

3

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE HANDICAP

Véronique GHESQUIÈRE

cheffe du service Handicap/Convention ONU (Unia)

Isabelle HACHEZ

professeure à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Carole VAN BASSELAERE

conseillère juridique au service Handicap/Convention ONU (Unia)

Sommaire

Introduction	74
Section 1	
Les sources	75
Section 2	
Les bénéficiaires	95
Section 3	
Les formes de discrimination	102
Section 4	
Les acteurs et les scènes	123
Conclusion	135

Introduction

1. La « discrimination fondée sur le handicap » recouvre « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ». Telle est la définition contenue à l'article 2 de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées¹.

Adoptée à New York le 13 décembre 2006 et entrée en vigueur le 3 mai 2008, cette Convention consacre une approche inclusive du handicap. Selon les termes du Comité des droits des personnes handicapées, chargé du suivi des obligations souscrites par les parties, la C.D.P.H. entend traduire un « changement de paradigme [...] où les personnes handicapées sont reconnues comme sujets de droits fondamentaux prenant part aux décisions qui les concernent et à même de faire valoir leurs droits dans la société »². Le principe d'égalité a été le fer de lance de la réinscription de la thématique du handicap dans le langage des droits fondamentaux et demeure aujourd'hui encore le principal prisme au travers duquel la situation des personnes en situation de handicap est appréciée³.

Encore faut-il être conscient du fait que la catégorie de personnes à laquelle s'adresse la Convention est particulièrement large et se caractérise par une forte hétérogénéité qui complexifie l'attention qu'il convient de lui porter. Quels points communs entre la surdité, la d ficiency intellectuelle, la tétraplégie, le diabète, le trouble bipolaire, la dyslexie, un handicap moteur, l'ob sity et les suites durables d'un cancer, si ce n'est que toutes ces hypothèses constituent potentiellement des formes de handicap ? Le handicap est en effet une notion évolutive et systémique : il est le résultat d'une interaction entre une personne présentant une incapacité durable et les obstacles qu'oppose à celle-ci une société non inclusive empêchant sa pleine et effective participation à la communauté. Le handicap est donc loin de se limiter au stéréotype de la personne en fauteuil roulant pour embrasser une diversité de situations touchant 14 % de la population⁴, concernant des personnes qui *a priori* auraient pu se penser étrangères à cette minorité.

¹ Ci-après également désignée par ses initiales (C.D.P.H.) ou sous le terme « Convention ».

² Observations finales du Comité des droits des personnes handicapées du 28 octobre 2014 concernant le rapport initial de la Belgique, adoptées à sa douzième session (15 septembre-3 octobre 2014), § 17.

³ De la même manière qu'au niveau universel, le principe d'égalité occupe une position centrale au sein du système constitutionnel belge de protection des droits fondamentaux et exerce une fonction structurante à l'échelle de l'ordre juridique belge (B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 553).

⁴ Ce chiffre concerne la population entre 15 et 64 ans : 8 % sont fortement limitées, 6 % sont limitées dans une certaine mesure dans leurs activités quotidiennes (Enquête sur les forces de travail, 2016. <https://statbel.fgov.be/fr/nouvelles/3-decembre-journee-internationale-des-personnes-handicapees>).

Il n'est pas certain, à cet égard, que le juriste praticien prenne toujours la juste mesure de la portée de la notion de handicap alors qu'il peut exister un intérêt certain à se prévaloir de ce critère par comparaison avec d'autres critères protégés par le droit anti-discriminatoire, comme le critère de l'état de santé. Outre l'invocation des droits et obligations garantis par la C.D.P.H., le critère du handicap permet de mobiliser une forme de discrimination qui lui est spécifique, à savoir le refus de mettre en place des aménagements raisonnables⁵. Par ailleurs, une protection plus étendue est accordée à la personne handicapée victime d'une distinction directe de traitement en matière d'emploi puisque celle-ci ne peut être justifiée que par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, là où d'autres distinctions de traitement requièrent seulement, pour être validées, une justification objective et raisonnable⁶.

À l'heure où le droit s'écrit en réseau, il convient au demeurant de prêter attention aux différents foyers de production légale et jurisprudentielle des manifestations du principe d'égalité en matière de handicap : la C.D.P.H., mais pas seulement. Aussi la présente contribution s'ouvrira-t-elle sur une présentation des principales sources du droit anti-discriminatoire mobilisables par les personnes en situation de handicap (section 1), avant de s'attarder sur leurs bénéficiaires (section 2) et les différentes formes de discrimination qu'elles condamnent (section 3). Elle se clôturera sur l'examen des acteurs institutionnels à même de participer à l'effectivité de la réalité juridique étudiée (section 4).

Section 1

Les sources

2. La Convention relative aux droits des personnes handicapées occupe une place de choix, elle qui, à ce jour, a été ratifiée par 177 parties et incarne le premier traité catégoriel dédié à la protection des personnes en situation de handicap. En la matière, le premier réflexe consiste donc logiquement à se tourner vers le texte de la Convention et la production normative du Comité qui en assure le contrôle (A).

Les personnes en situation de handicap n'ont cependant pas attendu la C.D.P.H. pour bénéficier des prérogatives accordées par les droits fondamentaux et, en particulier, le principe d'égalité. La perspective universelle adoptée par la plupart des traités et catalogues constitutionnels de droits fondamentaux leur en conférait déjà le bénéfice, à l'instar de tout être humain, sans compter que certaines dispositions normatives s'adressaient déjà explicitement aux per-

⁵ Cf. *infra*, nos 41 et s.

⁶ Cf. *infra*, n° 34. Cette protection plus étendue est également octroyée aux autres critères protégés par la directive 2000/78.

sonnes en situation de handicap⁷ ou faisaient l'objet d'observations générales les concernant de la part d'organes internationaux de contrôle⁸. Sans chercher à être exhaustif et en faisant le cas échéant état de normes de *soft law* adoptées dans le giron des textes commentés⁹, on évoquera ici successivement la Convention européenne des droits de l'homme (B), la Charte sociale européenne (C), le droit primaire et dérivé de l'Union européenne (D), la Constitution belge (E) et la législation anti-discrimination (F).

Dans certains cas, les sources convergent et se renforcent mutuellement pour dessiner l'horizon vers lequel tendre ; la C.D.P.H. permet d'enrichir l'interprétation d'un droit fondamental consacré par une autre source internationale ou interne. On constate cependant parfois aussi, si pas un conflit, en tout cas quelques tensions entre le système de la Convention et celui d'autres traités en matière de droits fondamentaux.

A. La Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées

3. Présentation générale. Douze ans après son adoption, la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées est applicable dans plus de quatre cinquièmes des États du monde, en plus de s'imposer à l'Union européenne qui l'a ratifiée¹⁰. La Belgique est pour sa part tenue de respecter le prescrit de la C.D.P.H. depuis le 1^{er} août 2009.

L'idée de la Convention procède du constat selon lequel le catalogue universel des droits de l'homme pâti(ssai)t, au niveau de sa mise en œuvre, d'un manque d'effectivité à l'égard des personnes handicapées¹¹. D'aucuns voyaient

⁷ Cf., par exemple, les articles 23 de la Convention relative aux droits de l'enfant et 15 de la Charte sociale européenne révisée.

⁸ Voy. Observation générale n° 5 du 1^{er} janvier 1995 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur les personnes souffrant d'un handicap (cf. en particulier le point 3 : « obligation d'éliminer la discrimination pour raison d'invalidité »). *Adde* Observation générale n° 9 du 27 février 2007 du Comité des droits de l'enfant sur les droits des enfants handicapés (spéc. §§ 8 à 10).

⁹ Voy. par ailleurs, parmi les normes de *soft law* – au sens de non juridiquement contraignantes – faisant application du principe d'égalité en matière de handicap, les références citées au § 8 de l'Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, adoptée par le Comité à sa dix-neuvième session (14 février-9 mars 2018), CRPD/C/GC/6. Sur la place du *soft law* en matière de handicap, cf. plus généralement : I. HACHEZ, « L'inclusion des personnes en situation de handicap : du *soft law* au *hard law* et inversement », in M. Ailincăi (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Grenoble des 4 et 5 février 2016, Paris, Pedone, 2017, pp. 241 à 263.

¹⁰ Voy. p. ex. D. ZARU et M. ZUBER, « The EU as a party of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities : implications for the coherence of internal and external human rights policies », *European Yearbook on Human Rights*, 2010, p. 172.

¹¹ Voy. l'étude commanditée par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies : G. QUINN et Th. DEGENER, avec la collaboration d'A. BRUCE, Ch. BURKE, J. CASTELLINO, P. KENNA, U. KILKELLY et Sh. QUILLIVAN, *Human Rights and Disability. The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, février 2002, 307 p. (disponible à l'adresse suivante : www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf).

ainsi dans la logique catégorielle de la C.D.P.H. une manière de conférer davantage de visibilité aux obligations internationales existant à leur égard et de « développer une base de connaissance et un ensemble d'informations susceptibles d'accélérer l'intégration du handicap »¹².

Dans cette optique, la Convention leur garantit aussi bien des droits civils et politiques (notamment le droit de s'exprimer librement et le droit au respect de la vie privée) que des droits économiques sociaux et culturels (comme le droit à l'éducation ou le droit à la santé)¹³.

4. Focus sur le principe d'égalité. Le principe d'égalité innerve quant à lui l'ensemble de la Convention, que l'amélioration de la situation des personnes handicapées passe par la revendication d'un traitement égalitaire ou que l'égalité ait motivé la consécration de droits calibrés au plus près de leurs besoins¹⁴. Le Comité des droits des personnes handicapées vient d'ailleurs de rédiger une observation générale sur l'égalité et la non-discrimination¹⁵. Cette observation confirme que « L'égalité et la non-discrimination sont au cœur de la Convention et sont évoquées systématiquement dans ses articles de fond, avec la mention répétée de l'expression “sur la base de l'égalité avec les autres”,

¹² A. GUBBELS et J.-A. VANDEVILLE, « Le projet de convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées », in G.-A. Dal et Fr. Krenc (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 74.

¹³ Pour un aperçu des droits consacrés par la C.D.P.H., cf. entre autres M. ZANI, « La Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées », *Rev. dr. int. et comp.*, 2008/4, spéc. pp. 556 à 559 ; D. CUYPERS et S. VAN DAMME, « Het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Bron van inspiratie voor het Unierecht en het Belgisch sociaal recht? », *Rev. dr. soc.*, 2014/1, pp. 55 à 87, spéc. pp. 63 et s. Pour un commentaire article par article de la C.D.P.H., voy. A. D'ESPALLIER, St. SOTTIAUX et J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Anvers, Intersentia, 2014, 141 p.

¹⁴ En ce sens : L. WADDINGTON, « Equal to the Task? Re-Examining EU Equality Law in Light of the United Nation Convention on the Rights of Persons with Disabilities », in L. Waddington, G. Quinn et E. Flynn (dir.), *European Yearbook of Disability Law*, vol. IV, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2013, p. 176. En réalité, le principe d'égalité n'a pas de contenu matériel propre : « L'intérêt du principe d'égalité réside dans l'objet en référence duquel il déploie sa protection [...]. L'on est discriminé dans la jouissance de tel droit ou de telle liberté, qu'il s'agisse d'un droit dit fondamental ou d'un droit moins précieux, voire même d'un intérêt » (B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 571). Un autre principe central et transversal de la Convention est l'article 19 consacrant le droit à l'autonomie, lequel entretient du reste des liens étroits avec le principe d'égalité (cf. l'Observation générale n° 5 (2017) du Comité des droits des personnes handicapées sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société).

¹⁵ Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, précitée. Pour rappel, les observations générales sont des normes de *soft law*, dépourvues de force juridiquement contraignantes, au travers desquelles l'organe de contrôle institué en vue d'assurer le respect d'un traité précise le sens à attribuer à l'un ou l'autre des droits et/ou obligations qu'il consacre (sur ce que recouvre le concept de *soft law* en matière de droits fondamentaux, cf. entre autres Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode », in I. HACHEZ (dir.) et al., *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles, Bruxelles-Limal, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis-Anthemis, 2012, spéc. pp. 384 à 387. Sur son utilisation par les organes de contrôle belges, cf. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.C., n° 37/2011, n° 101/2008 et n° 78/2005, in S. van Drooghenbroeck (dir.), *Droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 28 à 37).

qui relie tous les droits substantiels de la Convention au principe de la non-discrimination»¹⁶. D'après le Comité, c'est une «égalité inclusive» que poursuit le système de la Convention: «Fondée sur un modèle d'égalité réelle, l'égalité inclusive élargit la notion d'égalité et l'approfondit en introduisant: a) une composante redistribution équitable, pour remédier aux inégalités socioéconomiques; b) une composante reconnaissance, pour lutter contre la stigmatisation, les stéréotypes, les préjugés et la violence, et pour consacrer la dignité des êtres humains et leurs points communs; c) une composante participation, pour réaffirmer le caractère social des personnes en tant que membres de groupes sociaux et la pleine reconnaissance de l'humanité par l'inclusion dans la société; d) une composante aménagement, pour faire une place à la différence en tant que question de dignité humaine»¹⁷.

Plus précisément, l'article 3 de la Convention consacre, parmi d'autres principes, le principe de l'égalité des chances, comme point de départ à «un modèle d'égalité réelle» pour reprendre, ici encore, les termes du Comité.

L'article 5 de la C.D.P.H. est pour sa part spécifiquement dédié à l'égalité et à la non-discrimination:

«1. Les États Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi.

2. Les États Parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement.

3. Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés.

4. Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention».

Cet article est source à la fois d'obligations négatives (s'abstenir de discriminer les personnes handicapées) et d'obligations positives (garantir l'égalité réelle de ces personnes). Bien que le texte de la Convention ne les vise pas toutes expressément¹⁸, l'interdiction de discriminer s'applique à l'ensemble des formes de discrimination recensées par la pratique internationale des droits de

¹⁶ Observation générale n° 6, précitée, § 7. Et le Comité de préciser plus loin: «L'expression "sur la base de l'égalité avec les autres" ne se limite pas à la définition de la discrimination fondée sur le handicap: elle imprègne l'ensemble de la Convention relative aux droits des personnes handicapées» (§ 11 *in fine*). Enfin, l'égalité et la non-discrimination «sont aussi un outil d'interprétation de tous les autres principes et droits inscrits dans la Convention. L'égalité et la non-discrimination sont les principes et droits qui constituent la pierre angulaire de la protection garantie par la Convention» (§ 12).

¹⁷ Observation générale n° 6, précitée, § 11.

¹⁸ Cf. entre autres L. WADDINGTON, «Equal to the Task? Re-Examining EU Equality Law in Light of the United Nation Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *op. cit.*, pp. 188 et 189.

l'homme : discrimination active et passive, discrimination directe et indirecte, refus d'aménagement raisonnable, injonction de discriminer et harcèlement¹⁹.

5. Relative ineffectivité de la Convention. En dépit de l'engouement qu'a suscité son adoption (à l'échelle onusienne, seule une quinzaine d'États ne l'ont pas encore ratifiée), la Convention relative aux droits des personnes handicapées demeure peu invoquée devant les organes de contrôle belges²⁰. Plusieurs éléments sont de nature à éclairer cette forme de déconsidération.

On peut tout d'abord penser que la Convention reste méconnue du juriste belge²¹ et qu'à supposer qu'elle ne le soit pas, elle pâtit de la vision tronquée souvent véhiculée à propos des droits de la deuxième génération et la contaminant dans son ensemble, à savoir que ces droits s'apparenteraient à du *soft law*²², qu'en tout cas à défaut d'être directement applicables, ils ne pourraient produire le moindre effet juridique²³. Ces considérations appellent trois remarques de notre part. Premièrement, on est indéniablement, avec la C.D.P.H., en présence d'un instrument de *hard law*, juridiquement contraignant, même si les États

¹⁹ Observation générale n° 6, précitée, § 18. On précise cependant que, dans son Observation générale, le Comité des droits des personnes handicapées ne vise pas expressément l'injonction de discriminer, sans que le motif de cette omission ne nous apparaisse clairement ; il n'évoque pas davantage la distinction entre discrimination active et discrimination passive. Dans la jurisprudence du Comité, voy., à propos d'une discrimination indirecte au détriment des personnes handicapées sur le marché de l'emploi : décision n° 2/2010 (31 mars-11 avril 2014), spéc. pt 6.2 ; sur les aménagements raisonnables, respectivement au travail et dans le cadre des conditions de détention : CRPD/C/12/D/5/2011, pt 10.3 ; CRPD/C/11/D/8/2012. Le Comité reconnaît, par ailleurs, sans les nommer de la sorte, l'interdiction des discriminations passives quand il affirme que « l'application impartiale d'une loi peut avoir un effet discriminatoire si la situation particulière des personnes auxquelles elle s'applique n'est pas prise en considération. Il peut y avoir violation du droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination lorsque les États, sans justification objective et raisonnable, ne traitent pas de façon différente des personnes qui se trouvent dans des situations sensiblement différentes » (CRPD/C/7/D/2011, pt 8.3 ; il est également question dans cette décision d'aménagement raisonnable). On reviendra sur la portée de ces différentes notions *infra*, section 3.

²⁰ On vise aussi bien, sous ce terme, la section de législation du Conseil d'État (contrôle préventif) que les cours et tribunaux judiciaires, la Cour constitutionnelle et la section du contentieux administratif du Conseil d'État (contrôle curatif).

²¹ Pour un constat similaire en France, cf. *Guide. La Convention relative aux droits des personnes handicapées. Comprendre et mobiliser la Convention pour défendre les droits des personnes handicapées*, décembre 2016. Le Guide s'ouvre sur un avant-propos de Jacques Toubon, Défenseur des droits : « Six ans après l'entrée en vigueur de la CIDPH en France, force est de constater qu'un grand nombre d'acteurs en charge des questions de handicap ignorent jusqu'à son existence et, *a fortiori*, les obligations qu'elle crée à leur égard ».

²² Que le caractère juridiquement contraignant du traité qui les abrite ne soit pas correctement perçu ou que les obligations qu'il contient soient jugées à ce point dépourvues de densité normative qu'on en vient à les apparenter à du *soft law*, non plus au niveau du contenant mais du point de vue de leur contenu. Sur la double signification susceptible d'être recouverte par la notion de *soft law*, cf. entre autres J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1039.

²³ Pour rappel, les droits de la deuxième génération (également qualifiés de droits-éclames ou droits économiques, sociaux et culturels) appellent en principe une prestation de la part de l'État qui jouit à cette fin d'une marge d'appréciation discrétionnaire, excluant l'existence d'un droit subjectif. D'où l'absence d'effet direct dont ils sont affectés : les dispositions normatives qui les consacrent ne peuvent généralement pas être invoquées directement devant le juge judiciaire par un particulier – sans médiation de normes internes – pour obtenir la reconnaissance des droits qu'elles garantissent.

parties qui l'ont ratifié n'ont peut-être pas pris toute la mesure des obligations auxquelles ils souscrivaient et que l'effectivité de la Convention est encore bien en deçà du potentiel qu'elle recèle. Ainsi, la Convention fait partie du droit objectif belge au même titre que d'autres traités, comme la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution ou n'importe quelle loi. La production normative du Comité des droits des personnes handicapées relève par contre du *soft law* – dans la mesure où elle est dépourvue de force juridiquement contraignante – et, à ce titre, est de nature à nourrir l'interprétation des dispositions de *hard law*²⁴. Deuxièmement, même dépourvus d'effet direct, les droits fondamentaux sont susceptibles de produire des effets juridiques²⁵. Troisièmement : en tout état de cause, le principe d'égalité – en jeu ici – est directement applicable, au moins lorsqu'il est envisagé sous son versant négatif (ne pas rompre l'égalité) ou qu'il est source d'aménagements raisonnables²⁶. Dans ces hypothèses, le principe d'égalité confère donc un droit subjectif à ses bénéficiaires, qu'il soit invoqué isolément ou en combinaison avec d'autres droits fondamentaux, fussent-ils quant à eux dépourvus d'effet direct ; c'est une des manières de conférer une effectivité aux droits qui sont privés de cette qualité.

On peut également avancer l'hypothèse que l'ensemble des situations de handicap tombant sous l'application de la Convention sont méconnues par le juriste praticien. Il est même sûr que certaines personnes qui pourraient se revendiquer des droits garantis par la Convention l'ignorent ou la rejettent. Ainsi, par contraste avec la déficience intellectuelle ou le handicap physique, le lien avec la C.D.P.H. est moins évident pour des handicaps invisibles comme la plupart des maladies chroniques ou l'ensemble des troubles psychiatriques. La confusion est du reste alimentée par les différentes notions que l'on rencontre dans les textes juridiques belges pour qualifier des personnes susceptibles d'être en situation de handicap : élèves « à besoins spécifiques », « invalides », « malades de longue durée »...

6. Spécificités du système de la Convention. Dans le chef du juriste familier de la C.D.P.H. et du droit des droits fondamentaux, la faible attention

²⁴ Sur cette fonction classiquement reconnue au *soft law*, cf. entre autres Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode », *op. cit.* On relèvera à cet égard que l'entrée en vigueur de la C.D.P.H. n'a pas diminué la prégnance du *soft law*, dont la prise en compte par les juges, et en particulier la Cour européenne des droits de l'homme, continue à se heurter – ici comme ailleurs – à des carences méthodologiques.

²⁵ Ainsi, l'obligation de réaliser progressivement les droits-créances implique en principe l'interdiction de diminuer le niveau de protection d'ores et déjà garanti au droit considéré (voy. à ce sujet : I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles-Athènes-Baden-Baden, Bruylant-Sakkoulas-Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, 693 p.). Sur les différents effets susceptibles d'être produits par des droits fondamentaux dépourvus d'effet direct, voy. entre autres, à propos de la C.D.P.H., A. d'ESPALLIER, St. SOTTIAUX et J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, *op. cit.*, spéc. pp. 46 à 56.

²⁶ Cf. *infra*, nos 41 et s. sur cette notion. Comp. avec l'affirmation suivante du Comité : « Promouvoir l'égalité et lutter contre la discrimination sont des obligations transversales de réalisation immédiate. Elles ne peuvent faire l'objet d'une réalisation progressive » (Observation générale n° 6, précitée, § 12).

portée à cette Convention pourrait tenir au décalage entre la vision ancrée dans ses dispositions, telles qu'interprétées par les membres du Comité des droits des personnes handicapées, et celle des organes de contrôle belges et internationaux. Le texte de la Convention et ses interprétations par le Comité suggèrent en effet une égalité et une inclusion totales dans la société. Ils défendent, sans concession, le principe de départ selon lequel les personnes habituellement considérées comme incapables sont capables, moyennant la mise en place d'un modèle d'assistance et d'accompagnement – afin d'exercer l'ensemble de leurs droits – hyper développé et individualisé permettant une autonomie maximale dans tous les aspects de la vie (vie privée, éducation, emploi, vie sociale...). Aux yeux du Comité, en effet, l'attention portée au « dilemme de la différence »²⁷ justifie, dans le droit fil du texte dont il assure la garde, de ne pas se cantonner à l'interdiction de la discrimination directe mais d'avoir aussi égard à l'égalité réelle, en cherchant à consacrer l'égalité des chances par l'interdiction de la discrimination indirecte et l'obligation d'aménagement raisonnable²⁸. Le Comité ne semble par contre pas envisager que l'attention portée au « dilemme de la différence » et à la diversité des personnes handicapées puisse le cas échéant conduire à une différence de traitement dûment justifiée²⁹. Il semble au contraire adhérer à une vision absolue du principe d'égalité : toute distinction de traitement est nécessairement discriminatoire, alors que la théorie générale des droits fondamentaux admet qu'à l'instar de la plupart des autres droits de l'homme³⁰, le principe d'égalité souffre des restrictions si leur caractère objectif et raisonnable est démontré³¹.

On prendra deux exemples pour illustrer notre propos. Premier exemple : la C.D.P.H. reconnaît aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, la capacité juridique dans tous les domaines³², avec pour conséquence, selon l'interprétation du Comité, que, même en période de crise, une personne handicapée ne peut être internée ou subir un traitement contre sa volonté³³.

²⁷ On vise sous cette expression la difficulté de savoir si la situation des personnes handicapées appelle « un régime d'égalité qui ignore les différences, ou qui y répond spécifiquement » (M. VANDERSTRAETEN, « Définir, c'est exclure : le cas du handicap », *R.I.E.J.*, n° 2015.74, p. 103).

