⁶⁶ Telle était la situation qu'avait en vue M. KAÇAR lorsqu'elle tentait d'introduire, par voie d'amendement, la «langue maternelle» au titre de critère de discrimination prohibé par la loi (*Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/7, p. 2). Voy. en ce sens également la critique de C. BAYART, «De Opmars...», *op. cit.*, p. 325.

¹⁶⁷ Voy. en ce sens également, J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, pp. 318 *in fine* – 319.

¹⁶⁸ Voy. au demeurant, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, C.J.C.E., n° 33/88, 30 mai 1989, *Pilar Allué et Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*, Rec., 1591 et suiv.

¹⁶⁹ Voy. néanmoins C. BAYART, «De Opmars...», *op. cit.*, p. 325.

¹⁷⁰ Voy. *Supra*, n° 9 *in fine*.

46. – Le rappel d’une telle limite jalonne les travaux préparatoires de la loi du 25 février 2003¹⁷¹. Même si le législateur n’a pas cru utile de l’affirmer dans le texte de loi lui-même¹⁷² autrement que par allusions indirectes, l’intangibilité des «affaires strictement privées» constitue, de manière certaine, une directive interprétative que devra garder à l’esprit tout qui sera chargé de faire application du nouveau dispositif législatif.

47. – Si l’existence de cette directive est certaine, force est néanmoins de constater que sa portée exacte demeure sujette à discussion, tant en raison de la difficulté de tracer *in abstracto* une limite précise entre ce qui relève du «strictement privé» et ce qui n’en relève pas¹⁷³, qu’en raison des contradictions existant dans les travaux préparatoires au sujet de la qualification de certaines situations précises¹⁷⁴.

J. Velaers¹⁷⁵ estime ainsi que la nouvelle loi ne trouvera pas à s’appliquer au choix de ses amis ou de sa (son) partenaire de vie. C’est l’évidence même. Il en ira de même, à son estime¹⁷⁶, du choix du locataire appelé à occuper une chambre de la résidence du propriétaire, ou du recrutement d’un baby-sitter, en raison leur caractère *intuitu personae* : c’est déjà moins évident, pour ce qui nous concerne.

IV.2. LES DOMAINES D’APPLICATION DE LA LOI

IV.2.1. «La fourniture ou la mise à la disposition du public de biens et de services» (art.2, §4, 1^{er} tiret)

48. – Contrairement à ce que les termes utilisés pourraient laisser entendre, c’est l’ensemble du rapport contractuel qui se trouve ici visé, de l’offre de contracter à l’exécution du contrat¹⁷⁷. Le refus éventuel de contracter tombera en conséquence dans le champ d’application de la loi.

La précision selon laquelle il doit s’agir d’une fourniture ou d’une mise de la disposition «du public», que l’on retrouve également dans la «directive-racisme», est directement inspirée par le souci du législateur de préserver la sphère «strictement privée» des rapports humains¹⁷⁸.

¹⁷¹ L’exclusion des «affaires strictement privées» était déjà mentionnée dans l’exposé des motifs de la proposition de loi initiale (*Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 5). Elle fut ensuite rappelée à de nombreuses reprises (*Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 66; *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 118; *Doc. parl. Sénat*, n° 12/7, pp. 18-19; *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 8).

¹⁷² Des amendements avaient pourtant été introduits dans ce sens (*Doc. Parl. Chambre*, Doc. 50-1578/005, p. 9).

¹⁷³ J. VELAERS, «De Antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten», *op. cit.*, p.345

¹⁷⁴ Voy. *infra* n° 61, à propos de la question des associations.

¹⁷⁵ J. VELAERS, «De Antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten», *op. cit.*, p. 344.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 345

¹⁷⁷ A. DE BOECK, «Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel...», *op. cit.*, p. 435

¹⁷⁸ Curieusement, une telle précision ne fut pas introduite dans la loi du 30 juillet 1981 (art.2), à l’occasion de sa modification par la loi du 20 janvier 2003.

Même affectée d’une telle limite, l’étendue de ce domaine d’application de la loi n’en demeure pas moins particulièrement vaste : les travaux préparatoires ont ainsi visé, notamment, le marché du logement, l’activité du secteur HORECA, l’activité des institutions de crédit, ou encore, les pratiques du secteur des assurances en termes de tarification ou de couverture des risques¹⁷⁹.

IV.2.2. «Les conditions d’accès au travail salarié, non salarié ou indépendant, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d’activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière d’emploi et de promotion, les conditions d’emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public» (art. 2, §4, deuxième tiret) et «la nomination ou la promotion d’un fonctionnaire ou l’affectation d’un fonctionnaire» (art. 2, §4, 3^{ème} tiret).

49. – La loi semble ici affectée d’une redondance pure et simple. Dès lors qu’elle prétend s’appliquer, de manière générale, aux rapports d’emploi «tant dans le secteur privé que public», (art. 2, §4, 2^{ème} tiret), l’on ne voit pas en quoi il est besoin de préciser explicitement qu’elle s’applique également à la «carrière» du fonctionnaire (art. 2, §4, 3^{ème} tiret).

50. – Cette redondance n’a pas inquiété outre mesure le législateur. Nettement plus prégnante dans les débats parlementaires fut par contre la crainte que, envisageant de manière globale tous les rapports d’emplois, cette loi n’en vienne fatalement à s’appliquer au «recrutement» de leur «personnel» par les organisations culturelles reconnues¹⁸⁰ et par les établissements scolaires du réseau libre confessionnel, et grignote ainsi la liberté que la Constitution – au titre de la liberté des cultes ou de la liberté d’enseignement – leur reconnaît quant à ce recrutement.

51. – S’agissant du recrutement dans l’enseignement, cette crainte apparaît à notre estime infondée, dès lors que la matière ressortit de la compétence communautaire, et non fédérale¹⁸¹.

52. – S’agissant par contre des organisations culturelles reconnues, le débat parlementaire fédéral avait une raison d’être indubitable. Une solution radicale à la difficulté suscitée eût été d’exclure du champ d’application de la loi «l’organisation interne des communautés religieuses et des organisations philosophiques reconnues par le

¹⁷⁹ Sur ce thème, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, «Egalité et droit des assurances automobiles : de nouvelles données», *Du neuf en assurance R.C. automobile*, sous la dir. de B. DUBUIS-SON et P. JADOUL, Larcier, Coll. Droit des assurances, à paraître.

¹⁸⁰ Voy. J. VELAERS «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, pp. 352 et suiv.

¹⁸¹ Voy. toutefois les développements que J. VELAERS consacre à la question (dont il reconnaît le caractère «fictif») de la compatibilité de la nouvelle loi avec la liberté d’enseignement («Antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, pp. 362 et suiv.).

Roi». Cette solution était envisagée par les auteurs de la proposition de loi initiale¹⁸², et trouva écho à diverses reprises dans la suite des débats parlementaires¹⁸³. Sa compatibilité avec la «directive-cadre» était cependant douteuse¹⁸⁴. Quoiqu'il en soit, elle ne fut finalement pas retenue par le législateur, qui, visiblement, estima que la liberté des organisations culturelles dans le recrutement de leur personnel pouvait être préservée à suffisance par le jeu combiné de divers dispositifs de la loi : l'admissibilité de «justifications objectives et raisonnables» aux traitements a priori constitutifs de discriminations directe ou indirecte (art. 2, § 1 et 2); la clause dite des «exigences professionnelles essentielles» (art. 2, § 5) et enfin; l'obligation d'interpréter la loi en conformité avec les droits et libertés constitutionnellement et internationalement consacrés (art. 3).

53. – La solution privilégiée par le législateur est-elle satisfaisante ?¹⁸⁵ Une donnée semble lui avoir échappé. En solutionnant le problème de la nomination des ministres du culte au sein des cultes reconnus, non au niveau de la définition du champ d'application de la loi, mais bien au niveau de l'admissibilité des justifications que cette loi autorise aux traitements a priori inégalitaires, le législateur aboutit nécessairement à rendre ce problème «justiciable» des juridictions séculaires belges. Qu'il soit particulièrement léger, voire même complètement marginal, il n'empêche que, dans la logique de la nouvelle loi, un contrôle judiciaire pourra avoir lieu¹⁸⁶ sur les motifs – objectifs et raisonnables – qui ont par exemple conduit une autorité ecclésiastique à révoquer un de ses ministres. Or, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'article 21 de la Constitution, l'existence même d'un tel contrôle juridictionnel est constitutionnellement exclue¹⁸⁷.

¹⁸² Voy. *Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 2.

¹⁸³ *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/6, p. 3; Voir aussi amendement n° 32 de Mme NYSSENS (*Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/7, p. 11). Voy. pour le surplus, J. VELAERS, «De antidiscriminatie...», *op. cit.*, p. 353.

¹⁸⁴ Si elle prévoit bien un régime spécifique d'exigences professionnelles essentielles en ce qui concerne les rapports d'emploi au sein de l'église (art. 4, § 2), la directive ne semble cependant pas autoriser les États membres à soustraire de plano lesdits rapports d'emploi de la législation antidiscrimination qu'ils doivent adopter en vue de sa mise en œuvre.

¹⁸⁵ Sur ce thème, voy. J. VELAERS, «De antidiscriminatie...», *op. cit.*, pp. 3 et suiv.

¹⁸⁶ Voy. en ce sens, implicitement, P. DE POOTER, «De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in de religieuze gemeenschappen en levensbeschouwelijke groepen», *Vrijheid en Gelijkheid*, *op. cit.*, p. 509.

¹⁸⁷ Voy. en effet, à propos du contrôle juridictionnel exercé sur le caractère «équitable» (au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme), de la révocation d'un ministre du Culte, Cass., 20 octobre 1994 (*Pas.*, 1994, I, p. 894) et, statuant sur un second pourvoi dans la même affaire, Cass., 3 juin 1999, *C.D.P.K.*, 2000, p. 110. Tout juste est-il admis qu'un contrôle soit exercé sur la question de savoir si la décision religieuse a été prise par l'autorité ecclésiastique compétente, en conformité avec les règles que le culte s'est lui-même données. Sur cette jurisprudence, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous Cass., 20 octobre 1994, in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 212 et suiv.

IV.2.3. «La mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal»

54. – Les travaux préparatoires ne sont guère prolifiques sur la portée de ce domaine d'application de la loi, ni sur le type de discriminations qui pourraient s'y commettre. Par «pièce officielle», l'on a sans doute visé les cartes d'identité ou encore les passeports, mais aussi, les diplômes ou les actes notariés¹⁸⁸. Par évidence, le législateur n'a pas entendu interdire toute mention d'une caractéristique propre à un individu dans une telle «pièce officielle», à l'instar du sexe sur la carte d'identité. Il lui est cependant apparu que, dans certaines circonstances, une telle mention au sein d'un document déterminé pouvait se révéler discriminatoire. Les exemples visés par l'auteur de la proposition initiale sont les mentions figurant dans les procès-verbaux des forces de l'ordre, ou encore, la mention de l'existence d'une répudiation sur une carte d'identité¹⁸⁹.

III.2.4. «La diffusion, la publication ou l'exposition en public d'un texte, d'un avis, d'un signe ou de tout autre support comportant une discrimination».

55. – La loi est, sur ce point, particulièrement mal rédigée, parce qu'elle laisse entendre qu'elle prohiberait la discrimination réalisée dans le processus de communication du message, et non la discrimination contenue dans le message lui-même¹⁹⁰. Il va de soi que l'intention du législateur ne fut pas celle-là.

56. – Ce domaine d'application de la loi – qui couvre l'ensemble des mediums de communication, en ce compris la radio-diffusion et la télévision¹⁹¹ – est évidemment celui qui suscita les plus vives controverses au sein du Parlement, et sans doute les termes les plus durs du Conseil d'État. À l'estime de ce dernier, «on ne peut limiter le droit des citoyens d'exprimer, même sur le ton vif et polémique qui caractérise parfois les débats publics, des opinions relatives, par exemple, au rôle respectif de l'homme et de la femme dans la société ou dans le couple, à l'âge de la majorité, aux droits des couples homosexuels, aux droits des enfants, au concubinage, au divorce, à la politique fiscale, sociale et sanitaire, à la politique à l'égard des handicapés, etc....même si ces opinions 'heurtent, choquent, ou inquiètent l'État ou une partie de sa population'. De même, il serait excessif de sanctionner l'expression d'une plaisanterie sexiste ou d'une caricature liée à l'orientation sexuelle ou à une caractéristique physique d'une personnalité connue, pour autant que les limites de l'injure, de la calomnie, de la dif-

¹⁸⁸ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatie...», *op. cit.*, p. 270.

¹⁸⁹ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 91-92.

¹⁹⁰ *Ann. Sénat*, 2000-2001, 20 décembre 2001, p. 52. Voy. J. VELAERS, «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, p. 374.

¹⁹¹ La loi vise expressément «tout autre support comportant une discrimination».

famation ou de l'atteinte à la vie privée ne soient pas franchies»¹⁹².

57. – Le ton est sans doute inhabituel dans le chef du Conseil d'État; il n'en souligne pas moins l'ampleur de la difficulté, liée à l'affrontement entre droits et libertés que suscite la loi du 25 février 2003. La liberté d'expression est sans doute, dans la terminologie de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'une des «valeurs-piliers» de la société démocratique¹⁹³; l'égalité entre individus ne l'est cependant pas moins¹⁹⁴. Si la première en vient à porter atteinte à la seconde, il est dès lors admis qu'elle puisse¹⁹⁵, et doit même¹⁹⁶, être limitée¹⁹⁷, voire frappée de déchéance¹⁹⁸. Pour important qu'il soit, le rappel de ces principes ne conduit cependant pas à l'énonciation d'une «recette prête à l'emploi» pour l'apaisement des tensions qu'immanquablement, l'application de la loi du 25 février 2003 suscitera. Si ce n'est à propos de l'incitation à la haine caractérisant l'expression d'opinions à caractère raciste ou négationniste¹⁹⁹, la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme n'offre à ce jour pas de précédents suffisamment éclairants pour servir de «modèle», ou à tout le moins, de «point de repère» pour la résolution des conflits survenant entre liberté d'expression et principe d'égalité²⁰⁰.

58. – Une certitude s'impose néanmoins, au regard de la protection constitutionnelle belge de la liberté d'expression. En ses articles 19 et suivants, la loi du 25 février 2003 organise la possibilité d'obtenir, devant, le cas échéant, le président du Tribunal de Première instance, le

Président du Tribunal de commerce ou le Président du tribunal du travail, la cessation de tout acte contraire aux interdictions qu'elle commine. Cette intervention du juge de la cessation doit cependant demeurer compatible avec l'interdiction de la censure visée par l'article 25 de la Constitution, tel qu'interprété par la Cour de cassation. Or, à suivre les termes d'un arrêt du 29 juin 2000²⁰¹, il apparaît assez nettement²⁰² qu'une intervention de la juridiction présidentielle en vue de faire cesser la «publication» d'un «écrit»²⁰³ qui n'aurait encore reçu aucun commencement de «diffusion» – pour reprendre les termes utilisés par l'article 2, §4, 5^{ème} tiret, de la loi du 25 février 2003 – serait contraire à l'article 25 de la Constitution. Si par contre un commencement de diffusion a déjà pu avoir lieu, l'intervention du juge de la cessation sera parfaitement constitutionnelle²⁰⁴.

IV.2.5. «L'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public»

59. – Les termes qui circonscrivent ce dernier domaine d'application de la loi sont particulièrement larges et englobants : toute la vie sociale peut finalement s'y trouver incluse à un titre ou à un autre. Il ne s'agit pas ici d'une inadvertance du législateur, mais bien d'une volonté délibérée de celui-ci : cette disposition, peut-on lire dans les travaux préparatoires, sera la voiture-balais, la «porte de secours»²⁰⁵ destinée réintégrer, sous l'empire de la loi 25 février 2003, les domaines de la vie sociale dont on aurait oublié une mention plus explicite.

¹⁹² Doc. parl. Sénat, 2001-2002, n° 12/5, p. 10.

¹⁹³ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Ozgur Gundem c. La Turquie* du 16 mars 2000, §43, où la liberté d'expression est qualifiée de «condition préalable au fonctionnement de la société démocratique».

¹⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. La Turquie* du 31 juillet 2001, §43.

¹⁹⁵ L'article 10, §2 de la Convention autorise les limitations à la liberté d'expression lorsqu'elles visent, notamment, la protection des «droits d'autrui».

¹⁹⁶ En vertu de l'article 1^{er} de la Convention, les États parties ont l'obligation positive de protéger les droits conventionnellement garantis (en ce compris le droit à l'égalité) contre les atteintes dont ils pourraient être victimes du fait d'actes de particuliers. Voy. *Supra*, n° 9. Voy., de manière tout à fait générale, Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) du 13 février 2003* (Grande Chambre), §103.

¹⁹⁷ Voy. Cour eur. D.H., arrêts *Refah Partisi (Parti de la prospérité)* des 31 juillet 2001 et 13 février 2003. Il fut admis que la dissolution du parti politique *Refah* était «nécessaire dans une société démocratique» au regard des articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au motif que la doctrine «islamiste» prônée par cet État remettait en cause, notamment, l'égalité des citoyens en fonction de leurs convictions religieuses et de leur sexe.

¹⁹⁸ Voy. Comm. eur. D.H., req. n° nn° 8348/78 et 8406/78, déc. *Glimmerveen en Hagenbeek c. La Pays-Bas* du 11 octobre 1979, D.R., vol. 18, pp. 207-208. Plus récemment, voy. Cour eur. D.H., req. 65831/01, décision *Roger Garaudy c. France* du 24 juin 2003.

¹⁹⁹ Pour une synthèse de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme en la matière, voy. *Numéro spécial de la Revue Trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 46/2001, *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, spéc. les contributions de C. Picheral (pp. 517-541), P. Wachsmann (pp. 585-601) et G. Cohen-Jonatan (pp. 665 et suiv.).

