

La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993

... Et omnia discriminatio

par Jean Jacquain *

He takes decisions once a year with lots of water.

John Le Carré,

The Constant Gardener

1. Une législation de législature

1.1. Une inspiration généreuse

En 1994, le Centre de droit international de l'U.L.B. avait organisé un second colloque consacré au sida. Le premier, tenu en 1990, avait montré que l'épidémie lançait «un défi aux droits»⁽¹⁾. Cette fois, il s'agissait de proposer une série de mesures juridiques qui, dans les domaines les plus divers, pourraient relever le défi.

Notamment avaient ainsi été présentées deux propositions de lois, l'une civile, l'autre pénale, visant à combattre la discrimination fondée sur une série de critères, y compris «l'état de santé actuel ou futur»⁽²⁾.

1.2. Un besoin criant

Vingt-cinq ans après avoir approuvé la Convention n° 111 (1958) de l'O.I.T. sur la discrimination dans l'emploi⁽³⁾, la Belgique n'avait toujours accompli aucun effort cohérent pour lui donner effet, sinon la C.C.T. n° 38 du Conseil national du Travail qui ne vise que la sélection de travailleurs (dans le secteur privé). Pour le surplus, les discriminations n'étaient abordées que de manière fragmentaire, à l'aide de dispositions hétéroclites d'inspirations diverses⁽⁴⁾.

1.3. Un stimulant communautaire

Le Conseil d'Amsterdam a inséré dans le Traité de Rome une disposition (l'article 13 dans la version coordonnée) qui autorise l'adoption de directives destinées à combattre, dans le domaine de compétences de la Communauté européenne, les discriminations fondées sur divers critères. Cette nouveauté a servi de fondement à deux directives⁽⁵⁾ : 2000/43 du 29 juin 2000⁽⁶⁾, consacrée à la discrimination liée à la race ou l'origine ethnique et 2000/78 du 27 novembre 2000⁽⁷⁾, relative à «l'égalité dans l'emploi» et portant sur les autres critères visés à l'article 13, soit la religion et les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. De manière extrêmement pragmatique, la Commission avait en effet considéré que, dans le

domaine de l'emploi, le critère du sexe, lui aussi mentionné à l'article 13, était déjà régi par l'ensemble de directives concernant l'égalité entre travailleurs féminins et masculins⁽⁸⁾.

La directive 2000/43 doit être transposée en droit national pour le 19 juillet 2003 au plus tard; la 2000/78, pour le 2 décembre 2003 au plus tard.

1.4. L'éternel retour du refoulé

Chaque étudiant de seconde candidature en droit est censé savoir qu'une loi peut résulter d'un projet gouvernemental ou d'une proposition d'initiative parlementaire. Depuis longtemps, cette dualité des sources donne lieu à des jeux subtils entre opposition et majorité et, au sein de celle-ci, entre ministres et parlementaires. La partie s'est encore compliquée avec la

* Professeur ordinaire à l'U.L.B., Conseiller juridique à la C.G.S.P., Vice-Président du Conseil de l'Égalité des chances entre hommes et femmes.

(1) Voy. les Actes, Bruylant, 1991.

(2) Leurs auteurs étaient B. Bléro, O. Corten et A. Schaus. Pour des raisons complexes, les actes du colloque, coordonnés par M. Vincineau, n'ont été publiés qu'en 2002 chez Bruylant sous le titre *Le sida, stimulateur des discriminations; les propositions figurent aux p. 531 et s.*

(3) Loi du 22 mars 1977, M.B., 23 septembre.

(4) Pour un relevé, voy. J. Jacquain, «Égalité dans le travail entre femmes et hommes», Guide social permanent – Droit du travail : commentaires, Kluwer, P. II-L.I, 10. Sur la très faible effectivité de la loi du 30 juillet 1981 en matière d'emploi, voy. la chronique de jurisprudence de P. Charlier, *Journal du droit des jeunes*, n° 212, 2002, 7.