²⁸ Observation générale n° 6, précitée, § 10.

²⁹ Cf. cependant la jurisprudence citée *supra*, note 19.

³⁰ Tous sauf ceux déclarés indérogeables comme le droit à la vie ou l'interdiction de traitements inhumains et dégradants.

³¹ Pourtant, à l'instar de la législation anti-discrimination belge, certaines dispositions de la Convention semblent permettre cette différence de traitement. Cf. art. 25, e, de la C.D.P.H. : « les États Parties interdisent dans le secteur des assurances la discrimination à l'encontre des personnes handicapées, qui doivent pouvoir obtenir à des conditions équitables et raisonnables une assurance maladie [...] ».

³² Art. 12 de la C.D.P.H. L'Observation générale n° 6 souligne à cet égard le lien fondamental entre les articles 5 et 12 de la C.D.P.H. (§ 47).

³³ Observation générale n° 1 du Comité des droits des personnes handicapées du 19 mai 2014 relative à l'article 12 (reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité), § 42 ; directives du Comité des droits des personnes handicapées de septembre 2015 à propos de l'article 14 de la C.D.P.H., §§ 6, 7 et 22. Au sens où l'entend le Comité, la capacité juridique renvoie à la capacité d'exercer ses droits fondamentaux, et se différencie de la capacité mentale qui désigne « la capacité d'une personne de

Cette position contraste avec celle du Comité des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans des cas exceptionnels et à de strictes conditions, autorisent pour leur part la privation de liberté de personnes aliénées, tout comme elles encadrent strictement les mesures coercitives susceptibles d'être appliquées à une personne internée³⁴. En réalité, le Comité tient le raisonnement suivant afin de sauvegarder le principe d'égalité : oui, une personne en situation de handicap peut être enfermée mais pas sur la base de son handicap ou de son état de santé, seulement en raison d'un comportement qui constituerait une infraction à la loi ; oui, elle devrait dans ce cas pouvoir accéder à un traitement, mais avec son consentement. À cette fin, le Comité recommande à l'État belge de réviser sa loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, estimant que « les personnes handicapées responsables d'avoir commis un crime doivent être jugées conformément à la procédure pénale ordinaire, sur un pied d'égalité avec les autres »³⁵.

Ainsi encore, le Comité considère, à propos de l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société, que « l'article 19 de la Convention reconnaît le droit de ne pas être obligé de vivre dans un milieu de vie particulier en raison de son handicap. Le placement en institution est discriminatoire en ce qu'il est révélateur d'une incapacité à créer, dans la société, des services d'appui aux personnes handicapées, qui sont contraintes de renoncer à leur participation à la vie de la société pour recevoir un traitement. Le placement des personnes handicapées en institution comme préalable à l'accès à des services publics de santé mentale constitue un traitement différencié fondé sur le handicap et il est, à ce titre, discriminatoire »³⁶. En 2014, le Comité onusien des droits des personnes handicapées avait déjà recommandé à la Belgique, au terme d'un bilan de son régime juridique relativement critique³⁷, d'« œuvrer pour une politique de désinstitu-

prendre des décisions, qui varie naturellement d'une personne à l'autre et peut également varier dans le cas d'une même personne en fonction de nombreux facteurs, y compris des facteurs environnementaux et sociaux » (Observation générale n° 1, précitée, § 13). Toujours selon le Comité, « les États parties ne doivent pas priver les personnes handicapées de leur capacité juridique, mais leur donner accès à l'accompagnement nécessaire pour leur permettre de prendre des décisions ayant un effet juridique » (§ 16) ; « L'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique doit respecter les droits, la volonté et les préférences des personnes handicapées et ne devrait jamais équivaloir à une prise de décisions substitutive » (§ 17).

³⁴ Voy. notamment l'Observation générale n° 35 du 16 décembre 2014 du Comité des droits de l'homme relative à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (liberté et sécurité de la personne), § 19 ; Cour eur. D.H., arrêt *M.S. c. Croatie* (n° 2), 19 février 2015.

³⁵ Observations finales du Comité, précitées, § 28.

³⁶ Observation générale n° 6, précitée, § 58. Voy. par ailleurs l'Observation générale n° 5, précitée, sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société qui supposent, selon les termes du Comité, « un cadre de vie *excluant toute forme d'institutionnalisation* » (§ 16, c ; souligné par nous). Et le Comité d'en tirer les conséquences, à savoir « l'abandon progressif du placement en institution et l'interdiction pour les États parties d'édifier de nouvelles institutions ».

³⁷ Cf. en ce sens le commentaire posté sur le site d'Unia, « Cinq ans après la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées : "Une mauvaise note pour la Belgique" » (www.unia.be/fr/articles/cinq-ans-apres-la-ratification-de-la-convention-des-nations-unies-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees-une-mauvaise-note-pour-la-belgique).

tionnalisation en réduisant les investissements dans l'infrastructure collective et en favorisant les choix personnels»³⁸. À première vue, ces directives apparaissent difficilement conciliables avec la position plus nuancée adoptée par le Comité européen des droits sociaux dans le cadre de la décision qu'il rendit à l'égard de la Belgique le 18 mars 2013³⁹. Dans le sillage de la C.D.P.H. et des instruments de *soft law* qui convergent largement en faveur d'un processus de désinstitutionnalisation⁴⁰, le Comité européen des droits sociaux reconnaît la nécessaire diversité des options à même de garantir ce droit⁴¹. Il n'en considère pas moins que l'article 14 de la Charte «risque d'être mis [...] à mal, si l'offre raisonnablement considérée [...] comme la mieux adaptée aux besoins (d)es personnes (en situation de grande dépendance), s'avère particulièrement déficiente»⁴², *quod est* en Belgique⁴³. Il reste qu'on devrait chercher à mieux comprendre le message que le Comité onusien entend faire passer. Il charge lourdement la notion d'institution, la culture institutionnelle qui rassemble et isole des personnes sur la base du handicap, qui les prive de liberté et du choix de leur mode de vie par une routine hospitalière dépersonnalisante et qui ne reconnaît pas (ou peu) leur capacité (juridique) à prendre des décisions et à gérer leur vie de manière autonome. Le Comité rejette effectivement ce modèle et demande que les personnes handicapées puissent vivre parmi nous dans la société ordinaire. Sa préférence porte sur le modèle de l'assistance personnelle, c'est-à-dire la mise à disposition d'une ou plusieurs personnes affectées, de jour comme de nuit si nécessaire, à des tâches d'assistance dans les gestes quotidiens de la vie ménagère, sociale et/ou professionnelle, accompagnée des soins médicaux requis.

Les divergences d'interprétation que l'on a relevées à titre exemplatif témoignent en tout cas de l'importance de ne se pas se limiter au texte de la

³⁸ Observations finales du Comité, précitées, § 33.

³⁹ Décision du Comité européen des droits sociaux du 18 mars 2013 rendue dans le cadre de la réclamation collective n° 75/2011, *F.I.D.H. c. Belgique*.

⁴⁰ Décision précitée, §§ 112 à 115.

⁴¹ Décision précitée, § 122; voy. également les §§ 63, 65-66 et 69-70, 135 et 170, qui relayent la position de la Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (F.I.D.H.), à l'initiative de la réclamation.

⁴² Décision précitée, § 122. *Adde* § 123.

⁴³ *Cf.*, pour une tentative de réconciliation de ces deux perspectives, celle du Comité des droits des personnes handicapées et celle du Comité européen des droits sociaux, le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Belgique du 14 au 18 septembre 2015, 28 janvier 2016, spéc. § 86 («Le Commissaire est préoccupé par la persistance d'un taux élevé d'institutionnalisation des personnes handicapées; en Belgique, le placement en institution est en effet considéré depuis longtemps comme la seule solution durable pour les personnes handicapées, ainsi que l'a souligné le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU») et § 92 («si les solutions autres que l'institutionnalisation sont insuffisantes dans l'ensemble du pays, la Belgique manque aussi depuis longtemps de places dans les institutions et les listes d'attente ne cessent de s'allonger. Nombre de personnes handicapées essuieraient des refus de la part d'institutions en raison de problèmes de comportement, de la nécessité d'un traitement lourd ou du manque de ressources financières. Par conséquent, les personnes handicapées qui ont le plus besoin d'une prise en charge urgente n'ont souvent pas accès aux institutions, comme l'a déploré le Comité européen des droits sociaux dans une décision de 2013. Le Comité a conclu à la violation, par la Belgique, de plusieurs dispositions de la Charte sociale européenne du fait que l'État belge ne crée pas de centres d'accueil et d'hébergement en nombre suffisant»).

C.D.P.H., tel que précisé par son interprète autorisé, mais d'également explorer les autres sources consacrant le droit à l'égalité et à la non-discrimination, de manière universelle ou catégorielle, exclusive ou parmi d'autres droits fondamentaux. Cela apparaît d'autant plus nécessaire que le Comité lui-même, soutenant des positions nouvelles et souvent peu comprises, a tendance à se tenir à l'écart d'une écriture du droit en réseau. Gageons, pourtant, qu'en se mettant à l'écoute et en cherchant à rentrer en dialogue avec les autres organes de contrôle internationaux⁴⁴, la vision du Comité gagnerait en rigueur, en légitimité et partant en effectivité.

7. C.D.P.H. et politiques publiques belges. Si l'attention portée à la Convention par les organes de contrôle internes apparaît encore limitée, il en va différemment au niveau politique où elle est déjà plus remarquée. Ces dernières années, plusieurs lois fédérales et fédérées ont en effet mis (partiellement) en œuvre des dispositions de la Convention et s'en revendiquent expressément. À titre d'exemple, la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014, modifie le point de départ de la protection juridique des personnes que l'on estime ne pas (ou plus) être en état de décider elles-mêmes de leur personne ou patrimoine. La loi part désormais du principe que la personne concernée reste capable dans la mesure du possible et, selon ses besoins, doit pouvoir bénéficier d'un soutien afin de faire ses choix et poser ses actes; on a déjà eu l'occasion de souligner que cette loi ne donnait pas entière satisfaction au Comité⁴⁵. Les autorités politiques flamandes ont, quant à elle, commandité une évaluation de leurs politiques publiques afin de savoir dans quelle mesure celles-ci promouvaient l'inclusion des personnes handicapées et étaient donc conformes, ou non, à la Convention⁴⁶. Elles ont aussi récemment décidé en Conseil des ministres de créer un Conseil consultatif flamand⁴⁷ afin de répondre à la recommandation du Comité⁴⁸.

B. La Convention européenne des droits de l'homme

8. En matière de droits fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme incarne certainement le traité le mieux connu du juriste

⁴⁴ Comme l'y invite du reste l'article 38, b, de la Convention : « dans l'accomplissement de son mandat, le Comité consulte, selon qu'il le juge approprié, les autres organes pertinents créés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en vue de garantir la cohérence de leurs directives en matière d'établissement de rapports, de leurs suggestions et de leurs recommandations générales respectives [...] ».

⁴⁵ Observations finales du Comité, précitées, §§ 23 et 24. Voy. aussi « Des législations qui s'inspirent de la Convention », Rapport annuel Unia, 2016, p. 55, consultable sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*.

⁴⁶ D. CUYPERS, St. KEUNEN et S. VAN DAMME, *In welke mate bevordert het Vlaamse beleid de inclusie van personen met een handicap?*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2017, 457 p. (disponible en ligne : https://intersentia.be/nl/pdf/viewer/download/id/9789400009059_0/).

⁴⁷ www.vlaanderen.be/nl/vlaamse-regering/beslissingenvlaamse-regering?page=2.

⁴⁸ Observations finales du Comité, précitées, § 10.

belge : parce que le Conseil de l'Europe est plus près de nous, parce que la Convention est dotée d'un organe de contrôle lui assurant un rayonnement exceptionnel compte tenu de l'autorité de chose jugée dont sont revêtues les décisions qu'il prononce. La jurisprudence de la Cour recèle du reste des enseignements intéressants en matière de handicap, en ce compris sous l'angle du principe d'égalité que la Cour n'hésite pas à enrichir en allant puiser dans les ressources d'autres systèmes juridiques, dont celui de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

L'article 14 de la Convention portant interdiction de discrimination est libellé de la manière suivante :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction 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 ».

C'est dans l'arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009 que, via l'article 14, la Convention onusienne fit sa première apparition dans la jurisprudence strasbourgeoise, alors même que la C.D.P.H. n'était pas encore entrée en vigueur au moment des faits et que l'État défendeur – la Suisse – ne l'avait pas signée à l'époque. Le juge strasbourgeois avait invoqué ce *hard law* en puissance, aux côtés d'une recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, pour établir l'existence d'« un consensus européen et universel sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires » et reconnaître, ce faisant, que « le champ d'application de (l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme) englobe l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap »⁴⁹. Pour rappel, en effet, la liste des motifs de discrimination mentionnés à l'article 14 est exemplative et non limitative.

C'est également sur la base de l'article 14 et de son interprétation à l'aune de normes de droit international – dont la C.D.P.H. – que le juge strasbourgeois a établi l'obligation à charge d'un établissement d'enseignement supérieur

⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, §§ 53 et 80. En l'espèce, le requérant invoquait une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné à l'article 8 de la même Convention, en raison de la taxe d'exemption du service militaire qu'il devait acquitter « alors qu'il était volontaire pour accomplir toute forme de service, militaire ou non, compatible avec le handicap mineur dont il souffrait » (un diabète) ; on rappelle à cet égard que l'article 14 de la Convention est dépourvu d'existence indépendante, à telle enseigne que son invocation doit nécessairement être couplée à celle d'un autre droit fondamental garanti par la Convention. Deux ans auparavant, la Cour avait reconnu, sur la base de l'article 14 combiné à l'article 2 du Protocole n° 1, l'existence d'une discrimination indirecte fondée non pas sur le handicap mais sur la race et l'origine ethnique. En l'espèce, cependant, les tests auxquels étaient soumis les élèves en vue de déterminer leur maintien dans l'enseignement ordinaire ou leur placement dans des écoles spéciales conduisaient à considérer une majorité significative d'élèves d'origine rom comme souffrant d'une déficience mentale – ce qui n'est évidemment pas sans lien avec le handicap (Cour eur. D.H., gr. ch., arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, spéc. §§ 182 et s.).

de procéder à des aménagements raisonnables au profit d'une étudiante atteinte de cécité⁵⁰.

L'article 14 de la Convention sert aussi de fondement à la déconstruction de stéréotypes. Jugé en ce sens, dans l'arrêt *Kiyutin c. Russie* du 10 mars 2011, que la marge nationale d'appréciation reconnue à l'État défendeur est réduite compte tenu de « la vulnérabilité particulière des personnes atteintes du VIH, soumises à des préjugés fondés le plus souvent sur l'ignorance des modes de transmission du virus »⁵¹.

On relèvera que si la Convention relative aux droits des personnes handicapées inspire indéniablement la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci ne cherche cependant pas toujours à indexer le niveau de protection des droits qu'elle protège sur celui offert par la Convention onusienne, au point que la doctrine a pu parler d'« occasions manquées »⁵², en particulier à propos de l'arrêt *M.S. c. Croatie* (n° 2) du 19 mai 2015⁵³.

C. La Charte sociale européenne

9. Contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte sociale européenne (révisée) – dont la première mouture fut adoptée en 1961⁵⁴ – contient une disposition expressément dédiée aux personnes handicapées, à savoir l'article 15 consacrant le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté⁵⁵.

⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Çam c. Turquie*, 23 février 2016. On y reviendra *infra*, n° 42.

⁵¹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2017/2, pp. 193 et 194 (en ce compris la note 17 qui, par contraste avec l'arrêt cité et une autre affaire similaire – Cour eur. D.H., arrêt *Novruk c. Russie*, 15 mars 2016, qui ne mobilise cependant pas la C.D.P.H. –, fait état d'une « occasion manquée »).

⁵² V. DAVID, « Ivino v. Croatia: legal capacity and the (missing) call for supportive decision-making », *Strasbourg Observers* (disponible en ligne : <https://strasbourgobservers.com/2014/10/23/ivinovic-v-croatia-legal-capacity-and-the-missing-call-for-supportive-decision-making/>); Th. STAES et J. DAMAMME, « External referencing by the ECtHR and human rights integration: (missed) opportunities for rights of persons with disabilities », in E. Bribosia et I. Rorive (éd.), *Towards a global and integrated approach of human rights: promises and challenges ?*, à paraître.

⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *M.S. c. Croatie* (n° 2), 19 février 2015. Cet arrêt illustre de façon presque paradigmatique la diversité des approches du handicap, mise en lumière par de multiples normes de *hard law* et de *soft law* parfois difficilement conciliables entre elles.

⁵⁴ Signée à Turin le 18 octobre 1961 et entrée en vigueur à l'égard de la Belgique le 15 novembre 1990, la Charte sociale européenne a vocation à compléter la Convention européenne des droits de l'homme en ajoutant aux droits civils et politiques consacrés par celle-ci, le catalogue de droits économiques et sociaux que, faute de volonté politique suffisante, l'on n'avait pas osé aborder en 1950. Le 3 mai 1996 fut enfin signée la Charte sociale révisée, laquelle est appelée à se substituer aux instruments originaires à l'égard des États qui l'ont ratifiée. La Belgique a ratifié cette Charte le 1^{er} mars 2004; elle est entrée en vigueur à son égard le 1^{er} mai 2004.

⁵⁵ Voy. à cet égard la décision du Comité européen des droits sociaux du 16 octobre 2017 en réponse à la réclamation collective n° 109/2014, *Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. Belgique*, dans laquelle « Le Comité rappelle avoir déjà dit que le champ d'application de l'article 15 englobait l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap (Conclusions 2003, Observation interprétative de l'article 15) » (§ 62). Et le Comité de poursuivre en rappelant également « que l'édu-

Pas davantage que la Convention européenne des droits de l'homme, l'article E de la Charte sociale européenne révisée, consacré à la non-discrimination, n'interdit par contre explicitement les distinctions fondées sur le handicap⁵⁶. À l'instar de la jurisprudence strasbourgeoise, le Comité européen des droits sociaux n'en considère pas moins que le handicap «est couvert de manière adéquate par la référence de la disposition à "toute autre situation"»⁵⁷. Dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux qui en assure le contrôle, les moyens invoqués en vue de dénoncer les situations auxquelles sont confrontées les personnes handicapées, ou certaines d'entre elles, comptent, si pas systématiquement, en tout cas très souvent un argumentaire basé sur la violation du principe d'égalité. Plus précisément, les requérants ont tendance à rédiger leurs moyens d'une manière telle qu'ils invoquent une violation de l'un ou l'autre droits fondamentaux consacrés par la Charte, lus isolément ou combinés à l'article E, qui, selon la jurisprudence du Comité, «ne constitue [...] pas un droit autonome qui pourrait offrir à lui seul à une réclamation un fondement suffisant»⁵⁸. À son tour, le Comité conclut le plus souvent à la violation des droits fondamentaux pris isolément et lus en combinaison avec l'article E⁵⁹.

cation inclusive implique la fourniture de soutien et d'aménagements raisonnables dont les personnes handicapées sont en droit d'attendre en vue d'accéder effectivement aux écoles», avant de conclure qu'«en l'espèce, l'État a enfreint le droit des enfants de ne pas subir de discrimination dans la jouissance du droit que leur confère l'article 15, § 1^{er}, de la Charte. Le Comité considère, en conséquence, que la discrimination fondée sur la déficience intellectuelle résulte également du refus de mettre en place des aménagements raisonnables» (§§ 72 et 73). La prise en compte de l'exigence d'égalité est également affirmée par le Comité dans le cadre de l'article 17 de la Charte : «De même que pour ses constatations au titre de l'article 15, § 1^{er}, le Comité réaffirme que les allégations relatives à la discrimination fondée sur le handicap doivent être prises en considération au titre de l'article 17» (§ 103 de la décision précitée).

⁵⁶ «La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation».

⁵⁷ Décision du Comité européen des droits sociaux du 4 novembre 2003 rendue dans le cadre de la réclamation collective n° 13/2002, *Autisme-Europe c. France*, § 51 ; décision du Comité européen des droits sociaux du 18 mars 2013 rendue dans le cadre de la réclamation collective n° 75/2011, *F.I.D.H. c. Belgique*, § 206.

⁵⁸ Décision précitée du 4 novembre 2003, *Autisme-Europe c. France*, § 51.

⁵⁹ Décision précitée du 4 novembre 2003, *Autisme-Europe c. France*, (violation des articles 15, § 1^{er}, et 17, § 1^{er}, tant pris isolément que lus en combinaison avec l'article E) ; décision du Comité européen des droits sociaux du 3 juin 2008 en réponse à la réclamation collective n° 41/2007, *Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales c. Bulgarie* (violation de l'article 17, § 2, isolément et en combinaison avec l'article E) ; décision précitée du 18 mars 2013, *F.I.D.H. c. Belgique*, (violation de l'article 14, § 1^{er}, lu isolément et combiné à l'article E, et des articles 16 et 30) ; décision du Comité européen des droits sociaux du 11 septembre 2013 rendue dans le cadre de la réclamation collective n° 81/2012, *Action européenne des handicapés c. France*, (violation de l'article 15, § 1^{er}, isolément et combiné avec l'article E) ; décision précitée du 16 octobre 2017, *Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. Belgique*, § 92 (violation des articles 15, § 1^{er}, et 17, § 1^{er} ; si les griefs pris de la violation de ces dispositions combinées avec l'article E sont rejetés, encore faut-il souligner que le Comité avait très largement intégré la vérification du contrôle du principe d'égalité dans le cadre de l'examen des articles 15 et 17, seule la question d'une discrimination potentielle fondée sur l'origine socio-économique ayant été examinée sous l'angle de l'article E lu en combinaison avec les articles 15, § 1^{er}, et 17 de la Charte).

Le Comité a jugé à cet égard que pour assurer un égal traitement conforme à l'article E, il faut bannir « toutes les formes de discrimination indirecte, que peuvent révéler soit les traitements inappropriés de certaines situations, soit l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs »⁶⁰. Dans une décision rendue à l'égard de la Belgique, le Comité considéra sur cette base que « lorsqu'ils prennent des mesures dans le domaine des services sociaux », les États parties doivent « tenir compte de la situation des personnes handicapées adultes de grande dépendance, afin d'assurer leur accès effectif aux avantages de la politique publique sur un pied d'égalité avec toute autre personne, même si cela implique que les personnes lourdement handicapées, en raison de la vulnérabilité qui leur est propre, soient traitées de manière plus favorable que les autres »⁶¹.

Si, pour des raisons en partie similaires à celles évoquées pour la C.D.P.H. (le discrédit continuant à entacher trop souvent les droits de la deuxième génération auxquels ce traité est dédié et l'absence de caractère juridiquement contraignant des décisions rendues par le Comité sur réclamations collectives), le système de la Charte a tendance à être sous-exploité, il n'en présente pas moins d'importantes ressources à considérer. Le Comité européen des droits sociaux nous semble en particulier manifester une considération bienvenue pour la diversité des handicaps, ce dont témoigne sa jurisprudence précitée concernant les adultes en situation de grande dépendance par rapport aux handicaps plus légers⁶². Comme on l'a évoqué plus haut, le Comité des droits des personnes handicapées se distancie quant à lui de cette position, à laquelle il ne fait pas écho.

D. Le droit primaire et dérivé de l'Union européenne

10. Article 19 du T.F.U.E. et directive 2000/78/CE. L'article 19 du T.F.U.E. (ancien art. 13 du T.C.E.) prévoit que, dans les limites de ses compétences, l'Union « peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée (entre autres) sur [...] un handicap ». C'est sur fondement de cette disposition que fut adoptée, en 2000 (c'est-à-dire six ans avant la C.D.P.H.), l'incontournable directive 2000/78. Celle-ci interdit toute discri-

⁶⁰ Décision précitée du 4 novembre 2003, *Autisme-Europe c. France*, § 52 ; décision précitée du 18 mars 2013, *F.I.D.H. c. Belgique*, § 206.

⁶¹ Décision précitée du 18 mars 2013, *F.I.D.H. c. Belgique*, § 209.