²⁰⁰ L'on suivra avec intérêt l'issue de l'affaire *Gunduz c. Turquie* (req. n° 35071/97, décision de recevabilité du 29 mars 2001), à propos de la compatibilité avec l'article 10 de la condamnation du requérant pour avoir prétendument incité les auditeurs d'une émission radiophonique à la haine religieuse. Ce requérant, islamiste, avait en effet affirmé que «si [une] personne passe sa nuit de nocce après que son acte de mariage ait été célébré par un agent de la mairie habilité par la République de Turquie, [alors] l'enfant qui naîtra de cette union sera un bâtard».

²⁰¹ Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, I, n° 420, *J. Proc.*, 2000, liv. 398, p. 25, note F. TULKENS et A. STROWEL (*a contrario*) : «Attendu que l'arrêt constate qu'au moment du dépôt de la requête unilatérale de la défenderesse tendant à obtenir la condamnation du demandeur à prendre toutes mesures pour retirer dans les trois heures de l'ordonnance à intervenir le numéro 5 de l'hebdomadaire contenant l'article litigieux de tous les points de vente où celui-ci avait été diffusé, cet hebdomadaire était imprimé et mis en vente et qu'il avait, de l'affirmation même des demandeurs, 'déjà reçu une large diffusion au moment de la signification de l'ordonnance de retrait'; Qu'il résulte de ces constatations que la cour d'appel n'a pas établi de censure».

²⁰² Voy. aussi J. VELAERS, «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, p. 377.

²⁰³ De jurisprudence constante, la Cour de cassation (voy. Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, p. 482) exclut que la radio et la télévision puissent se prévaloir de la liberté de presse garantie par l'article 25 de la Constitution. *Contra* cependant Civ.Bruxelles, 4 juin 2003, *Jorn. Proc.*, n° 462, 27 juin 2003, obs. F. Jongen.

²⁰⁴ *Contra*, mais à notre estime à tort, J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, p. 271 : «De rechtsmiddelen die verbonden zijn aan deze bepaling [l'article 2, §4, 5^{ème} tiret de la loi] kunnen niet aangewend worden om reële verspreiding, publicatie of openbaarmaking te voorkomen, enkel om deze te sanctioneren».

²⁰⁵ Le terme apparut dans la bouche de la Ministre en charge de l'égalité des chances (Doc. parl. Sénat, 12/15, p. 92).

60. – Une telle technique légistique, et l'indétermination délibérée qu'elle entretient quant à la portée de la norme, est un ferment d'excès de compétence dans le chef du législateur fédéral – nous y avons fait déjà allusion²⁰⁶ –, mais aussi, un puissant vecteur d'entorses au principe de la légalité en matière pénale – nous aurons l'occasion d'y revenir²⁰⁷.

61. – Pour l'heure, l'on se bornera à déterminer si, et dans quelle mesure, la «vie associative» au sens large peut se trouver incuse dans cet ultime domaine d'application de la loi du 25 février 2003.

62. – Les travaux préparatoires indiquent de manière tout à fait claire que les activités ouvertes au public organisées par une association tombent sous l'empire de la loi²⁰⁸. Par contre, il fut souligné à de multiples reprises²⁰⁹, notamment par l'auteur de la proposition de loi initiale²¹⁰, que la constitution de l'association elle-même et le recrutement par celle-ci de ses membres, relèveraient quant à eux d'une «affaire strictement privée» qui, en conséquence, échapperait au champ d'application de la loi, et au principe de non-discrimination par elle posé.

63. – En elle-même, la proposition semble excessive. Aucun motif tiré du droit au respect de la vie privée ou de la liberté d'association ne peut être avancé pour exonérer une *association de droit public*²¹¹ – tels, par exemple, l'ordre des notaires, l'ordre des avocats ou l'ordre des médecins – de l'obligation de ne pas discriminer sur base du sexe, de la race ou du handicap dans le recrutement de ses membres. S'agissant d'une association de droit privé bénéficiant de subsides publics, de tels motifs de «vie privée» et de liberté d'association, quoique recevables *a priori*, doivent pouvoir être surmontés, précisément en raison du soutien financier de ses activités par les pouvoirs publics. La jurisprudence de la Cour européenne énonce au demeurant que les actes d'un acteur privé subventionné par les pouvoirs publics, peuvent être directement imputés à ces derniers²¹². La jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à la liberté d'enseignement laisse quant à elle apercevoir qu'il est légitime qu'un acteur privé faisant appel au subventionnement public renonce, pour partie,

à la plénitude des droits et libertés qu'il eût pu faire valoir s'il n'y avait pas fait appel²¹³.

64. – Excessive, la proposition selon laquelle le recrutement par une association de ses membres serait totalement exclu du champ d'application de la loi, placerait en outre cette dernière en contradiction avec les directives «cadre» et «racisme» de l'Union européenne. Au nombre des domaines dans lesquelles celles-ci imposent l'horizontalisation du principe d'égalité aux États membres, figure en effet «l'affiliation syndicale»²¹⁴. Cette circonstance n'a pas échappé à la Ministre en charge de l'égalité des chances, laquelle estima alors que cette affiliation devait être considérée comme implicitement incluse dans la catégorie «voiture-balais» de «l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public»²¹⁵. Si salubre soit-elle au regard du droit communautaire, cette inclusion bat cependant en brèche l'idée selon laquelle la loi n'étendrait pas son empire à la constitution des associations et au recrutement par celles-ci de leur membres.

S'il s'impose en effet de faire une exception à l'égard des syndicats, les principes d'égalité et de non discrimination exigeront, à notre estime, qu'il en aille de même pour toute autre association comparable²¹⁶ – l'on vise ici, par exemple, les mouvements de jeunesse ou les partis politiques.

65. – Dût-on se ranger à la conclusion qui précède, surviendrait alors un conflit entre le principe d'égalité et la liberté d'association, laquelle inclut en effet, selon les organes de la Convention européenne²¹⁷, le droit pour l'association de se fixer des règles statutaires et de déterminer les critères en application desquels les individus pourront y adhérer. Ce conflit est particulièrement délicat arbitrer²¹⁸. La jurisprudence des organes de la

²⁰⁶ Voy. *supra*, nn° 29 et suiv.

²⁰⁷ Voy. *infra*. Nn° 123 et suiv.

²⁰⁸ Voy. p. ex., *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 118

²⁰⁹ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 66; *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/7, p. 8; *Doc. parl. Sénat*, n° 12/15, p. 18.

²¹⁰ Voy. *Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 5.

²¹¹ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme énonce en effet que l'article 11 de la Convention ne trouve pas à s'appliquer aux associations de droit public (Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, Série A, n° 43, §§ 64-65. Plus récemment, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, § 100 *a contrario*).

²¹² Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Costello-Roberts c. Le Royaume-Uni* du 25 mars 1993, § 27.

²¹³ Voy. C.A., n° 25/92, 2 avril 1992, *M.B.*, 10 juin 1992, pt. B.4.2 : «La liberté d'enseignement définie ci-dessus suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la Communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Le droit au subventionnement est limité d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles de l'enseignement de qualité, du respect des normes de population scolaire et d'une égalité d'accès à l'enseignement et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté».

²¹⁴ Voir *supra*, n° 11.

²¹⁵ *Doc. parl. Chambre*, Doc 50- 1578/008, p. 37

²¹⁶ En ce sens, voy. J. VELAERS, «De antidiscriminatiewet...», *op. cit.*, p. 347.

²¹⁷ Voy. Comm. eur. D.H., req. n° 10550/83, décision *Cheall c. Royaume-Uni* du 13 mai 1985, *D.R.*, 42, p. 193 et suiv. : «Le droit de s'affilier à un syndicat 'pour la défense de ses intérêts' ne saurait s'interpréter comme conférant un droit général de s'affilier au syndicat de son choix indépendamment de la réglementation du syndicat. Dans l'exercice du droit que leur reconnaît l'article 11 par. 1, les syndicats doivent conserver la liberté de décider, conformément à la réglementation syndicale, des questions concernant l'admission ou l'expulsion de membres».

²¹⁸ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999, § 113 (à propos d'une limitation à la liberté d'association prétendument moti-

Convention semble néanmoins offrir deux balises pour le raisonnement. Il apparaît, tout d'abord, qu'une ingérence dans la «vie associative» trouve légitimité lorsque l'association dont question édicte des conditions d'admissions «déraisonnables» ou «arbitraires»²¹⁹. Ensuite, il convient d'évaluer le caractère discriminatoire, *vel non*, de la non-admission d'une personne au sein d'une association, à l'aune des conséquences qu'un tel refus présente pour cette personne²²⁰. Si cette dernière dispose d'une «solution de rechange» acceptable, c'est-à-dire, de la possibilité de satisfaire ses «visées associatives» en intégrant une autre association qui est en mesure de l'accepter, la décision de refus émanant de la première association et la politique inégalitaire qui y préside seront à l'évidence plus facilement admises. Si par contre aucune solution de rechange satisfaisante ne se présente – songeons par exemple à l'hypothèse où l'association à l'origine du refus dispose d'un monopole dans sa branche d'activité –, ledit refus, et la politique inégalitaire qui le sous-tend, seront alors nettement plus délicats à justifier.

V. COMPORTEMENTS INTERDITS ET COMPORTEMENT AUTORISÉS

66. – Les directives «racisme» et «cadre» de l'Union européenne subsument, sous l'interdiction générale de la discrimination qu'elles commencent, divers comportements : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement, l'injonction de discriminer et l'absence d'aménagements raisonnables pour les per-

vée par la protection des «droits et libertés d'autrui» visés par l'article 11, §2 de la Convention) : «Si ces 'droits et libertés' figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une 'société démocratique'. La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un 'besoin social impérieux' susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention».

²¹⁹ Comm. eur. D.H., req. n° 10550/83, décision *Cheall c. Royaume-Uni* du 13 mai 1985, D.R., 42, p. 194.

²²⁰ Voy. req. n° 10550/83, décision *Cheall c. Royaume-Uni* du 13 mai 1985, D.R., 42, p. 194, où la Commission européenne des droits de l'Homme estime que la licéité de l'expulsion par un syndicat de l'un des ses membres devient sujette à problèmes lorsque «les conséquences de l'exclusion ou de l'expulsion ont été particulièrement rigoureuses pour l'intéressé, par exemple lui ont fait perdre son emploi en raison d'un monopole de l'emploi exercé par ce syndicat». Voy. encore Cour eur. D.H., arrêt *Appelby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003. Dans cette affaire, la requérante se plaignait du refus d'autorisation à distribuer des tracts dans un centre commercial qui lui avait été opposé par la société privée propriétaire dudit centre. Pour apprécier si la responsabilité du Royaume-Uni pouvait se trouver engagée sur fondement des obligations positives issues des articles 10 et 11 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme examina la possibilité, pour la requérante, d'exercer sa liberté d'expression, avec autant d'efficacité, ailleurs que dans le centre commercial litigieux (§48). Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Verein Gegen Tierfabriek c. La Suisse* du 28 juin 2001, §77 (à propos du refus de diffusion d'un spot publicitaire opposé par une télévision privée).

sonnes handicapées. L'une et l'autre prévoient cependant que l'interdiction générale ainsi comminée ne fera pas obstacle à l'adoption d'actions positives – concept que, dans la tradition belge, l'on traduit par «discriminations positives».

Le législateur belge s'est délibérément inscrit, à tout le moins sur le plan des principes, dans les orientations européennes et a repris à son compte la liste des comportements interdits ou autorisés par les deux directives. Faute d'espace et non d'intérêt, nous ne pourrions être sur ce point exhaustifs. Laissant de côté la question du harcèlement (art. 2, §6), de l'injonction de discriminer (art. 2, §7) et de l'absence d'aménagements raisonnables pour la personne handicapée (art. 2, §3), nous analyserons exclusivement la portée assignée par la loi à la discrimination directe (V.1.) et à la discrimination indirecte (V.2.), ainsi qu'aux «actions positives» expressément déclarées admissibles (V.3.).

V.1. LA DISCRIMINATION DIRECTE

67. – Aux termes de l'article 2, §2 de la loi du 25 février 2003, il y a discrimination directe «si une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique». La définition ainsi retenue appelle plusieurs commentaires, notamment quant à la manière dont le législateur envisage les «différences de traitement» *a priori* prohibées (V.1.1.) et les «justifications objectives et raisonnables» qui peuvent leur être apportées (V.1.3.). Il est en effet qu'un tel système «ouvert» de justification s'expose à la critique, tant du point de vue du droit communautaire que d'un légitime souci de sécurité juridique (V.1.2.).

V.1.1. La différence de traitement

68. – Le droit communautaire de l'égalité²²¹ indique qu'il ne pourrait y avoir de discrimination directe que lorsqu'une personne se trouve *moins favorablement traitée* qu'une autre personne. La loi belge ne reprend pas explicitement le caractère moins favorable du traitement au titre des éléments constitutifs de la discrimination. Doit-on interpréter cette lacune comme signifiant que la simple distinction de traitement serait prohibée, même en l'absence d'un quelconque préjudice pour celui qui la «subit»? À titre d'exemple, il serait alors possible de se plaindre, sur base de cette loi, de la pratique consistant à prévoir des toilettes distinctes pour les hommes et les femmes...

²²¹ Voy. *supra*, n° 11, la définition de la discrimination directe retenue par les directives 2000/43 et 2000/78.

Cela semble excessif. Même si elle n'en dit rien – ce que l'on peut éventuellement déplorer²²² –, la loi du 25 février 2003 doit être interprétée, à notre estime, comme intégrant le caractère moins favorable du traitement appliqué au titre des éléments constitutif de la discrimination.

69. – Ceci acquis, reste encore à déterminer la teneur exacte du préjudice exigé pour que l'on puisse se trouver face à une discrimination *a priori* prohibée. Dans le cadre de la loi du 30 juillet 1981 dite « Moureaux », la barre se trouve placée relativement haut, puisque le préjudice envisagé est défini comme le fait de détruire, de compromettre ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social ou culturel ou dans tout autre domaine de la vie sociale. La loi du 25 février 2003, par contre, ne relie ni explicitement, ni implicitement, l'idée de discrimination à celle de l'atteinte à un droit « fondamental » : les travaux préparatoires ont au contraire indiqué à de nombreuses reprises que les interdictions comminées valaient en rapport avec tout droit ou intérêt quelconque, fondamental ou pas²²³. Cette différence de régime entre la loi du 30 juillet 1981 et la loi du 25 février 2003 a de quoi étonner : l'intention n'est-elle pas d'ériger la seconde en « législation-mère », accordant un égal rang à l'ensemble des égalités ?

V.1.2. Un système de justification « ouvert »

70. – Le législateur du 25 février 2003 a opté, à propos de l'interdiction de la discrimination directe, pour un système de justification dit « ouvert » : en d'autres termes, il se contente d'une possibilité de dérogation générale et abstraite, susceptible *a priori* d'intervenir dans n'importe quelle situation où une distinction de traitement est constatée, et dont la teneur exacte est laissée à l'appréciation des cours et tribunaux. Un tel système ouvert s'oppose à un système dit « fermé », tel celui privilégié par le législateur hollandais²²⁴, où les exceptions au principe

de l'interdiction de différence de traitement sont stipulées *a priori*, de manière limitative et ponctuelle, par le législateur lui-même.

Le choix opéré par le législateur doit-il emporter l'adhésion ? Il y a lieu d'en douter, à notre estime.

71. – J. Velaers l'estime recommandable²²⁵, eu égard à la fréquence des conflits de droits fondamentaux qui seront occasionnés par l'application de la loi. L'idée est en effet qu'il n'existe, entre les droits et libertés – entre la liberté d'expression et le principe d'égalité, par exemple –, aucune hiérarchie²²⁶. Il s'en déduit que leur conflit ne peut être arbitré *qu'in concreto*, par la décision judiciaire, et non de manière abstraite, par le législateur. Un système de type « fermé » réinstaurerait donc, entre les droits et libertés concurrents, une manière de hiérarchie qui n'a pas lieu d'être²²⁷. Nous ne pouvons suivre ce raisonnement. Il radicalise à l'excès le principe de l'absence de hiérarchie entre droits fondamentaux. Ce principe, à notre estime, se borne à exclure que l'on tranche *l'ensemble des conflits susceptibles* de survenir entre deux droits par la *reconnaissance systématique et inconditionnelle* de la priorité de l'un sur l'autre. Un système fermé de justification dans le cadre d'une loi antidiscrimination n'aboutit pas à un tel résultat. Aux fins d'étayer la proposition qui précède, l'on rappellera que la Convention européenne des droits de l'Homme envisage expressément que les conflits susceptibles de survenir entre les droits et libertés qu'elle garantit puissent, et *doivent même*, être arbitrés *par la loi*²²⁸. Une loi au sens formel n'est nécessairement pas requise, mais une norme de portée générale, accessible et prévisible dans ses effets, est indispensable²²⁹. L'on aperçoit ici que, loin de le proscrire, la Convention européenne des droits de l'Homme encouragerait tout au contraire le recours au système « fermé » : un système ouvert, articulé autour de la notion floue de « justification objective et raisonnable », pourrait, quant à lui, ne pas assurer la prévisibilité requise par la Convention lorsqu'il s'agit de limiter un droit ou une liberté, *a fortiori* lorsque cette limitation intervient sous la contrainte pénale.

72. – L'on dira encore que le système ouvert est le seul praticable²³⁰. La stipulation *a priori* des circonstances dans lesquelles une différence de traitement est admissible requerrait en effet du législateur un effort d'anticipation proprement herculéen, au sens Dworkinien du terme.

²²² Des amendements ont été introduits aux fins de préciser qu'il n'y avait discrimination directe qu'en présence d'un traitement moins favorable (*Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/7, p. 7). Ils n'ont cependant pas reçu d'écho.

²²³ Voy. *Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 3 : « La proposition ne circonscrit pas la discrimination, comme le fait la définition de la loi du 30 juillet 1981, à la limitation de l'exercice d'un droit ou la jouissance d'une liberté fondamentale. Elle tend au contraire à prendre en compte toutes les situations discriminatoires. Aussi la proposition vise-t-elle la discrimination dans l'exercice d'un droit, mais aussi en dehors de l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Elle vise tous les cas où un individu, une personne morale, une autorité publique, dispose de la possibilité de provoquer un traitement discriminatoire sans violation d'une liberté garantie ou d'un droit, comme par exemple dans l'adoption d'un acte administratif, la conclusion d'un contrat, l'accès à un lieu ouvert au public ». En sens identique, voy. *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 6. Voy. encore la déclaration du Ministre de la justice (*Doc. parl. Sénat*, n° 12/15, p. 81) : « La protection qui sera offerte concernera la jouissance de tout droit accordé à l'individu par le droit national ».