(5) Voy. sur les propositions de directives, les études de M. Bell et L. Waddington, *Ind. L.J.*, 2000, 79 et 176.

(6) J.O.C.E., 19 juillet 2000.

(7) J.O.C.E., 2 décembre 2000.

(8) Voy. pour une synthèse J. Jacquain, «Égalité dans le travail ...», l.c. Pour la législation communautaire et nationale, Documentation de base – Égalité entre hommes et femmes, S.P.F. Emploi, Travail et Concertation sociale, édition annuelle.

Quand père ou mère conscrit(e) du même parti chassent sur le même terrain, une répartition des affûts s'impose

«dégradation» du Sénat qui ne l'a toutefois pas privé de sa fonction de production législative. La «*seconde chambre*» compte désormais dans ses rangs clairsemés nombre de personnages politiques, peut-être un peu déclassés, mais toujours convaincus de la grandeur de leur mission et soucieux de promouvoir des causes qui leur sont chères – ou d'alourdir le faras législatif qui pèse sur les citoyens, diront les aigris. Lorsque tel(le) ministre et tel(le) père ou mère conscrit(e) du même parti chassent sur le même terrain, une répartition des affûts s'impose.

Pour appeler les Nimrod(e)s par leur nom, c'est notamment ce qu'ont dû faire, sous la législature qui vient de s'achever, la ministre Laurette Onkelinx et le sénateur Philippe Mahoux. Quelques exemples : la matière du harcèlement moral et sexuel et de la violence au travail a vu aboutir la loi du 11 juin 2002⁽⁹⁾ qui avait rendu inutile une proposition Mahoux bien moins ambitieuse⁽¹⁰⁾. La loi du 28 janvier 2003 «*relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail*»⁽¹¹⁾ entend combler de dangereuses lacunes qui s'étaient manifestées dans le traitement juridique du trinôme santé/vie privée/travail⁽¹²⁾ mais, d'inspiration législative, elle n'a pas été soumise aux consultations habituelles et sa parution électronique a surpris plus d'un internaute.

Quant à la question des discriminations qui figurait dans la déclaration gouvernementale de 1999, elle a fait l'objet d'une curieuse répartition : aux sénateurs la «*discrimination en général*»; à l'exécutif le renforcement de la lutte contre le racisme. Et donc, finalement, deux lois : celle du 25 février 2003 qui nous occupe, et celle du 20 janvier 2003⁽¹³⁾.

1.5. Le législateur sait

De manière générale, une proposition de loi n'est pas assujettie aux diverses consultations préalables qui s'imposent à un projet de loi. En l'espèce, on doit donc se réjouir que l'omniscience du législateur ait laissé de la

place à quelques opinions extérieures : deux avis du Conseil d'Etat, demandés d'abord par le président du Sénat, puis par celui de la Chambre après la transmission; un avis du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes, résultant d'une initiative de la présidente du Comité sénatorial d'avis pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes. Nous verrons toutefois que le législateur n'a porté qu'une attention variable à ces points de vue.

Et les partenaires sociaux ? Ils n'ont pas été consultés. En ce qui concerne le secteur privé, les chambres législatives peuvent demander des avis au C.N.T., mais rien ne les y oblige. Et la ministre de l'Emploi, qui l'avait peu avant sollicité sur les propositions qui devaient devenir les directives 2000/43 et 2000/78⁽¹⁴⁾, n'a soumis le texte «*anti-discriminations*» au C.N.T. qu'in extremis, moyennant un délai tellement bref que les partenaires sociaux ont refusé de se prononcer.