⁶² Il y a par contre une ambiguïté dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux entre les notions de discrimination indirecte et de discrimination passive, le Comité semblant tirer argument de l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* de la Cour européenne des droits de l'homme, qui consacre pour la première fois la notion de discrimination passive, pour asseoir, sur le fondement de l'article E de la Charte sociale européenne révisée, l'interdiction de « toutes les formes de discrimination indirecte » (décision précitée du 4 novembre 2003, *Autisme-Europe c. France*, § 52). Cette ambiguïté semble avoir été levée à la faveur de la décision précitée du 11 septembre 2013, *Action européenne des handicapés c. France*, § 133. Sur le recouvrement partiel entre les notions de discrimination passive et de discrimination indirecte, voy. *infra*, n° 40.

mination directe ou indirecte fondée, entre autres, sur le handicap en matière d'emploi et de travail⁶³. Le harcèlement est assimilé à une discrimination, tout comme est incriminé le fait d'«enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre (notamment) de personnes handicapées»⁶⁴. Enfin, la directive impose, en matière de handicap seulement, le recours à des aménagements raisonnables. Dans les limites des compétences conférées à l'Union européenne, la directive 2000/78 s'applique à tous les stades de la relation de travail, du recrutement au licenciement, et ce, tant pour le secteur public que le secteur privé⁶⁵.

À ce jour, une dizaine d'arrêts sont venus préciser les contours de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap établie par la directive 2000/78. Parmi eux, l'arrêt *HK Danmark*, du nom d'un syndicat de travailleurs, eut un impact considérable, tant parce qu'il délimite la notion de handicap par rapport à celle de maladie, que parce qu'il fait application des notions d'aménagement raisonnable et de discrimination indirecte⁶⁶.

La directive 2000/78 a donné lieu, en Belgique, à des lois de transposition aux niveaux fédéral et fédérés, à l'origine d'obligations dans les rapports entre particuliers⁶⁷.

On signale encore que la Commission européenne a proposé le 2 juillet 2008 une nouvelle directive anti-discrimination «biens et services», avec pour objectif d'étendre la protection des citoyens européens contre la discrimination aux domaines de la protection sociale, de la santé, de l'éducation, du logement et de l'accès aux biens et services. Dix ans plus tard, cette directive n'a toujours pas été adoptée au regret des différentes institutions belges œuvrant pour l'égalité⁶⁸. Si le cadre juridique belge est l'un des plus avancés (19 critères protégés et couverture des biens et services), l'adoption de cette directive permettrait de saisir la Cour de justice de l'Union européenne en ces domaines.

11. Charte des droits fondamentaux. Proclamée à Nice le 7 décembre 2000 et aujourd'hui annexée au traité de Lisbonne qui lui confère une valeur juridique équivalente aux T.U.E. et T.F.U.E.⁶⁹, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient également des dispositions pertinentes pour la thématique qui nous retient. L'article 21 de la Charte interdit, à la suite

⁶³ Art. 1^{er} de la directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁶⁴ Art. 2, §§ 3 et 4, de la directive 2000/78.

⁶⁵ Art. 3, § 1^{er}, c, de la directive 2000/78.

⁶⁶ C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. jtes C-335/11 et C-337/11. Sur les notions d'aménagements raisonnables et de discriminations indirectes, voy. *infra*, n^{os} 36 et s.

⁶⁷ Voy. *infra*, n^o 14. Voy. aussi la contribution d'Alix Ernoux et Patrick Wautelet dans le présent ouvrage.

⁶⁸ Voy. UNIA, «Pour une "Directive horizontale" au niveau européen», 2 juillet 2018, www.unia.be/fr/articles/pour-une-directive-horizontale-au-niveau-europeen. Pour le dernier rapport sur l'état d'avancement de la présidence du Conseil de l'Union européenne, 8 juin 2018 : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9734-2018-INIT/en/pdf>.

⁶⁹ Art. 6 du T.U.E.

de la clause générale d'égalité de l'article 20, toute discrimination fondée, entre autres, sur le handicap⁷⁰.

À l'instar des dispositions qui le précèdent, l'article 26 de la Charte s'adosse au droit à l'égalité et à la non-discrimination garanti par les articles 20 et 21 pour reconnaître à une catégorie de personnes vulnérables en particulier le droit à l'intégration, qui lui-même présuppose que d'autres droits proclamés par la Charte soient reconnus sur un pied d'égalité aux personnes handicapées⁷¹. L'on perçoit une fois de plus la prégnance de l'égalité en matière de handicap. On aurait en effet pu s'attendre à ce que le droit à l'intégration des personnes handicapées se retrouve sous le titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, concernant la solidarité⁷². Le parti a pourtant été pris de le garantir à l'article 26 de la Charte, qui correspond au dernier des sept articles du titre III relatif à l'égalité. C'est parce que les personnes handicapées bénéficient des mêmes droits que tout être humain, et que l'origine de leur handicap ne réside pas tant dans des déficiences qui leur sont propres que dans l'organisation de la société, qu'elles doivent pouvoir prétendre, à l'instar de toute personne, à l'autonomie, à l'intégration sociale et professionnelle et à la participation à la vie de la communauté, pour reprendre les termes de l'article 26.

L'incidence des dispositions de la Charte au sein de l'ordre juridique belge est cependant plus limitée que celles des autres traités mentionnés, dans la mesure où elles requièrent, pour être invocables, de présenter un point de contact avec le droit européen⁷³.

12. Ratification de la C.D.P.H. Dans l'environnement normatif au sein duquel s'inscrit l'article 26 de la Charte, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 occupe une place de premier ordre dans la mesure où elle a été ratifiée par l'Union européenne, ce qui est suffisamment original pour être souligné. À l'échelle de l'ordre juridique européen, le coup d'envoi des négociations a été donné en mai

⁷⁰ Voy. E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, «Article 20. Égalité en droit» et «Article 21. Non-discrimination», in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 469 à 488 et 489 à 514.

⁷¹ R. FORASTIERO, «The Charter of Fundamental Rights and the Protection of Vulnerable Groups: Children, Elderly People and Persons with Disabilities», in G. PALMISANO (dir.), *Making the Charter of Fundamental Rights a living instrument*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, pp. 165 à 198. Voy. aussi K. CHAINOGLU, «The framework for protecting the rights of persons with mental disabilities in Europe. Improved Protection for a Growing Yet Marginalised Group», *Cyprus Human Rights Law Review*, vol. 2012/1, pp. 157 à 183.

⁷² Cf. M. BORGETTO et R. LAFORE, «Article II-86», in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) et al., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 362 et 363, n° 11.

⁷³ Cf. l'article 51 de la Charte, qui est cependant interprété de plus en plus soupagement, en ce compris au contentieux du handicap (cf., en ce sens, C.J.U.E., 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12). En doctrine, cf. entre autres F. PICOD, «Article 51. Champ d'application», in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 1059 à 1082.

2004⁷⁴, tandis que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention résulte de la décision du Conseil du 26 novembre 2009⁷⁵ pour une entrée en vigueur le 22 janvier 2011. La décision du Conseil est notamment fondée sur l'article 13 du T.C.E. On aperçoit, ici encore, le rôle central joué en la matière par le principe d'égalité qui tient lieu de trait d'union entre les compétences de l'UE et la philosophie sous-jacente à la Convention onusienne⁷⁶. La décision 2010/48/CE compte, parmi ses annexes, une déclaration qui, en vue de circonscrire le périmètre d'action de l'UE dans les questions régies par la Convention, identifie les compétences exclusives⁷⁷ et partagées⁷⁸ qui ont été attribuées à l'Union en la matière, tout en précisant que l'étendue et l'exercice de celles-ci sont destinées à évoluer⁷⁹. Un appendice à cette annexe énumère ensuite une cinquantaine d'actes de droit dérivé ayant trait à ces questions et concernant respectivement l'accessibilité, l'autonomie et l'inclusion sociale, le travail et l'emploi, la mobilité personnelle, l'accès à l'information, les statistiques et la collecte de données ou encore la coopération internationale. Parmi les actes en lien avec l'autonomie et l'inclusion sociale, le travail et l'emploi, figure sans surprise, en premier lieu, la directive 2000/78, à laquelle l'énumération ne se réduit cependant pas, loin de là.

Bien que contrairement au Conseil de l'Europe, l'Union européenne soit partie à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, celle-ci ne nous paraît pas avoir produit davantage d'effets dans cette enceinte. Là aussi, la Convention onusienne influence le droit de l'Union européenne mais dans des limites relativement contenues, qui, somme toute, l'apparentent à du *soft law*.

Un premier effet tangible de l'existence de la C.D.P.H. se manifeste au niveau de la définition du handicap⁸⁰. En revanche, les effets juridiques produits par la C.D.P.H. dans l'ordre juridique de l'Union apparaissent limités. La Cour

⁷⁴ D. ZARU et M. ZUBER, «The EU as a Party of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Implications for the Coherence of Internal and External EU Human Rights Policies», *European Yearbook on Human Rights*, 2010, p. 172.

⁷⁵ Décision du Conseil 2010/48/CE du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

⁷⁶ «Given the relevance of the principle of non-discrimination within the UNCRPD, Article 13 TEC openend the possibility to envisage the EC as party to the UNCRPD» (D. ZARU et M. ZUBER, «The EU as a Party of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Implications for the Coherence of Internal and External EU Human Rights Policies», *op. cit.*, p. 172). Voy. par ailleurs R. FORASTIERO, «The Charter of Fundamental Rights and the Protection of Vulnerable Groups: Children, Elderly People and Persons with Disabilities», *op. cit.*, spéc. p. 188, n° 44.

⁷⁷ «[E]n ce qui concerne la compatibilité des aides d'État avec le marché commun et le tarif douanier commun».

⁷⁸ «[E]n ce qui concerne les mesures destinées à combattre la discrimination fondée sur le handicap, la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux, l'agriculture, le transport par chemin de fer, par route, par voie navigable et par voie aérienne, la fiscalité, le marché intérieur, l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, la politique en matière de réseaux transeuropéens et les statistiques». En outre, l'Union «encourage la coopération entre les États membres et, si nécessaire, soutient et complète leur action en vue du développement d'un enseignement de qualité».

⁷⁹ Et ce, conformément à ce qu'exige l'article 44, 1, de la Convention.

⁸⁰ Cf. *infra*, n° 18.

de justice s'accorde, certes, pour considérer que la primauté de la Convention ratifiée par l'Union «sur les textes de droit dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec» celle-ci⁸¹. Mais le juge luxembourgeois se limite à reconnaître ce seul effet à la Convention : une interprétation conforme dans la mesure du possible. La Cour considère en effet qu'«étant donné que les dispositions de la convention de l'ONU sur le handicap sont subordonnées, dans leur exécution ou dans leurs effets, à l'intervention d'actes ultérieurs relevant des parties contractantes, les dispositions de cette convention ne constituent pas, du point de vue de leur contenu, des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises permettant un contrôle de la validité de l'acte du droit de l'Union au regard des dispositions de ladite convention»⁸² ; point d'effet direct, donc point de contrôle de conformité. Au mieux, la Convention onusienne tient lieu de programme à l'égard des États parties, pour reprendre la qualification retenue dans l'arrêt *Z.* de la Cour de justice⁸³. Cette assertion à propos d'une convention garantissant des droits de toutes générations confondues est à rebours des standards actuels de la théorie générale des droits fondamentaux. Le Comité européen des droits sociaux, le Comité onusien sur les droits des personnes handicapées, la Cour européenne des droits de l'homme pratiquent de tels contrôles de conformité sans se soucier de l'effet direct ou non des dispositions de la Convention, et ce n'est que logique⁸⁴.

E. La Constitution belge

13. Contrairement aux articles 14 de la Convention européenne et E de la Charte sociale européenne révisée, les articles 10 et 11 de la Constitution ont une existence indépendante. Ils prohibent toute forme de discrimination fondée sur n'importe quel critère de différenciation, étant entendu qu'ils n'établissent aucune liste de critères interdits.

La garantie constitutionnelle d'égalité peut être évoquée seule ou combinée avec d'autres droits fondamentaux en vue de dénoncer une discrimination dans la jouissance de ceux-ci. La Cour constitutionnelle peut notamment exer-

⁸¹ C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. jtes C-335/11 et C-337/12, §§ 28 et 29. En ce sens également : C.J.U.E., 18 mars 2013, *Z.*, C-363/12, §§ 72 et 75 ; C.J.U.E., 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, § 70.

⁸² C.J.U.E., arrêt *Glatzel*, précité, § 69. À l'appui de cette affirmation, la Cour renvoie à l'arrêt *Z.*, précité, §§ 89 et 90.

⁸³ C.J.U.E., arrêt *Z.*, précité, § 88.

⁸⁴ Voy. A. BAILLEUX et I. HACHEZ, «Another look at *Glatzel* of principles and discriminations», in E. Brems (dir.), *Rewriting Integrated Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2017, pp. 351-377. *Adde* : A. BAILLEUX, «Le droit international, (res)source du droit de l'Union européenne», in I. Hachez (dir.) *et al.*, *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *La théorie des sources du droit*, Bruxelles-Limal, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis-Anthemis, 2013, pp. 341 à 383 ; I. HACHEZ, obs. sous C.C., n° 106/2003, in S. van Drooghenbroeck (dir.), *Droit international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 174 à 186.

cer, par ce biais, un contrôle indirect de conformité des lois, décrets et ordonnances aux dispositions internationales ayant ou non effet direct⁸⁵.

Dans la foulée des textes internationaux que l'on vient de citer, il fut proposé en 2010 d'adopter une disposition constitutionnelle spécifiquement consacrée aux personnes handicapées⁸⁶. Cette proposition ne fut cependant pas suivie d'effet.

F. Les lois « anti-discrimination » en matière de handicap

14. La politique de lutte contre la discrimination, comme les droits de l'homme en général, « ne forment pas une matière en soi mais relèvent de la compétence de l'autorité fédérale ou des entités fédérées, selon la compétence exercée »⁸⁷. Tout juge confronté à un moyen pris de la violation du principe de

⁸⁵ Voy. notamment C.C., 12 décembre 2007, n° 153/2007 : « L'article 4 de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées viole les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec son article 191, avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à cette convention en ce qu'il exclut du bénéfice des allocations aux personnes handicapées l'étranger inscrit au registre de la population par suite d'une autorisation d'établissement dans le Royaume ». Dans son arrêt n° 134/2013 du 10 octobre 2013, la Cour a par contre rejeté le recours en annulation du décret de la Région flamande du 25 mai 2012 portant l'organisation du vote numérique lors des élections locales et provinciales. Le requérant invoquait la violation des articles 10 et 11 de la Constitution pour notamment faire valoir que la procédure prévue pour exprimer un vote électronique est inadaptée à la situation de l'électeur affecté d'un handicap visuel et de l'électeur qui ne sait pas lire, avec pour conséquence que ceux-ci ne sont pas en mesure de confirmer leur vote. Il alléguait qu'un électeur affecté d'un handicap visuel n'est pas en mesure de vérifier si le code-barres scanné correspond au vote qu'il a exprimé. La Cour n'a pas suivi l'argument, au motif que la loi prévoit la possibilité de se faire accompagner ou assister pour l'électeur qui, à la suite d'une infirmité physique, se trouve dans l'impossibilité de se rendre seul dans l'isoloir ou d'exprimer lui-même son vote (art. 138, § 2, al. 1^{er}, du décret relatif à l'organisation des élections locales et provinciales).

⁸⁶ Proposition de révision de la Constitution visant à insérer, au titre II de la Constitution, un article 22ter garantissant le droit des personnes handicapées de bénéficier des mesures appropriées qui leur assurent l'autonomie et une intégration culturelle, sociale et professionnelle, proposition de révision de la Constitution visant à modifier le titre II de la Constitution afin d'y insérer un article 22ter nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, proposition de révision de la Constitution visant à insérer, au titre II de la Constitution, un article 22ter garantissant le droit des personnes handicapées de bénéficier de certaines mesures, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2009-2010, n° 4-1531/3.

⁸⁷ La jurisprudence de la Cour constitutionnelle et celle du Conseil d'État sont désormais constantes sur ce point. Dans trois avis rendus à propos des chiens d'assistance, la section de législation avait ainsi rappelé que, par principe, la matière formée par la politique des handicapés relève de la compétence des Communautés (en l'occurrence, et sur la base de ce que permet l'article 138 de la Constitution, la Communauté française a transféré l'exercice de cette compétence à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, pour ce qui concerne Bruxelles). Les avis précités du Conseil d'État n'en affirment pas moins que les compétences des Communautés connaissent à leur tour des limites, liées entre autres à d'autres attributions de compétences. « Les autorités compétentes (– fédérale ou régionale –) sont, sur la base de ces autres attributions, habilitées à prévoir de manière adéquate des réglementations particulières dans le cadre de leurs compétences, qui s'adressent spécifiquement aux handicapés, sans pouvoir rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences en principe communautaires en ces matières ». Et le Conseil d'État d'illustrer cet enseignement en affirmant que « les législateurs compétents en matière d'urbanisme ou de télécommunications peuvent adopter en principe des dispositions s'adressant, dans ces matières, aux handicapés » (avis du Conseil d'État n° 44.271/1 du 25 mars 2008,

l'égalité devra donc préalablement identifier la matière dont relève le différend pour déterminer la législation anti-discrimination applicable⁸⁸.

Au niveau fédéral, c'est la loi dite «anti-discrimination» du 10 mai 2007 qui, parmi les trois lois constituant la législation anti-discrimination⁸⁹, est d'application en matière de handicap⁹⁰. Cette loi étend le champ d'application de la directive 2000/78, dont elle constitue la transposition, à l'ensemble des domaines qu'elle embrasse : emploi et formation professionnelle mais aussi secteur des biens et services, protection sociale, avantages sociaux et régimes complémentaires de sécurité sociale, mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal, affiliation et engagement syndical, ainsi que toute activité économique, sociale, culturelle et politique⁹¹. Il en va de même des dispositifs normatifs adoptés par les entités fédérées pour lutter contre la discrimination dans les matières relevant de leurs compétences. Chaque entité fédérée dispose ainsi de son propre cadre législatif «anti-discrimination», qui s'applique à toutes ses compétences et vise entre autres le critère du handicap⁹². Seul le législateur bruxellois a adopté des ordonnances «anti-discrimination» différentes en fonction des matières régionales visées, telles que le logement, les biens et services, l'emploi privé ou l'emploi public régional⁹³.

Doc., A.C.C.C., sess. ord. 2007-2008, p. 19 ; on précise que le contenu de cette note est issu du support écrit d'une intervention conjointe d'Isabelle Hachez et Sébastien van Drooghenbroeck dans le cadre de l'après-midi d'étude du 27 avril 2017 sur l'enseignement supérieur inclusif). Sur la répartition des compétences en matière de handicap, voy. par ailleurs I. HACHEZ et M. EL BERHOUMI, « Lorsque l'inclusion se décrète : le décret de la Commission communautaire française du 17 janvier 2014 relatif à l'inclusion de la personne handicapée », *R.I.E.J.*, 2015, n° 74, spéc. pp. 74 à 80.

⁸⁸ Sur les conséquences parfois décisives de cette étape sur l'issue du litige, cf. S. VAN DROOGHENBROECK, « Fitness “Ladies Only” et répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination. Vérité à Liège, erreur à Bruxelles ? », *J.T.*, 2015, n° 6588, pp. 43 à 46.

⁸⁹ Loi dite «genre», loi dite «anti-racisme» et loi dite «anti-discrimination».

⁹⁰ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, entrée en vigueur le 9 juin 2007, et, avant elle, loi du 25 février 2003, dont certaines dispositions ont été annulées par la Cour constitutionnelle.

⁹¹ Art. 5 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁹² Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination ; décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination tel que modifié par les décrets du 19 mars 2009 et 12 janvier 2012 ; décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination ; décret de la Communauté flamande du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement.

⁹³ Ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise (emploi-fonction publique) ; ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi (emploi) ; ordonnance du 17 juillet 2003 portant Code bruxellois du logement (logement) ; ordonnance du 5 octobre 2017 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et à promouvoir l'égalité de traitement (biens et services, activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public). Unia plaide pour une ordonnance-cadre «anti-discrimination» en Région de Bruxelles-Capitale : www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/recommandations-dunia/pour-une-ordonnance-cadre-antidiscrimination-en-region-de-bruxelles-capital.

Ces différentes lois de transposition imposent donc le respect du principe d'égalité jusques et y compris dans les relations entre particuliers. À côté de ces législations générales, des dispositifs spécifiques de lutte contre les discriminations basées sur le handicap sont à souligner, comme les décrets relatifs à l'accessibilité des chiens d'assistance⁹⁴.

Section 2

Les bénéficiaires

15. Les dispositifs anti-discriminatoires consacrés par les différentes sources évoquées bénéficient aux personnes en situation de handicap. Ce faisant, ils visent tout autant les personnes dont le handicap est établi (A) que celles dont on suppose qu'elles ont un handicap (B) et les personnes qui sont associées à une personne handicapée (C)⁹⁵.

A. La personne en situation de handicap

16. Approches médicale et sociale. Le handicap se prête à deux approches au moins. La définition médicale du handicap met l'accent sur les déficiences de la personne handicapée, considérée comme un objet de soins, tandis que l'approche sociale envisage le handicap comme la conséquence d'un environnement inadapté et voit la personne comme un sujet de droit. D'où l'expression aujourd'hui privilégiée de « personne en situation de handicap » pour désigner celui ou celle que l'on qualifie parfois encore également de « personne handicapée »⁹⁶.

17. Système de la Convention. Si d'aucuns, parmi lesquels le Comité des droits des personnes handicapées⁹⁷, attribuent à la Convention une approche exclusivement sociale du handicap, les indications fournies par l'article 1^{er} de la C.D.P.H. la situe en réalité à la croisée des approches sociale et médicale. Cet article entend « par personnes handicapées des personnes qui présentent

⁹⁴ Décret flamand du 20 mars 2009 relatif à l'accessibilité des chiens d'assistance en un lieu public ; décret wallon du 23 novembre 2006 relatif à l'accessibilité des chiens d'assistance en un lieu public ; ordonnance bruxelloise du 18 décembre 2008 relative à l'accessibilité des chiens d'assistance en un lieu public.

⁹⁵ En ce sens : Observation générale n° 6, précitée, § 20.

⁹⁶ Au sujet de la définition du handicap, cf. entre autres J. DAMAMME, « La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, vol. 5, n° 5, pp. 836 à 858 ; M. VANDERSTRAETEN, « Définir, c'est exclure : le cas du handicap », *R.I.E.J.*, 2015, n° 74, spéc. pp. 92 à 99 et les références citées ; L. WADDINGTON, « "Not disabled enough" : how European Courts filter non-discrimination claims through a narrow view of disability », *E.J.H.R.*, 2015/1, pp. 11 à 35.

⁹⁷ Observation générale n° 6, précitée, § 8 : « La conception individuelle et la conception médicale du handicap empêchent l'application du principe d'égalité aux personnes handicapées. Selon le modèle médical du handicap, les personnes handicapées ne sont pas reconnues en tant que détentrices de droits mais sont plutôt "réduites" à leurs déficiences » ; § 9 : « Le modèle fondé sur les droits de l'homme tient pour entendu que le handicap est une construction sociale et que les déficiences ne sauraient être considérées comme un motif légitime pour empêcher ou restreindre l'exercice des droits de l'homme ».

des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres». Il est donc aussi bien question, dans cette définition, des incapacités durables propres à la personne considérée que des barrières extérieures à celle-ci qui compliquent son inclusion. C'est l'interaction de l'une et l'autre caractéristiques qui est constitutive de handicap. La voie médiane empruntée par les auteurs de la Convention nous paraît devoir être approuvée sans réserve dans la mesure où elle fait droit à l'expérience douloureuse du handicap inscrite parfois au plus profond du corps et de la psyché, sans nier par ailleurs l'incidence de l'environnement et, partant, le caractère partiellement construit du handicap. Bien comprise, l'approche sociale du handicap entend remettre la déficience dans son contexte; elle n'ignore pas sa réalité⁹⁸.

Cette compréhension particulièrement large du handicap retenue par la C.D.P.H. a influencé la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, avant d'imprégner à son tour l'ordre juridique belge.