²²⁴ Sur ce système, voy. J. VRIELINK, « Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de nederlandse algemene wet gelijke behandeling », *Vrijheid en Gelijkheid*, *op. cit.*, pp. 760 et suiv.

²²⁵ J. VELAERS, « De antidiscriminatiewet... », *op. cit.*, pp. 330-331.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 330-331.

²²⁷ J. VELAERS, « De horizontale werking... », *op. cit.*, p. 311.

²²⁸ Voy. les §§ 2 respectifs des articles 8-11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui confient à la loi le soin de prévoir les restrictions nécessaires à la protection des droits d'autrui.

²²⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, Série A, n° 30, §§ 47-48.

²³⁰ Voy. J. VELAERS, « De horizontale werking... », *op. cit.*, p. 311, citant lui-même A.W. HERRINGA, « De algemene wet gelijke behandeling : Is iets beter dan niets of is zelfs het iets al te veel? », *Gelijk behandelen, commentaren op het voorstel Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle, Tjeenk Wilink, 1991, p. 6.

Tout oubli de sa part devrait être corrigé par une modification de la loi, procédure particulièrement lourde s'il en est. Dans le cadre d'un système ouvert, par contre, ajustements et corrections s'opéreront, de manière plus souple, par le biais de la jurisprudence. À notre estime cependant, il y a quelque médiocrité à justifier l'option en faveur d'un système en prétextant exclusivement des efforts supplémentaires qu'eût requis l'option inverse. Du reste, l'analyse du droit comparé et des pratiques suivies dans d'autres États lors de la mise en place de leur propre lois «antidiscrimination» eût pu être d'un grand secours pour le législateur belge s'il avait opté pour un système de type «fermé». Songeons par exemple qu'au Royaume-Uni, l'élaboration de la législation anti-discrimination s'appuya, aux fins d'information, sur une très large consultation des milieux socio-économiques concernés²³¹ : le législateur herculéen peut donc parfaitement s'entourer d'experts pour mener à bien son travail d'inventaire...

73. – Il existait donc, selon nous, de bonnes raisons de préférer le système «fermé» au système «ouvert». L'argument le plus déterminant en faveur d'un tel choix réside cependant dans le souci de se conformer au droit communautaire.

74. – La «directive-racisme», examinée ci-dessus²³², érige en effet l'interdiction de la différence de traitement opérée en fonction de la «prétendue race», de la couleur, de l'origine ethnique ou nationale en impératif absolu. La seule exception admissible ne concerne que les relations de travail, et s'articule autour des «exigences professionnelles essentielles». Cette directive met donc en place un système «fermé», particulièrement restrictif, vis-à-vis duquel porte à faux le système ouvert échafaudé par le législateur belge. Songeons par exemple que ce dernier système n'exclut pas *a priori* qu'une «justification objective et raisonnable» rende admissible une différence de traitement fondée sur la race dans le cadre de la fourniture de services, chose que la directive 43/2000 prohibe pourtant de manière inconditionnelle. Cette dissonance de la loi belge vis-à-vis des exigences communautaires n'a pas été ignorée durant les travaux préparatoires, loin s'en faut : des amendements, d'origine gouvernementale²³³ notamment, se sont employés à la souligner. Elle a cependant été maintenue délibérément, au motif que le système «ouvert» demeurerait nécessaire pour régler les situations qui, quoique non appréhendées par les directives communautaires, tombaient néanmoins sous l'empire de la loi du 25 février 2003 en raison de son champ d'application *personnel et matériel* plus étendu²³⁴. Cette jus-

tification — que l'on pourrait résumer par la formule «Il est permis de perdre en profondeur ce que l'on gagne en extension» — ne convaincra certainement pas la Cour de justice : les obligations communautaires imparties à la Belgique n'ont évidemment pas à souffrir de la manière dont celle-ci a choisi de les exécuter — en l'occurrence, au travers d'une «législation-mère» déclinant des principes uniformes. Si l'incompatibilité de la loi du 25 février 2003 et de la «directive-racisme» est bel et bien avérée, encore pourra-t-elle cependant être neutralisée, sur un plan pratique, par le biais de l'interprétation conforme²³⁵. Il faudra, mais il suffira, que le juge belge n'admette l'existence d'une «justification objective et raisonnable» à une différence de traitement fondée sur la race ou la couleur que *dans le seul domaine de l'accès à l'emploi*, et uniquement en présence d'une «exigence professionnelle essentielle». Pour le reste, il devra purement et simplement ignorer la loi belge.... Reste cependant à savoir si la Cour de Justice n'élèvera pas, au nom de la sécurité juridique, quelque objection à l'égard de la transposition d'une directive opérée par une loi porteuse d'apparences textuelles contraires à cette directive elle-même.

75. – La question de savoir si le «système ouvert» privilégié par la loi belge est également contraire à la «directive-cadre», et nécessite, à l'identique, un recours massif à l'interprétation conforme, est plus délicate. J. Velaers²³⁶ résoud, semble-t-il, cette question par la négative. En réservant la possibilité au législateur d'adopter les mesures estimées nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui, l'article 2, § 5, de cette directive érigerait *de jure* le système mis en place par celle-ci en un système «ouvert», même à l'égard des discriminations directes opérées sur base de la religion et des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle : nulle dissonance n'existerait donc entre ce système et celui — tout aussi ouvert —, mis en place par la loi belge.

Nous ne pouvons pour notre part, partager cet optimisme. Certes l'interprétation de l'article 2, § 5 est-elle, nous l'avons vu, controversée²³⁷. Aucune des interprétations possibles n'a cependant, à notre estime, pour objet ou pour effet d'«ouvrir» le système de la directive au point

décidé de réintroduire le concept de justification objective et raisonnable, ce qui est inévitable compte tenu du fait qu'il s'agit d'une loi anti-discrimination qui n'est pas ciblée sur certaines discriminations bien précises, comme le sont les directives précitées, mais qui a une portée générale». Tout porte à croire que les propos de la Ministre en charge de l'égalité des chances ont été mal retranscrits, en tant qu'ils ne visent que la discrimination *indirecte*, et non également les discriminations *directes*. La version néerlandaise des travaux préparatoires parle au demeurant de «rechstreekse» et «onrechstreekse» discriminatie. Voir aussi, *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/22, p. 10; *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 02/15, pp. 99 *in fine*-100

²³⁵ Sur l'exigence d'interprétation conforme, voy. C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec. p.* I-4135 (point 9).

²³⁶ J. VELAERS, «De Horizontale werking...», *op. cit.*, pp. 313-314

²³⁷ Voy. *supra*, n° 11.

²³¹ Voy. C. BAYART, «De Opmars...», *op. cit.*, p. 326.

²³² Voy. *supra*, n° 11

²³³ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/6, p. 2.

²³⁴ Voy. *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50- 1407/005, p. 10 : «Les définitions dans les deux directives européennes pour qualifier la discrimination indirecte (*sic*) figurent expressément dans le texte, sous une réserve : il a été

de faire atteindre à celui-ci le même degré d'ouverture que celui qui caractérise la loi belge et la définition de la discrimination directe contenue dans celle-ci. La raison en est que, nous l'avons vu, la clause de l'article 2, §5 précité ne s'adresse qu'aux *législateurs nationaux*. C'est à eux, et à eux seuls, que le législateur communautaire réserve la possibilité d'introduire les mesures qui, nécessaires à la réalisation de l'un des objectifs énumérés, pourraient légitimer une éventuelle différence de traitement. Dans le système de la loi belge, l'ouverture est nettement plus grande, puisque le législateur délègue aux *acteurs privés*, agissant sous contrôle du juge, le soin d'apercevoir les «justifications objectives et raisonnables» — non autrement spécifiées — aptes à légitimer une différence de traitement entre personnes. Cette délégation est, à notre estime, l'espace où se joue une contrariété entre la loi belge et la directive, contrariété qu'il faudra surmonter par un recours à la technique de l'interprétation conforme. Un juge belge, confronté à une différence de traitement en matière d'emploi ou d'affiliation syndicale fondée sur l'un des motifs énumérés par la directive, ne pourra l'estimer admissible qu'à la condition, soit de se trouver dans l'une des exceptions visée par la directive — une exigence professionnelle essentielle par exemple —, soit de constater que la différence de traitement querellée est en réalité expressément autorisée par un loi jugée nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation de l'une des fins énumérées par l'article 2, §5 de la directive.

76. – Au total, l'on aperçoit donc que, sous son apparence textuellement unitaire, la loi belge devra en réalité abriter trois régimes distincts d'interdiction de la discrimination directe : l'un, particulièrement rigoureux et complètement fermé, devra s'appliquer dans la zone d'intersection entre la loi belge et la «directive-racisme»; un autre, semi-ouvert, se déploiera à l'intersection formée avec la «directive-cadre»; un troisième, totalement ouvert et conforme à la lettre de la loi, pourra enfin trouver application pour toutes les situations étrangères à l'une et l'autre directives communautaires. À une telle géométrie variable, jouée dans les coulisses du texte trompeur aux fins de mises en conformité avec les exigences européennes, n'eût-il pas mieux valu préférer la clarté d'un faisceau de dispositifs législatifs distincts? Le procédé de la législation-mère accuse ici ses limites.

V.1.3. La teneur de la « justification objective et raisonnable » exigée

77. – Tout en gardant à l'esprit les considérations qui précèdent relatives à la nécessité d'assurer la conformité de la loi belge avec les exigences communautaires, reste encore à s'interroger sur la portée assignée aux «justifications objectives et raisonnables» susceptibles de légitimer un comportement *a priori* constitutif d'une discrimination directe. Une distinction doit être faite à ce propos selon que l'on se trouve dans le cadre de l'accès à

l'emploi (V.1.3.1), ou dans un autre domaine d'application de la loi du 25 février 2003 (V.1.3.2.).

V.1.3.1. Les justifications « objectives et raisonnables » en matière d'emploi : les exigences professionnelles essentielles.

78. – L'article 2, §5 de la loi du 25 février 2003 précise que «Dans le domaine des relations de travail telles qu'elles sont définies au §4, 2^{ème} et 3^{ème} tirets [de la même loi], une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en question constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée».

Cette disposition appelle plusieurs commentaires.

79. – Les travaux préparatoires confirment tout d'abord de manière très nette²³⁸ que cette disposition «épouse» le champ des justifications objectives et raisonnables susceptibles d'être apportées à une distinction de traitement intervenant en matière d'emploi. En d'autres termes, une telle distinction ne sera admissible que si, et seulement si, elle répond à une «exigence professionnelle essentielle»²³⁹.

80. – Ceci acquis, il n'est pas évident de stipuler une manière de définition générale de ce que pourrait être une «exigence professionnelle essentielle» : un examen doit être mené secteur d'activité par secteur d'activité, en opérant une distinction en fonction de la nature du critère de distinction que l'on a en vue (orientation sexuelle, âge, handicap...). Certaines questions pourront être tranchées sans discussion : il est par exemple évident que la couleur de peau pourra être considérée comme une exigence professionnelle essentielle dans le cadre du recrutement d'un acteur pour jouer le rôle de Martin Luther King²⁴⁰. Il semble tout aussi évident que la couleur de peau ne pourra être considérée comme une «exigence professionnelle essentielle» admissible dans le chef d'un restaurateur à la recherche d'un garçon de salle, et souhaitant uniquement satisfaire, par cette exigence, une clientèle raciste²⁴¹. La «directive-cadre» comporte également d'utiles indications : il est ainsi prévu (art.4) que la religion ou les convictions d'une personne pourront constituer des exigences professionnelles essentielles conditionnant le recrutement dans le cadre d'activités professionnelles d'églises ou d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convic-

²³⁸ Doc. parl. Chambre, Doc. 50-1407/005, p. 10.

²³⁹ Contra, I. VERHELST et I. DE WILDE, «De gevolgen van de anti-discriminatie wet voor het arbeidsrecht», *N.j.W.*, 2003/28, p. 445.

²⁴⁰ Cet exemple figure au demeurant dans l'exposé des motifs de la directive «racisme»

²⁴¹ Voy. O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 64

tions. Passées cependant ces indications, une discussion parfois délicate peut être engagée sur la question de savoir ce qui constitue, ou non, une exigence professionnelle essentielle. Statuant dans le cadre de la législation communautaire dérivée relative à l'égalité entre hommes et femmes, la Cour de justice a par exemple admis que l'emploi de «sage-femme» puisse être réservé à des femmes²⁴²; il en va de même de l'emploi de surveillant dans une prison pour femmes²⁴³. Dans le cadre de la «directive-racisme» et de la «directive-cadre», admettra-t-elle que l'emploi de serveur dans un restaurant asiatique soit réservé, «par souci d'authenticité», à une personne de «type asiatique», ou que l'exploitant d'un lieu de boisson fréquenté exclusivement par des homosexuels décide de n'employer que des personnes homosexuelles?²⁴⁴ Reconnaissons qu'il y a là au moins matière à controverse.

81. – Ceci nous amène à une troisième observation. Dans le système finalement retenu par la loi belge, cette controverse sera du ressort exclusif du juge. Le gouvernement avait initialement envisagé que les «exigences professionnelles essentielles» admissibles soient déterminées par Arrêté Royal délibéré en Conseil des Ministres²⁴⁵. Cette suggestion, ignorée dans un premier temps, fut ensuite abandonnée²⁴⁶.

L'option ici prise par le législateur étonne. Le droit fédéral de l'égalité en matière d'emploi d'ores et déjà existant – à savoir la loi du 13 février 1998 en ce qui concerne les différences de traitement fondées sur l'âge²⁴⁷, et la loi du 7 mai 1999 en ce qui concerne les différences de traitement fondées sur le genre²⁴⁸ – a quant à lui privilégié le choix de réserver à un Arrêté Royal délibéré en Conseil des Ministres le soin de déterminer les exigences professionnelles essentielles aptes à justifier les discriminations directes qu'il prohibe par principe. Ne trouvant aucune explication digne de ce nom dans les travaux préparatoires de celle-ci, le changement de cap méthodologique réalisé par la loi du 25 février 2003 n'en est que plus mystérieux.

Ce changement de cap pourrait également se révéler problématique à l'égard d'un impératif de transparence issu du droit communautaire. Encore qu'il subsiste une controverse doctrinale à ce sujet, il semble en effet se dégager de leurs Préambules respectifs que la «directive-

cadre» et la «directive-racisme» font obligation²⁴⁹ aux États membres de transmettre des informations à la Commission quant aux «exigences professionnelles essentielles» en application desquelles ils estiment que l'interdiction de discrimination directe en matière d'emploi pourra céder²⁵⁰. Par hypothèse, un mode *strictement prétorien* d'identification desdites exigences professionnelles essentielles ne permettra pas à la Belgique de satisfaire à l'exigence de transparence et d'information qui lui est imposée.

V.1.3.2. La «justification objective et raisonnable» hors le domaine de l'emploi

82. – Ainsi que le confirment ses premiers commentateurs²⁵¹, la loi du 25 février 2003, en utilisant le concept de «justification objective et raisonnable», a clairement eu en vue les critères à la réunion desquels la Cour d'arbitrage subordonne l'admissibilité d'une différence de traitement sous l'angle des articles 10 et 11 de la Constitution : il n'y aurait donc de justification objective et raisonnable que si la différence de traitement poursuit un but légitime, repose sur un critère objectif, et constitue une mesure pertinente et proportionnée par rapport audit but.

Contrairement à l'objectif qui lui était sans doute assigné, un tel parallélisme n'est pas véritablement source de clarification pour l'interprétation de la loi : il subsiste en effet d'importantes zones d'ombres sur la portée que la Cour d'arbitrage assigne au principe de proportionnalité dont elle fait application au contentieux de l'égalité²⁵². D'aucuns estiment en effet que ce principe de proportionnalité inclut une exigence de nécessité : une différence de traitement ne sera admissible que s'il ne s'offrirait pas au législateur d'alternative moins restrictive pour parvenir à l'objectif souhaité. La jurisprudence récente de la Cour d'arbitrage – l'on vise ici les arrêts 35/2003 et 36/2003 – tend cependant à affirmer le contraire : la «non-nécessité» d'une mesure n'en entraînerait pas *ipso jure* la disproportion²⁵³. Cet obscurcissement de la jurisprudence constitutionnelle engendre indirectement un obscur-

²⁴⁹ Voy. C. BAYART, «De Opmars...», *op. cit.*, pp. 318 et 328. Comp. l'opinion en sens contraire émise par P. Rodriguez, cité par *Ibidem*, p. 318, note 125.

²⁵⁰ Pour la directive-cadre, cette obligation d'information découlerait de l'article 18 combiné avec le considérant 23 du Préambule, lequel énonce que «Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission» (notre accent). Pour la «directive-racisme», cette obligation d'information découlerait de l'article 16 combiné avec le considérant 18 du Préambule.

²⁵¹ Voy. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De anti-discriminatiewet...», *op. cit.*, p. 267; J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, p. 306.

²⁵² Voy. C.I.R.C., «La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé», *J.T.*, 2003, pp. 530-531.

²⁵³ *Ibid.*, p. 531.

²⁴² C.J.C.E., 135/82, *Commission c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 1983, p. 3431.

²⁴³ C.J.C.E., 318/86, *Commission c. France*, *Common Market Law Review*, 1989, p. 663.

²⁴⁴ Ces exemples sont repris à O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 67.

²⁴⁵ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/3, p. 3.

²⁴⁶ Voy. L'amendement gouvernemental qui se trouve à l'origine du texte définitif de l'article 2, § 5, de la loi (*Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/003, p. 4).

²⁴⁷ Voy. *supra*, n° 28.