Et les services publics ? Les divers statuts syndicaux ne traitent que des relations entre les organisations représentatives du personnel et les autorités administratives; on a déjà vu le Parlement brandir le principe de séparation des pouvoirs pour dire tout le mal qu'il pense des obligations de négociation préalable⁽¹⁵⁾. Tout cela n'est pas très cohérent avec la modification que la loi du 25 mai 1999 a introduite dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁽¹⁶⁾, ni d'ailleurs avec le principe du droit

à la négociation collective, garanti dans les services publics par la Convention n° 151 de l'O.I.T., et donc par l'article 23 de la Constitution.

Voyez le paradoxe. La proposition qui deviendra la loi du 25 février 2003 (art. 6, §2) instaure une incrimination à charge du fonctionnaire qui commet une discrimination. Sans attendre l'adoption de la proposition, le ministre fédéral de la Fonction publique adresse aux administrations de l'Etat une circulaire n° 507 du 1^{er} juin 2001⁽¹⁷⁾ qui les invite à collaborer avec le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme s'il les interroge au sujet de discriminations commises par leurs agents. La ministre de l'Emploi prévoit, dans l'avant-projet qui renforce les compétences du Centre, une disposition à cet effet; mais lorsqu'elle soumet le texte à la négociation, successivement au sein de la Commission Entreprises publiques (avis n° 20 du 30 janvier 2002) et du Comité commun à l'ensemble des services publics (protocole n° 131/1 du 21 juin 2002), une organisation syndicale fait remarquer, sans que les autorités puissent la contredire, que des membres du personnel peuvent être eux aussi victimes de discriminations et mériter l'attention du Centre. Et donc, la loi du 20 janvier 2003 (art. 8, 2°) insère dans l'article 3 de celle du 15 février 1993 un point 10° qui habilite le Centre à interroger les autorités sur l'existence de discriminations, sans en attribuer la faute à «*un fonctionnaire*».

(9) Voy. notre commentaire, Chr.D.S., 2003, 53; celui de J. Ph. Cordier, J.T.T., 2002, 381; et celui de P. Brasseur et S. Van Wassenhove, J.T., 2002, 801.

(10) Voy. J. Jacquain, «Le droit du travail comme insecticide : le harcèlement professionnel» dans Collectif, Le contrat de travail et la nouvelle économie, Bruxelles, Jeune Barreau et A.J.P.D.S., 2001, 193.

(11) M.B., 9 avril 2003, 2^e éd.

(12) Cette question avait elle aussi été examinée lors du colloque de décembre 1994. Voy. la proposition de loi présentée par A. Nayer, J.C. Bodson et B. Smeesters, dans Le sida, stimulateur des discriminations, op. cit., 384.

(13) M.B., 12 février 2003.

(14) Avis n° 1312 du C.N.T., du 30 mai 2000.

(15) Voy. les données du recours à l'égard duquel la Cour d'arbitrage s'est déclarée incompétente (arrêt n° 87/2000 du 5 juillet 2000, M.B., 4 août).

(16) Voy. D. Delvax, «La loi du 25 mai 1999 ...», C.D.P.K., 2000, 425; J. Jacquain, «Suivi judiciaire», Chr. D.S., 2001, 495.

(17) M.B., 27 juin 2001.

Le produit final résulte d'une nouvelle opération de bornage

1.6. Le législateur ne veut pas savoir : le problème du genre

Dans une société comme la nôtre, les discriminations qu'entend combattre la loi du 25 février 2003 consistent en traitements défavorables infligés à des personnes qui présentent l'une des caractéristiques envisagées et, à ce titre, constituent des minorités. La proposition qui précède est fautive en ce qui concerne le sexe : toute communauté humaine se compose par moitié de femmes et d'hommes, et c'est la distribution des rôles sociaux construits à partir de ce critère physique qui provoque la discrimination : le sexe devient le genre.