18. Jurisprudence de la C.J.U.E. Depuis l'arrêt *HK*, le juge luxembourgeois aligne sa compréhension du handicap, au sens de la directive 2000/78, sur celle suggérée par la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées à laquelle l'Union européenne est partie⁹⁹. Il considère désormais que cette notion, non définie par la directive précitée¹⁰⁰ et bénéficiant d'une portée autonome, «doit être entendue comme visant une limitation de la capacité, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs»¹⁰¹. On doit cependant constater la

⁹⁸ En ce sens, on peut tout aussi bien prêter à la Convention une approche sociale du handicap ainsi comprise (c'est-à-dire intégrant les déficiences pour les appréhender dans un contexte plus large *versus* une attention exclusivement portée à l'organisation sociale) qu'une approche à la fois sociale et médicale. Ce sont à notre sens deux manières équivalentes de rendre compte de la définition du handicap suggérée par la C.D.P.H.

⁹⁹ Après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, la Cour de justice s'est en effet détournée de sa jurisprudence *Chacon Navas* qui, pour l'application de la directive anti-discrimination 2000/78, avait retenu une définition médicale du handicap mettant l'accent sur la déficience de la personne handicapée: «la notion de "handicap" doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle» (C.J.C.E., gr. ch., 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, § 43).

¹⁰⁰ Le Parlement européen a proposé d'ajouter, dans la proposition de directive destinée à compléter les directives anti-discrimination adoptées en 2000 (*cf. supra*, n° 10 *in fine*), une définition du handicap directement inspirée de la Convention onusienne. Voy. K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination, un *corpus juris* en quête de cohérence», in Chr. Bayart, St. Sottiaux et S. van Drooghenbroeck (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruxelles-Bruges, la Chartre-die Keure, 2010, p. 86; M. VANDERS-TRAETEN, «Définir, c'est exclure: le cas du handicap», *op. cit.*, spéc. pp. 96 et 97.

¹⁰¹ C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. jtes C-335/11 et C-337/11, spéc. §§ 36 à 38; C.J.U.E., gde ch., 18 mars 2013, Z., C-363/12, spéc. §§ 76 à 82; C.J.U.E., 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, § 45; C.J.U.E.,

restriction qui affecte cette définition par rapport à la perspective ouverte par la Convention onusienne : à l'échelle de l'Union européenne, le juge la cantonne au domaine professionnel auquel se limite la directive 2000/78¹⁰².

Bien qu'elle constitue indéniablement une avancée sur le plan des principes, l'élargissement de la définition en vue d'intégrer la dimension sociale du handicap était dépourvu d'incidence dans l'arrêt *HK*¹⁰³ ; elle l'est tout autant dans la récente affaire *Ruiz Conejero*. Dans ces deux affaires, était par contre déterminante la question de savoir si un état pathologique causé par une maladie pouvait relever de la notion de handicap. Si une maladie entraîne une limitation telle que celle évoquée dans la définition susmentionnée¹⁰⁴ et que cette maladie est de longue durée¹⁰⁵, elle peut relever de la notion de handicap au sens de la directive 2000/78, sans qu'il soit par ailleurs nécessaire que ce handicap implique l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle¹⁰⁶ : tel est l'enseignement livré par la jurisprudence de la Cour. Il a ainsi été jugé que la luxation d'un coude, à la suite d'un accident du travail, entraînant une mise sous plâtre prolongée, pouvait relever de la notion de handicap¹⁰⁷. Il est par ailleurs établi depuis l'arrêt *FOA* du 18 décembre 2014 qu'un état d'obésité est susceptible d'être qualifié de handicap, au sens de la directive 2000/78, lorsqu'il

18 décembre 2014, *FOA*, C-354/13, spéc. §§ 53 à 59 ; C.J.U.E., 1^{er} décembre 2016, *Daouidi*, C-395/15, §§ 42 à 54 ; C.J.U.E., 9 mars 2017, *Petya Milkova*, C-406/15, § 36 ; C.J.U.E., 18 janvier 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, § 28.

¹⁰² Cf. à cet égard I. HACHEZ, « Commentaire de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif à l'intégration des personnes handicapées », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 602, n° 9 et les références citées.

¹⁰³ Voy. en ce sens le point 28 des conclusions de l'Avocat général Kokott présentées le 6 décembre 2012 dans le cadre de l'affaire *HK* : « Dans les affaires qui nous intéressent ici, le nœud du problème ne se rapporte toutefois pas aux "barrières" dont il est question dans cette définition ».

¹⁰⁴ « La maladie en tant que telle », qui n'engendre pas une telle limitation, « ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination » (§ 57 de l'arrêt *Chacon Navas* ; § 42 de l'arrêt *HK*). Jugé par ailleurs dans l'arrêt *Z.* du 18 mars 2014 que « l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels, en elle-même, ne constitue pas, en principe, un empêchement pour la mère commanditaire d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. En l'occurrence, il ne ressort pas de la décision de renvoi que l'affection dont souffre M^{me} Z. ait entraîné par elle-même une impossibilité, pour l'intéressée, d'accomplir son travail ou ait constitué une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que l'affection dont souffre M^{me} Z. ne constitue pas un "handicap", au sens de la directive 2000/78, et que, en conséquence, cette directive, et notamment son article 5, n'est pas applicable dans une situation telle que celle en cause dans l'affaire au principal. Le fait que la mère commanditaire s'occupe de l'enfant depuis sa naissance, tel que mentionné dans la troisième question, n'est pas de nature à remettre en cause cette constatation » (§§ 81 et 82).

¹⁰⁵ C.J.U.E., arrêt *Chacon Navas*, précité, § 45. *Contra* : C.D.P.H., *SC c. Brésil*, communication n° 10/2013, décision du 2 octobre 2014.

¹⁰⁶ §§ 43 et 44 de l'arrêt *HK*, précité.

¹⁰⁷ C.J.U.E., arrêt *Daouidi*, précité, § 52 : « le fait que M. Daouidi relève du régime juridique de l'incapacité "temporaire" de travail, au sens du droit espagnol, n'est pas de nature à exclure la qualification de la limitation de la capacité de celui-ci comme étant "durable", au sens de la directive 2000/78, lue à la lumière de la convention de l'ONU ». Voy. aussi les §§ 53 à 57.

entraîne une limitation de la capacité du travailleur¹⁰⁸; peu importe à cet égard la cause de l'obésité¹⁰⁹, tout comme, de manière générale, l'origine du handicap importe guère¹¹⁰.

19. Jurisprudence belge. Cette définition généreuse du handicap, issue de la C.D.P.H. et avalisée par la Cour de justice, est largement reçue par les juges belges lorsqu'ils appliquent le droit anti-discriminatoire. L'on trouve ainsi dans la jurisprudence des références aussi bien à la C.D.P.H. qu'aux arrêts de la C.J.U.E. ou encore au Protocole d'accord de 2007¹¹¹. L'affection d'un certain type de diabète a ainsi été considérée, au sens de la loi anti-discrimination, comme un handicap au motif qu'il s'agissait d'une affection de longue durée qui entravait la participation à la vie professionnelle du travailleur¹¹². En se référant à la jurisprudence de la Cour de justice, la cour du travail de Liège a jugé que l'état d'obésité pouvait constituer un « handicap » pour condamner une auto-école qui avait refusé d'engager un candidat moniteur en raison de son surpoids¹¹³. La cour du travail de Bruxelles a, quant à elle, récemment estimé que les conséquences durables d'un cancer devaient être considérées comme un handicap¹¹⁴.

20. Politiques publiques belges. On précise cependant que la définition du handicap est loin d'être harmonisée au sein des différentes politiques publiques belges¹¹⁵. Cela tient notamment à l'éclatement des compétences en

¹⁰⁸ § 29 de l'arrêt *Ruiz Conejero*, précité, renvoyant aux §§ 59 et 60 de l'arrêt *FOA*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. not. J. DAMAMME, « How can Obesity fit within the Legal Concept of "Disability"? A comparative Analysis of Judicial Interpretations under EU and US Non-discrimination Law after Kaltoft », *European Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 8/1, pp. 147 à 179.

¹⁰⁹ § 56 de l'arrêt *FOA*, précité. Si, compte tenu, sans doute, du caractère semi-ouvert de la liste des motifs de discrimination prohibés de l'article 14, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais cherché, à notre connaissance, à définir la notion de handicap, elle n'en précise pas moins, par exemple, en mobilisant entre autres à cette fin la C.D.P.H., « que l'état de santé d'une personne, notamment un problème de santé tel que la séropositivité, doit être considéré comme un motif de discrimination relevant de l'expression "toute autre situation" employée dans le texte de l'article 14 de la Convention, en tant que handicap ou au même titre qu'un handicap » (Cour eur. D.H., arrêt *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, § 57. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *IB c. Grèce*, 3 octobre 2013, § 73).

¹¹⁰ « Il n'apparaît pas que la directive 2000/78 vise à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie. En effet, il irait à l'encontre de l'objectif même de cette directive, qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement, d'admettre que celle-ci puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap » (C.J.U.E., arrêt *HK*, précité, § 40).

¹¹¹ On reviendra *infra*, n° 43, sur ce Protocole d'accord conclu le 19 juillet 2007 entre l'ensemble des collectivités politiques belges à propos du concept d'aménagement raisonnable.

¹¹² C. trav. Anvers, 21 novembre 2011, R.G. n° 2010/AA/344, *Juristenkrant*, 2011, n° 239, p. 2; *Chron. D.S.*, 2012, n° 1, p. 21, note N. BETSCH et A. VAN REGENMORTEL; C. trav. Anvers, 16 octobre 2017, R.G. n° 2016/AA/528. Ces arrêts sont consultables sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹¹³ C. trav. Liège, division de Namur, 6^e ch., 12 octobre 2017, R.G. n° 2016/AN/169, *J.T.T.*, 2018, n° 1300, p. 93. Également consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹¹⁴ C. trav. Bruxelles, 20 février 2018, R.G. n° 2016/AB/959. Également consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹¹⁵ Comme le souligne Julie Ringelheim, la définition consacrée dans le cadre de la C.D.P.H. et, à sa suite, des législations anti-discrimination est plus généreuse que celle retenue pour d'autres politiques publiques à l'égard des personnes handicapées (« La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raison-

matière de handicap. Un accord de coopération s'accordant sur une définition commune du handicap serait une manière de dépasser cette difficulté, sur le mode de ce qui fut fait, ou en tout cas initié, pour les aménagements raisonnables¹¹⁶.

B. La discrimination par attribution

21. Notion. La discrimination par attribution, qualifiée aussi de discrimination fondée sur une caractéristique présumée, désigne l'hypothèse où une personne est discriminée sur la base d'un handicap présumé, autrement dit, «d'une caractéristique qui lui est, à tort, attribuée et dont elle n'est, en réalité, pas porteuse»¹¹⁷.

22. Consécutions. Le Comité onusien des droits des personnes handicapées intègre les personnes dont on suppose qu'elles ont un handicap dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention et invite les États parties à élaborer des lois contre la discrimination qui reposent sur une définition du handicap englobant, notamment, les handicaps présumés¹¹⁸.

Au niveau interne, seul le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement fait explicitement mention de caractéristiques «réelles ou supposées»¹¹⁹. Unia plaide pour qu'il en aille de même dans les autres législations anti-discrimination¹²⁰. La jurisprudence belge semble quant à elle s'accorder sur le fait qu'un critère protégé présumé relève du champ d'application des dispositifs normatifs anti-discrimination¹²¹. En matière de handicap, le tribunal du travail de Bruges a par

nable en faveur des travailleurs handicapés», *J.T.*, 2018, n° 6726, p. 315). Dans ses Observations finales sur le rapport initial de la Belgique, le Comité des droits des personnes handicapées «constate avec préoccupation que la mise en œuvre de la réglementation reflète souvent un modèle médical du handicap» et «prie instamment l'État partie d'adopter une approche du handicap axée sur les droits de l'homme et en conformité avec la Convention, en consultation avec les organisations représentatives des personnes handicapées» (CRPD/C/BEL/CO/1, 28 octobre 2014, pts 7 et 8).

¹¹⁶ Cf. *infra*, n° 43.

¹¹⁷ Chr. HOREVOETS avec la collaboration de S. VINCENT, «Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations», in E. Bribosia, I. Rorive et S. van Drooghenbroeck (coord.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 88. Sur cette notion, voy. aussi la contribution de Julie Ringelheim dans le présent ouvrage.

¹¹⁸ Voy. les §§ 7, 20 et 73, b), de l'Observation générale n° 6, précitée. Voy. également le § 6 de l'article 24 de l'Observation générale n° 4 (2016) du Comité des droits des personnes handicapées sur le droit à l'éducation inclusive: «La présente observation générale est applicable à toutes les personnes ayant un handicap réel ou supposé».

¹¹⁹ Souligné par nous. Voy. art. 16, §§ 1^{er} et 2, 21, § 1^{er}, et 36, § 3, 2°.

¹²⁰ Cf. notamment le rapport d'Unia relatif à l'évaluation de la loi du 10 mai 2007, février 2017, p. 69, point 2.1.2.6 («Discrimination basée sur une caractéristique présumée»), consultable sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*.

¹²¹ Voy. notamment, C. trav. Anvers, 20 mars 2018. Un candidat à un poste de chauffeur estimait avoir été refusé sur la base de son état de santé présumé. Le candidat avait été licencié quelques années plus tôt par le même employeur et avait obtenu sa condamnation pour licenciement discriminatoire. La cour du travail estima que le demandeur n'apportait aucun élément démontrant une éventuelle implication

exemple déclaré fondée une action visant à reconnaître comme discriminatoire une distinction directe de traitement sur la base d'une caractéristique physique et/ou génétique et d'un handicap présumé¹²².

C. La discrimination par association

23. Notion et émergence. La discrimination par association est un concept qui a émergé sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, plus précisément dans l'arrêt *Coleman* du 17 juillet 2008. En l'espèce, la requérante prétendait avoir fait l'objet d'une discrimination directe sur son lieu de travail, non pas en raison d'un handicap qui lui serait propre mais de celui de son enfant auquel elle prodiguait elle-même l'essentiel des soins que nécessitait son état. Selon la Cour, «il ne ressort pas de ces dispositions de la directive 2000/78 (lire : articles 1^{er}; 2, § 1^{er} et § 2, a; 3, § 1^{er}) que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elles-mêmes un handicap au sens de cette directive¹²³. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap. En effet, le principe de l'égalité de traitement consacré par ladite directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1^{er} de celle-ci [...] si dans une situation telle que celle en cause au principal, la personne qui a fait l'objet d'une discrimination directe fondée sur le handicap n'est pas elle-même handicapée, il n'en demeure pas moins que c'est bien le handicap qui, selon M^{me} Coleman, constitue le motif du traitement moins favorable dont elle allègue avoir été la victime. [...] Dès lors qu'il est établi qu'un employé se trouvant dans une situation telle que celle en cause au principal est victime d'une discrimination directe fondée sur le handicap, une interprétation de la directive 2000/78 limitant l'application de celle-ci aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées serait susceptible de priver cette directive d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir»¹²⁴.

de son état de santé dans le fait qu'il n'ait pas été retenu et déclara la demande non fondée. L'arrêt est consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹²² Trib. trav. Bruges, 10 décembre 2013, consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*. Dans l'affaire *FOA* portée devant la Cour de justice de l'Union européenne, la troisième question préjudicielle portait sur la notion de handicap présumé. Dans ses conclusions, l'Avocat général M. Niilo Jääskinen aborde, «par souci d'exhaustivité [...] la question, débattue lors de l'audience, de savoir si un handicap présumé à tort et la discrimination qui en résulte relèvent du champ d'application de la directive 2000/78» (§ 48) pour estimer ensuite qu'«il n'est pas nécessaire de prendre position sur cette difficile question juridique dans le contexte de la présente question préjudicielle» (§ 49). La Cour ne le fait pas davantage, ayant répondu positivement à la première question préjudicielle.

¹²³ Comme le note la Cour au § 39 de l'arrêt, il en va notamment différemment de l'article 5 qui, à propos des aménagements raisonnables, vise spécifiquement les personnes handicapées.

¹²⁴ C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, §§ 38, 50 et 51.

La discrimination par association vise donc celle dont est victime une personne en raison des liens qu'elle entretient avec une personne caractérisée par un critère protégé : le handicap, *in casu*.

24. Consécration. En Belgique, le tribunal de travail de Louvain fut saisi d'un litige similaire à l'affaire *Coleman* et s'aligna à cette occasion sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans une décision du 12 décembre 2013, il retint l'existence d'une discrimination directe dans le chef de l'employeur à l'égard de l'un de ses employés qu'il avait licencié juste après avoir été informé du fait que son enfant, affecté d'un sévère handicap, requérait des soins spécifiques¹²⁵.

Ce fut ensuite au tour de la Cour européenne des droits de l'homme de consacrer cette notion. Dans l'affaire *Guberina c. Croatie* du 22 mars 2016, la Cour établit qu'« eu égard à son objectif et à la nature des droits qu'il vise à protéger, l'article 14 de la Convention couvre également les cas dans lesquels un individu est traité moins favorablement du fait de la situation ou des caractéristiques protégées d'une autre personne ». Et la Cour d'en conclure « que le traitement discriminatoire dont le requérant se plaint à raison du handicap de son enfant, avec lequel il entretient des liens personnels étroits et auquel il prodigue des soins, s'analyse en une forme de discrimination fondée sur le handicap qui est couverte par l'article 14 de la Convention »¹²⁶. En l'espèce, le requérant s'était vu refuser une exonération fiscale dans le cadre de l'achat d'un logement adapté aux besoins de son enfant handicapé. À défaut pour les autorités croates d'avoir tenu compte des besoins spécifiques liés au handicap de l'enfant, le juge strasbourgeois conclut à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1, tel qu'interprété à la lumière des exigences posées par la C.D.P.H. au respect de laquelle la Croatie s'est engagée¹²⁷.

La discrimination par association est également reconnue à l'échelle onusienne. Le Comité des droits des personnes handicapées a considéré en ce sens, à propos du droit à l'éducation inclusive, que « par un phénomène d'association, leurs parents, leurs frères et sœurs, ainsi que leurs proches peuvent eux aussi subir les effets de la discrimination dont elles sont victimes du fait de leur handicap »¹²⁸. Il évoque par ailleurs à plusieurs reprises cette notion dans le cadre de sa récente Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination¹²⁹.

¹²⁵ Trib. trav. Louvain, 12 décembre 2013, consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹²⁶ §§ 78 et 79.

¹²⁷ Cf. § 92.

¹²⁸ Observation générale n° 4 (2016) du Comité des droits des personnes handicapées sur le droit à l'éducation inclusive, § 13.

¹²⁹ Voy. les §§ 3, 12, 19, 20, 21 et 73, b, de l'Observation générale n° 6, précitée.

Section 3

Les formes de discrimination

25. Fil conducteur. Les sources répertoriées consacrent explicitement ou par le biais de l'interprétation qui leur est réservée différentes déclinaisons du principe d'égalité mobilisables au contentieux du handicap : interdiction des discriminations active et passive (A) ; interdiction des discriminations directe et indirecte (B) ; obligation de mettre en place des aménagements raisonnables (C) ; actions positives (D) ; prohibition du harcèlement (E) et de l'injonction de discriminer (F).

Certains de ces concepts ont déjà été épinglés à la faveur de l'analyse de l'une ou l'autre des sources considérées, sans qu'on s'attarde alors sur leur exacte portée. On s'y arrête à présent de manière plus systématique, en faisant passer à l'arrière-plan leur origine textuelle ou prétorienne et en insistant sur certaines spécificités du contentieux du handicap, comme l'obligation d'aménagements raisonnables. On souligne à cet égard que le fait de privilégier une conception médicale et/ou sociale du handicap n'est pas sans incidence sur la compréhension du principe d'égalité. Ainsi, la reconnaissance de l'obligation d'aménagements raisonnables procède d'une conception sociale du handicap, situant l'origine de celui-ci dans l'environnement au sein duquel évolue la personne en situation de handicap. Elle n'exclut cependant pas d'également avoir égard à la dimension médicale de celui-ci. Selon qu'on privilégiera, ou non, une conception exclusivement sociale, l'aménagement raisonnable sera censé placer la personne handicapée sur un strict pied d'égalité avec ses semblables ou « seulement » favoriser son insertion dans le milieu au sein duquel il opère¹³⁰.

Compte tenu de ce que laisse parfois entendre le Comité des droits des personnes handicapées, on insiste enfin d'emblée sur le fait qu'aucune des manifestations du principe d'égalité qu'on analysera n'est absolue. Ainsi, une distinction de traitement fondée sur le handicap n'est pas nécessairement discriminatoire. Elle ne l'est que lorsqu'elle ne peut être justifiée. Dans la présentation des types de justifications envisageables, on veillera à mettre particulièrement en exergue les spécificités relatives au handicap comme critère de distinction protégé ou à certaines déclinaisons du principe d'égalité voire à certains domaines d'application de l'une d'entre elles.

26. Discrimination multiple et intersectionnelle. Il se peut, enfin, qu'une personne subisse une inégalité de traitement en raison non seulement du handicap mais également d'autres caractéristiques propres qui, chacune considérée isolément, pourraient constituer un traitement discriminatoire et qui, combinées, produisent un effet cumulatif. La littérature parle à cet égard

¹³⁰ J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *op. cit.*, p. 310.

de discrimination multiple¹³¹, à distinguer, le cas échéant, de la discrimination intersectionnelle¹³². Dans ce dernier cas de figure, la discrimination résulte uniquement de la combinaison de deux ou plusieurs motifs¹³³.

A. Discrimination active et passive

27. Origine de ces notions. Dans la théorie générale des droits fondamentaux et au contentieux de l'égalité, l'antienne selon laquelle il convient de traiter de manière identique les personnes se trouvant dans une situation comparable et distinctement celles qui sont dans des situations différentes, est bien connue. Cet enseignement, que la doctrine (belge, en tout cas) évoque sous l'interdiction des discriminations actives et passives, bénéficie d'un ancrage tout à fait solide dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁴ et de la Cour constitutionnelle belge¹³⁵. Curieusement, la prohibi-

¹³¹ K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination, un *corpus juris* en quête de cohérence», *op. cit.*, p. 95. La discrimination multiple est expressément reconnue par l'article 6 de la C.D.P.H. consacré aux femmes handicapées. Voy. aussi le 3^e considérant de la directive 2000/78. Voy. par ailleurs dans la jurisprudence : C.J.U.E., 6 décembre 2012, *Odar*, C-152/11 (âge et handicap) ; C.J.U.E., arrêt *Z.*, précité (sexe et handicap). Pour un commentaire de ces deux arrêts : Chr. HOREVOETS avec la collaboration de S. VINCENT, «Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations», *op. cit.*, pp. 90 et 91.

¹³² Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2011, R.G. n° 09/9232/A, consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*. Sur les notions de discrimination multiple et intersectionnelle, voy. aussi la contribution de Julie Ringelheim dans le présent ouvrage.

¹³³ Exemple : seules les femmes handicapées sont discriminées, étant entendu que toutes les femmes ne le sont pas, ni toutes les personnes handicapées. Voy., sur ces notions, l'Observation générale n° 6 précitée du Comité des droits des personnes handicapées, § 19 : «La discrimination peut être fondée sur une seule caractéristique, comme le handicap ou le genre, ou sur des caractéristiques multiples ou intimement liées. La "discrimination croisée" se produit lorsqu'une personne handicapée ou associée au handicap fait l'objet d'une forme quelconque de discrimination fondée à la fois sur le handicap et sur la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine ethnique, le genre ou toute autre situation. La discrimination croisée peut prendre la forme d'une discrimination directe ou indirecte, d'un refus d'aménagement raisonnable ou d'un harcèlement. À titre d'exemple, alors que le refus de donner accès aux informations générales relatives à la santé dans un format accessible touche toutes les personnes handicapées, le fait de ne pas permettre à une femme aveugle d'accéder aux services de planification familiale limite ses droits aux motifs combinés du sexe et du handicap. Dans de nombreux cas, il est difficile de séparer ces motifs. Les États parties doivent lutter contre les formes multiples et croisées de discrimination à l'égard des personnes handicapées. Selon le Comité, l'expression "discrimination multiple" désigne une situation dans laquelle une personne subit une discrimination fondée sur deux facteurs ou plus, en ce sens que la discrimination s'en trouve démultipliée ou aggravée. La discrimination croisée correspond à une situation dans laquelle plusieurs motifs opèrent et interagissent simultanément, de telle façon qu'ils sont indissociables et exposent donc les personnes concernées à des types exceptionnels de désavantages et de discrimination». Voy. par ailleurs le premier rapport d'évaluation de la Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations, février 2017, n°s 67 à 73 et les références citées.