²⁴⁸ Voy. l'article 9 de la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale.

cissement de la législation «antidiscrimination» qui prétend l'ériger en «modèle» : dans le cadre de celle-ci, jugera-t-on qu'une différence de traitement dont se rend coupable un acteur privé manque de «justification objective et raisonnable» sitôt qu'il s'avère que cet agent disposait d'alternatives moins restrictives pour parvenir à l'objectif souhaité ? De nombreuses déclarations intervenues dans les travaux préparatoires vont certes en ce sens²⁵⁴. L'on peut néanmoins se demander si leurs auteurs auraient malgré tout tenu pareils propos, s'ils avaient correctement perçu l'incertitude entourant la notion de «justification objective et raisonnable» dans la jurisprudence constitutionnelle.

83. – Indépendamment des certitudes entourant son exacte portée, l'on peut plus radicalement s'interroger sur la légitimité même du parallélisme que le législateur a souhaité vis-à-vis de la jurisprudence constitutionnelle. Peut-on en d'autres termes transposer purement et simplement, dans le cadre des rapports «horizontaux» se nouant entre individus, les paramètres décisionnels d'un contrôle de constitutionnalité élaboré dans le cadre des rapports «verticaux» se nouant entre les individus et l'autorité publique ? Le Conseil d'État se montra sur ce point très dubitatif²⁵⁵ ; ses remarques n'eurent cependant que peu d'échos dans la suite des débats²⁵⁶. Jusqu'à un certain point, les doutes du Conseil d'État sont parfaitement fondés. Il est par évidence exclu que l'on exige d'un particulier qu'il motive ses actions par la poursuite d'un «intérêt général» semblable à celui qui doit présider aux actions d'un législateur : l'objectif de l'action particulière ne cesse pas d'être légitime par cela seul qu'elle est «égoïste», c'est-à-dire, qu'elle ne vise que la seule réali-

sation des intérêts propres de l'agent²⁵⁷. De même l'efficacité de l'action d'un particulier, c'est-à-dire, son aptitude à réaliser de manière effective le but qu'elle se fixe, ne peut être appréciée en référence aux mêmes standards que ceux à l'aune desquels on apprécie l'efficacité de l'action législative : la taille des acteurs en présence et leurs moyens d'action sont sans communes mesures²⁵⁸.

Ceci posé, il serait néanmoins absurde de verser dans l'excès inverse, en prétendant, comme semble le faire M. Storme²⁵⁹, que l'importation de la catégorie des «justifications objectives et raisonnables» dans les relations entre particuliers – prétendument régies par les seules passions – est parfaitement incongrue et monstrueuse²⁶⁰. Il n'est que de contempler les développements de la théorie de l'abus de droit²⁶¹ pour se rendre compte qu'en réalité, le droit privé avait d'ores et déjà secrété, de manière spontanée, l'idée – finalement centrale dans la loi du 25 février 2003 – que la licéité des actes d'un particulier peut parfaitement s'apprécier à l'aune des buts qu'il se fixe, des moyens qu'il emploie pour y parvenir, et des préjudices qu'il occasionne par la mise en œuvre desdits moyens²⁶². Fondamentalement, le législateur du 25 février 2003, trouvait, dans cette jurisprudence relative à l'abus de droit, un arrimage de tout premier choix pour l'interprétation de la notion de «justification objective et raisonnable»²⁶³ qu'il introduisait ; il ne l'a cependant pas aperçu, renvoyant exclusivement l'interprète à un parallélisme, à maints égards problématique,

²⁵⁴ Dans la proposition de loi initiale (art. 2 al. 2), il était prévu que «La distinction [de traitement] n'est pas objectivement justifiée si elle peut manifestement être remplacée par d'autres mesures d'efficacité supérieure ou comparable, plus respectueuses des personnes concernées» (*Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 7). Voy. pour le surplus, J. Velaers, «De horizontale werking...», *op. cit.*, pp. 307 et 308.

²⁵⁵ Voy. l'avis du 16 novembre 2000, *Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/5, p. 7 : «(...) l'article 2 de la proposition examinée applique aux particuliers des critères qui, s'ils sont relativement précis pour l'autorité en raison de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, ne le sont pas pour eux. Il en va ainsi, notamment, de la notion de but poursuivi par la mesure ou le comportement jugé discriminatoire. Si une loi poursuit toujours un but indiqué dans l'exposé des motifs par rapport auquel la pertinence de la discrimination peut être appréciée, il n'en va pas de même pour les particuliers dont les comportements ne sont pas nécessairement rationnels et susceptibles d'être appréciés à l'aune du critère utilitariste de 'l'efficacité supérieure comparable' retenu par l'article 2, § 1^{er}, al. 2, de la proposition. Il se peut également que des particuliers, personnes physiques ou morales, tiennent compte, dans leur comportements, de considérations habituellement invoquées par l'État, telles que la protection du mariage ou de la moralité (...). Comment, dans ce cas, apprécier le critère de la proportionnalité alors que le comportement du particulier sera normalement impuissant à atteindre, à lui seul, l'objectif poursuivi, mais ne pourra qu'y contribuer, souvent dans une très faible mesure. En outre, dans une société démocratique et pluraliste, les particuliers auront des conceptions différentes de la notion d'intérêt général et les effets de leurs comportements s'annuleront».

²⁵⁶ Tout juste un intervenant dans le cadre des débats en Commission de la justice du Sénat estima-t-il que «le respect du principe de non-discrimination est d'un autre ordre dans le chef d'organisations privées que dans celui d'institutions publiques» (*Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 84).

²⁵⁷ Voy. J. VELAERS, «De Horizontale Werking...», *op. cit.*, p. 307.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 307.

²⁵⁹ M. STORME (sous le pseudonyme S. EMROTS), «Een algemene...», *op. cit.*

²⁶⁰ Voy. P. POPELIER, «Laten wij allemaal vriendjes zijn...», *op. cit.*, p. 251 : «De raad van State heeft dus gelijk wanneer hij stelt dat particulieren niet zomaar aan dezelfde redelijkheidstest kunnen worden onderworpen als de overheid. Dat betekent nochtans niet dat zij aan elke redelijkheidstest moeten worden onttrokken. De rechtsspraak past vandaag reeds dergelijke test toe. Een aantal mechanismen van het contractenrecht en de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid, zoals geïnterpreteerd en toegepast door de burgerlijke rechters, laten toe om discriminaties in privaatrechtelijke verhoudingen te toetsen en te beteugelen».

²⁶¹ Pour un récapitulatif récent à ce sujet, voy. J.-F. ROMAIN, «Des principes d'égalité, d'égalité de traitement...», *op. cit.*, spéc. pp. 223 et suiv. Plus anciennement, voy. Y. HANNECART, «Le principe de proportionnalité en droit privé belge», *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, ed. du Jeune Barreau de Liège, 1994, pp. 126 et suiv.

²⁶² L'on doit à W. Van Gerven l'intuition d'un rapprochement entre, d'une part, la théorie de l'abus de droit, et d'autre part, le contrôle de proportionnalité de droit public, tel celui déployé par la Cour d'arbitrage au contentieux de l'égalité. Voy. W. VAN GERVEN, «Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux», *J.T.*, 1992, pp. 307 et 308. Pour J.F. ROMAIN («De principes d'égalité...», *op. cit.*, p. 232), «(on ne peut affirmer), à la lumière du droit positif actuel que l'usage discriminatoire d'un droit ou d'une liberté est *ipso facto* un cas d'abus de droit, en droit commun». Il n'en reconnaît pas moins que l'un et l'autre termes de l'équation ont un trait d'union : la mise en œuvre du principe de proportionnalité (p. 233).

²⁶³ Voy. également, en ce sens, A. DE BOECK, «De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven ?», *op. cit.*, pp. 432-433, ainsi que D. CUYPERS, «There will never be equality in the servant's hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht», *Vrijheid en Gelijkheid*, *op. cit.*, pp. 476-477 (quoiqu'avec certaines nuances).

avec la jurisprudence développée dans le cadre du contrôle d'égalité de droit public.

V.1.3.3. *Quid des différences de traitement autorisées par la loi ?*

84. – En son article 2, § 1^{er}, la proposition de loi initiale disposait en substance qu'il ne pouvait y avoir de discrimination en présence d'un comportement autorisé par la loi. Cette réserve ne figure plus dans le texte finalement adopté. Est-ce à dire que même en présence d'une autorisation qui lui est fournie par une loi – mais aussi, par un décret ou une ordonnance –, le comportement d'un particulier puisse tomber sous le coup des interdictions comminées par la loi du 25 février 2003 ? Il y a lieu, à notre estime, d'apporter une réponse nuancée.

85. – Il va sans dire que, en toute hypothèse, le comportement du particulier ne pourrait être estimé discriminatoire que si l'autorisation légale dont il procède est, elle-même, préalablement jugée discriminatoire, soit au regard des articles 10 et 11 de la Constitution – par la médiation d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage –, soit au regard du droit international des droits de l'Homme (art. 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques) ou du droit communautaire. Dans ce dernier cas de figure, aucun détournement préalable par la Cour d'arbitrage ne sera nécessaire.

86. – Ce constat du caractère discriminatoire de l'autorisation législative ayant été atteint, rien ne s'opposera à notre estime à ce que le Président du tribunal de Première instance, du tribunal du travail ou du tribunal du commerce, saisi conformément aux articles 19 et suivants de la loi, ordonne la cessation du comportement discriminatoire qui se fondait sur cette autorisation : l'existence de celle-ci ne saurait préjudicier le rétablissement de la légalité objective. Par contre, le fait que l'acte reproché ait pu se fonder sur une autorisation législative préalable sera pertinent quant à l'établissement de la responsabilité extra-contractuelle ou pénale de l'auteur de cet acte : cette autorisation pourra, en effet, être source d'une erreur invincible de droit, évasive de toute faute civile ou pénale²⁶⁴. À la victime de cette discrimination et en réparation des préjudices qu'elle lui a causés, sera offerte – au vu des développements les plus récents de la matière – la possibilité d'engager la responsabilité de l'État (ou de la Communauté ou la Région) du fait d'une loi (ou d'un décret ou d'une ordonnance) « fautive », car contraire à une norme qui lui est supérieure. Une action identique pourrait même être introduite par l'auteur de la discrimination, en réparation du préjudice que pourrait lui causer la cessation immédiate d'un comportement qu'il pouvait croire licite.

²⁶⁴ Voy., par analogie, Corr. Bruxelles, 20 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 183.

V.2. LA DISCRIMINATION INDIRECTE

87. – L'article 2, § 2, de la loi du 25 février 2003 dispose qu'« il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs visés au § 1^{er} [de l'article 2 de la loi], à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable ».

Le droit belge de l'égalité n'ignorait pas complètement le concept de discrimination indirecte ainsi compris. En tant qu'elle définit la discrimination comme « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence ayant ou pouvant avoir pour but ou effet de détruire, de compromettre ou de limiter (...) », la loi du 30 juillet 1981 comporte une allusion plus ou moins explicite à cette forme de discrimination. Force est toutefois d'observer que la définition retenue par la loi du 25 février 2003 est, comme telle, un « produit d'importation communautaire ».

88. – Nul, mieux que quelques exemples issus de la Cour de justice, ne pourra illustrer la teneur et les implications de cette interdiction de la discrimination indirecte. Jugé par exemple qu'une distinction de traitement fondée sur le critère de la langue peut en réalité être constitutive d'une discrimination indirecte sur base de la nationalité, partant du principe que les nationaux seront meilleurs locuteurs de la langue nationale que les étrangers²⁶⁵. Jugé encore qu'une distinction de traitement entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein peut être en réalité constitutive d'une discrimination indirecte sur base du sexe, s'il s'avère que les emplois à temps partiel sont très majoritairement occupés par des travailleurs féminins²⁶⁶. Par la force des choses, la liste très étoffée des critères de discrimination repris par la loi du 25 février 2003 multiplie les hypothèses où pourront être aperçues les discriminations indirectes prohibées par cette loi : l'ingéniosité des plaideurs règnera ici en maître. Ainsi pourra-t-on estimer que l'ouverture d'un cours de danse exclusivement à des couples dont les partenaires sont de sexe différent ne constitue pas, à proprement parler, une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. Il va sans dire cependant qu'une telle mesure préjudicielle, indirectement, plus fortement les personnes homosexuelles. De même pourrait-on à la limite estimer que la fixation du prix d'un bien ou d'un service à un montant unique élevé – pratique neutre s'il en est –, pénalise spécifiquement les consommateurs aux

²⁶⁵ *Supra*, n° 43

²⁶⁶ Sur ceci, voy., parmi beaucoup d'autres, C. BARNARD, « L'égalité des sexes dans l'Union européenne : un bilan », *op. cit.*, p. 243 et références citées note 131. Voy. encore, récemment, C.J.C.E., C-187/00, 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, *J.T.D.E.*, 2003, p. 209.

revenus modestes, et pourrait dès lors s'analyser en une discrimination fondée sur la fortune ²⁶⁷.

89. – Si le législateur du 25 février 2003 a emprunté la définition des discriminations indirectes au droit communautaire, il lui en a également, et cette fois-ci, beaucoup plus fidèlement, emprunté le régime. Comme le font les directives 43/2000 et 78/2000, l'article 2, § 2 de la loi du 25 février 2003 envisage qu'un traitement *a priori* constitutif d'une discrimination indirecte puisse recevoir une « justification objective et raisonnable », dont les éléments constitutifs sont ceux que nous avons ci-avant détaillés à propos de la discrimination directe ²⁶⁸.

90. – Subsiste néanmoins une différence de terminologie entre la loi du 25 février 2003 et les directives européennes dont elle constitue la transposition. La où la première définit la discrimination indirecte comme une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui « a un résultat dommageable », les secondes visent quant à elles la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui « est susceptible d'entraîner un désavantage particulier ». Cette nuance terminologique serait relativement insignifiante s'il ne lui correspondait, en droit communautaire, une distinction importante dans l'administration de la preuve de l'existence d'une discrimination indirecte ²⁶⁹. À la première formulation correspond le régime dit de « l'impact disproportionné », jadis applicable dans le contentieux de l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi ²⁷⁰ : celui où celle qui allègue l'existence d'une discrimination va devoir démontrer, statistiques à l'appui, que la mesure querellée affecte *effectivement* un nombre plus important de personnes de l'un des deux sexes. À la seconde formulation (« est susceptible de ») correspond le régime probatoire nettement plus souple, que l'arrêt *O'Flynn* de la Cour de Justice ²⁷¹ façonna dans le cadre de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité : il est seulement nécessaire de démontrer que la mesure querellée, par sa nature, *pourrait* davantage affecter une catégorie de personnes, sans qu'il soit requis, pour le surplus, la preuve statistique que cette éventualité s'est concrètement réalisée. Or c'est précisément ce second régime probatoire, moins exigeant, qu'empruntent les directives 43/2000 et 78/2000 ²⁷². Pour demeurer conforme à celles-ci, la loi du 25 février 2003 va donc devoir être interprétée, contre ses apparences textuelles, comme n'exigeant pas la démonstration de l'« impact disproportionné » aux fins d'établir l'existence d'une discrimination indirecte.

²⁶⁷ Pour reprendre un exemple cité par C. BAYART (« De Opmars... », *op. cit.*, p. 325), exemple que l'auteur verse au demeurant à l'appui d'une sévère critique de l'irréalisme de la loi du 25 février 2003.

²⁶⁸ *Supra*, n° 82.

²⁶⁹ Voy. C. BAYART, « De Opmars... », *op. cit.*, pp. 317 et suiv.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 317.

²⁷¹ C.J.C.E., C-237/94, 23 mai 1996, *Rec.*, 1996, p. 2417.

²⁷² C. BAYART, « De Opmars... », *op. cit.*, p. 319.

91. – Une dernière précision s'impose. Une discrimination indirecte peut parfaitement être non délibérée dans le chef de celui qui s'en rend « coupable » : ce dernier peut, en toute bonne foi, ignorer que ses « pratiques neutres » préjudicient plus massivement telle catégorie de personnes que telle autre. Averti de cette éventualité ²⁷³, le législateur a explicitement convenu, lors des travaux préparatoires, que la répression pénale d'une discrimination indirecte « accidentelle » serait illégitime : aussi estima-t-il que la discrimination indirecte ne tomberait sous le coup du « volet pénal » de la loi qu'à la condition qu'elle soit *intentionnelle* ²⁷⁴. *A contrario*, le législateur semble avoir tout aussi explicitement convenu, aux cours des débats parlementaires, qu'une discrimination indirecte non-délibérée puisse tomber sous le coup du « volet civil » de la loi, ce qui implique au premier chef que sa cessation puisse être ordonnée conformément aux articles 19 et suivants de celle-ci ²⁷⁵.

Pour certaine qu'elle soit dans l'esprit du législateur, cette dichotomie de régime a ceci d'embarrassant qu'elle ne reçoit aucune écho explicite dans le texte de la loi elle-même qui, tout au contraire, donne l'apparence d'une parfaite unité conceptuelle entre ses volets civil et pénal.

Cette dichotomie n'est par contre pas reprochable du point de vue du droit communautaire. Tout en affirmant le principe d'une illégalité objective de la discrimination indirecte non-délibérée ²⁷⁶, la jurisprudence de la Cour de justice n'en admet pas moins que l'élément de « culpabilité » puisse jouer un rôle dans la détermination des mesures « correctives » qui sont imposées à son auteur ²⁷⁷. Or, à notre estime, la répression pénale peut être subsumée sous cette catégorie des « mesures correctives ». Plus fondamentalement encore, l'on observera que les directives 43/2000 et 78/2000, tout en ne l'excluant pas, n'imposent pas le recours à la voie pénale aux fins de leur mise en œuvre. Elles ne sauraient donc, à notre estime, s'opposer à ce que l'État qui fait option « bénévolement » de cette voie pénale, détermine librement l'élément moral caractéristique des infractions qu'il édicte.

²⁷³ L'attention du législateur avait été attirée sur ce point par le second avis du Conseil d'État : *Doc. parl. ; Chambre*, Doc. 50-1578/2, pp. 5-6.

²⁷⁴ Voy. l'exposé de la Ministre en charge de l'égalité des chances devant la Commission de la Justice de la Chambre (*Doc. parl. ; Chambre*, Doc 50-1407/5, p. 11) : « Le projet de loi incrimine l'incitation à la discrimination, la publicité donnée à l'intention de recourir à la discrimination et l'acte discriminatoire commis par un fonctionnaire. Il convient, en écho à certaines critiques formulées au Sénat, de rappeler qu'il n'est en aucune manière question de déroger au principe de droit pénal concernant l'élément intentionnel des infractions : seuls donc ceux qui savaient ou devaient savoir qu'ils commettaient une infraction pourront être poursuivis sur base de la présente loi ». Voy. aussi *Doc. parl. ; Chambre*, Doc 50-1578/008, p. 26 ; *Doc. parl. ; Sénat*, 2001-2002, n° 12/22, p. 6. La solution a le mérite de la cohérence, puisque l'élément moral requis pour les infractions identiques contenues dans la loi du 31 juillet 1980 est également le dol. Voy. D. VAN HEULE, « De antidiscriminatiewet en de antiracismewet », *op. cit.*, p. 401.

²⁷⁵ Voy. *Doc. parl. ; Sénat*, 2001-2002, n° 12/22, p. 6.

²⁷⁶ Voy. *Supra*, n° 11.

²⁷⁷ Voy. *Supra*, n° 11.

V.3. L'ACTION POSITIVE

92. – L'action positive – encore baptisée «action affirmative» ou «discrimination positive» – se définit habituellement comme un traitement préférentiel accordé à certaines catégories de personnes en vue de remédier à la situation d'inégalité dans laquelle elles se trouvent ²⁷⁸.

En son article 4, la loi du 25 février 2003 énonce en substance qu'elle ne fera pas obstacle à l'adoption d'actions positives pareillement définies.

93. – À l'examen des travaux préparatoires, il se révèle de manière assez nette que le législateur a néanmoins subordonné l'admissibilité de ces actions positives à la condition qu'elles répondent aux conditions fixées en la matière par la Cour d'arbitrage ²⁷⁹. En son arrêt 9/94 du 27 janvier 1994, celle-ci avait en effet estimé ²⁸⁰ :

«L'on peut certes admettre que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe le principe d'égalité et l'interdiction de la non-discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme objectif à promouvoir, que ces mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui» ²⁸¹.

Si l'intention du législateur de conformer le nouveau dispositif législatif à la jurisprudence constitutionnelle est indubitable ²⁸², force est cependant de constater que le texte de la loi lui-même ne la traduit que très imparfaitement ²⁸³. L'article 4 de la loi vise en effet «l'adoption et le maintien» de traitements préférentiels, évoquant ainsi une manière de permanence incompatible avec le caractère temporaire que, selon le juge constitutionnel, de tels traitements doivent revêtir. Ce même article 4 envisage également qu'un traitement préférentiel soit institué en

vue de «prévenir» une situation d'inégalité de fait, alors que l'arrêt du 27 janvier 1994 n'en conçoit l'admissibilité qu'à titre *strictement curatif*, en présence d'une situation d'inégalité d'ores et déjà avérée et dûment démontrée.

94. – Une remarque supplémentaire s'impose. Non moins que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, les exigences du droit communautaire, telles qu'incarnées dans la jurisprudence de la Cour de Justice, devront également guider l'application de l'article 4 de la loi du 25 février 2003. Or, nous l'avons vu, les secondes incluent une condition d'admissibilité des actions positives que la première ne comporte pas – ou, à tout le moins, ne comporte pas explicitement : jamais l'action affirmative ne peut aller jusqu'à l'institution de quotas rigides et inconditionnels en matière d'emploi ²⁸⁴. L'application de la loi du 25 février 2003 devra demeurer dans les limites tracées par une telle interdiction. La précision est d'importance, au vu de la séduction certaine que de tels quotas ont exercé sur les décideurs belges, *de lege lata ou ferenda*. Songeons par exemple à l'article 162bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, qui impose la mixité du Conseil d'administration de la S.N.C.B. à concurrence d'un tiers de ses membres : à notre estime, un tel dispositif est contraire à la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'égalité entre hommes et femmes ²⁸⁵.

VI. LES SANCTIONS CIVILES

VI.1. PRÉSENTATION

95. – Trois dispositifs composent le volet «civil» de la loi du 25 février 2003.

Le premier, contenu à l'article 18, prévoit la nullité des clauses contractuelles contraires à la loi, ainsi que des clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent par avance aux droits que la loi leur garantit. Les travaux préparatoires ne se sont pas longuement attardés sur ce dispositif; nous ne le ferons pas davantage ²⁸⁶. Fondamentalement en effet, l'article 18 ne fait que confirmer une solution que la jurisprudence et certaines lois particulières ²⁸⁷ avaient retenue parfois de longue date : les droits fondamentaux – en ce compris le

²⁷⁸ Définition reconstruite à partir de M. BOSSUYT, «Prevention of Discrimination. The Concept and Practice of Affirmative Action», *Commission des droits de l'Homme des Nations-Unies. Sous-Commission sur la promotion et la protection des droits de l'Homme*, E/CN.4/Sub.2/2002/21.

²⁷⁹ Voy. tout particulièrement les propos de la Ministre en charge de l'égalité des chances (*Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/008, p. 54), en réponse à un amendement qui visait à inscrire explicitement, dans la loi, les conditions auxquelles la Cour d'arbitrage subordonne l'admissibilité des actions affirmatives (*Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/005, p. 9). L'attention du législateur sur la nécessité de respecter les critères énoncés par la jurisprudence constitutionnelle, avait été attirée par le Conseil d'État (*Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/002, p. 7).

²⁸⁰ C.A., n° 9/94, 27 janvier 1994, pt. B.6.2.

²⁸¹ Dans le même sens, voy. arrêts 53/93 du 1^{er} juillet 1993 et 42/97 du 14 juillet 1997.

²⁸² Voy. J. VELAERS, «De horizontale werking...», *op. cit.*, p. 310.

²⁸³ Dans ce sens également, voy. J. VRIELINCK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 274.

²⁸⁴ Voy. *Supra*, n° 11.

²⁸⁵ Voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, «L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution», *R.B.D.C.*, 2002, pp. 167-168.

²⁸⁶ Pour quelques considérations supplémentaires, voy. A. DE BOECK, «Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel...», *op. cit.*, p. 436.

²⁸⁷ Voy. l'article 130 de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique (*Mon. b.*, 17 août 1978). Pour ce qui concerne les matières relevant de la compétence du législateur fédéral, cet article 130 a été abrogé et est aujourd'hui remplacé par l'article 18 de la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale.

principe d'égalité – sont d'ordre public au sens des articles 6 et 1133 du Code civil²⁸⁸.

Les second et troisième dispositifs intégrés au volet «civil» de la loi retiendront en revanche davantage notre attention : il s'agit de l'action en cessation (VI.2), et de la protection des travailleurs dans le cadre des plaintes qui seraient introduites pour méconnaissance de la loi (VI.3).

VI.2. L'ACTION EN CESSATION

96. – Aux termes de son article 19, tout manquement aux exigences de la loi du 25 février 2003 pourra donner lieu à une action en cessation. Nous examinerons successivement les questions afférentes à ses titulaires (VI.2.1), à la juridiction compétente pour en connaître (VI.2.2), et à l'efficacité de la décision sur laquelle elle peut déboucher (VI.2.3). Une attention particulière sera enfin consacrée aux nouveaux dispositifs d'ordre probatoire introduits par la loi (VI.2.4).

VI.2.1. Les titulaires de l'action en cessation

97. – Les titulaires du droit d'agir en cessation sont, outre la victime elle-même (article 19), les groupements ou personnes morales visés par l'article 31, à savoir le Centre pour l'égalité des chances, et, à la condition que le manquement reproché ait causé un préjudice à leurs fins statutaires, tout établissement d'utilité publique ou tout association, dotée de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'Homme et de combattre la discrimination; les organisations représentatives des travailleurs et des employeurs visées à l'article 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires; les organisations représentatives au sens de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités et enfin; les organisations représentatives des travailleurs indépendants. Le dernier alinéa de l'article 31 prévoit que lorsque la victime du manquement à la loi est une personne physique ou morale, l'action des groupements visés ci-dessus ne sera recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime.

L'ouverture de l'action en cessation apparaît relativement large. Il semble que par ce biais, le législateur rencontre l'obligation que lui impartissent les directives 43/2000²⁸⁹ et 78/2000²⁹⁰ : veiller à ce que les associations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions desdites directives

soient respectées, puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire ou administrative nécessaire à cet effet.

Nous l'avons déjà évoqué ci-dessus : la question de savoir si l'Institut pour l'égalité entre hommes et femmes créé par la loi du 16 décembre 2002 dispose également du droit d'agir en cessation, prête à controverse²⁹¹

VI.2.2. Les juridictions compétentes et le mode de procéder

98. – L'article 19 de la loi dispose qu'en fonction de la nature de l'acte, l'action en cessation sera portée, soit devant le Président du Tribunal de première instance, soit devant le Président du Tribunal du commerce, soit devant le Président du Tribunal du travail. La loi du 25 février 2003 apporte dans cette perspective quelques retouches à celles des dispositions du Code judiciaire qui régissent la compétence de ces juridictions²⁹² : l'objectif est notamment de prévoir que la juridiction du travail puisse intervenir à propos d'une discrimination commise lors du recrutement ou de la sélection d'un travailleur, soit à un moment où il n'existe pas encore un contrat de travail.

99. – L'action en cessation sera introduite, instruite et jugée conformément à la procédure que prévoit l'article 22. Le législateur n'a pas entendu se départir des solutions qu'il avait précédemment mises en place à propos d'autres actions en cessation. Dans cette optique, il a notamment retenu le principe selon lequel «la cessation tient le criminel en l'état» : il est statué sur l'action en cessation nonobstant toute poursuite exercée à raison des mêmes faits devant une juridiction pénale. Si de telles poursuites ont été engagées, il ne sera statué à leur propos qu'après qu'une décision coulée en force de chose jugée ait été rendue sur l'action en cessation, étant entendu que, jusqu'à ce moment, la prescription pénale est suspendue.

100. – Une question suscite presque immédiatement l'attention. La loi du 25 février 2003 n'opère, à tout le moins en son volet civil, aucune distinction quant aux destinataires des interdictions qu'elle contient; il s'en déduit que des actes d'autorités administratives peuvent parfaitement être constitutifs de manquements au prescrit de la loi²⁹³. L'article 19 de cette même loi n'opère pas davantage de distinction quant aux actes susceptibles de faire l'objet de l'action en cessation : «tout manquement» se trouve potentiellement visé. En joignant ces deux prémisses, l'on aboutit donc à la conclusion qu'un acte administratif est parfaitement susceptible de faire l'objet d'une action en cessation devant l'une des trois juridictions présidentielles précitées. Cette conclusion ne peut cependant, à notre estime, avoir comme corollaire que le Conseil d'État, statuant conformément aux

²⁸⁸ Voy. Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, 572 et note B. HANO-TIAU.

²⁸⁹ Art. 7, al. 2 de la «directive-racisme».

²⁹⁰ Art. 9 al. 2 de la «directive-cadre».

²⁹¹ Voir *Supra*, n° 20.

²⁹² Voy. les articles 25, 26, 27, 28 de la loi.

²⁹³ Voy. au demeurant, à titre de confirmation, l'article 2, § 3, 4^{ème} tiret.

articles 14 et 17 des LCCE, se verrait *de plano* soustraire tout compétence pour statuer sur la compatibilité d'un acte administratif avec la loi du 25 février 2003²⁹⁴. Même si elle ne s'aperçoit que de manière très fugace dans les travaux préparatoires²⁹⁵, l'intention du législateur semble avoir été de maintenir, dans le chef de la Haute juridiction administrative, les compétences de droit commun qui sont les siennes au contentieux de la suspension et de l'annulation. Il s'en déduit que, pour arbitrer les attributions respectives des juridictions présidentielles judiciaires et du Conseil d'État face à un acte administratif potentiellement attentatoire à la loi du 25 février 2003, il devra être recouru à la classique – quoique délicate – théorie de l'« enjeu véritable » du litige.

Ce premier point admis, subsiste néanmoins une difficulté. Le législateur du 25 février 2003 a en effet introduit une série de dispositifs probatoires novateurs aux fins d'assurer l'effectivité de l'interdiction de la discrimination qu'il édictait. Ces dispositifs probatoires – que nous examinerons ci-après – semblent cependant, dans l'économie de la loi, directement et exclusivement connectés à la procédure en cessation menée devant la juridiction présidentielle judiciaire : en l'occurrence, ils sont détaillés aux §§ 3 et 4 d'un article 19 exclusivement consacré à l'action en cessation. Faut-il en déduire que dans le cadre d'une procédure introduite devant le Conseil d'État contre un acte administratif attentatoire à la loi du 25 février 2003, de tels dispositifs probatoires ne pourraient trouver à s'appliquer? Même si elle peut être soutenue à l'aide d'une lecture tatillonne des textes, pareille conclusion semble inadmissible : non seulement créerait-elle une discrimination dépourvue de justification objective et raisonnable entre les victimes d'un manquement à la loi du 25 février 2003, mais en plus s'inscrirait-elle à l'encontre des directives 43/2000 et 78/2000. Lorsqu'elles traitent de ces nouveaux dispositifs probatoires aux fins de contraindre les États membres à les introduire, les

directive précitées visent en effet, sans distinction, *toute procédure juridictionnelle* permettant de contester un acte contraire à leur prescrit²⁹⁶ – à la seule exception des procédures pénales²⁹⁷.

III.2.3. L'efficacité de l'action en cessation

101. – S'il constate le caractère discriminatoire du comportement ou de l'acte querellé devant lui, le juge saisi conformément à l'article 19 peut en ordonner la cessation. L'article 20 prévoit qu'au cas où il ne serait pas mis fin à cet acte ou à ce comportement, le juge pourra alors condamner son auteur au paiement d'une astreinte, conformément aux articles 1385*bis* à 1385*nonies* du Code judiciaire (art. 21). Pareille précision semble superflue, dès lors que ces dispositions du Code judiciaire relatives à la possibilité de prononcer une astreinte et aux modalités de celle-ci sont de portée générale : elles se seraient donc appliquées même en l'absence de toute mention en ce sens dans la loi du 25 février 2003²⁹⁸. L'article 19, § 1^{er}, prévoit encore que le juge de la cessation pourra prescrire l'affichage de sa décision ou d'un résumé de celle-ci à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement du contrevenant ou des locaux qui lui appartiennent, et ordonner la publication de son jugement ou d'un résumé de celui-ci par voie de presse ou de toute autre manière²⁹⁹. Ces mesures de publicité oeuvreront certainement à l'efficacité de la loi, eu égard à l'effet de stigmatisation qui leur est attaché.

102. – La question se pose néanmoins de ce qu'il convient d'entendre, très exactement, par « cessation » de l'acte discriminatoire. Au vu du champ d'application qui est le sien – songeons à la fourniture de services ou encore à l'accès au travail salarié –, la loi du 25 février 2003 trouvera, à n'en point douter, de fréquentes hypothèses d'application dans des *refus de contracter*, ou encore, dans la *subordination du consentement à contracter à des conditions opérant des distinctions de traitement entre catégories de personnes*. Le juge de la cessation, constatant le caractère discriminatoire de l'un ou l'autre de ces comportements, pourra-t-il, au titre de la cessation de ceux-ci, ordonner à la partie succombante, au besoin sous astreinte, de contracter avec la victime de la discrimination? Les travaux préparatoires de la loi sont muets sur la question. On peut dès lors supposer que le législateur n'a pas entendu s'écarter de la solution qui, en jurisprudence et en doctrine, a prévalu à propos de l'ac-

²⁹⁴ Même si, à l'inverse de ce que prévoit l'article 1^{er} de la loi du 12 janvier 1993 à propos de l'action en cessation en matière environnementale, le législateur du 25 février 2003 n'a pas expressément prévu que l'action en cessation qu'il instituait ne portait pas préjudice aux compétences des autres juridictions.

²⁹⁵ L'article 25 de la loi du 25 février 2003, par une modification de l'article 578 du Code judiciaire, a étendu la compétence des tribunaux du travail aux fins qu'ils puissent statuer sur les manquements à ladite loi qui interviennent dans « les conditions d'accès au travail salarié ou non salarié, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, tant dans le secteur privé que public, à l'exception des relations régies par un statut de droit public » (notre accent). Cette disposition est issue d'un amendement gouvernemental (*Doc. parl. Chambre*, Doc. 50- 1578/003, p. 16). La réserve finale qu'elle comporte fut justifiée comme suit (*Ibid.*) : « En ce qui concerne l'accès au travail appelé à s'exercer dans le cadre d'un contrat de travail, la compétence des juridictions du travail vaut tant pour le secteur privé que pour le secteur public. Les contestations concernant les discriminations commises en matière d'accès à un travail appelé à s'exercer dans le cadre d'un statut de droit public échappent par contre à la compétence de ces juridictions. Conformément au droit commun, ces compétences relèvent tantôt de la compétence du Conseil d'État tantôt de la compétence des juridictions ordinaires ».

²⁹⁶ Voy. l'article 8 de la « directive-racisme »

²⁹⁷ Article 8 de la « directive-racisme » et article 10 de la « directive-cadre ».

²⁹⁸ Cette remarque figurait dans le premier avis du Conseil d'État (*Doc. parl. Sénat*, 2000-2001, n° 12/5, p. 17). La réponse que lui apporte l'auteur de la proposition initiale est difficilement compréhensible (*Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, 101).

²⁹⁹ L'article 19, § 2, l. 2, prévoit cependant que de telles mesures ne pourront être prescrites que si elles sont de nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

tion en cessation instituée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerces : le juge de la cessation ne pourrait, à peine de porter atteinte au noyau dur de l'autonomie de la volonté³⁰⁰, aller jusqu'à contraindre la partie succombante à contracter³⁰¹. Tout ce à quoi se limite son pouvoir, c'est à contraindre cette partie à «se présenter à l'avenir sur le marché» de manière non-discriminatoire³⁰².

VI.2.4. Les nouveaux dispositifs probatoires

103. – Si étendus et sévères soient-ils, les dispositifs d'interdiction de la discrimination seront toujours pour partie tenus en échec par des difficultés d'ordre probatoire. Dans la droite ligne du législateur communautaire, le législateur du 25 février 2003 a eu conscience de cet écueil et s'est efforcé d'y remédier par un «renversement de la charge de la preuve» (VI.2.4.1) et par l'admission, au titre des moyens de preuve de la discrimination, des statistiques et des tests de situation (VI.2.4.2).