¹³⁴ Cf. E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 299 et 300, et les références citées à la note 4.

¹³⁵ Cf. par exemple B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le principe d'égalité et de non-discrimination», *op. cit.*, spéc. pp. 582 et 583, 596 et 597.

tion de la discrimination passive n'a fait que tardivement son entrée dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁶.

Le fait que les notions de discriminations active et passive – ou à tout le moins les réalités qu'elles recouvrent – ne soient pas reprises telles quelles dans la directive 2000/78 et ses mesures de transposition pourrait par contre les rendre peu familières auprès de ceux qui sont confrontés au quotidien à l'application des législations anti-discrimination.

Il reste que la distinction, centrale dans la directive 2000/78, entre la discrimination directe et indirecte¹³⁷ ne recouvre pas entièrement celle ici évoquée, à telle enseigne qu'il nous a paru opportun d'en faire état. On peut plus précisément penser que la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte épuise la catégorie des discriminations actives dont elle constitue un affinement, mais pas celle des discriminations passives. Autrement dit, il ne nous apparaît pas toujours possible de requalifier une discrimination indirecte en discrimination passive. On reviendra à la faveur de l'examen de la discrimination indirecte sur les liens qu'elle entretient avec celle-ci. Qu'il nous soit cependant déjà permis de souligner la plus-value conservée par ce concept en dépit ou au-delà de la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte.

28. Discrimination active. Il est question d'une discrimination « active » lorsqu'une norme, sans justification objective et raisonnable, opère une distinction de traitement entre des catégories de personnes se trouvant dans des situations comparables. L'idée selon laquelle la personne handicapée se trouve dans une situation comparable à celle des personnes valides est l'idée de départ qui fonde les dispositifs anti-discriminatoires reconnus au profit des personnes handicapées et à laquelle s'adosse notamment l'interdiction des discriminations directes et indirectes¹³⁸. Encore faut-il bien percevoir qu'une distinction de traitement échappera au grief de discrimination active si elle se justifie en dépit de la comparabilité des catégories des personnes envisagées.

29. Discrimination passive. Orienté vers une conception plus substantielle de l'exigence d'égalité, le concept de « discrimination passive » renvoie, quant à lui, à la situation où une norme ou une pratique s'abstient, sans justification objective et raisonnable, d'opérer une distinction de traitement entre des catégories de personnes qui ne se trouvent pourtant pas dans une situation comparable vis-à-vis de cette norme ou de cette pratique. C'est cette prise en compte de situations différenciées qui fonde notamment l'obligation d'aménagement raisonnable¹³⁹. C'est également sur fond d'une telle conception qu'un traitement différencié doit être reconnu à certaines personnes handicapées : les

¹³⁶ Cour eur. D.H., gr. ch., arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000. L'enseignement de principe de l'arrêt *Thlimmenos* est rappelé au § 70 de l'arrêt *Guberina*, précité (*supra*, n° 24).

¹³⁷ Cf. *infra*, n°s 31 et s.

¹³⁸ Cf. *infra*, n°s 31 et s.

¹³⁹ Cf. *infra*, n°s 41 et s.

personnes handicapées de grande dépendance, par exemple, qui présentent des besoins spécifiques de nature à les différencier d'autres types de handicap¹⁴⁰. La notion est parfois aussi mobilisée par les organes de contrôle à l'égard de personnes frappées d'un même handicap mais ne se trouvant pas dans une situation contextuelle identique. Dans son avis relatif à l'avant-projet de décret portant le financement qui suit la personne pour des personnes handicapées et portant réforme du mode de financement et de soutien pour des personnes handicapées, la section de législation du Conseil d'État a ainsi relevé que «les auteurs du projet partent du principe que les personnes frappées d'un même handicap ne se trouvent pas nécessairement dans une situation identique. Pour des raisons qui tiennent à la politique suivie (financement, approche communautaire de soins...) et dans l'esprit de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, le projet entend organiser une aide financière qui tient compte de l'ensemble de l'aide à laquelle la personne handicapée peut faire appel, en se basant sur ses possibilités de soins autonomes et la possibilité d'obtenir des soins et de l'aide au sein de sa famille et de son réseau social, et qui tient compte aussi de la charge en soins, à savoir la mesure dans laquelle la personne handicapée a besoin de soins et d'aide. La différence dans l'aide accordée aux personnes souffrant du même handicap repose ainsi sur une justification objective et raisonnable et est, partant, admissible»¹⁴¹.

30. Justification. Il ressort de ce qui précède qu'une distinction de traitement échappera au grief de discrimination si elle se justifie en dépit de la comparabilité des catégories de personnes envisagées ou s'il est démontré qu'elle s'impose compte tenu des situations non comparables dans lesquelles se trouvent les catégories de personnes considérées.

B. Discrimination directe et indirecte

31. En plus de jouir d'une reconnaissance prétorienne, l'interdiction des discriminations directe et indirecte est explicitement consacrée par la directive 2000/78 et ses mesures de transposition¹⁴². Dans la mesure où elles présupposent l'une et l'autre la comparabilité des situations à l'origine du traitement égalitaire, ces notions s'adossent toutes deux à celle de discrimination active,

¹⁴⁰ Cf. *supra*, nos 6 et 9, décision précitée du 18 mars 2013, *F.I.D.H. c. Belgique*.

¹⁴¹ Cité par C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, B.15.3.Voy. par ailleurs le considérant B.19.1 de cet arrêt : «Le législateur décrétal a pu estimer que des personnes ayant le même handicap ne se trouvent pas nécessairement dans une situation identique et, dans l'organisation d'une aide financière, il a pu tenir compte de l'ensemble des aides auxquelles une personne handicapée peut prétendre, ainsi que de la mesure dans laquelle la personne handicapée a besoin de soins et d'aide. La différence en termes d'aide des personnes ayant le même handicap n'est donc pas dénuée de justification raisonnable». Reconnaissons, cependant, qu'on est ici face à un cas limite de discrimination active justifiée et d'incomparabilité constatée, conduisant à reconnaître la licéité de principe du traitement différencié.

¹⁴² Sur les notions de discrimination directe et indirecte, voy. aussi la contribution de Julie Ringelheim dans le présent ouvrage.

précédemment examinée : ce qu'on cherche à traquer, c'est la distinction de traitement préjudiciable aux personnes handicapées et ne bénéficiant pas d'une justification admissible.

1. La discrimination directe

32. Notion. On parle de discrimination directe fondée sur le handicap lorsqu'en raison de son handicap – tel que défini selon les principes énoncés à la section 2 –, une personne fait l'objet d'une distinction directe, c'est-à-dire qu'elle est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, et ce, sans justification.

33. Justification objective et raisonnable. Conformément à l'article 7 de la loi du 10 mai 2007, « Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires »¹⁴³. La distinction directe est donc prohibée, sauf lorsque cette distinction est basée sur une justification objective et raisonnable.

A par exemple été considéré comme une discrimination directe, en matière de biens et services, le fait pour une agence de voyages de refuser la réservation d'un voyage de groupe émanant d'une personne sourde, manifestement en raison de son handicap, la cour d'appel de Gand ayant rejeté, au titre de justification objective et raisonnable, les motifs de sécurité et de communication avec les autres voyageurs qui étaient invoqués par l'agence¹⁴⁴.

34. Exigence professionnelle essentielle et déterminante. La protection accordée, notamment aux personnes handicapées faisant l'objet d'une distinction directe de traitement, est cependant accrue dans certains domaines, où elle se traduit par l'exigence d'une justification plus stricte¹⁴⁵. Les domaines visés sont ceux des régimes complémentaires de sécurité sociale, des relations de travail, de l'affiliation à et de l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent

¹⁴³ Les différentes lois, fédérale et fédérées, transposant la directive 2000/78 présentant un contenu largement similaire, on se limite ici, et dans la suite de l'exposé, à renvoyer aux dispositions pertinentes de la loi fédérale du 10 mai 2007. Les seules divergences ont trait à des points sur lesquels la législation flamande se révèle plus avancée. Ils ont été spécifiquement soulignés, étant entendu que, par souci de clarté, on les reprend synthétiquement ici. Ainsi, le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement se réfère explicitement à des critères protégés « individuels ou attribués par association », à « une ou plusieurs » caractéristiques protégées (discrimination multiple) et fait explicitement référence au critère supposé (ou réel).

¹⁴⁴ Gand, 20 janvier 2011, R.G. n° 2010/AR/2943, qui confirme la décision rendue en première instance : Comm. Gand, 29 septembre 2010, D.C.C.R., 2012, n° 96, p. 108, note A. D'ESPALLIER. La décision est également disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹⁴⁵ K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination, un *corpus juris* en quête de cohérence », *op. cit.*, p. 99.

une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisation. Dans ces matières – et uniquement dans ces matières qui n'épuisent pas le champ d'application des mesures de transposition belges –¹⁴⁶, l'article 8 de la loi du 10 mai 2007 prévoit que, par dérogation à l'article 7, «une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap» (critère qui nous concerne en l'espèce) «peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes». Concrètement, il convient d'examiner si la caractéristique exigée est indispensable pour réaliser la fonction, ou, autrement dit, de démontrer que le travail ne peut être accompli sans cette caractéristique. L'exigence requise doit par ailleurs reposer sur un objectif légitime et être proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi¹⁴⁷.

Les cas de discrimination directe de personnes en situation de handicap au travail sont fréquents et donnent lieu à un contentieux jurisprudentiel plus abondant que dans les autres domaines. La cour d'appel d'Anvers a par exemple jugé à deux reprises comme constitutive d'une discrimination directe l'exclusion intégrale et automatique des candidats diabétiques dépendants d'insuline à certains postes du port d'Anvers, cette exclusion n'étant pas justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁴⁸. Dans un récent arrêt concernant le licenciement par une commune d'une institutrice atteinte de dysphonie, analysée comme relevant tant du critère de l'état de santé que du critère du handicap, la cour du travail de Bruxelles offre pour sa part une illustration intéressante de l'interprétation à donner aux deux motifs de justification d'une distinction directe¹⁴⁹. Dans un premier temps, la cour affirme que la distinction directe fondée sur l'état de santé est basée sur une justification objective et raisonnable : la commune a poursuivi le but légitime de respecter la décision d'inaptitude prise par le médecin du travail, et l'écartement de la travailleuse inapte, cumulé à plusieurs propositions de reclassement, peuvent être des moyens appropriés et nécessaires pour atteindre cet objectif. Dans un second temps, c'est sous l'angle du handicap que la cour analyse la distinction pour conclure également à sa justification : «pouvoir faire un usage intensif de sa voix constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour une institutrice maternelle» et «le caractère proportionné de cette exigence doit être apprécié concrètement en tenant compte de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables»¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cf. les points 4°, 5°, et 7° du § 1^{er} de l'article 5, auxquels renvoie l'article 8 de la loi du 10 mai 2007.

¹⁴⁷ Art. 8, § 2, de la loi du 10 mai 2007.

¹⁴⁸ C. trav. Anvers, 21 novembre 2011, R.G. n° 2010/AA/334, *Juristenkrant*, 2011, n° 239, p. 2; *Chron. D.S.*, 2012, n° 1, p. 21, note N. BETSCH et A. VAN REGENMORTTEL; C. trav. Anvers, 16 octobre 2017, R.G. n° 2016/AA/528. Ces arrêts sont disponibles sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹⁴⁹ On rappelle qu'une distinction directe dans l'emploi fondée sur l'état de santé peut être justifiée sur la base d'un critère objectif et raisonnable, contrairement à une distinction directe basée sur le handicap qui requiert une «exigence professionnelle essentielle et déterminante».

¹⁵⁰ C. trav. Bruxelles, 18 janvier 2018, R.G. n° 2016/AB/991, arrêt consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

35. Action positive. Il existe enfin un troisième motif de justification des distinctions directes, à savoir les mesures d'action positive¹⁵¹. En vertu de l'article 10 de la loi du 10 mai 2007¹⁵², une distinction directe fondée sur l'un des critères protégés, dont le handicap, ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination lorsque cette distinction constitue une mesure d'action positive. Le dispositif a été validé par la Cour constitutionnelle¹⁵³.

2. La discrimination indirecte

36. Notion. On est face à une discrimination indirecte fondée sur le handicap lorsqu'en raison de son handicap – tel que défini selon les principes développés dans la section 2 –, une personne fait l'objet d'une distinction indirecte, c'est-à-dire lorsqu'en vertu d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, une personne handicapée se voit désavantagée par rapport à une autre se trouvant dans une situation comparable, et ce, sans justification¹⁵⁴.

La reconnaissance de la discrimination indirecte participe du souci d'une égalité substantielle. On cherche par ce biais à traquer les conséquences réelles provoquées par un comportement apparemment neutre mais masquant en réalité, de manière intentionnelle ou non, une distinction de traitement fondée, en l'espèce, sur le handicap. Cette notion est apparue dans le cadre de dispositifs normatifs recourant à une liste fermée de critères interdits¹⁵⁵ pour éviter que la dissimulation du critère protégé à l'origine de la différence de traitement ne conduise à faire échapper celle-ci au système de protection pourtant instauré à cette fin. La notion n'en présente pas moins également un intérêt dans le cadre de système recourant à une liste ouverte de motifs de discriminations prohibés lorsque sont identifiés parmi eux des motifs suspects requérant une justification plus exigeante que les autres¹⁵⁶.

37. Justification objective et raisonnable. La législation anti-discrimination prévoit que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de la distinction indirecte ne constitue pas une discrimination s'il est objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires¹⁵⁷. On retrouve donc au niveau

¹⁵¹ Sur cette notion, *cf. infra*, n° 44.

¹⁵² Qui s'applique également aux distinctions indirectes (*cf. infra*, n° 39).

¹⁵³ C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.22.4.

¹⁵⁴ C.J.U.E., arrêt *HK*, précité, §§ 75 et s. Sur cette notion, *cf. notamment*: D. SCHIEK, L. WADDINGTON et M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 323 et s.

¹⁵⁵ « C'est-à-dire une liste limitative de motifs sur la base desquels toute différence de traitement est, *a priori*, suspecte » (B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 598).

¹⁵⁶ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 598 et 599.

¹⁵⁷ Art. 9 de la loi du 10 mai 2007.

des distinctions indirectes un motif de justification déjà rencontré à propos des distinctions directes¹⁵⁸.

38. Aménagement raisonnable. Le deuxième motif de justification susceptible d'être invoqué à l'appui d'une distinction indirecte est spécifique au handicap. Il s'agit de l'obligation *vel non* d'une obligation de procéder à un aménagement raisonnable¹⁵⁹. Autrement dit, la démonstration selon laquelle aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place est de nature à valider la distinction indirecte pratiquée.

Peu importe, à notre estime, l'ordre dans lequel ces deux causes de justification (caractère proportionné de la mesure litigieuse au regard de l'objectif poursuivi ; existence *vel non* d'une obligation de procéder à un aménagement raisonnable) sont abordées pour autant qu'elles le soient, la rencontre de l'une d'entre elles seulement étant de nature à exclure l'existence d'une discrimination indirecte¹⁶⁰.

Les exemples de discrimination indirecte sont nombreux à l'égard des personnes en situation de handicap accompagnées de chiens d'assistance. Ces personnes se voient en effet régulièrement refuser l'accès aux lieux ouverts au public pour des raisons d'hygiène et de sécurité non justifiées. La cour d'appel de Gand a ainsi condamné du chef de discrimination indirecte des restaurateurs

¹⁵⁸ Cf. *supra*, n° 33.

¹⁵⁹ Sur la notion d'aménagement raisonnable, cf. *infra*, n°s 41 et s.

¹⁶⁰ Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Ruiz Conejero* prononcé le 18 janvier 2018 par la C.J.U.E., l'Avocat général Sharpston examine expressément la question de l'articulation de l'une et l'autre exceptions. À suivre son raisonnement, l'application de l'article 2, § 2, b, ii, *juncto* article 5 de la directive 2000/78 ne dispense pas de se pencher dans un second temps sur la première exception, et ce, pour plusieurs raisons : certains handicaps ne se prêtent pas à des aménagements raisonnables et échappent donc au champ d'application de la seconde exception ; d'autres en sont exclus compte tenu du caractère disproportionné de l'aménagement requis ; d'autres, enfin, bénéficient d'aménagements raisonnables mais ne devraient pas pour autant être privés du bénéfice de l'article 2, § 2, b, i (§ 50 des conclusions). On serait enclin à penser que les deux dernières hypothèses envisagées vont au-delà de la lettre du texte de la directive qui, en étant formulée sur un mode alternatif (« [...] ou [...] »), laisse entendre que la rencontre de l'une des deux dérogations envisagées suffit pour écarter l'existence d'une discrimination indirecte. La seconde cause de justification intégrant du reste un contrôle de proportionnalité (seuls les aménagements raisonnables, c'est-à-dire n'imposant pas une charge disproportionnée, seront imposés), il paraît curieux de chercher à le dupliquer à l'échelle de la première cause de justification. N'est-il pas contradictoire d'envisager qu'un employeur puisse être soustrait à l'obligation de l'article 2, § 2, b, ii, compte tenu du coût disproportionné de l'aménagement requis, mais néanmoins se voir refuser de faire usage de la possibilité légale de licenciement, précisément destinée à assurer sa survie économique ? Cf. en ce sens : Chr. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhouding na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 322, n° 910 et les références citées. Comp. : Kr. HENRARD, « De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit », in Chr. Bayart, St. Sottiaux et S. van Drooghenbroeck (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Bruxelles-Bruges, la Charte-die Keure, 2008, pp. 289 et 290 ; R. WHITTLE, « The framework directive for equal treatment in employment and occupation : an analysis from a disability rights perspective », *European Law Review*, 2002, p. 312. On regrettera à cet égard, dans le récent arrêt *Ruiz Conejero* rendu par la Cour, l'absence de discussion et surtout d'articulation entre les deux motifs de justification (mesure proportionnelle à l'objectif poursuivi ; obligation d'aménagement raisonnable) de nature à exclure l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le handicap.

qui avaient par deux fois refusé l'accès de leur établissement à une personne à mobilité réduite parce qu'elle était accompagnée de son chien d'assistance. Il n'était pas question en l'espèce de discrimination directe, puisque l'accès n'avait pas été refusé en raison du handicap moteur de la personne. En revanche, ne pas laisser la personne se faire assister par son chien au restaurant est une forme de désavantage particulier suffisant pour conclure à une discrimination indirecte¹⁶¹. A également été considéré comme une discrimination indirecte sur la base du handicap – et de discrimination directe sur la base de la fortune – le fait pour un propriétaire d'exiger des candidats locataires un contrat de travail, au motif que cette exigence excluait *de facto* la candidature de locataires parfaitement solvables mais bénéficiant, par exemple, d'allocations pour personnes handicapées¹⁶².

39. Action positive. À l'instar de ce que l'on a mis en évidence pour les distinctions directes, les mesures d'actions positives constituent une cause de justification générale des distinctions indirectes¹⁶³.

40. Discriminations indirecte et passive. L'on a déjà eu l'occasion de souligner l'existence d'un recoupement partiel entre l'interdiction de la discrimination indirecte et celle de la discrimination passive¹⁶⁴; on s'y arrête à présent, dès lors que chacune de ces notions a depuis lors pu être explicitée. Toutes deux procèdent du constat selon lequel la société est profondément inégalitaire en fait, à telle enseigne qu'il convient de poursuivre, par la loi, une égalité matérielle. Les notions peuvent se recouper lorsque la discrimination indirecte résulte d'une mesure uniformément applicable. Imaginons une prescription urbanistique qui imposerait la présence d'escaliers à l'entrée de bâtiments publics: elle constitue *a priori* une discrimination indirecte et une discrimination passive au détriment des personnes à mobilité réduite. Mais les recoupements ne sont cependant pas systématiques. Ainsi, la législation incriminée dans l'affaire *Thlimmenos*¹⁶⁵, qui conduisit pour la première fois la Cour européenne des droits de l'homme à consacrer la notion de discrimination passive, s'appliquait uniformément à l'ensemble des candidats à la fonction d'expert-comptable, dont elle excluait les personnes convaincues d'un crime. Jugé par la Cour « qu'en principe les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable. Toutefois, elle considère par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour

¹⁶¹ Gand, 1^{re} ch., 6 décembre 2012, R.G. n° 2010/AR/264, *Juristenkrant*, 2013, n° 270, p. 1. Pour d'autres cas de refus de personnes accompagnées de chiens d'assistance, voy. notamment Corr. Gand, 24 juin 2014, Not. Nr.: GE 56.LA.41677/13-SW4. Ces décisions sont consultables sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹⁶² Civ. Namur, 5 mai 2015, consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹⁶³ Sur la notion d'action positive, cf. *infra*, n° 44.

¹⁶⁴ Cf. *supra*, n° 27.

¹⁶⁵ Cette affaire ne concernait certes pas le contentieux du handicap, mais c'est indifférent pour ce que l'on cherche ici à souligner.

des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession. L'exclusion du requérant au motif qu'il n'avait pas les qualités requises n'était donc pas justifiée¹⁶⁶. Si on cherchait à appréhender les faits litigieux par le biais de l'interdiction de la discrimination indirecte, fondée en l'espèce sur le critère convictionnel, on ne parviendrait pas à embrasser l'ensemble des situations discriminatoires : l'exclusion de la fonction d'expert-comptable en raison d'une condamnation pour objection de conscience est tout aussi problématique que si elle résultait d'une infraction au Code de la route qui n'est, quant à elle, pas appréhendable par le biais d'un critère protégé par la législation anti-discrimination. Ainsi encore, une distinction de traitement entre travailleurs qui désavantage les travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein pourrait être constitutive d'une discrimination indirecte au détriment des personnes handicapées s'il était démontré qu'elles recourent majoritairement à des emplois à temps partiel. L'on ne saurait néanmoins parler dans ce cas de discrimination passive puisqu'une distinction de traitement est bel et bien opérée¹⁶⁷.

C. Le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée

41. Notion et finalité. Les aménagements raisonnables poursuivent une égalité substantielle, en luttant contre les discriminations indirectes et/ou passives¹⁶⁸ au moyen de mesures individuelles calibrées au plus près des besoins de la personne considérée¹⁶⁹. Ils participent de l'approche sociale du handicap, situant la source de celui-ci à l'extérieur de la personne, dans son environnement physique, social ou institutionnel¹⁷⁰. Que ces barrières environnementales soient éliminées ou diminuées et la personne en situation de handicap pourra évoluer sur un pied de (relative) égalité avec ses semblables. Songeons par exemple à un temps supplémentaire de préparation pour l'élève dyslexique dans le cadre d'une évaluation, à une rampe d'accès qui permettrait à une personne en fauteuil roulant de surmonter les escaliers de son lieu de travail, à des facilités pour la personne malvoyante dans ses contacts avec la banque ou la maison communale (opérations au guichet gratuites, visite à domicile possible), à la présence d'un interprète lors d'une audition de police, à l'organisation

¹⁶⁶ § 47.

¹⁶⁷ Ces exemples sont tirés – et parfois adaptés – du syllabus de libertés publiques rédigé par X. DELGRANGE, H. DUMONT, I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, version 2017-2018, p. 213.

¹⁶⁸ Chr. HOREVOETS, avec la collaboration de S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 71, n° 39, et p. 73.

¹⁶⁹ Sur l'origine de la notion, voy. E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 515 et les références citées en notes 1 et 2.

¹⁷⁰ J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *op. cit.*, p. 310.

d'une audience au tribunal la moins impressionnante possible afin d'y entendre une personne avec une déficience intellectuelle (petite salle de plain-pied, disposition plus accueillante, utilisation d'un langage simple et concret, répétition des questions...).

42. Sources et étendue de l'obligation. L'article 5 de la directive 2000/78 consacre l'obligation d'aménagement raisonnable en matière de handicap, uniquement, et dans le champ d'application matériel qui est le sien : l'emploi et le travail. « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus », dispose l'article 5. Et cette même disposition de préciser : « Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées »¹⁷¹. En matière d'emploi, et conformément à ce que prévoit la directive, l'obligation d'aménagement raisonnable s'impose du recrutement à la fin de la relation de travail, en passant par la relation en cours¹⁷². On rappelle que les lois de transposition belges étendent cette obligation à l'ensemble des domaines qu'elles embrassent : emploi et formation professionnelle mais aussi secteur des biens et services, y compris toute activité sociale, économique et culturelle ainsi que l'enseignement.