VI.2.4.1. Le renversement de la charge de la preuve

104. – La victime d'une discrimination – ou à tout le moins la personne qui se prétend telle – éprouvera souvent bien des difficultés à démontrer le bien-fondé de ses griefs³⁰³. Supposons l'exemple suivant. Un allochtone se voit refuser la location d'un appartement. Vu l'absence d'obligation de motiver un refus de contracter³⁰⁴, comment cette personne parviendra-t-elle à démontrer que le refus qui lui a été opposé tient en réalité à sa couleur de peau, sa prétendue race ou son origine ethnique, et non à un autre motif parfaitement étranger à toute idée de discrimination? Un autre exemple est fourni par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans une affaire *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*³⁰⁵, les requérants alléguaient l'existence d'une discrimination, du fait qu'entre 1969 et 1994, la majorité des personnes tuées en Irlande du Nord par les forces de l'ordre étaient des jeunes hommes appartenant à la communauté nationaliste et catholique. Sur le plan des principes, la Cour

européenne des droits de l'Homme admit que «lorsqu'une politique générale cause des préjudices disproportionnés à un groupe particulier de personnes, il n'est pas exclu que cela puisse être considéré comme discriminatoire nonobstant le fait que la politique en cause ne soit pas spécifiquement conçue ou dirigée contre ce groupe». En l'espèce cependant, et en dépit des statistiques attestant du taux plus élevé de décès dans la communauté concernée, la Cour se refusa à apercevoir la discrimination alléguée : les requérants restaient à son estime en défaut de démontrer que ces statistiques ne pouvaient s'expliquer autrement que par une politique discriminatoire des forces de l'ordre britannique.

105. – Cette difficulté probatoire n'a pas échappé au législateur communautaire qui, tant dans le domaine de l'égalité entre homme et femme³⁰⁶ que dans les domaines respectivement couverts par les «directive-racisme»³⁰⁷ et «directive-cadre»³⁰⁸, a résolu d'y remédier en imposant aux États membres d'introduire, dans leurs ordres juridiques respectifs, un renversement de la charge de la preuve. En exécution de cette obligation, l'article 19, §3, de la loi du 25 février 2003 dispose que «lorsque la victime de la discrimination ou un des groupements visés à l'article 31 invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse». Ce dispositif appelle quelques commentaires.

Quant à son champ d'application, tout d'abord. En l'absence de toute précision contraire, la proposition de loi initiale autorisait que pareil renversement de la charge puisse intervenir dans toute procédure judiciaire quelconque, y compris dans le cadre d'une procédure pénale³⁰⁹. Le Conseil d'État, en son premier avis, avait cependant fait observer que, dans le cadre de cette dernière procédure, un renversement de la charge de la preuve contreviendrait à l'article 6, §2, de la Convention européenne des droits de l'Homme³¹⁰. Le législateur a suivi cette remarque³¹¹, et intégré ce dispositif probatoire dans le seul «volet civil» de la loi³¹². Il n'est cependant pas certain que, ce faisant, il soit venu à bout de toute difficulté : nous y reviendrons ultérieurement.

Quant à sa portée, ensuite. Dans le second avis³¹³ qu'il rendit à propos de la loi, le Conseil d'État avait es-

³⁰⁰ Voy. A. DE BOECK, «Doorwerking...», *op. cit.*, p. 432.

³⁰¹ Voy., de manière tout à fait générale, G. Schoorens, «Segmentering en discriminatie», *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, sous la dir. de H. CLAASSENS, H. COUSY et C. VAN SCHOUWBROECK, Anvers/Bruxelles, Maklu/Bruylant, 1998, p. 242. Voy., à propos de la loi du 14 juillet 1991, M. TISON, «L'égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge», *op. cit.*, p. 808; J. STUYCK, I. BUELENS, D. COUNYE, «Verkoopsweigeren en eerlijk handelsgebruiken», *R.D.C.*, 1995, pp. 801-802 et références citées. A propos de la loi du 25 février 2003, voy. A. DE BOECK, «Doorwerking...», *op. cit.*, pp. 439-440. *Contra*, J. KUSTERS, «Discriminatie ten opzichte van allochtone op de private huurmarkt», pp. 566-567, qui estime qu'à tout le moins dans le cadre du marché locatif, le juge de la cessation pourrait ordonner de contracter.

³⁰² Voy. Bruxelles, 31 mai 1988, *T.B.H.*, 1989, p. 702, *ici* p. 711.

³⁰³ Voy. l'exposé du Centre pour l'égalité des chances, *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, pp. 42-43, ainsi que *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, pp. 192-193.

³⁰⁴ Voy. Cass., 13 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 882.

³⁰⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* du 4 mai 2001, spéc. §§ 154 et suiv. (trad. libre)

³⁰⁶ Directive 97/80/CE du Conseil relative à la charge de la preuve dans les affaires de discrimination fondées sur le sexe

³⁰⁷ Article 8, §1 de la directive

³⁰⁸ Article 10, §1 de la directive

³⁰⁹ Voy. l'article 3 de la proposition de loi initiale, *Doc. parl. Sénat*, SE 1999, n° 12/1, p. 8

³¹⁰ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/5, pp. 14-15.

³¹¹ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 57

³¹² *Supra*, n° 100

³¹³ *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50- 1578/002, p. 9

timé que le renversement de la charge de la preuve imposera à la partie défenderesse de prouver un fait négatif, à savoir l'absence de discrimination. À son estime, si la preuve d'un fait négatif n'est pas impossible, elle n'en apparaît pas moins particulièrement difficile. Dès lors, le Conseil d'État considérerait que le renversement de la charge de la preuve ne pouvait s'opérer qu'en présence de «présomptions suffisamment pertinentes et solides». Le législateur semble avoir suivi ces remarques : la Ministre en charge de l'égalité des chances déclara au Sénat qu'il n'y aurait renversement de la charge de la preuve qu'en présence de «tout espèce de fait qui est établi de manière *convaincante* par le demandeur et qui permet de présumer une discrimination»³¹⁴. Au nombre de ces «faits» pareillement susceptibles de faire naître la présomption, le législateur vise les «statistiques» et les «tests de situation», à titre exemplatif. Pour le reste, il appartiendra au juge saisi du litige d'apprécier, *vel non*, la pertinence et la solidité des présomptions qu'il est possible d'en inférer³¹⁵.

VI.2.4.2. *Les statistiques et tests de situation*

106. – Aux termes de l'article 19, §3, statistiques et tests de situation peuvent être générateurs d'une présomption de discrimination et du renversement de la charge de la preuve qui s'y attache. L'article 19, §4, assigne au test de situation la fonction supplémentaire de constituer, en lui-même, un moyen de preuve autonome d'une discrimination.

107. – Si la notion de «statistiques» n'appelle pas de commentaires particuliers³¹⁶, celle de «test de situation», plus neuve, mérite quelques précisions.

Dans la description qu'en donna le Centre pour l'égalité des chances devant la Commission de la Justice du Sénat³¹⁷, le test de situation suppose la constitution de deux groupes de personnes, qui se soumettront à une seule et même «épreuve» : une candidature à un emploi déterminé, l'admission au sein d'une même discothèque. Le premier groupe, dit «expérimental» sera composé des personnes porteuses de la caractéristique génératrice de discrimination (ex. couleur de peau, ...). Le second groupe, dit de «contrôle», sera quant à lui composé de personnes ne présentant pas cette caractéristique. Si ce n'est quant à la caractéristique génératrice de discrimination, les personnes composant l'un et l'autre groupe devront par contre, tant que faire se peut, être comparables quant à leur comportement (habillement, âge, ...) et devront présenter *a priori* toutes les aptitudes et conditions requises pour passer avec succès l'épreuve à laquelle elles se soumettent : formation nécessaire pour postuler tel ou tel

emploi, etc.... S'il se révèle malgré tout que les personnes du groupe «expérimental» échouent plus massivement à l'«épreuve» que les personnes du groupe de «contrôle», il pourra alors en être inféré un indice de discrimination dans le chef de celui qui «fait passer» l'épreuve : l'employeur ou le portier de la discothèque, dans l'exemple que nous avons choisi.

108. – Pour présenter quelque crédibilité, le test de situation doit s'entourer d'une méthodologie stricte, destinée à garantir la comparabilité des groupes en présence et l'identité de l'épreuve à laquelle ils se soumettent. Le Centre pour l'égalité des chances signalait à ce propos qu'«aucun membre des deux groupes ne peut avoir de lien avec la personne dont le comportement est testé» et qu'«afin d'exclure l'effet du hasard, il faut que le test de situation soit répété à plusieurs reprises, en alternant l'ordre des groupes»³¹⁸.

Le législateur eut conscience de la nécessité d'assurer le sérieux méthodologique des tests de situation qu'il autorisait. L'article 19, §4, prévoit – mais ce n'est pas une obligation – que ces tests pourront être établis par constat d'huissier. La même disposition prévoit encore les modalités du test de situation seront déterminées par un Arrêté Royal délibéré en Conseil des ministres – lequel, à notre connaissance, n'a toujours pas été adopté.

109. – Cette délégation au Roi fut critiquée par le Conseil d'État en son second avis³¹⁹. À son estime, «la recherche et l'administration des preuves doit se faire selon des procédés corrects et loyaux et dans le respect du domicile (art. 15 de la Constitution), de la vie privée et familiale (art. 22 de la Constitution), du secret des lettres (article 29 de la Constitution) et du secret professionnel (article 458 du Code pénal). Une question aussi délicate, et qui met en cause des principes constitutionnels, ne peut être abandonnée à la compétence du Roi mais doit être réglée, à tout le moins quant aux principes essentiels, par le législateur lui-même, à qui il appartient de trouver un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et de la non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) et les autres droits et libertés fondamentales, et de veiller ainsi à ce que ces 'tests de situation' ne puissent encourir le reproche de constituer des provocations ou des procédés déloyaux». Les travaux préparatoires n'offrent aucune réplique directe à cette objection; tout juste y vit-on implicitement déclaré que le test de situation ne mettrait nullement en cause le droit au respect de la vie privée ou du domicile de celui qui s'y trouve soumis, puisque le champ d'application de la loi se limite «à la sphère de ce qui est accessible au public, à l'exclusion de la sphère privée» : «il n'y a donc aucune intention de demander aux huissiers de justice de s'introduire dans un domicile privé pour y faire des constatations»³²⁰.

³¹⁴ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, 12/15, p. 191.

³¹⁵ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/22, p. 16

³¹⁶ Voy. néanmoins O. DE SCHUTTER, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination», *op. cit.*

³¹⁷ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 193.

³¹⁸ *ibid.*, p. 193.

³¹⁹ *Doc. parl. Chambre*, Doc 50-1578/002, p. 9

³²⁰ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002 n° 12/15, p. 188 (ces propos sont ceux de la Ministre en charge de l'égalité des chances).

Cette dernière proposition est éminemment contestable, car fondée sur une interprétation par trop réductrice des notions de «vie privée» et de «domicile».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme tend en effet à admettre que, même dans la sphère publique – c'est-à-dire, concrètement, dans un lieu public et parfaitement accessible au public –, un individu jouit encore du droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme³²¹. La collecte, la mémorisation, le traitement et l'utilisation de données, même «publiques», relatives aux faits et gestes de cet individu constituera une ingérence dans ce droit³²². Or, un test de situation emporte nécessairement une dimension de collecte, de mémorisation et de traitement de ce type de données. Ce qui vaut pour la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention, vaut pour la vie privée au sens de l'article 22 de la Constitution ... qui, précisément, réserve à la «loi» le soin d'apporter des restrictions aux droits qu'il consacre.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme retient par ailleurs une interprétation large de la notion de domicile au sens de l'article 8 de la Convention³²³ – au demeurant plus large que celle que la jurisprudence belge assigne à cette même notion dans le contexte de l'article 15 de la Constitution³²⁴. Le «domicile», selon un arrêt *Sté Colas Est et autres c. France* du 16 avril 2002³²⁵, vise aussi les locaux professionnels et le siège d'une société. L'article 8 de la Convention subordonne la licéité d'une ingérence dans le droit au respect du domicile ainsi compris à la condition qu'elle soit «prévues par la loi». Aux yeux du juge européen, la «loi» ainsi requise peut être constituée par toute norme juridique quelconque, pourvu qu'elle soit suffisamment accessible et prévisible³²⁶ : un Arrêté Royal délibéré en Conseil des ministres peut répondre à cette définition. Dans l'ordre juridique belge par contre, et à suivre l'enseignement d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1998³²⁷, la loi visée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme doit s'entendre nécessairement d'une loi *au sens formel*, c'est-à-dire d'un acte législatif.

À la lumière de ce qui précède, l'on mesure le bien fondé de l'objection que le Conseil d'État avait adressée à la délégation au Roi du soin de déterminer les modalités du test de situation.

³²¹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, § 56 et suiv.; Cour eur. D.H., arrêt *Peck c. Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, §§ 57 et suiv.; Cour eur. D.H., arrêt *Perry c. Royaume-Uni* du 17 juillet 2003, §§ 36 et suiv.

³²² Voir les références citées à la note précédente

³²³ Cour eur. D.H., arrêt *Demades c. Turquie* du 30 juillet 2003, § 33

³²⁴ Voy. Cass., 21 avril 1998, *R.W.*, 1998-1999, pp. 1452 et suiv.

³²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Stés Colas Est et autres c. France* du 16 avril 2002, §§ 40-41

³²⁶ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Kruslin c. France* du 24 mai 1990, Série A, n° 176-A, §§ 29 et suiv.

³²⁷ Voy. Cass., 21 avril 1998, *R.W.*, 1998-1999, pp. 1452 et suiv.

VI.3. LE DISPOSITIF DE PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT

110. – L'article 21 de la loi organise en substance, au bénéfice du travailleur qui introduit une plainte ou une action en justice ou au nom duquel est introduite une plainte ou une action en justice, une protection contre les «représailles» de son employeur, que celles-ci consistent en un licenciement ou une modification unilatérale des conditions de travail. Il ne nous paraît pas utile de détailler ici les modalités et le fonctionnement de cette protection : le texte de la loi est dépourvu d'ambiguïté à cet égard³²⁸.

Une remarque s'impose néanmoins. La protection organisée ne bénéficie, dans la loi du 25 février 2003, qu'au seul travailleur victime de la discrimination formant l'objet de la plainte ou de l'action en justice. L'extension de cette protection au bénéfice des témoins de cette discrimination, qui pourraient intervenir dans le cadre de la plainte ou de l'action en justice concernée, a été suggérée par amendement gouvernemental³²⁹. Cet amendement a cependant été rejeté – ou plus exactement retiré – motif pris, semble-t-il, qu'il aurait l'effet d'étendre la protection mise en place à un nombre «souvent inestimable» de travailleurs³³⁰. Si tant est qu'il puisse être compris, l'argument n'est pas particulièrement percutant. Il convaincra d'autant moins que dans la problématique voisine – pour ne pas dire identique³³¹ – du harcèlement moral et sexuel au travail, le législateur³³² a cette fois-ci admis les témoins des faits reprochés au bénéfice de la protection contre les représailles³³³. Une telle distinction de traitement repose-t-elle sur une justification objective et raisonnable? Il y a lieu d'en douter³³⁴.

VII. LE VOLET PÉNAL

VII.1. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

111. – Le volet pénal de la loi du 25 février 2003 comporte deux types de dispositifs.

Certaines dispositions portent exclusivement sur les peines attachées à des infractions d'ores et déjà existantes; nous ne ferons ici que les mentionner. Les articles 8 à 14 de la loi érigent «la haine, le mépris ou l'hostilité à

³²⁸ Pour de plus amples commentaires, voy. F. ROBERT, «Discrimination – Licenciement et motivation», *J.T.T.*, 2003, pp. 351 et suiv.

³²⁹ *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50 1578/003, p. 14

³³⁰ *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50 1578/008, p. 78.

³³¹ Rappelons qu'aux termes de l'article 2, § 6, de la loi du 25 février 2003, le harcèlement peut être assimilé à une discrimination au sens de la même loi.

³³² Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral et sexuel au travail, *Mon. b.*, 22 juillet 2002.

³³³ La protection contre les représailles organisée par l'article 5 de la loi du 11 juin 2002 est en tous points identique à celle qu'organise l'article 21 de la loi du 25 février 2003.

³³⁴ À l'estime de O. DE SCHUTTER, l'octroi exclusif de la protection contre les représailles à la victime de la discrimination pourrait également se révéler trop étroit au regard des exigences des directives 43/2000 et 78/2000 (O. DE SCHUTTER, «La loi...», *op. cit.*)

l'égard d'une personne en raison de sa prétendue race, de sa couleur, de son ascendance, de son origine nationale ou ethnique, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son état civil, de sa naissance, de son âge, de sa fortune, de sa conviction religieuse, de son état de santé actuel ou futur, d'un handicap ou d'une caractéristique physique», en motif *abject* de toute une série d'infractions – à l'instar, par exemple, du viol ou du meurtre –, avec pour conséquence une augmentation du *quantum* de la peine encourue par celui qui s'en rendrait coupable. L'article 15 de la loi du 25 février 2003 prévoit quant à lui la possibilité, pour le juge condamnant une personne sur base des nouvelles infractions introduites par cette loi – ci-après détaillées –, de prononcer, à charge de cette personne, la peine de déchéance des droits civils et politiques visée par l'article 33 du Code pénal.

Le volet pénal de la loi du 25 février 2003 introduit également de nouvelles incriminations, à charge des particuliers (VII.2) et à charge des «agents publics» (VII.3.). Après examen critique du contenu de ces nouvelles incriminations, nous analyserons successivement la question de l'élément moral qui les caractérise (VII.4), de la compatibilité qu'elles entretiennent avec le principe de la légalité en matière criminelle (VII.5), et de l'effectivité qu'il est permis d'en attendre (VII.6.). Une ultime réflexion sera consacrée à l'intervention éventuelle, dans le cadre de la répression de ces nouveaux délits, des dispositifs probatoires originaux que la loi introduit en son volet civil (VII. 7).

VII.2. LES INFRACTIONS MISES À CHARGE DES PARTICULIERS

112. – L'article 6, § 1^{er}, 1^{er} tiret, de la loi du 25 février 2003 punit d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de cinquante à mille euros «quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou des membres de celle-ci, en raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'état civil, de la naissance, de la fortune, de l'âge, de la conviction religieuse ou philosophique, de l'état de santé actuel ou futur, d'un handicap ou d'une caractéristique physique». L'article 6, § 1^{er}, 2^{ème} tiret, de la loi, punit quant à lui des mêmes peines quiconque, dans les mêmes circonstances de publicité et pour les mêmes motifs, «donne une publicité à son intention de recourir à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou des membres de celle-ci».

Ces textes appellent plusieurs remarques.

113. – L'on constate tout d'abord l'absence, au sein de ceux-ci, de toute référence au critère de discrimination fondé sur la prétendue race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique. La raison en est, nous l'avons vu ³³⁵, que la répression pénale des discriminations fondées sur

ce critère demeurera du ressort exclusif de la loi du 30 juillet 1981, dite «Moureaux».

114. – L'on observe, ensuite, que la notion de discrimination apparaissant à l'article 6 doit, pour respecter la systématique de la loi, recouvrir les différentes formes de discrimination énumérées à l'article 2 de celle-ci. En d'autres termes, tomberont par exemple sous le coup des peines visées à l'article 6, non seulement l'incitation à la discrimination directe, mais aussi l'incitation à la discrimination indirecte et l'incitation au harcèlement.

115. – L'on admettra, enfin, que la notion d'«incitation» visée par l'article 6 de la loi doit, en bonne logique, recevoir la même interprétation que celle qu'on lui confère dans le cadre de la loi du 30 juillet 1981. À cet égard, on ne perdra pas de vue que, dans un arrêt du 19 mai 1993 ³³⁶, la Cour de cassation avait en substance estimé que, pour être punissable, l'incitation ne doit pas nécessairement porter sur l'accomplissement d'actes concrets, déterminés ou déterminables, mais peut se borner à susciter, dans le public, une attitude d'hostilité.

Au delà de ces commentaires, le texte appelle également de lourdes critiques.

116. – Tout en réprimant *l'incitation à la discrimination* et la *publicité donnée à son intention de recourir à la discrimination*, la loi du 25 février 2003 s'abstient de sanctionner pénalement le *comportement discriminatoire lui-même* qui aurait été pareillement «incité» ou «publiquement annoncé».

117. – Ainsi agencée, une telle répression pénale apparaît comme un défi à la logique : comment peut-on soutenir que l'incitation à la discrimination et la publicité donnée à son intention de discriminer présentent la «nuisance sociale» qui leur vaut d'être pénalement sanctionnées, tout en ne reconnaissant pas une «nuisance sociale» équivalente au comportement discriminatoire qui leur correspond?

118. – Le vice de logique se double d'un vice d'égalité. Le droit belge de l'égalité comporte en effet d'autres dispositifs que la loi du 25 février 2003, qui, quant à eux, répriment pénalement les *comportements discriminatoires eux-mêmes*, et non simplement *l'incitation ou l'annonce publique de tels comportements*. La loi du 30 juillet 1981, s'agissant des discriminations fondées sur la prétendue race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique, en est évidemment l'exemple le plus fameux ³³⁷. La loi du 7 mai 1999, à laquelle se superposera le volet pénal de la

³³⁶ Cass., 19 mai 1993, *J.T.*, 1993, p. 573, et conclusions de l'avocat général Piret.

³³⁷ Cette différence de traitement que réalise la loi du 25 février 2003 par rapport à la loi du 30 juillet 1981 quant à la répression pénale du comportement discriminatoire lui-même, a été souvent mise en avant, aux fins de critique, à l'occasion des débats parlementaires (*Voy. Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 1258/3, p. 10; *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 80), et notamment par le Conseil d'État (*Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1578/002, pp. 4-5).

³³⁵ *Voy. supra*, n° 22.

loi du 25 février 2003, réprime également par la voie pénale certains actes de discrimination entre hommes et femmes commis dans la relation de travail³³⁸. L'on mentionnera également les dispositifs pénaux contenus dans la convention collective de travail n° 38 et dans la loi du 13 février 1998, dispositifs que le législateur du 25 février 2003 a complètement perdus de vue, nous l'avons vu³³⁹. Si l'on agrège l'ensemble de ces dispositifs, l'on pourrait par exemple aboutir à la conclusion que l'acte discriminatoire commis dans les relations du travail – pénalement réprimé quel que soit le critère de discrimination – est généralement plus grave que l'acte discriminatoire commis dans la fourniture d'un bien – qui n'est pénalement réprimé que lorsque le critère de discrimination est la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique. À cette hiérarchie de gravité des discriminations selon les domaines dans lesquels elles interviennent, s'ajouterait une hiérarchie de gravité des critères de discrimination eux-mêmes, au sommet de laquelle trônerait le critère de la prétendue race, de la couleur, ou de l'origine nationale et au bas de laquelle figurerait les discriminations fondées, par exemple, sur l'orientation sexuelle. On le voit : le fait que la loi du 25 février 2003 se borne à la répression pénale de la seule incitation à la discrimination et de l'annonce publique de son intention de discriminer, aboutit à créer des distinctions de traitement entre les auteurs d'actes discriminatoires et leurs victimes. De telles distinctions de traitement recevraient-elles une justification « objective et raisonnable » si d'aventure elles devaient être déférées à la Cour d'arbitrage et à son contrôle de constitutionnalité sous l'angle des articles 10 et 11 de la Constitution ? Cela semble peu probable³⁴⁰. Et pour cause : comment le législateur pourrait-il justifier de telles distinctions lorsque, dans un même temps, il assigne à la loi du 25 février 2003 l'objectif de conférer un égal rang et un égal respect aux différentes égalités ?³⁴¹

119. – Délicat à justifier au regard du principe d'égalité, le vice de logique qui affecte la loi du 25 février 2003 est également particulièrement problématique au regard de la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme. Aussi paradoxal qu'il puisse paraître, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est tout autant intransigente à l'égard des États qui font preuve d'excès dans les limitations qu'ils apportent à cette liberté, qu'à l'égard des États qui, à l'inverse, se montrent par trop modérés dans le maniement de ces limitations³⁴². Ainsi la Cour juge qu'il est inadmissible qu'un État condamne

des journalistes qui publient la fiche fiscale d'un dirigeant d'entreprise, alors que, dans un même temps, les informations contenues dans cette même fiche peuvent parfaitement être consultées par le public, sans que l'État ne s'y oppose³⁴³. Tout aussi inadmissible est la condamnation d'une association pour avoir fait de la publicité pour son objet social révisionniste, si, dans un même temps, l'État n'a jamais cherché à interdire cette association elle-même³⁴⁴. Cette jurisprudence est parfaitement logique : comment l'État pourrait-il plaider que des restrictions à la liberté d'expression poursuivent un « besoin social impérieux » si, dans un même temps, il « dévalue » lui-même ce besoin en ne prenant toutes les mesures nécessaires pour garantir sa réalisation ?

L'on objectera que l'analogie ici tracée entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et notre problématique n'est pas parfaite : à défaut d'être pénalement réprimé, l'acte discriminatoire n'en est pas moins civilement interdit par la loi du 25 février 2003. Cette objection ne fait cependant que déplacer la difficulté. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme en effet, c'est non seulement *le fait même* de la limitation à la liberté d'expression qui doit répondre à une « nécessité dans une société démocratique », mais également les *modalités* de cette limitation. À cet égard, la Cour a toujours considéré que le recours à la voie pénale doit demeurer *l'ultima ratio*³⁴⁵, et que l'État doit obligatoirement lui préférer d'autres voies moins préjudiciables – civiles par exemple – si celles-ci permettaient de parvenir à l'objectif souhaité³⁴⁶. Or, dans le cadre de la problématique qui nous occupe, on ne voit pas comment on pourrait tout à la fois plaider que la voie pénale est la seule envisageable pour empêcher et punir l'incitation à la discrimination ou l'annonce publique de son intention de discriminer, si dans un même temps on juge la voie civile suffisante aux fins de prévention et de répression de l'acte discriminatoire lui-même.

VII.3. LES INFRACTIONS MISES À CHARGE DES « AGENTS PUBLICS »

120. – Si les particuliers ne sont pénalement réprimés que lorsqu'ils incitent à la discrimination ou manifestent publiquement leur intention de discriminer, les « agents publics » – par quoi il convient d'entendre « tout fonctionnaire ou officier public » ainsi que « tout dépositaire ou agent de la force publique » – répondront quant à eux éga-

³³⁸ Voy. l'article 25 de cette loi, spécialement en son point 1° (répression pénale du refus ou de l'entrave à l'accès à l'emploi pour des raisons discriminatoires).

³³⁹ Voy. *Supra*, nn° 27 et 28.

³⁴⁰ Voy. J. VELAERS, « De horizontale werking... », *op. cit.*, pp. 321 et suiv.

³⁴¹ Voy. *Supra*, n° 19

³⁴² Sur ceci, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, F.U.S.L., 2001, pp. 179 et suiv.

³⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. La France* du 21 janvier 1999.

³⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. La France* du 23 septembre 1998, spéc. § 53.

³⁴⁵ Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., arrêt *Sürek n° 2 c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 34

³⁴⁶ Pour un bon exemple, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Du Roy et Malaurie c. France* du 3 octobre 2000.

lement, sur un plan pénal, des discriminations proprement dites qu'ils commettraient dans l'exercice de leur fonction (art. 6, § 2, de la loi). La peine prévue est de deux mois à deux ans. La justification de cette sévérité pénale accrue vis-à-vis des actes des agents publics résiderait, selon les travaux préparatoires, dans l'«exemplarité»³⁴⁷ attendue de ceux-ci quant à l'application de la loi.

L'article 6, § 2, al. 2, précise que si l'agent public «justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, les peines seront appliquées seulement aux supérieurs qui ont donné l'ordre». Il s'agit ici d'une excuse absolutoire.

VII.4. L'ÉLÉMENT MORAL DES INFRACTIONS

121. – Nous l'avons déjà signalé plus haut³⁴⁸ : la question de l'élément moral des infractions contenues à l'article 6 de la loi suscita moult discussion lors des travaux préparatoires. Le législateur, dont l'attention fut attirée sur ce point par le Conseil d'État³⁴⁹, aperçut deux difficultés. La première est exclusivement liée aux discriminations indirectes : l'agent peut parfaitement ignorer *a priori* les «effets» discriminants des pratiques neutres qu'il adopte³⁵⁰. La seconde difficulté s'étend quant à elle tant aux discriminations directes et indirectes : ce qu'un juge estimera «objectivement et raisonnablement justifié» est difficile à prévoir, même pour des spécialistes.

Aux fins de surmonter ces deux difficultés, le législateur a convenu qu'il ne pourrait y avoir répression pénale de la discrimination comme telle, ou de la discrimination «incitée ou annoncée», que si cette discrimination est *intentionnelle* : «seuls ceux qui savaient ou devaient savoir qu'ils commettaient une infraction pourront être poursuivis sur base de la présente loi», affirme sur ce point la Ministre en charge de l'égalité des chances³⁵¹.

122. – À défaut de précisions supplémentaires³⁵², il conviendrait de conclure que le législateur a ici visé l'exigence d'un *dol général*³⁵³. À y regarder de plus près cependant, l'on peut se demander si cette seule exigence est réellement à même de rencontrer l'objectif que le législateur lui assigne.

Sur un plan probatoire en effet, l'existence du *dol général* est présumée lorsque sont réunis les éléments matériels de l'infraction³⁵⁴. À la partie poursuivie incombera alors de plaider l'existence d'une «erreur invincible» de droit ou de fait dans son chef, attestant qu'il ne savait pas et ne pouvait pas savoir qu'il commettait le fait pénalement réprimé. Selon la jurisprudence³⁵⁵, l'erreur invincible – qu'elle soit de droit ou de fait – est celle que tout homme raisonnable et prudent aurait également commise dans les mêmes circonstances.

Sans doute cette erreur invincible pourra-t-elle être plaidée avec succès dans le premier cas de figure visé ci-dessus, à savoir celui de l'agent, qui, en toute bonne foi, ignorait l'effet discriminant de ses pratiques neutres. Par contre, l'erreur invincible devient par définition presque implausible dans le chef de celui qui allèguerait s'être mépris sur l'existence d'une «justification objective et raisonnable» de son comportement, si tant est que l'on admette que cette «justification objective et raisonnable» renvoie elle aussi aux standards comportementaux de «l'homme raisonnable et prudent». En constatant, au titre d'élément matériel de l'infraction, que telle ou telle discrimination directe ou indirecte est dépourvue de «justification objective et raisonnable», le juge pénal constaterait du même coup que son auteur n'a pas agi comme un homme raisonnable et prudent; il ne pourrait alors, sauf à se contredire, admettre dans le même temps que la volonté de cette individu a été viciée par une erreur invincible...

Nous reconnaissons que la démonstration qui précède est sujette à discussion; dût-on cependant en admettre la conclusion, il faudrait alors constater que l'exigence d'un *dol général* n'est pas à même de circonvenir l'ensemble des difficultés auxquelles le législateur entendait pourtant répondre. Si tant est que l'on prête à celui-ci une rationalité qui le conduit à apporter des solutions adéquates aux problèmes qu'il veut solutionner, l'on serait alors peut-être enclin à postuler qu'en réalité, soit le législateur a associé implicitement aux infractions visées par l'article 6 un élément moral plus spécifique, en d'autres termes, un *dol spécial*, soit il a admis, en marge de la jurisprudence classique, que même l'erreur «non invincible» puisse être éliminatoire du *dol général*³⁵⁶.

VII.5. LE RESPECT DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ EN MATIÈRE CRIMINELLE

123. – À l'occasion des travaux parlementaires, il se trouva de nombreuses voix, au nombre desquelles celle du Ministre de la Justice lui-même³⁵⁷, pour souligner les

³⁴⁷ Voy. sur ce point, *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, pp. 81 et 173. Voy. J. VRIELINK, «De Nieuwe Belgische...», *op. cit.*

³⁴⁸ *Supra*, n° 91.

³⁴⁹ Voy. le second avis du Conseil d'État (*Doc. parl. Chambre*, Doc 50-1578/2, p. 5), pour la mise en lumière de la seconde difficulté, et le premier avis du Conseil d'État (*Doc. parl. Sénat*, 12/5, pp. 5-6), pour la mise en lumière de la première difficulté.

³⁵⁰ Voy. O. DE SCHUTTER, *Discrimination...*, *op. cit.*, pp. 133-134.

³⁵¹ *Doc. parl. Chambre*, Doc. 50-1407/005, p. 11.

³⁵² La Ministre en charge de l'égalité des chances fit référence au «dol», sans plus amples précisions (*Doc. parl. Sénat*, 2002-2003, n° 12/22, p. 6).

³⁵³ Voy. M. VAN DE KERCHOVE et F. TULKENS, *Introduction au droit pénal*, 6^{ème} éd., Kluwer, 2003, pp. 362-363.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 365.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 355.

³⁵⁶ En admettant ainsi la possibilité que l'erreur fautive puisse être éliminatoire du *dol*, le législateur rejoindrait les positions émises par une certaine doctrine (voy. C. HENNAU et J. VERHAEGHEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 273 et suiv.).

³⁵⁷ *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002, n° 12/15, p. 11

risques d'incompatibilité entre le dispositif répressif de la loi du 25 février 2003, d'une part, et l'exigence de sécurité juridique qui s'impose en matière criminelle, d'autre part. La notion de «justification objective et raisonnable» est à maints égards floue; non moins flou est le périmètre d'application de la loi, puisque borné par les notions fuyantes et évasives d'«activités purement privées» et «d'accès, de participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public». À cela s'ajoute encore l'obscurcissement lié à la nécessité d'interpréter la loi – au besoin, en en torturant les termes – de manière à la rendre compatible, d'une part avec les exigences issues des directives européennes³⁵⁸, et d'autre part, avec les règles répartitrices de compétences entre l'État, les communautés et les régions³⁵⁹.

Additionnés et conjugués, ces vecteurs de flou permettent-ils encore d'assurer à l'agent la sécurité juridique que lui garantissent, en matière criminelle, les article 12 et 14 de la Constitution et l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme?

124. – S'il fallait trancher cette question au regard de la seule jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, un espoir resterait permis, vu la bienveillance – pour ne pas dire le laxisme – qui la caractérise en la matière³⁶⁰. Si la Cour énonce en effet que l'article 7 exige qu'une infraction «soit clairement définie par la loi», elle n'en admet pas moins immédiatement que le niveau de clarté requis peut être recherché, au-delà du texte de la loi elle-même, «à l'aide de son interprétation par les tribunaux». Et la Cour d'ajouter : «Aussi clair que le libellé d'une disposition puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit raisonnablement cohérent avec la substance de l'infraction et soit raisonnablement prévisible»³⁶¹. Nul doute que, s'agissant de la loi du 25 février 2003, l'«élément d'interprétation judiciaire» visé par la Cour sera particulièrement massif. Au regard de la vision très (trop) souple que cette même Cour entretient de la légalité criminelle,

il n'est cependant pas certain qu'il serait jugé inadmissible.

125. – Autre serait peut-être la conclusion s'il fallait cette fois-ci confronter la loi du 25 février 2003 aux standards de sécurité juridique en matière criminelle développés par la Cour d'arbitrage. À l'estime de cette dernière en effet, «le principe de la légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable»³⁶². En application de ces principes, un arrêt 69/2003 du 14 mai 2003 jugera que la notion «d'atteinte à la sécurité de l'État» «n'a pas un contenu normatif suffisamment précis pour définir une infraction pénale». Le même arrêt estime encore que «si les notions d'ordre public et de bonnes mœurs sont acceptables en droit civil bien qu'elles se prêtent à des définitions extensives, elles ne peuvent, pas plus que la notion de faute, constituer à elle seules la définition d'une infraction pénale, sans créer une insécurité inadmissible»³⁶³. La notion de «justification objective et raisonnable» serait-elle jugée par la Cour plus claire que celles «d'atteinte à la sécurité de l'État», de «faute» ou encore «d'ordre public et de bonnes mœurs»? Il y a lieu d'en douter.