Sans non plus la limiter à la sphère de l'emploi pour adopter une perspective tout à fait générale, la Convention relative aux droits des personnes handicapées mobilise également la notion d'aménagement raisonnable. L'article 2 de la Convention en livre une définition : il s'agit des « modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». L'obligation de recourir à des aménagements raisonnables est quant à elle instituée à l'article 5, dédié à l'égalité et à la non-discrimination. Le § 3 de cet article prévoit qu'« Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ». Il s'agit donc bien d'une obli-

¹⁷¹ Voy. par ailleurs le considérant 21 de la directive 2000/78.

¹⁷² L'essentiel du contentieux, tout comme des solutions négociées par Unia, concernent cependant des travailleurs qui étaient occupés dans le cadre d'un contrat d'emploi et sont devenus handicapés à la suite d'un accident, d'une maladie ou du vieillissement conduisant à leur licenciement (J. RINGELHEIM, *ibid.*, p. 315 ; sur les quelques cas concernant le recrutement, spéc. pp. 315 et 316, notes 86 à 91 ; sur les motifs susceptibles d'expliquer ce constat, cf. A. LEJEUNE et al., *Handicap et aménagements raisonnables au travail*, cité par J. RINGELHEIM, *ibid.*).

gation transversale à l'ensemble des situations visées par la Convention. À cette consécration générale s'ajoutent des garanties spécifiques en matière d'accès à la justice (art. 13, § 1^{er}), de liberté et sécurité de la personne (art. 14, § 2), d'éducation (art. 24, §§ 2 et 5) et de travail et d'emploi (art. 27, § 1^{er}, i).

C'est notamment en se fondant sur le droit à l'éducation inclusive garanti par l'article 24 de la C.D.P.H. que la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 14 de la Convention éponyme, combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1, au motif que « le refus d'inscription de la requérante au conservatoire reposait sur la seule circonstance qu'elle était non-voyante et que les instances nationales n'avaient, à aucun moment, envisagé l'éventualité que des aménagements raisonnables eussent peut-être pu permettre sa scolarisation au sein de cet enseignement »¹⁷³. Ce faisant, la Cour strasbourgeoise reconnaît, elle aussi, une portée transversale à la notion d'aménagement raisonnable qu'elle déduit du principe d'égalité¹⁷⁴.

Toujours en matière d'enseignement, la Communauté française a, pour sa part, décidé d'explicitier les obligations résultant du décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et – en partie – de la C.D.P.H. dans des dispositifs normatifs spécifiques¹⁷⁵. De son côté, la Communauté flamande a traduit les obligations de son décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement et de la C.D.P.H. par une série de mesures rassemblées dans le décret « M »¹⁷⁶.

¹⁷³ § 69. De manière plus générale, voy. sur l'appréhension de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'homme : Y. AL TAMIMI, « The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights », *European Journal of Human Rights*, 2016/5, pp. 561 à 583.

¹⁷⁴ Pour une « occasion manquée », voy. Cour eur. D.H., gr. ch., décision *Gherghina c. Roumanie*, 9 juillet 2015. Cf. à cet égard : E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 196 ; J. DAMMAME, « Disability discrimination because of denial of "reasonable accommodations" : a very positive connection between the ECHR and the UNCRPD in *Cam v. Turkey* », *Strasbourg Observers*, 1^{er} avril 2016 (disponible sur : <https://strasbourgobservers.com/2016/04/01/disability-discrimination-because-of-denial-of-reasonable-accommodations-a-very-positive-connection-between-the-echr-and-the-uncrpd-in-cam-v-turkey/>).

¹⁷⁵ Décret de la Communauté française du 30 juin 2014 relatif à l'enseignement supérieur inclusif ; décret de la Communauté française du 30 juin 2016 relatif à l'enseignement de promotion sociale inclusif ; décret de la Communauté française du 7 décembre 2017 relatif à l'accueil, à l'accompagnement et au maintien dans l'enseignement ordinaire fondamental et secondaire des élèves présentant des besoins spécifiques. Sur la conformité à l'article 24 de la C.D.P.H. de l'article 4 de ce dernier décret, limitant le droit aux aménagements raisonnables aux élèves dont la « situation ne rend pas indispensable une prise en charge par l'enseignement spécialisé », voy. l'avis du Conseil d'État, étant entendu que la formulation de cette disposition a été revue – de manière à notre sens imparfaite – pour en tenir compte (avis n° 61.730/2/V, Doc., Parl. Comm. fr., sess. 2017-2018, n° 546/1, spéc. §§ 2.2 à 2.4). On relèvera par ailleurs que si l'obligation d'aménagement raisonnable est empreinte de l'approche sociale du handicap, la dimension médicale n'en est pas moins présente dans ces législations au travers de la définition du « besoin spécifique » (art. 1^{er} du décret précité du 7 décembre 2017) et de « l'étudiant bénéficiaire » (art. 1^{er}, 3°, du décret précité du 30 janvier 2014).

¹⁷⁶ Décret de la Communauté flamande du 21 mars 2014 relatif à des mesures pour les élèves à besoins éducatifs spécifiques (modifiant le décret du 25 février 1997 de l'enseignement fondamental et le Code de l'enseignement secondaire).

On mentionnera encore l'existence d'un Protocole d'accord conclu le 19 juillet 2007 entre l'ensemble des partenaires de la Fédération belge à propos du concept d'aménagement raisonnable. Selon son exposé des motifs, le but est de «fixer entre l'État fédéral, les Communautés et Régions des critères qui leur serviront de guide pour l'interprétation du concept d'aménagements raisonnables»¹⁷⁷.

Enfin, l'on doit encore signaler en matière d'emploi la réforme de 2016-2017 instaurant un trajet de réintégration pour les travailleurs en incapacité de travail¹⁷⁸. Si cette réforme établit un mécanisme proche de l'obligation d'aménagement raisonnable, l'articulation des deux dispositifs semble avoir été insuffisamment pensée par le législateur¹⁷⁹.

43. Portée de l'obligation. L'obligation d'aménagement raisonnable se situe donc à la croisée de différentes sources textuelles et jurisprudentielles qui touchent des secteurs plus ou moins larges. Si l'on cherche à adopter un point de vue de surplomb, on peut, nous semble-t-il, ramener à six points les principaux enseignements susceptibles d'en être tirés.

Premier enseignement: lorsqu'on parle d'aménagement raisonnable, il s'agit bien d'une *obligation directement applicable*, non d'une obligation progressive ou d'une simple faculté visant à (tenter) de rétablir une égalité de traitement. Il ne s'agit pas d'une mesure de faveur: refuser la mise en place d'un aménagement raisonnable constitue une discrimination.

¹⁷⁷ En effet, est-il constaté, «la répartition actuelle des compétences en la matière est organisée de telle manière qu'une coopération est non seulement souhaitable mais même indispensable afin de garantir la réussite de la politique menée et d'éviter des dispositions et des interprétations divergentes dans les dispositions légales des différents niveaux de pouvoir». L'idée est évidemment excellente. Mais trois notes négatives doivent immédiatement nuancer l'enthousiasme. Tout d'abord, on n'aperçoit pas pourquoi ce protocole n'a jamais reçu l'assentiment de la part des législateurs compétents, conformément à ce qu'exige l'article 92bis, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, s'agissant d'un accord de coopération – car c'est bien de cela qu'il s'agit – qui est susceptible de grever les finances de la collectivité et de lier les Belges individuellement. Ensuite, on déplorera que le protocole n'ait pas été adapté pour tenir compte de toutes les modifications du droit anti-discriminatoire fédéral et fédéré intervenues depuis sa conclusion. Enfin – mais ceci explique sans doute cela –, on regrettera que les législateurs compétents aient très largement perdu de vue ce protocole, et la ressource interprétative commune qu'il offre, lors de la rédaction de leurs législations relatives à l'enseignement inclusif. Pour le décret relatif à l'enseignement de promotion sociale inclusif, il s'agissait même d'un oubli pur et simple, qui ne fut réparé qu'à la suite de l'interpellation de la section de législation du Conseil d'État. Cependant, les indicateurs du protocole ont été repris dans le décret de la Communauté française du 7 décembre 2017 relatif à l'accueil, à l'accompagnement et au maintien dans l'enseignement ordinaire fondamental et secondaire des élèves présentant des besoins spécifiques. On précise que sous réserve de cette dernière incise, le contenu de cette note est issu du support écrit d'une intervention orale conjointe d'Isabelle Hachez et Sébastien van Drooghenbroeck dans le cadre de l'après-midi d'étude du 27 avril 2017 relative à l'enseignement supérieur inclusif.

¹⁷⁸ Arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail.

¹⁷⁹ Voy. J. RINGELHEIM, «La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés», *op. cit.*, spéc. pp. 313 et 314; D. CACCAMISI, «Le trajet de réintégration des travailleurs en incapacité de travail: un aperçu de la réforme et de ses conséquences sur la force majeure médicale», *Orientations*, 2018/1, pp. 2 à 27, spéc. pp. 25 et 26, et les références citées.

Deuxième enseignement: ainsi que le suggérait récemment et prudemment le Conseil d'État dans un avis du 18 avril 2016¹⁸⁰, l'égalité doit demeurer l'horizon régulateur des mesures d'aménagement raisonnable, et les adaptations consenties aux uns doivent être des outils de lutte contre la discrimination, et non des facteurs de nouvelles discriminations. Le considérant 17 de la directive 2000/78 participe du même ordre d'idées: «La présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées»¹⁸¹. L'*objectif* des aménagements raisonnables est de permettre la *participation sur un pied d'égalité* dans un environnement non adapté à la situation de handicap. Il peut arriver que l'aménagement envisagé ne permette pas à la personne handicapée de participer à l'activité ou au service concerné. Ce dernier constat peut être lié à la situation de la personne (santé, compétences, préférences) comme il peut être lié à un environnement qui ne veut/peut être adapté dans des délais raisonnables (écoles inaccessibles, mesures de sécurité, manque d'encadrement...). Dans ce cas, l'aménagement doit être ajusté, un aménagement alternatif doit être étudié ou il faudra conclure à l'impossibilité de participer.

Troisième enseignement: l'aménagement raisonnable constitue une «obligation réactive individualisée»¹⁸², qu'il convient de bien *distinguer de la notion d'accessibilité* à laquelle correspond la conception universelle¹⁸³. Là où les normes d'accessibilité sont conçues dans une perspective générale (par exemple, élaborer une version «facile à lire et à comprendre» des programmes politiques pour les personnes avec une déficience intellectuelle), l'aménagement raisonnable répond aux besoins spécifiques d'une personne en particulier¹⁸⁴ (lors d'un débat politique avec une personne déficiente intellectuelle, utiliser un langage simple et prévoir éventuellement une assistance); l'obligation d'accessibilité opère *ex ante* tandis que l'aménagement raisonnable joue *ex nunc*¹⁸⁵. Bien que, contrairement aux aménagements raisonnables, l'obligation d'accessibilité

¹⁸⁰ Avis du Conseil d'État n° 59.093/2 donné le 18 avril 2016 sur l'avant-projet devenu le décret du 20 juin 2016 portant des mesures en matière d'enseignement, *Doc.*, Parl. Comm. germ., sess. 2015-2016, n° 119.

¹⁸¹ Ce considérant et sa philosophie sont notamment rappelés par la C.J.U.E. dans son arrêt *HK*, précité, § 57.

¹⁸² Observation générale n° 6, précitée, p. 7, § 24, b.

¹⁸³ Cf. sur cette distinction: M. VANDERSTRAETEN, «Accessibilité des personnes handicapées aux lieux ouverts au public: vers un modèle social d'anticipation?», *A.P.T.*, 2014/4, pp. 508 et s.; Observation générale n° 6, précitée, p. 7, § 24, b; P. LEMMENS, opinion dissidente sous Cour eur. D.H., arrêt *Enver Sahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, § 4.

¹⁸⁴ À telle enseigne que si les premières contribuent indéniablement à diminuer les besoins du second, elles n'en suppriment pas pour autant nécessairement la pertinence. L'un et l'autre peuvent entretenir un rapport de complémentarité.

¹⁸⁵ Voy. entre autres les constatations adoptées par le Comité des droits des personnes handicapées lors de sa neuvième session (15-19 avril 2013), en réponse à la communication n° 1/2010 (non-accessibilité des services bancaires pour les personnes atteintes de problèmes visuels).

ne soit pas directement applicable, elle oblige les autorités belges à élaborer une stratégie cohérente, avec des objectifs chiffrés clairs à courte, moyenne et à longue échéance¹⁸⁶.

La distinction entre accessibilité et aménagement raisonnable peut être illustrée au départ de la situation de la SNCB. Ses équipements (gares, quais, matériel roulant) sont très variablement accessibles aux personnes en fauteuil roulant, tandis qu'une assistance est organisée dans certaines gares seulement. Unia a porté en justice le cas d'une personne en fauteuil roulant devant quotidiennement prendre un train dans une gare accessible au niveau des quais mais ayant de surcroît besoin d'une assistance non prévue dans cette gare. Celle-ci lui fut refusée. Le tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que, dans ce cas, la mise en place d'aménagements raisonnables constituait de trop grands efforts financiers de la part de la SNCB et qu'ils n'étaient pas proportionnels aux avantages que le voyageur en fauteuil roulant pouvait en tirer¹⁸⁷. L'affaire est en appel.

Quatrième enseignement : l'aménagement peut épouser *différentes formes*, susceptibles, de surcroît, de varier en fonction des secteurs d'activités concernés. Parmi les *aménagements d'ordre matériel*, on peut songer à une alarme lumineuse pour une personne sourde, un logiciel d'agrandissement pour les personnes malvoyantes ou des pictogrammes de signalisation pour les personnes avec une déficience intellectuelle. Comme *aménagements immatériels*, pensons à une réduction du temps de travail¹⁸⁸, la réorganisation des tâches d'un travailleur, l'augmentation de la durée d'un examen, l'organisation par un supermarché d'une assistance pour les courses en faveur d'une personne malvoyante...¹⁸⁹.

Cinquième enseignement : les *modalités d'information* du besoin d'aménagement varient en fonction des secteurs. Ainsi, en matière d'enseignement, tant le décret du 30 janvier 2014 que celui du 7 décembre 2017¹⁹⁰ identifient précisément la forme et les instances auprès desquelles la demande d'aménagement raisonnable doit être introduite. En matière d'emploi, par contre, rien n'est

¹⁸⁶ Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique, Comité des Nations Unies des droits de personnes handicapées, CRPD/C/BEL/CO/1, § 22.

¹⁸⁷ Civ. Bruxelles (fl.), 18 juillet 2017, R.G. n° 16/2292/A, jugement disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

¹⁸⁸ C'était la question soumise à la C.J.U.E. dans l'affaire *HK* précitée, sachant que ni l'article 5 de la directive 2000/78 ni le considérant 20 de celle-ci ne mentionnaient expressément la réduction du temps de travail parmi les mesures d'aménagement qu'elles envisageaient.

¹⁸⁹ Julie Ringelheim relève qu'en matière d'emploi, le contentieux concerne essentiellement des aménagements immatériels (« La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *op. cit.*, p. 317. Pour des éléments explicatifs de ce constat, cf. l'étude précitée d'Aude Lejeune *et al.*, à laquelle elle se réfère). En comparaison, dans les autres secteurs, le contentieux est beaucoup plus rare. En enseignement, il concerne essentiellement le manque de soutien en classe pour les élèves ; ce sont donc des demandes d'aménagements immatériels. Dans les transports, le contentieux porte sur le manque d'assistance ou des dysfonctionnements de cette assistance (aménagements matériels). Dans le secteur de l'horeca, il s'agit surtout de refus de chiens d'assistance, donc également des aménagements immatériels (adaptation d'un règlement).

¹⁹⁰ Cf. *supra*, note 175.

explicitement indiqué. Seul est prévu, dans le cadre du trajet de réintégration d'un travailleur qui ne peut plus exercer le travail convenu temporairement ou définitivement, que ce trajet est initié à la demande (notamment) du travailleur ou de son médecin traitant avec son accord¹⁹¹. Le plan de réintégration coordonné par le conseiller en prévention-médecin du travail comporte (notamment) une description des adaptations raisonnables du poste de travail. Alors, faut-il une demande expresse du travailleur concerné ou la visibilité du handicap suffit-elle à cette fin, que l'employeur ait su ou dû raisonnablement savoir sur cette base qu'un aménagement était requis? D'aucuns estiment que l'esprit de la C.D.P.H. plaide en faveur de cette seconde branche de l'alternative¹⁹², ce que confirme l'interprétation livrée par le Comité des droits des personnes handicapées : « l'obligation d'apporter des aménagements raisonnables ne se limite pas aux cas où la personne handicapée a demandé un aménagement ou à ceux où il peut être prouvé que le débiteur présumé de l'obligation avait effectivement conscience du fait que la personne en question était handicapée. Elle devrait aussi s'appliquer aux cas où un débiteur d'obligations potentiel aurait dû prendre conscience du fait que la personne en question avait un handicap qui pouvait nécessiter des aménagements pour éliminer les obstacles à l'exercice de droits »¹⁹³. Au niveau de la jurisprudence belge, un arrêt de la cour du travail de Bruxelles, en particulier, mérite de retenir l'attention dans le cadre de la question qui nous préoccupe¹⁹⁴. *In casu*, un charpentier-coffreur, victime de deux accidents de travail, avait été déclaré inapte pour son travail convenu et licencié pour force majeure, alors qu'il avait commencé une formation de grutier en vue d'un reclassement. En matière de refus d'aménagement raisonnable, la cour a estimé que la charge de la preuve supposait, pour la victime d'une discrimination, d'établir l'existence d'une demande d'aménagement raisonnable. Quant à la forme qu'elle doit présenter, la cour déclare qu'elle peut être implicite. Elle précise à cet égard que peuvent être considérés comme une demande d'aménagement raisonnable l'avis médical du médecin traitant ou du médecin du travail, tout comme la demande d'inscription à un module de formation complémentaire ; enfin, un certificat médical d'un médecin spécialiste excluant les travaux lourds peut également constituer une demande d'aménagement raisonnable implicite.

¹⁹¹ Art. 73/2, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail.

¹⁹² D. FERRI et A. LAWSON, *Reasonable Accommodation for Disabled People in Employment – A legal Analysis of the Situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Commission, D.G. Justice and Consumers, 2016, pp. 67 à 69, cité par J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *op. cit.*, p. 316.

¹⁹³ Observation générale n° 6, précitée, § 24, b, *in fine*. Cf. également en ce sens les paragraphes 38 à 40 des conclusions de l'Avocat général Sharpston dans l'affaire *Ruiz Conejero* précitée (la Cour de justice ne s'est, quant à elle, pas prononcée sur ce point). Sur la manière dont se positionne la jurisprudence belge, voy. l'analyse et les références citées par J. RINGELHEIM, *ibid.*, p. 316 *in fine* et p. 317.

¹⁹⁴ C. trav. Bruxelles, 23 octobre 2017, R.G. n° 2015/AB/934, *J.T.T.*, 2018, n° 1300, p. 11.

Sixième et dernier enseignement : l'obligation de mise en place des aménagements raisonnables naît pour autant que l'aménagement soit considéré comme *proportionné*. Du point de vue de son bénéficiaire, la personne handicapée, « La notion de “caractère raisonnable” d'un aménagement renvoie à sa pertinence, à son adéquation et à son efficacité »¹⁹⁵. De son côté, le Protocole d'accord impose que l'aménagement soit « efficace afin de permettre à la personne en situation de handicap de participer effectivement à une activité », qui lui « perme[tt]e une participation égale » et « autonome » et qui « assur[e] (s)a sécurité ». Il n'en faut pas moins composer également avec la charge que représente cet aménagement pour son débiteur, l'éventuel caractère disproportionné de celle-ci étant de nature à faire disparaître l'obligation. Tant la C.D.P.H. que la directive 2000/78 et ses mesures de transposition reconnaissent cette limitation.

Plusieurs indicateurs sont de nature à éclairer l'appréciation du caractère raisonnable de l'aménagement. On peut en premier lieu citer l'impact financier de la mesure, qu'il convient d'évaluer en tenant compte aussi bien des ressources de l'entreprise¹⁹⁶, du propriétaire ou du gérant (celui à qui il incombe de mettre en place les aménagements) que des aides publiques susceptibles d'être obtenues à cette fin¹⁹⁷. La cour du travail de Bruxelles a jugé à cet égard qu'un employeur aurait dû procéder à des aménagements raisonnables pour permettre à l'une de ses employées de réintégrer son poste avec un horaire adapté après une absence de longue durée à la suite d'un cancer. La cour a estimé que l'aménagement n'était pas déraisonnable sur un plan financier, les comptes de l'entreprise démontrant une bonne santé financière¹⁹⁸. Les aides publiques en soutien d'aménagements raisonnables sont, quant à elles, multiples

¹⁹⁵ Observation générale n° 6, précitée, § 25.

¹⁹⁶ La notion d'aménagement raisonnable, et l'obligation qu'elle emporte dans les limites rapportées, pose dès lors la question du transfert des coûts de l'assistance des personnes en situation de handicap de l'État vers les entreprises invitées à les intégrer. Cf. à cet égard la thèse de doctorat précitée de Joseph Damamme, doctorant à l'Université libre de Bruxelles. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. Travail et Société, Bruxelles, Éd. P.I.E.-Peter Lang, 2001.

¹⁹⁷ Cf. en ce sens l'article 5, alinéa 2, *in fine*, de la directive 2000/78 (« cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ») ainsi que son considérant 21 (« Afin de déterminer si les mesures en question donnent lieu à une charge disproportionnée, il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide »); l'article 2, § 3, du Protocole d'accord (« le caractère raisonnable de l'aménagement est évalué à la lumière des indicateurs suivants, entre autres l'impact financier de l'aménagement, compte tenu d'éventuelles interventions financières de soutien; de la capacité financière de celui qui est obligé de réaliser l'aménagement ») et l'article 4 du décret de la Communauté française du 7 décembre 2017 relatif à l'accueil, à l'accompagnement et au maintien dans l'enseignement ordinaire fondamental et secondaire des élèves présentant des besoins spécifiques (« Le caractère raisonnable de l'aménagement est évalué, entre autres, à la lumière des indicateurs suivants : – l'impact financier de l'aménagement, compte tenu d'éventuelles interventions financières de soutien [...] »).

¹⁹⁸ C. trav. Bruxelles, 20 février 2018, R.G. n° 2016/AB/959, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives* (adde : www.unia.be/fr/articles/un-juge-reconnait-pour-la-premiere-fois-les-consequences-dun-cancer-comme-un-handicap). Voy. aussi l'arrêt HK précité de la C.J.U.E., §§ 60 à 63.

et susceptibles d'émaner de foyers distincts en fonction de la matière concernée. En matière d'emploi, de formation et d'accompagnement pédagogique, ces aides existent depuis les années soixante et sont prises en charge actuellement par différents organismes (le V.D.A.B. pour la Communauté flamande, le D.S.L. pour la Communauté germanophone, l'AViQ pour la Région wallonne, sur le territoire de la Région de langue française, Phare pour la Cocof sur le territoire de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale). Dans le domaine des biens et services, les aides publiques sont rares et varient en fonction des collectivités politiques considérées. À notre connaissance, aucun État – ni la Belgique ni d'autres – ne s'est cependant contraint, au titre de cette obligation, à nécessairement intervenir en soutien de tels aménagements. C'est particulièrement flagrant pour le secteur de l'enseignement fondamental francophone où aucun budget spécifique n'est prévu par la Communauté française pour les aménagements raisonnables des élèves. Certaines aides sont financées par l'AViQ et Phare mais ne couvrent que certains besoins (accompagnement pédagogique seulement dans l'enseignement supérieur) ou certaines situations de handicap (surtout moteur, visuel et auditif). L'article 5, § 3, de la C.D.P.H. prévoit pourtant qu'«Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés».

Outre l'impact financier, le Protocole d'accord identifie encore, parmi les indicateurs susceptibles d'influencer le caractère raisonnable de l'aménagement considéré :

- «l'impact organisationnel de l'aménagement»: l'aménagement ne doit pas perturber de manière durable et importante l'organisation du travail, du service ou de l'école (ainsi, l'assistance d'une personne malvoyante au supermarché ne sera pas assurée le samedi, jour d'affluence, et une liste de courses sera envoyée à l'avance) ;
- «la fréquence et la durée prévues de l'utilisation de l'aménagement par la personne handicapée»: fût-il financé par des aides publiques, un aménagement coûteux sera jugé déraisonnable dans le cadre d'un contrat d'emploi d'un mois ou deux ;
- «l'impact de l'aménagement sur la qualité de vie d'un (des) utilisateur(s) effectif(s) ou potentiel(s) handicapé(s)»: permettre la présence du chien d'assistance ou fournir une chaise ergonomique apporteront, par exemple, un confort conséquent à la personne ;
- «l'impact de l'aménagement sur l'environnement et sur d'autres utilisateurs»: l'installation d'une rampe d'accès pour le travailleur handicapé améliore le confort d'autres travailleurs (des livreurs de fournitures, par exemple) ;
- «l'absence d'alternatives équivalentes»: pour certaines personnes sourdes, il n'existe pas d'autre alternative que la présence d'un interprète lors d'un entretien d'embauche afin de bien défendre sa candidature ;

- «la négligence de normes évidentes ou légalement obligatoires»: songeons à l'achat par l'employeur d'une chaise spéciale (permettant de descendre des escaliers) afin d'assurer l'évacuation du travailleur en fauteuil roulant lors d'un incendie.

Concrètement, si la personne handicapée établit sa situation de handicap et la nécessité, compte tenu de cette situation, d'un aménagement raisonnable, il revient au débiteur de démontrer que son éventuel refus est motivé par le caractère disproportionné de la charge que représenterait pour lui le fait de procéder à l'aménagement demandé¹⁹⁹.

D. Les actions positives

44. Les actions positives partagent avec l'interdiction des discriminations indirectes, tout comme les aménagements raisonnables, de procéder d'une conception substantielle de l'égalité.

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations indique les conditions auxquelles la mise en place d'une action positive doit répondre. «Une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes: il doit exister une inégalité manifeste; la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir; la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint; la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui»²⁰⁰.

Comme le souligne le Comité des droits des personnes handicapées, l'aménagement raisonnable ne doit pas être confondu avec les mesures d'action positive. «Si les deux concepts visent à instaurer l'égalité de fait, l'aménagement raisonnable est une obligation de non-discrimination, tandis que les mesures spécifiques supposent un traitement préférentiel des personnes handicapées par rapport aux autres pour répondre à l'exclusion historique et/ou systématique et systémique des bienfaits de l'exercice des droits. Parmi les exemples de mesures spécifiques figurent des mesures temporaires pour remédier au faible nombre de femmes handicapées employées dans le secteur privé et pour soutenir des programmes visant à accroître le nombre d'étudiants handicapés dans l'enseignement supérieur»²⁰¹.

La loi belge du 16 avril 1963 fixe en ce sens des quotas d'embauche de personnes handicapées. En vertu de l'article 21, les entreprises privées, les administrations publiques et les organismes d'intérêt public qui occupent au moins vingt travailleurs sont tenus d'occuper un nombre minimum de travailleurs

¹⁹⁹ Cette répartition de la charge de la preuve résulte de l'article 28, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007.

²⁰⁰ Art. 10, § 2, de la loi précitée. Au contraire des décrets et des ordonnances qui n'exigent pas de mesures d'exécution, il est toujours attendu un arrêté royal qui déterminera «les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre».

²⁰¹ Observation générale n° 6 précitée, § 25, c.

handicapés. Le principe n'a cependant pas été suivi d'effet dans le secteur privé, faute d'adoption des arrêtés d'exécution requis en raison de résistances opposées par les syndicats et les associations de personnes handicapées²⁰². Un arrêté fut par contre adopté le 11 août 1972 pour la fonction publique²⁰³, étant entendu qu'il a depuis lors été abrogé²⁰⁴. L'absence de sanction en cas de non-respect des quotas avait cependant laissé ce dispositif largement ineffectif.

L'arrêté royal du 6 octobre 2005 portant diverses mesures en matière de sélection comparative de recrutement et en matière de stage²⁰⁵ a quant à lui instauré un nouveau quota de 3% dans les services publics fédéraux. Une possibilité de sanction existe (recrutement bloqué pour les travailleurs non handicapés) mais n'a encore jamais été appliquée, malgré le quota non atteint dans la plupart des services fédéraux. Une commission est par contre mise en place afin de rapporter annuellement et de proposer des recommandations²⁰⁶. La plupart des administrations publiques des entités fédérées ont également instauré des quotas (de 2 à 3% selon les régions et communautés) qui ne sont pas davantage respectés. Là aussi, aucune sanction n'est prévue mais il existe également des rapports annuels ou bisannuels aux gouvernements.

E. Le harcèlement

45. Le harcèlement est expressément visé par la directive 2000/78 comme une forme de discrimination. Il en va de même dans l'ensemble des mesures de transposition anti-discriminatoires adoptées par l'État belge. En outre, dans les cas prévus par l'article 442ter du Code pénal, inséré par la loi du 10 mai 2007, le fait que le harcèlement soit basé sur un des critères protégés, dont le handicap, est considéré comme une circonstance aggravante et la peine est doublée. En matière d'emploi, les comportements de harcèlement sont sanctionnés par la législation sur les risques psychosociaux au travail (dont le harcèlement)²⁰⁷. Cette législation prévoit entre autres que les victimes de violence ou de harcèlement moral ou sexuel sur la base d'un des critères protégés par les lois anti-discrimination auront désormais droit à un dédommagement correspondant à

²⁰² J. RINGELHEIM, «La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés», *op. cit.*, p. 310 et la référence citée en note 13.

²⁰³ Arrêté royal du 11 août 1972 stimulant l'emploi de handicapés dans les administrations de l'État.

²⁰⁴ Par l'arrêté royal du 5 mars 2007 organisant le recrutement des personnes handicapées dans certains services publics fédéraux.

²⁰⁵ Tel qu'il a été modifié à plusieurs reprises, et notamment par l'arrêté royal précité du 5 mars 2007.

²⁰⁶ Art. 4 de l'arrêté royal précité.

²⁰⁷ Il s'agit de deux lois et d'un arrêté royal: loi du 28 février 2014 complétant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail quant à la prévention des risques psychosociaux au travail dont, notamment, la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail; loi du 28 mars 2014 modifiant le Code judiciaire et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail en ce qui concerne les procédures judiciaires; arrêté royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail. Sur la notion de harcèlement moral au travail selon la loi du 28 février 2014, voy. not. C. trav. Bruxelles, 18 janvier 2018, R.G. n° 2016/AB/99, p. 12, pt 1.1.2., consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

six mois de salaire brut (dans les autres situations, le dédommagement en réparation du dommage matériel et moral correspond à trois mois de salaire brut).

La cour d'appel de Liège s'est prononcée, en 2011, dans le cadre d'une affaire où une personne handicapée était gravement harcelée sur le lieu de son travail. En application de l'article 442^{ter} du Code pénal, elle reconnut le harcèlement avec circonstances aggravantes²⁰⁸.

Le terme apparaît par ailleurs à l'article 27, § 1^{er}, b, de la C.D.P.H., en vertu duquel les États parties garantissent l'exercice du droit au travail en prenant des mesures appropriées, notamment pour que les personnes handicapées bénéficient de «la protection contre le harcèlement et des procédures de règlement des griefs». D'autres dispositions de la Convention pourraient être invoquées pour des situations de harcèlement, comme l'article 16 (droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance) ou l'article 17 (protection de l'intégrité de la personne). L'attention doit également être portée aux considérations que le Comité des droits des personnes handicapées réserva à cette notion à la faveur de son Observation générale n° 6 sur l'égalité et à la non-discrimination. On peut lire au § 18, d), de celle-ci que : «Le “harcèlement” est une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié au handicap ou à d'autres motifs interdits a pour but ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou blessant. Il peut se produire par des actes ou des mots qui ont pour effet de perpétuer la différence et l'oppression des personnes handicapées. Une attention particulière devrait être accordée aux personnes handicapées qui vivent dans des lieux ségrégués, tels que les institutions fermées, les écoles spécialisées ou les hôpitaux psychiatriques, où ce type de discrimination est davantage susceptible de se produire et est, par nature, invisible et risque fort de ne pas être sanctionné. L'“intimidation” et ses manifestations en ligne, la cyberintimidation et la cyberhaine, constituent également des formes particulièrement violentes et préjudiciables de crimes de haine. Il existe d'autres exemples, dont la violence (fondée sur le handicap) sous toutes ses formes, telles que le viol, les sévices et l'exploitation, les crimes de haine et les coups».

Enfin, à l'échelle du Conseil de l'Europe, on peut faire état de l'arrêt *Doredevic c. Croatie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 juillet 2012. L'État croate fut condamné sur la base des articles 3, 8 et 13 de la Convention pour ne pas avoir pris au sérieux et tenté d'empêcher les faits de harcèlement grave, voire de violence, qui lui avaient été rapportés à plusieurs reprises et dont était victime, de la part d'enfants du quartier, une personne atteinte de handicaps physiques et mentaux.

²⁰⁸ Liège, 14 juin 2011, consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

F. L'injonction de discriminer

46. L'injonction de discriminer vise tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base de l'un des critères protégés – dont le handicap – à l'encontre d'une personne ou d'un groupe²⁰⁹. La personne à l'origine de l'injonction se rend donc tout autant coupable de discrimination que celle qui cède à l'injonction. Songeons, par exemple, à un employeur qui donnerait instruction à une agence de recrutement d'exclure des procédures de recrutement les candidats en situation de handicap, ou au propriétaire d'un bien qui demanderait à une agence immobilière de ne pas retenir les candidats avec un chien d'assistance²¹⁰.

Section 4

Les acteurs et les scènes

47. Si le contentieux relatif au handicap est riche d'enseignements, il ne correspond qu'à la face visible de l'*iceberg*. À côté, ou en amont, nombre d'affaires aboutissent à des solutions négociées par Unia ; ce n'est que lorsque pareille issue apparaît hors de portée qu'Unia s'engage dans la voie juridictionnelle, laquelle n'implique au demeurant pas nécessairement son intervention. De manière générale, l'une et l'autre voies – Unia (A) et les organes de contrôle juridictionnels (B) – sont de nature à améliorer l'effectivité des droits fondamentaux des personnes handicapées. Sans doute sont-elles cependant encore sous-exploitées, compte tenu de la méconnaissance persistante par certaines personnes handicapées de leurs droits, et de la difficulté pour elles d'avoir accès à la justice. La mission de sensibilisation assumée par Unia apparaît à cet égard déterminante.

A. Unia

48. Unia, qui est l'appellation désormais consacrée du Centre interfédéral pour l'égalité des chances, est un organisme indépendant en charge du suivi des législations anti-discrimination et de la C.D.P.H. dans le champ spécifique du handicap. Face au morcellement des compétences en matière de handicap, parfois difficilement conciliable avec les situations de vie, l'État belge a privilégié la voie de l'*Equality Body* intégré, interfédéral, du « guichet unique ». À ce titre, Unia est chargé de recevoir et de traiter les situations individuelles de discrimi-

²⁰⁹ Voy. notamment : art. 4, 13°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 3, 8°, du décret de la Communauté française tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

²¹⁰ Sur un cas de refus opposé par une agence immobilière de louer un appartement à cause du chien d'assistance d'une candidate, à la demande expresse du propriétaire : voy. la solution négociée par Unia disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*, sous-rubrique *Solutions négociées*.

mination, notamment sur la base du handicap, et d'accomplir toute mission de conciliation²¹¹ ; il est également habilité à ester en justice²¹² (2). Chaque année, Unia fait rapport aux parlements fédéral et fédérés, notamment sur les signalements reçus et traités par ses services (1)²¹³.

1. Les signalements reçus par Unia

49. En 2017, Unia a reçu 1.103 signalements de discrimination présumée sur la base du handicap, parmi lesquels il a ouvert 516 dossiers. Pour la même année, Unia s'est porté partie dans treize actions en justice²¹⁴ : dix actions au civil et trois au pénal, tous critères confondus. Quatre dossiers (au civil) concernent des discriminations sur la base du handicap²¹⁵. À chaque fois, il s'agit d'un refus d'aménagement raisonnable : deux en emploi, deux dans le secteur des biens et services.

Les 516 dossiers évoqués sont répartis de la manière suivante : emploi, 27,7 % ; biens et services, 27,7 % ; enseignement, 23,8 % ; activités diverses, 7,9 % ; vie en société, 4,3 % ; protection sociale, 3,5 % ; police et justice, 2,9 % ; médias, 1,7 % ; autres/pas clair, 0,4 %.

« Biens et services », « emploi » et « enseignement » sont donc les trois grands secteurs des signalements « handicap ». Au niveau de l'*emploi*, les dossiers concernent surtout l'organisation et les conditions de travail (31,5 % des dossiers « emploi/handicap »), des cas de licenciement (21,7 % des dossiers « emploi/handicap ») et des cas de discrimination présumée à l'embauche (17,5 % des dossiers « emploi/handicap »). Au niveau des *biens et services*, sont principalement concernés les problèmes d'accessibilité dans les transports publics (26,6 % des dossiers « biens et services/handicap »), le logement (18,9 % des dossiers « biens et services/handicap ») ainsi que la santé et les soins aux personnes (13,3 % des dossiers « biens et services/handicap »). D'autres problématiques représentent chacune près d'un dossier sur dix, à savoir l'accessibilité des services publics, des services financiers et des commerces et établissements horeca. Au niveau de l'*enseignement* (principalement des défauts d'aménagements raisonnables), les dossiers concernent surtout l'enseignement secondaire et fondamental (respectivement 38,2 % et 27,6 % des dossiers « enseignement/handicap »).

²¹¹ Art. 6 de l'accord de coopération du 13 juin 2013 entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

²¹² Art. 29, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

²¹³ Art. 7 de l'Accord de coopération.

²¹⁴ UNIA, *Rapport annuel 2017 : Refuser l'inertie*, p. 65, disponible sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*.

²¹⁵ Trib. trav. Gand, 31 mai 2017 et Civ. Bruxelles, 18 juillet 2017, décisions consultables sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

Sans être nombreux, les signalements «*vie en société*», qui ont trait aux conflits dans l'espace public et aux conflits de voisinage, sont néanmoins interpellants : vingt-deux dossiers dont neuf pour harcèlement, deux pour homicide et un pour coups et blessures.

50. En 2004 (qui correspond au premier rapport chiffré sur une année complète), Unia comptait 100 dossiers pour le critère protégé «handicap» (7,7% de la totalité des dossiers d'Unia), alors qu'en 2017, comme on vient de le signaler, il totalise 1.103 signalements, dont 516 dossiers ouverts, soit 23% de la totalité des dossiers d'Unia.

Plusieurs éléments peuvent expliquer l'évolution quantitative et qualitative des signalements reçus par Unia depuis 2003 : l'évolution institutionnelle d'Unia, l'influence de ses campagnes d'information, l'actualité, l'évolution de la législation et de la jurisprudence.

51. Si l'on regarde à présent les chiffres «handicap» par secteur depuis 2003, on observe une certaine constance. Les dossiers «handicap» présentent en effet des particularités par rapport aux autres critères protégés. Ainsi, excepté en 2017 où il est *ex aequo* avec l'emploi, le secteur des *biens et services* a toujours été le secteur prépondérant et ce, depuis la première législation anti-discrimination de 2003. Ce constat tient notamment au fait que de nombreux signalements concernent des problèmes d'accessibilité et qu'une partie importante des plaignants qui s'adressent à Unia ont des problèmes de mobilité ou un handicap sensoriel. Une autre particularité est qu'au contraire des critères raciaux ou de celui de l'orientation sexuelle, les signalements concernent peu le secteur «Médias/Internet» (discours de haine sur internet et les réseaux sociaux).

Le secteur où les signalements ont le plus augmenté d'année en année est celui de l'*enseignement*. Il y a eu d'abord l'évolution institutionnelle d'Unia. Dans le cadre des premiers accords de collaboration avec la Communauté française en 2009, Unia a été désigné comme l'organe de conciliation pour le traitement des situations de discrimination, même s'il n'a pu ester en justice avant l'accord de coopération de 2013 pour les matières communautaires et régionales. Il a de ce fait acquis une légitimité pour ces dossiers. Actuellement, les dossiers «handicap» représentent plus de la moitié (51% en 2017) de l'ensemble des dossiers «enseignement», tous critères confondus. Ils concernent majoritairement des refus d'aménagements raisonnables à tous niveaux de l'enseignement. En juin 2013, Unia a édité la brochure «À l'école de ton choix avec un handicap. Les aménagements raisonnables dans l'enseignement», qu'il a mise à jour et rééditée en octobre 2016²¹⁶. Ces publications ont eu un impact sur le nombre de signalements. Dans le même temps, plusieurs décrets communautaires ont davantage ouvert les portes des écoles ordinaires aux élèves en situation de handicap, et

²¹⁶ UNIA, «À l'école de ton choix avec un handicap – Les aménagements raisonnables dans l'enseignement», 2016, brochure disponible sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*.

ce, à tous niveaux²¹⁷. Il est donc clair qu'une augmentation des signalements ne démontre pas systématiquement une augmentation des discriminations mais plutôt une prise en compte de ces situations par tous les acteurs concernés, ici tant par les parents que les autorités et le monde de l'éducation.

De même pour les dossiers « *emploi* » qui sont en augmentation, il y a eu en 2017 la diffusion de la nouvelle brochure d'Unia sur les aménagements raisonnables en emploi²¹⁸, mais aussi plusieurs jurisprudences encourageantes ainsi que l'arrêté royal de 2016 sur la réintégration des travailleurs malades de longue durée, qui a fait beaucoup parler de lui²¹⁹.

52. Il y a également une constance dans le *type de situation de handicap* que l'on retrouve dans les dossiers : une prépondérance des handicaps physiques et une proportion moindre pour la déficience intellectuelle. Mais cela dépend aussi du secteur concerné. Ainsi, dans le secteur de l'emploi, près d'un dossier sur dix concerne une maladie chronique. Dans le secteur de l'enseignement, la majorité des dossiers concernent des troubles d'apprentissages (37,7%) et divers troubles psychiques (37,7%) plutôt que des handicaps physiques (7,3%) ou sensoriels (9,8%). Comme les dossiers enseignement ont augmenté, la présence de ces situations aussi...

2. De la solution négociée à la voie judiciaire

53. Dans la pratique, Unia opte exceptionnellement pour la voie judiciaire (b). Ainsi, de 2003 à 2012, il s'est agi au total de 153 affaires distinctes, soit 2% seulement des dossiers traités. La préférence va à un dialogue constructif et, si possible, à une « solution négociée » (a). Si Unia intente malgré tout une action en justice – le cas échéant aux côtés de la victime et avec son accord –, ce choix est généralement inspiré par la gravité particulière des faits (surtout pour les crimes de haine), la valeur de précédent juridique ou l'occasion, via la voie judiciaire, d'avoir un impact supérieur sur la société (« *strategic litigation* »). À l'application assez difficile de la loi anti-discrimination dans des affaires touchant aux convictions religieuses ou philosophiques s'oppose l'évolution relativement progressiste de la jurisprudence en matière de discrimination fondée sur le handicap (et l'état de santé)²²⁰.

²¹⁷ Cf. entre autres : décret de la Communauté française du 30 janvier 2014 relatif à l'enseignement supérieur inclusif ; décret de la Communauté française du 30 juin 2016 relatif à l'enseignement de promotion sociale inclusif.

²¹⁸ UNIA, « Au travail avec un handicap – Les aménagements raisonnables en emploi », 2017, brochure disponible sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*.

²¹⁹ Arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail. Cet arrêté a déjà été évoqué *supra*, n° 42, *in fine*.

²²⁰ De larges extraits qui suivent proviennent du rapport d'évaluation de la loi du 10 mai 2017 réalisé par Unia, disponible sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*.

a) Solutions négociées

54. Unia privilégie autant que possible les solutions extrajudiciaires : même lorsque le dossier est limpide sur les plans factuel et juridique, offre des perspectives de jurisprudence intéressante et est susceptible de donner satisfaction à la victime, Unia garde la porte ouverte pour un règlement extrajudiciaire (qui implique alors naturellement, au minimum, une forme de réparation acceptable pour la victime).

Le rôle endossé par Unia dans ce cadre ne peut toutefois pas être compris au sens de la loi sur la médiation du 21 février 2005. Unia intervient de manière indépendante, mais ne se limite pas, vu sa mission légale de lutte contre la discrimination, à faciliter les négociations entre les parties concernées. Si les faits le permettent, Unia arrête une position de fond en ce qui concerne la question de la discrimination et se range, le cas échéant, du côté de la victime.

Avec l'accord du requérant (la victime), l'autre partie est informée du signalement et invitée à communiquer sa version des faits et son éventuelle argumentation. S'il existe suffisamment d'indications d'une infraction à la loi anti-discrimination, Unia s'efforce d'abord, via le dialogue, de parvenir à un accord qui soit acceptable pour toutes les parties concernées. Il s'agit donc, ici, surtout d'un processus de conciliation ou de négociation (informel ou formel, en fonction de la nature du dossier et de l'attitude des parties), plutôt que d'une médiation au sens strict.

En cas de discrimination manifeste, et dans le cadre de sa stratégie extrajudiciaire, Unia cherche à obtenir un accord et des garanties sur les points suivants : reconnaissance de la discrimination ou de la faute ; réparation ou satisfaction pour la victime (excuses, nouvelle chance, indemnité...) ; engagement de non-discrimination à l'avenir ; mesures structurelles et/ou préventives (adaptation de la politique, formation...) ; communication du résultat (éventuellement sous forme anonyme) à des fins de sensibilisation.

L'approche susvisée est surtout d'application dans les dossiers de discriminations relevant du droit civil. Le sort des affaires pénales est dans les mains de la police et des autorités judiciaires, ce qui n'empêche pas Unia de pouvoir viser, par exemple, une médiation dans des affaires pénales ou d'autres mesures alternatives, via une simple plainte ou en se constituant partie civile.

Même dans certains dossiers pour lesquels un mandat est obtenu pour ester en justice, une solution extrajudiciaire peut finalement être trouvée. Tel fut par exemple le cas, en 2010, dans une affaire où après avoir été refusés, des aménagements raisonnables pour un employé qui pouvait difficilement se déplacer ont finalement été obtenus.

55. Voici deux exemples de solutions négociées par Unia.

Dans un premier cas²²¹, une commune avait refusé des aménagements raisonnables à une femme française aveugle lors de sa demande de nationalité belge. Lorsqu'une personne étrangère souhaite demander la nationalité belge, elle doit faire une déclaration manuscrite par laquelle elle accepte notamment les prescriptions de la Constitution belge et des Conventions internationales en matière de droits fondamentaux. Son administration communale lui avait signifié qu'elle ne pouvait introduire sa demande en braille. Or, du fait de sa déficience visuelle, il lui était impossible d'écrire ce texte à la main. La commune a dès lors proposé à la demanderesse de donner procuration à un tiers pour qu'il puisse faire cette déclaration de manière manuscrite à sa place. Mais cette procuration devait être dressée via un notaire dont les coûts seraient à sa charge. Unia estima que l'exigence de la commune, fondée sur les dispositions du Code de la nationalité belge²²², constituait une discrimination sur la base du handicap, en contradiction avec la C.D.P.H. La Convention prévoit, en effet, que les autorités doivent traiter les personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres et prévoir des aménagements raisonnables (art. 5 de la Convention). Les autorités doivent en outre fournir des services accessibles (art. 9) et offrir si nécessaire aux personnes handicapées un soutien, de telle sorte qu'elles puissent exercer leur pleine capacité juridique (art. 12). Les autorités doivent accepter et faciliter le recours, dans les démarches officielles, à la langue des signes, au braille, à la communication améliorée et alternative et à tous les autres moyens, modes et formes accessibles de communication de leur choix (art. 21). Après l'intervention d'Unia et du Service public fédéral Justice, la commune est revenue sur sa position et a assimilé la déclaration en braille à une déclaration manuscrite. L'Œuvre Nationale des Aveugles s'est portée garante de sa traduction.