VII.6. L'EFFECTIVITÉ DES NOUVELLES INFRACTIONS INTRODUITES

126. – L'on se souvient de l'ineffectivité relative qui caractérisait, avant 1999, les infractions pénales contenues dans la loi du 30 juillet 1981 dite «Moureaux». L'utilisation de *medium* de l'écrit imprimé et publié leur conférait certes la publicité visée par l'article 444 du Code pénal, mais leur assurait en même temps une *quasi impunité* : elles se muaient en délits de presse passibles, selon l'article 150 de la Constitution, d'un jury d'assises ... devant lequel on se refusait la plupart du temps à les poursuivre³⁶⁴. Pour mettre un terme à cette impunité de fait, l'article 150 de la Constitution fut modifié, aux fins de «correctionnaliser» les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie.

Il n'y pas lieu de croire que les infractions *d'incitation à la discrimination* et de *manifestation publique de son intention de recourir à la discrimination*, visées par l'article 6, § 1^{er} de la loi du 25 février 2003 ne connaîtront pas, pour les mêmes raisons, l'impunité qui, avant 1999, fut celle des infractions portées par la loi du 30 juillet 1981. Le Conseil d'État avait, dans son premier avis, at-

³⁵⁸ *Supra*, nn° 64, 73-76, 90 et 94.

³⁵⁹ *Supra*, spéc. n° 36.

³⁶⁰ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 679 et suiv.

³⁶¹ Cour eur. D.H., arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, § 50.

³⁶² C.A., n° 69/2003, 14 mai 2003, pt. B.9.3.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Sur ceci, voy. A. SCHAUS, «Le délit de presse à caractère raciste», *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 735 et suiv.

tiré l'attention du législateur sur ce point³⁶⁵. Sa remarque n'eût cependant aucun écho, le législateur laissant ainsi³⁶⁶ se jouer une nouvelle distinction de traitement entre les diverses égalités.

VII.7. L'INTERVENTION DES NOUVEAUX DISPOSITIFS PROBATOIRES DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE PÉNALE

127. – Nous avons vu ci-dessus que, pour des raisons tenant au respect de la présomption d'innocence, le législateur – en parfaite conformité sur ce point avec les directives 43/2000 et 78/2000 – avait exclu que le renversement de la charge de la preuve de la discrimination puisse intervenir dans le cadre de la procédure pénale. Pas davantage n'a-t-il entendu autoriser expressément que la preuve puisse, dans le cadre d'une telle procédure, être administrée au moyen d'un «test de situation» : subsistait en effet une inconnue sur la question de savoir si un tel test ne constituerait pas une «provocation» condamnable au regard des principes de loyauté de la procédure pénale.

Le législateur³⁶⁷ n'eut cependant pas conscience que les difficultés qu'il croyait évacuer «par la porte», ressurgiraient «par les fenêtres».

128. – Selon les principes communs qui gouvernent l'action en cessation – principes dont le législateur n'a pas semblé vouloir se distancier –, la chose jugée en cessation a autorité *erga omnes*, et lie notamment le juge pénal qui, concomitamment ou ultérieurement, sera saisi des mêmes faits³⁶⁸. Le constat de l'existence d'une discrimination qu'aurait atteint le juge de la cessation, ne pourra plus être remis en cause par le juge pénal. On voit alors poindre la difficulté : le sort de l'action pénale pourrait être lié par un renversement de la charge de la preuve et/ou un test de situation intervenu dans le cadre de l'action en cessation. *De facto*, l'on en aboutit donc à voir intervenir dans le cadre de la procédure pénale – certes de manière indirecte, mais néanmoins décisive – ces nouveaux dispositifs probatoires dont le législateur pensait l'avoir immunisée.

³⁶⁵ Doc. parl. Sénat, 2000-2001, n° 12/5, p. 15

³⁶⁶ Il eût cependant été parfaitement concevable de modifier une nouvelle fois l'article 150 de la Constitution, celui-ci ayant été déclaré ouvert à révision sous la législature précédente. Il l'est encore sous la législature actuelle.

³⁶⁷ À l'exception notable, semble-t-il, du Sénateur H. VANDENBERGHE, Doc. parl. Sénat, 12/22, p. 17. Comp. D. VAN HEULE, «Antiracismewet...», *op. cit.*, pp. 407-408.

³⁶⁸ S'agissant de l'action en cessation créée par la loi du 12 janvier 1993, voy. A. LEBRUN, *L'action en cessation en matière d'environnement*, Kluwer, Anvers, 1997, coll. «Environnement», pp. 73-74. De manière plus générale, voy. J. VAN COMPERNOLLE, «La rançon d'un succès : le développement des procédures 'comme en référé'. Conclusions générales», *Le développement des procédures comme en référé*, sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et M. STORME, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 212-213; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «La nature et le régime de la compétence exercée 'comme en référé'. L'exemple de l'action en dommages et intérêts», *J.T.*, 1996, p.p. 555 et 556, et références cités note infrapaginale 17.

129. – Faut-il immédiatement conclure qu'au nom de la prééminence de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il s'impose d'écarter, en pareille hypothèse, le principe de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée en cessation³⁶⁹?

130. – Avant d'envisager pareille issue radicale, il convient selon nous de s'interroger plus avant sur l'incompatibilité qu'entretiennent réellement le renversement de la charge de la preuve et le test de situation avec les principes du droit à un procès pénal équitable.

131. – Un renversement de la charge de la preuve est-il incompatible avec la présomption d'innocence garantie par l'article 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme? Le Conseil d'État, en son avis du 16 novembre 2000³⁷⁰, semblait répondre à cette question de manière affirmative. Il y a cependant lieu, à notre estime, d'introduire certaines nuances. Certes la Cour européenne des droits de l'Homme estime-t-elle, sur le plan des principes, que l'article 6, § 2 impose que la charge de la preuve repose sur l'accusation, et que le bénéfice du doute profite à l'accusé : «the presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence» énonce en ce sens l'arrêt *Telfner c. Autriche* du 20 mars 2001³⁷¹. Ce disant, la Cour européenne n'exclut cependant pas que des présomptions – de droit ou de fait – puissent intervenir dans le cadre d'une procédure pénale, à la condition qu'elles demeurent dans des limites raisonnables, tenant compte de la gravité de la procédure et du respect dû aux droits de la défense³⁷². Or, force est de constater que, dans la jurisprudence strasbourgeoise, les «limites raisonnables» ainsi visées sont relativement extensives. Dans une affaire *Philippis c. Royaume-Uni*, tranchée par arrêt du 5 juillet 2001³⁷³, se trouvait en cause la compatibilité avec l'article 6, §§ 1 et 2, d'une règle de droit britannique selon laquelle, pour les besoins d'une confiscation après condamnation pour trafic de stupéfiants, les biens ayant été détenus par la personne au cours d'une période de six ans précédant les poursuites sont présumés, de manière réfragable, avoir été «produits» par le trafic concerné. La Cour n'aperçut en cette circonstance aucune violation de l'article 6. Aux fins d'étayer cette conclusion, elle prit acte des gardes-fous dont était entourée la mise en jeu de cette présomption : absence d'automatisme; appréciation par un juge, dans le cadre d'une audience publique et contradictoire. Elle eut surtout égard au caractère *réfra-*

³⁶⁹ Voy., par analogie, Cass., 15 février 1991, *Pas.*, 1991, p. 572 (écarterment du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le procès civil ultérieur, au nom de sa contrariété, en l'espèce, avec le principe de l'égalité des armes consacré par l'article 6 de la Convention européenne de droits de l'Homme).

³⁷⁰ Doc. parl. Sénat, 2000-2001 n° 12/5, p. 15

³⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *Telfner c. Autriche* du 20 mars 2001, § 15.

³⁷² Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, § 40.

³⁷³ *Ibid.*

gale de la présomption édictée par le droit britannique : la partie poursuivie demeurerait en mesure de faire valoir la preuve contraire. *A priori*, il n'est pas exclu que le renversement de la charge de la preuve visé par l'article 19, § 3, de la loi du 25 février 2003 – lequel est soumis à l'appréciation souveraine du juge de la cessation – puisse, *in concreto*, rencontrer les exigences ainsi posées par la Cour européenne, et demeurer de la sorte compatible avec l'article 6 de la Convention européenne.

132. – Le «test de situation» visé par les articles 19, §§ 3 et 4 de la loi du 25 février 2003 est-il quant à lui nécessairement une «provocation» viciant la procédure pénale, car constitutive d'une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁷⁴? La question alimenta le débat parlementaire³⁷⁵ et n'y reçut finalement aucune réponse tranchée; dans le doute, le législateur préféra s'abstenir.

La doctrine semble hésitante sur la question³⁷⁶. A s'en tenir à la définition qu'en donne la Cour de cassation – «la provocation à commettre une infraction consiste soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera matériellement»³⁷⁷ – le test de situation, *en soi*, ne saurait être nécessairement assimilé à une provocation. La vocation d'un tel test n'est en effet pas de faire naître une résolution criminelle, mais plutôt d'en acter l'existence, en lui donnant simplement l'occasion de s'exprimer³⁷⁸. Le test de situation ne dérivera en provocation qu'en raison de la manière dont il est

exécuté, et, singulièrement, du comportement de ses participants : il s'agit là d'une appréciation *in concreto*, susceptible d'être laissée à la discrétion du juge pénal.

En jurisprudence, l'on signalera que, dans un arrêt du 11 mars 1988, la Cour d'appel de Liège a admis, au titre de preuve par témoins, un test de situation³⁷⁹. La Cour de cassation française, quant à elle, a, dans un arrêt du 12 juin 2002, estimé en substance qu'un test de situation n'était pas nécessairement exclu dans le cadre d'une procédure pénale, où la preuve est libre³⁸⁰.

CONCLUSIONS

133. – Que retenir de ce très (trop?) long périple?

Nous l'avions annoncé d'emblée : il ne semble pas envisageable de contester, en son principe même, la légitimité de la loi du 25 février 2003 et de l'horizontalisation du principe d'égalité qui en forme l'objet. À l'unisson, le droit international, le droit communautaire et la Constitution pointaient une direction dans laquelle le législateur pouvait, et devait, s'engager.

Quelque légitime qu'elle fut, l'entreprise n'était cependant pas sans risque, et requerrait de celui qui s'y lançait mûre réflexion et moult précautions. L'on eût pu croire qu'au terme de plus de trois ans de gestation parlementaire, l'œuvre législative serait – si l'on peut se permettre l'expression – correctement ficelée. Force est cependant de déchanter : son auteur fit preuve d'une étonnante légèreté.

Légèreté, tout d'abord, dans la prise en considération de l'environnement juridique au sein duquel était appelée à s'insérer la loi en devenir. Les règles répartitrices de compétences entre l'État, les Communautés et les Régions sont visiblement demeurées à l'arrière-plan des préoccupations du législateur. Quant aux dispositifs d'ores et déjà existant du droit fédéral de l'égalité, ils n'ont reçu de sa part qu'une attention par trop superficielle et sélective. La loi du 25 février 2003 échoue très largement en sa vocation de «législation-mère», fédératrice des concepts et égalisatrice des régimes.

Légèreté, aussi, dans les choix qui ont présidé à la détermination du champ d'application de la loi. En n'étendant pas son empire à la protection de l'égalité politique et de l'égalité linguistique, la loi du 25 février 2003 se rend coupable de traitements discriminatoires, ce qui est

³⁷⁴ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal* du 29 juin 1998, § 36 : «L'intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties même lorsqu'il est en cause la répression du trafic de stupéfiants. En effet, si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins que, dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (...) qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 s'appliquent aux procédures concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière».

³⁷⁵ Voy. *Doc. parl. Sénat*, 2002-2003, n° 12/22, p. 16-17; *Doc. parl. Sénat*, 2001-2002 n° 12/15, p. 197-198.

³⁷⁶ Voy. J. KUSTERS, «Discriminatie ten opzichte van allochtone op de private huurmarkt», *op. cit.*, p. 559; R. STOCKX, «De vernieuwing van de antiracismewet : meer dan een laagje vernis», *Panopticon*, 1994, pp. 503 et suiv.; D. CUYPERS, «There will...», *op. cit.*, p. 464; A. DE BOECK, «Doorwerking...», *op. cit.*, p. 439.

³⁷⁷ Cass., 7 février 1979, *Rev. Dr. Pén.*, 1979, p. 392. Pour davantage de références, voy. R. DE VALKENBERG, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 276 et suiv. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est établie en termes identiques : Cour eur. D.H., req. 73557/01, décision *Sequeira c. Portugal* du 6 mai 2003 : «Lorsque l'activité des agents en question peut passer pour avoir provoqué l'infraction, et si rien n'indique que, sans leur intervention, celle-ci aurait été perpétrée, l'activité en cause outrepassa celle d'un agent infiltré et peut être qualifiée de provocation. Une telle intervention et son utilisation dans la procédure pénale peuvent entacher de manière irrémédiable le caractère équitable du procès».

³⁷⁸ Il n'y aura pas de provocation si «le dessein de commettre l'infraction est né sans aucune intervention de la police ou si celle-ci s'est bornée à créer l'occasion de commettre un fait punissable dans des conditions telles que la police était à même d'en constater l'exécution» (Cass., 5 février 1985, *Pas*, 1985, p. 690). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme va également dans ce sens : Cour eur. D.H., req. n° 59895/00, décision *Calabro c. Allemagne et Italie* du 21 mars 2002.

³⁷⁹ Liège, 11 mars 1988 (consultable sur <http://www.antiracisme.be>). Encore faut-il cependant signaler que le test de situation en question était on ne peut plus basique. Le client d'un bar s'étant auquel le barman avait refusé à boire, avait effectué une «seconde tentative» en présence d'un tiers qu'il avait sollicité à cet effet.

³⁸⁰ Cass. (fr.), 11 juin 2002, *Petites Affiches*, 6 janvier 2003 et obs. F. RINGEL, «Le 'testing', mode de preuve valable des discriminations raciales». Sur cet arrêt, voy. également L. COLLET-ASKRI, «Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal...», *D.*, 22 mai 2003, pp. 1039 et suiv.

pour le moins paradoxal au regard de l'objet qu'elle s'assigne.

Légèreté, également, dans l'analyse de la portée des exigences communautaires applicables à la matière : au-delà d'un certain point, la lecture par le Sénat et la Chambre des directives 43/2000 et 78/2000 fut très largement « diagonale ». S'il ne fallait retenir qu'un symptôme de cette superficialité, sans doute serait-ce celui-ci : la loi du 25 février 2003 va jusqu'à omettre de signaler explicitement qu'elle vient en exécution des directives susdites, alors que celles-ci le lui enjoignent³⁸¹.

Légèreté, enfin, dans les très larges délégations au juge que comporte la loi finalement adoptée. Notions vagues et concepts « attrape-tout » sont autant de terrains de déploiement pour la casuistique judiciaire, laquelle est à son tour pourvoyeuse d'insécurité juridique. La nocivité de cette dernière dans une matière comme celle-ci a visiblement été sous-estimée. Lorsque les limites fixées aux libertés, si légitimes soient-elles sur le fond, en viennent à s'obscurcir sous l'effet de l'horizontalisation du principe d'égalité, surgit alors le danger que leurs titulaires, par crainte des sanctions, résolvent de n'en faire qu'un usage extrêmement prudent, voire même s'auto-censurent.

Il n'est pas exclu que le législateur du 25 février 2003 paie un jour sa légèreté à Strasbourg ou à Luxembourg. Pour l'heure, il lui incombe déjà de rendre des comptes à la Place Royale...³⁸²

Octobre 2003

POST-SCRIPTUM

À l'heure où la présente étude se trouvait sous presse, sont intervenus divers développements dignes d'intérêt

³⁸¹ Voy. l'article 16, al. 2, de la directive « racisme » et l'article 18, al. 3, de la directive « cadre ».

³⁸² Voy. les avis de recours en annulation publiés au *Moniteur belge* du 16 octobre 2003.

pour la présente problématique. Nous nous permettons ici d'en faire mention succinctement.

Poursuivant la lignée des directives 43/2000 et 78/2000, la Commission européenne, se fondant à nouveau sur l'article 13 TCE, a introduit, le 5 novembre 2003, une proposition de directive « mettant en oeuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture des biens et services ». Cette nouvelle directive, à l'instar de ses aînées, interdit, dans son champ d'application, tout autant les discriminations directes que les discriminations indirectes. L'interdiction de la discrimination directe fondée sur le sexe est érigée en impératif absolu : à l'image de celle fondée sur la race ou l'origine ethnique, une distinction de traitement fondée directement sur le sexe dans l'accès et la fourniture est donc prohibée sans possibilité d'une quelconque « justification objective et raisonnable » ... contrairement à ce que prévoit la loi belge du 25 février 2003. Pour un commentaire plus approfondi de cette proposition de directive et de ses implications en droit belge, voy. J-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « Egalité et droit des assurances automobiles : de nouvelles données », *Du neuf en Assurance R. C. Automobile*, sous la dir. de B. DUBUISSON et P. JADOUL, Larcier, coll. « Droit des assurances », à paraître.

Le 4 décembre 2003, la Cour européenne des droits de l'Homme rendit son arrêt en l'affaire *Müslüm Gündüz c. Turquie*, ci-avant évoquée (voy. p. 229, note 199). En l'occurrence, la Cour estima contraire à l'article 10 de la Convention la condamnation du requérant pour avoir déclaré, lors d'une émission radiophonique, que « si une personne passe sa nuit de noce après que son acte de mariage ait été célébré par un agent de la mairie habilité par la République de Turquie, alors l'enfant qui naîtra de cette union sera un bâtard »..

Enfin, l'on notera avec intérêt la publication de l'une des premières applications jurisprudentielles de la loi du 25 février 2003 : Civ. Gand (Cess.), 31 décembre 2003, *N.j. W.*, 2004, p. 205. Cette décision a fait l'objet d'un commentaire de D. DE PRINS (*N.j. W.*, 2004, pp. 261 et suiv.)