Un deuxième exemple de solution négociée²²³ a trait aux situations de personnes handicapées qui ont dû faire face à un refus d'embarquement par une compagnie aérienne européenne. Il aura fallu trois tentatives à une dame malvoyante pour arriver à réserver un vol pour elle et son chien d'assistance, les deux premiers essais ayant été annulés au motif de la présence de son animal. Quelques heures avant son départ, la dame s'est malgré tout vu refuser l'accès à l'embarquement. La même compagnie refusa, lors d'un autre vol, d'embarquer le fauteuil électrique d'un passager. L'usager avait pourtant soigneusement suivi la procédure d'enregistrement. Cette fois aussi, la faute incombait au service clientèle de la compagnie aérienne. Les procédures n'avaient pas été respectées, conduisant *in casu* à un refus pur et simple de monter à bord de l'avion. Unia estima dans ces deux cas que la société en question avait fait preuve de

²²¹ Solution négociée par Unia, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*, sous-rubrique *Solutions négociées*, domaine d'action *Logement*, critère de discrimination *Handicap*.

²²² Art. 21, § 1^{er}, du Code de la nationalité belge.

²²³ Solution négociée par Unia, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*, sous-rubrique *Solutions négociées*, domaine d'action *Biens et services*, critère de discrimination *Handicap*.

discrimination. Le problème fut reconnu par la compagnie aérienne et Unia négocia : les passagers reçurent un dédommagement et la compagnie aérienne s'engagea à consulter un expert, chargé de mener un audit auprès de ses services et à prendre, à la suite de cette consultation, des mesures pour améliorer l'accessibilité de ses vols. À ce jour, l'audit a été réalisé et des adaptations sont progressivement implémentées, Unia continuant à suivre ce dossier.

b) Voie judiciaire

56. Unia fit ses premiers pas avec un dossier dans l'horeca (refus d'un chien d'assistance) où la discrimination ne put cependant être établie, à défaut de preuves suffisantes.

Sa première victoire en matière de handicap remonte à 2006, dans un dossier de refus à l'embauche d'une jeune femme épileptique²²⁴.

En examinant l'ensemble des dossiers portés en justice par Unia, on peut constater qu'en ce qui concerne le handicap, les dossiers relèvent majoritairement du secteur de l'emploi et de compétences fédérales. Il faut rappeler à cet égard qu'Unia n'est devenu interfédéral et habilité à ester en justice pour des compétences régionales et communautaires que depuis 2014. Ce n'est qu'en 2017 qu'Unia portera en justice sa première affaire en matière d'enseignement pour un refus d'inscription d'un jeune élève avec une déficience intellectuelle en école ordinaire. À ce jour l'affaire est pendante.

57. C'est surtout dans le contexte des *relations de travail* qu'une série de « précédents » importants ont été établis ces dernières années, en ce compris dans des dossiers portés en justice par Unia.

Il a ainsi été jugé, concernant les critères de sélection médicaux, que l'exclusion généralisée des personnes souffrant du diabète type 1 de toutes les fonctions portuaires violait l'interdiction de discrimination fondée sur l'état de santé et le handicap (dont peut relever une maladie chronique telle que le diabète)²²⁵.

L'aspect visible d'un handicap (en l'occurrence la syndactylie, c'est-à-dire la fusion de deux doigts) ne peut pas non plus être une raison pour refuser de recruter une personne²²⁶, pas davantage que le fait d'avoir un enfant malade ne peut justifier un licenciement (discrimination par association)²²⁷.

²²⁴ Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2006, jugement consultable sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

²²⁵ Trib. trav. Anvers, 2 mars 2010 ; C. trav. Anvers, 21 novembre 2011, 2010/AA/344, *Juristenkrant*, 2011, n° 239, p. 2 ; *Chron. D.S.*, 2012, n° 1, p. 21, note N. BETSCH et A. VAN REGENMORTEL ; Cass., 14 décembre 2015 (qui rejette le recours, sauf en ce qui concerne l'indemnité de procédure). Toutes ces décisions sont consultables sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*. L'arrêt de la cour du travail d'Anvers est également cité en notes 112 et 148 à propos des notions de handicap et d'exigence professionnelle essentielle et déterminante.

²²⁶ Trib. trav. Bruges, 10 décembre 2013, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

²²⁷ Trib. trav. Louvain, 12 décembre 2013, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*. Sur ce jugement, cf. également *supra*, n° 24.

Le tribunal du travail de Liège a par ailleurs récemment jugé qu'il y avait eu discrimination directe (sur la base du handicap et de caractéristiques physiques) et refus d'aménagements raisonnables dans le cas d'un homme qui avait posé sa candidature comme moniteur d'auto-école et qui avait reçu une réponse mentionnant que son aspect physique ne convenait pas et lui demandant s'il avait déjà pensé à essayer de perdre du poids²²⁸.

Une autre série de décisions a, plus généralement, contribué à accroître la cohérence entre la loi anti-discrimination et le droit ordinaire du travail concernant les relations entretenues entre les notions de handicap, d'incapacité de travail, de réinsertion et de droit à des aménagements raisonnables (surtout en cas de licenciement après une absence de longue durée pour raisons médicales)²²⁹. Dans une décision récente – concernant le licenciement d'une secrétaire d'un cabinet d'avocats, en incapacité de travail en raison de mauvaises conditions de travail – le tribunal a ainsi accepté le cumul d'une indemnité pour licenciement arbitraire et d'une indemnité pour discrimination²³⁰.

Il est indéniable que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne – on songe en particulier aux arrêts *Chacon-Navas*, *HK* et *FOA*, précitées²³¹ – a renforcé l'argumentation de ce type de dossiers.

58. Au niveau de *l'accès aux biens et aux services* et de la *participation à des activités*, il a notamment été clairement établi que des établissements horeca ne pouvaient pas refuser des clients parce qu'ils avaient un chien d'assistance²³² et qu'une personne sourde avait le droit de participer au même titre que d'autres à des voyages en groupe²³³.

Il convient cependant de préciser que le nombre d'affaires concernant la participation de personnes handicapées à la vie sociale est resté assez limité à ce jour. Dans l'état actuel de la jurisprudence, on ne peut donc pas encore établir clairement dans quelle mesure la loi anti-discrimination peut constituer un levier juridique efficace vis-à-vis de *problèmes plus structurels* – comme l'accès-

²²⁸ Trib. trav. Liège, 20 juin 2016, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*. Selon la C.J.U.E., l'obésité d'un travailleur est un « handicap » lorsqu'elle « entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée » (cf. les arrêts *FOA* du 18 décembre 2014 et *Ruiz Conejero* du 18 janvier 2018). Sur cette question, cf. *supra*, n° 19.

²²⁹ C. trav. Bruxelles, 9 janvier 2013; C. trav. Bruxelles, 18 décembre 2012; C. trav. Liège, 25 octobre 2011; C. trav. Anvers, 23 avril 2010; Trib. trav. Liège, 19 août 2015; Trib. trav. Bruxelles, 6 mai 2015; Trib. trav. Mons et Charleroi, 9 mars 2015; Trib. trav. Louvain, 22 janvier 2015; Trib. trav. Bruxelles, 26 mars 2013; Trib. trav. Bruxelles, 6 juin 2011. Ces jugements et arrêts sont disponibles sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

²³⁰ Trib. trav. Bruxelles, 2 octobre 2017, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

²³¹ Cf. *supra*, spéc. n°s 12 et 18.

²³² Gand, 6 décembre 2012, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

²³³ Gand, 20 janvier 2011, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

sibilité – pour concrétiser les droits des personnes handicapées²³⁴. La condamnation, en 2011, de la Communauté flamande en raison du manque d'heures d'interprétariat en langage des signes pour les élèves sourds (en vertu de l'obligation de procéder à des aménagements raisonnables, contenue dans le décret flamand sur l'égalité des chances) démontre néanmoins le potentiel de la législation anti-discrimination dans cette matière²³⁵.

B. Organes de contrôle juridictionnels

59. Si l'on se place à présent du point de vue du contentieux, et non plus d'Unia (qui, comme on l'a vu, peut initier ou être partie prenante à une action en justice), il y a lieu de rappeler qu'en vertu du principe de subsidiarité, et sous réserve du Comité européen des droits sociaux, le juge interne est le premier à devoir être saisi (1). Ce n'est que dans un second temps que le litige peut, le cas échéant, être porté à l'échelle internationale (2).

1. Le juge interne

60. Au sein de l'ordre juridique interne, le contentieux du handicap obéit aux règles classiques de répartition entre contentieux de type subjectif et objectif. Sans s'attarder sur les aspects procéduraux qui ne présentent pas de spécificité particulière en matière de handicap, on se limitera à rassembler, sous la forme de rappels, l'un ou l'autre points auxquels le praticien gagne à être attentif.

Compte tenu de l'éclatement des compétences en matière de handicap et de la compétence partagée des différentes collectivités politiques belges en matière de droits de l'homme, il convient en premier lieu d'être attentif à la détermination de l'autorité publique compétente, en particulier pour l'identification de la législation anti-discrimination, fédérale ou fédérée, destinée à fonder la prétention en justice. Pour le dire autrement, « tout litige de droit anti-discriminatoire suppose [...] la résolution préliminaire, plus ou moins aisée, d'une question de répartition des compétences »²³⁶. Longtemps, les discriminations sur la base d'un motif non racial – et donc sur la base du handicap – n'étaient pas interdites par un texte légal en Région bruxelloise dans le secteur des services. C'était la dernière pièce qui manquait au puzzle des législations belges anti-discrimination. Ainsi, une personne handicapée n'était pas protégée à Bruxelles sur les réseaux de la Stib (défaut d'accès, refus d'aménagement rai-

²³⁴ Voy. aussi à ce sujet la consultation des personnes en situation de handicap sur leurs droits fondamentaux commanditée par Unia et son rapport final : « Les personnes handicapées en Belgique et le (non-)respect des droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales garantis par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », 2013-2014, rapport disponible dans son intégralité sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*, sous-rubrique *Publications*.

²³⁵ Gand, 7 septembre 2011, disponible sur www.unia.be, rubrique *Jurisprudence & Alternatives*.

²³⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Fitness “Ladies Only” et répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination. Vérité à Liège, erreur à Bruxelles ? », *J.T.*, 2015, n° 6588, pp. 43 à 46.

sonnable). Il aura fallu attendre l'ordonnance bruxelloise du 5 octobre 2017²³⁷ pour remédier à cette lacune.

Dès lors que les sources en matière de handicap tendent à se multiplier à l'échelle internationale, le praticien devrait par ailleurs veiller aux différents foyers de production du « droit du handicap », constitué de normes juridiquement contraignantes²³⁸ mais aussi de *soft law* (« jurisprudence » et observations générales des Comités onusiens ou du Comité européen des droits sociaux...) dont la mobilisation est susceptible de préciser la portée et les contours des droits fondamentaux mobilisés. Dans un contentieux comme celui du handicap encore relativement nouveau au niveau interne et mobilisant souvent des droits sociaux ou le versant positif de droits fondamentaux²³⁹, le différend gagne à être construit au départ d'indices concordants de nature à faire émerger des tendances auxquelles le juge belge serait bien averti de prêter attention s'il ne veut pas que sa décision encoure ensuite le risque d'une condamnation au niveau de l'ordre juridique international²⁴⁰.

61. On précise, enfin, qu'à ce jour, le contentieux « handicap » demeure relativement limité.

Depuis la première législation anti-discrimination (2003), une soixantaine de dossiers de discrimination sur la base du handicap ont été portés en justice. Ils concernent pour plus de la moitié le secteur de l'emploi (61,5 %), suivi, loin derrière, par le secteur des biens et services (22,8 %). Quatre dossiers ont trait à des situations de discrimination dans l'enseignement, trois dossiers ont été portés au pénal pour des faits de violences.

Quant aux différentes situations de handicap rencontrées, ce sont les dossiers portant sur un handicap physique qui sont les plus nombreux (35 %). Viennent ensuite les handicaps sensoriels – surdité, malvoyance – (17 %) et les maladies chroniques et/ou dégénératives – diabète, sclérose en plaques, maladie neuromusculaire – (15,8 %). Moins nombreux sont les dossiers concernant une personne avec une déficience intellectuelle (8,8 %) ou ayant des troubles psychiques (3,5 %).

²³⁷ Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 5 octobre 2017 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et à promouvoir l'égalité de traitement.

²³⁸ Cf. les différentes sources identifiées *supra*, section 1.

²³⁹ Qu'elles assortissent des droits de la première ou de la deuxième génération, les obligations positives présentent la caractéristique commune de laisser une marge d'appréciation à l'État en vue de leur traduction par des mesures internes qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs il revient traditionnellement au pouvoir législatif d'adopter. D'où, en la matière, la plus grande prudence du juge, qui dispose néanmoins de différents leviers en vue d'assurer l'effectivité de ce type d'obligations (cf. notamment à cet égard : I. HACHEZ et Fr. LOUCKX, « Morceaux choisis sur la justiciabilité des droits sociaux au sein de l'ordre juridique belge : de l'effet direct à la responsabilité civile », in S. van Drooghenbroeck, F. Dorssemont et G. van Limberghen (dir.), *Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail / Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Bruxelles-Bruges, la Charte-die Keure, 2016, pp. 97 à 119).

²⁴⁰ Voy. en ce sens I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.C., n° 37/2011, n° 101/2008 et n° 78/2005, in *Droit international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 28 à 37.

Dans le cadre de ce contentieux, Unia est intervenu à quinze reprises : huit dossiers en « emploi » et sept en « biens et services ». Les situations de handicap concernées se révèlent différentes par rapport au contentieux global : moins de situations de handicap physique et davantage de maladies chroniques.

2. Les juges internationaux

62. La protection des droits fondamentaux garantis par les traités internationaux relève en premier lieu des autorités internes des États parties à ces traités. Dans ce cadre, le juge interne peut être conduit à adresser à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle relative à l'interprétation ou la validité de la directive 2000/78²⁴¹.

63. Pour le surplus, ce n'est en principe qu'à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où les violations alléguées n'auraient pas trouvé de solution satisfaisante au sein de l'ordre juridique étatique considéré, que le différend peut être porté devant les organes de contrôle internationaux. Songeons par exemple à la Cour européenne des droits de l'homme (qui doit être saisie dans les six mois suivant le prononcé de la décision interne définitive et dont les arrêts sont revêtus de l'autorité de chose jugée) ou au Comité onusien des droits des personnes handicapées (susceptible d'être saisi en tout temps après l'épuisement des voies de recours internes disponibles mais dont la « jurisprudence » relève du *soft law* et est donc dépourvue de force juridique contraignante). L'un et l'autre organes de contrôle ne peuvent cependant être saisis ni simultanément ni successivement : la saisine de l'un exclut celle de l'autre²⁴². Outre les spécificités épinglées (délai de recours ; autorité des décisions rendues), ce sont essentiellement les données de la cause qui, en fonction des normes de contrôle déterminant la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits des personnes handicapées, dicteront le choix de porter le litige à l'échelle onusienne ou strasbourgeoise. On précise à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà condamné l'État belge au contentieux du handicap, mais pas sous l'angle du principe d'égalité. Compte tenu toutefois de l'autorité de chose interprétée généralement prêtée aux arrêts de la Cour²⁴³, le juriste belge a tout

²⁴¹ Art. 267 du T.F.U.E. Sur le caractère facultatif ou obligatoire d'une demande préjudicielle, voy. entre autres M. BROBERG et N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 222 et s. Il semble que l'ensemble des arrêts de la Cour de justice en matière de handicap aient à ce jour été rendus sur la base d'une question préjudicielle adressée par un État partie (aucune par l'État belge à ce stade).

²⁴² Cf. art. 35 de la Convention européenne des droits de l'homme et art. 2, c, du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

²⁴³ Si la Convention européenne des droits de l'homme n'impose explicitement rien de tel, la plupart des États du Conseil de l'Europe considèrent que l'interprétation donnée par un arrêt aux dispositions de la Convention « s'incorpore » aux dispositions de la Convention elles-mêmes, en manière telle qu'elle sera suivie par les juridictions des autres États membres toutes les fois qu'ils feront application des dispositions concernées à un litige similaire à celui qui a donné lieu à l'arrêt dont question. La reconnaissance de cette autorité de chose interprétée procède du souci qu'ont les juridictions d'éviter un arrêt ultérieur

intérêt à porter attention à la jurisprudence strasbourgeoise en matière de handicap, eût-elle été prononcée à l'égard d'autres États parties que lui ; on pense notamment à l'arrêt *Çam c. Turquie*²⁴⁴. Aucune réclamation individuelle n'a par contre été introduite à ce jour à l'encontre de l'État belge devant le Comité des droits des personnes handicapées, qui pour l'heure a rendu vingt-cinq décisions à l'égard d'autres États parties.

64. Il est toutefois un organe de contrôle international dont la saisine n'est pas conditionnée à l'épuisement préalable des voies de recours internes : c'est le Comité européen des droits sociaux devant lequel plusieurs réclamations ont été adressées en matière de handicap, en ce compris à l'égard de l'État belge²⁴⁵. Cette particularité tient au caractère collectif des réclamations, qui interdit d'alléguer des violations individuelles pour se concentrer sur les seules situations objectives créées par des normes ou pratiques à portée générale²⁴⁶. En lien avec ce qui précède, elle se justifie également au regard de la liste, restreinte, des organisations susceptibles de saisir le Comité²⁴⁷. Les individus ne sont donc pas admis à saisir le Comité qui peut l'être en tout temps par les organisations habilitées et dont les décisions sont, à l'instar du Comité des droits des personnes handicapées, dépourvues d'autorité de chose jugée. Autant de spécificités qui pourraient conduire le praticien à envisager cette voie de recours ou, au contraire, s'en détourner au profit d'une autre qu'il estimerait plus avantageuse.

condamnant leur État, étant donné que la Cour européenne a tendance à s'en tenir aux interprétations de la Convention qu'elle a données dans ses arrêts antérieurs. Il ne s'agit cependant pas d'une contrainte proprement juridique à telle enseigne qu'on ne peut exclure, dans des cas qui devraient rester exceptionnels, qu'une juridiction nationale résiste à une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁴⁴ Cf. *supra*, n^{os} 8 et 42.

²⁴⁵ En matière de handicap, trois réclamations collectives ont à ce jour été introduites devant le Comité européen des droits sociaux à l'égard de l'État belge. Deux d'entre elles ont abouti à un constat de violation, la troisième est toujours pendante.

²⁴⁶ J.-Fr. AKANDJI-KOMBÉ, « Actualité de la Charte sociale européenne. Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives (2008-2011) », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, n^o 91, pp. 557 et 560, et les références citées à la note 34.

²⁴⁷ Cf. art. 1^{er} du Protocole additionnel du 9 novembre 1995 prévoyant un système de réclamations collectives.

Conclusion

65. Si au terme de cette étude, le praticien auquel elle est avant tout destinée était conduit à changer son regard sur le handicap pour prendre conscience de l'étendue des hypothèses qu'il recouvre potentiellement (de l'obésité à la tétraplégie, en passant par le trouble psychique tel que le *burn-out*)²⁴⁸, s'il se retrouvait dans le dédale des ressources juridiques mobilisables pour traquer les discriminations dont sont encore trop souvent victimes les personnes en situation de handicap, et des acteurs susceptibles d'être sollicités à cette fin (le juge interne, mais aussi Unia et les organes de contrôle internationaux), si au travers des cas de jurisprudence et des exemples relatés, il percevait les fenêtres d'opportunité²⁴⁹ mais aussi les lignes à faire bouger²⁵⁰, nous aurions alors atteint notre objectif.

Ce n'est évidemment pas une boîte à outils, prête à l'emploi, que nous livrons ici. La tâche eût été impossible compte tenu de la singularité des cas auxquels les normes générales et abstraites constituant le droit anti-discriminatoire du handicap sont appelées à s'appliquer et s'adapter. Une situation n'est pas l'autre; un handicap n'est pas l'autre; une personne handicapée n'est pas l'autre. En fonction des caractéristiques et des besoins particuliers d'une personne déterminée, ce sera l'une ou l'autre déclinaison du principe d'égalité qu'il conviendra de travailler. D'où l'importance pour le juriste praticien de disposer d'une vue d'ensemble des mécanismes juridiques, mais aussi des tendances jurisprudentielles et interprétatives existantes, pour construire, au départ de celles-ci et dans les interstices qu'elles contiennent, un argumentaire «sur mesure», calibré au plus près des données casuistiques, de nature à emporter la conviction de ses interlocuteurs.

Tout au plus avons-nous pu souligner, dans cette perspective, l'un ou l'autre points d'attention (comme l'incidence de la répartition des compétences sur la détermination de la législation anti-discriminatoire applicable), ainsi que les spécificités propres à certaines mesures de transposition²⁵¹ ou au contentieux

²⁴⁸ On peut toutefois se demander si la relative largesse concédée au niveau du champ d'application personnel de certaines normes en matière de handicap – autrement dit, concernant la compréhension de la notion de handicap – ne risque pas de se payer au prix d'une plus grande frilosité quant à l'appréciation de l'existence d'une discrimination, singulièrement lorsqu'un impact économique est en jeu. Ce que l'on gagnerait en surface, on le perdrait en profondeur...

²⁴⁹ Cf. par exemple l'arrêt *HK* de la C.J.U.E., maintes fois cité au cours de cette étude, et ayant impulsé nombre d'évolutions favorables aux personnes handicapées.

²⁵⁰ On songe par exemple au jugement «SNCB» qui laissera sur sa faim toute personne sensible à l'inclusion des personnes handicapées, telle qu'elle est promue par les sources juridiques applicables en la matière.

²⁵¹ Ainsi, le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement se réfère explicitement à des critères protégés «individuels ou attribués par association», à «une ou plusieurs» caractéristiques protégées (discrimination multiple), et fait explicitement référence au critère supposé (ou réel). Si les autres mesures de transposition ne consacrent pas ces notions, celles-ci peuvent néanmoins être puisées dans les ressources du droit international, comme on a cherché à le montrer (cf. *supra*, n^{os} 21 et s.).

du handicap dans son ensemble : on songe en particulier au concept d'aménagements raisonnables.

Reste alors, dans le chef des destinataires des dispositifs anti-discriminatoires évoqués, la difficulté d'ordre psychologique d'accepter de se voir reconnaître comme personne handicapée, au regard du stigmatisme dont est chargée cette étiquette. Reste aussi le « dilemme de la différence » auquel sont confrontées les personnes handicapées : doivent-elles, souhaitent-elles bénéficier d'« un régime d'égalité qui ignore les différences, ou qui y répond spécifiquement »²⁵² ? Enfin, à supposer même ces obstacles levés, il ne faut pas sous-estimer l'épuisement des personnes en situation de handicap²⁵³, pour qui la reconnaissance de leurs droits et, plus fondamentalement, de leur place et de la plus-value qu'elles peuvent apporter à la société, demeure un parcours du combattant. Autant de freins qui ne doivent pas conduire à nous détourner de leur cause mais, au contraire, nous convaincre de la nécessité de l'embrasser collectivement.

²⁵² M. VANDERSTRAETEN, « Définir, c'est exclure : le cas du handicap », *op. cit.*, p. 103. La C.D.P.H. rend compte de cette ambivalence, lorsque, d'un côté, elle affirme la jouissance égale des droits des personnes handicapées dans le cadre d'un traité catégoriel et, de l'autre, reconnaît dès son préambule la diversité des personnes handicapées et tend à l'inclusion qui, elle-même, suppose une attention portée à la diversité. « L'inclusion implique (en effet) un processus dialectique où, d'un côté, la personne handicapée cherche à s'adapter le plus possible aux normes sociales et, de l'autre, les normes sociales s'adaptent pour accepter les différences » (M.-Cl. HAELEWYCK et M. DE SCHEPPER, « De l'exclusion à l'inclusion sociale dans le champ du handicap mental », *Ethica Clinica*, 2011, n° 64, p. 9).

²⁵³ Voy. Rapport final de la consultation « Les personnes handicapées en Belgique et le (non-)respect des droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales garantis par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », étude commanditée par Unia, 2013-2014, p. 101 (« Procédures en cas de recours »), disponible sur www.unia.be, rubrique *Publications & Statistiques*, sous-rubrique *Publications*.