Consulté comme on l'a dit plus haut, le Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes s'était évertué à mettre en évidence que la discrimination de genre est transversale et ne peut donc figurer à la queue leu leu parmi les autres discriminations (avis n° 31 du 7 avril 2000). Le rapport du Comité sénatorial d'avis pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes⁽¹⁸⁾ avait largement tenu compte de ce point de vue, qui aurait mené à l'élaboration d'une législation distincte, consacrée aux aspects de la discrimination de genre qui n'étaient pas déjà couverts par les dispositions relatives à l'égalité entre travailleurs féminins et masculins. C'est, incidemment, le chemin que poursuit aujourd'hui (supra, 1.3) la Commission européenne, qui tente d'élaborer, sur la base de l'article 13 du Traité, une proposition de directive sur l'égalité de genre «hors marché du travail».

Sur quoi le champ d'application de la proposition de loi est resté inchangé.

1.7. Du compromis comme une fin en soi

Ces dernières années, les représentants de notre pays semblent s'employer à projeter sur la scène internationale l'art du compromis comme notre premier produit d'exportation. Au vrai, il serait temps de se deman-

der si cette passion nationale n'est pas devenue plutôt une psychose collective; s'agit-il encore d'une technique inlassablement perfectionnée en vue de surmonter des divergences d'opinions, ou bien tout objet de controverse ne sert-il plus que de prétexte à élaborer un compromis le plus épousouflant possible ?

Considérons la loi du 25 février 2003. Les auteurs de la proposition sont restés sourds aux recommandations du Conseil de l'égalité des chances et du Comité sénatorial : la proposition a continué à viser «le sexe» parmi les autres critères de discriminations à prohiber. De son côté, la ministre de l'Égalité des chances (et de l'Emploi) s'est rendue à l'évidence que le texte en gestation allait entrer en collision avec la législation relative à l'égalité entre travailleurs féminins et masculins – la loi du 7 mai 1999, due à sa prédécesseur... Et donc, le produit final résulte d'une nouvelle opération de bornage : la loi traite bien «du sexe» mais selon son article 5, les discriminations sexuelles dans les matières visées à l'article 2, §4, 2^{ème} et 3^{ème} tirets (c'est-à-dire toutes celles qui touchent à l'emploi, dans les secteurs privé et public) sont régies par la loi du 7 mai 1999 et non par celle du 25 février 2003, à l'exception de son chapitre III (dispositions pénales, parce qu'elles sont plus sévères que celles de la première loi) et de l'article 19, §§ 3 et 4 (parce que la première loi ne parle pas de la preuve par statistiques ni des «tests de situation»). Que les élèves distraité(s) lèvent le doigt.

Ce n'est pas tout. Tandis que la proposition anti-discrimination suivait son cours quelque peu accidenté, la même ministre s'activait à son projet sur la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Mais, pour tenir compte des directives 2000/43 et 2000/78, il avait bien fallu insérer dans la proposition Mahoux l'actuel §6 de l'article 2, selon lequel le harcèlement moral est considéré comme

une discrimination s'il vise une ou des personnes qui présentent l'une des caractéristiques envisagées par la loi. En conséquence, nous avons aujourd'hui trois législations qui envisagent le harcèlement, l'une comme un objet en soi (la loi du 11 juin 2002), les deux autres (la loi du 25 janvier 2003 et celle du 7 mai 1999, quant au harcèlement sexuel) comme une forme de discrimination. L'exposé des motifs de la loi du 11 juin 2002 a tenté de guider les praticiens⁽¹⁹⁾, mais il faudra, dès que possible, remettre de l'ordre dans cette abondance, d'autant que la loi du 7 mai 1999 devra être amendée pour envisager aussi le harcèlement moral comme discrimination, conformément à la directive 2002/73⁽²⁰⁾.

1.8. L'horreur de l'unique

Les auteurs de la proposition avaient toujours eu l'intention de confier au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme la mission essentielle de mettre en œuvre leur texte. Jusqu'alors spécialisé dans les questions de racisme et de xénophobie, avec des prolongements dans des domaines collatéraux comme le négationnisme et la traite des êtres humains, le Centre était habilité à se porter partie civile dans les litiges pénaux que pouvaient susciter ces législations. Avec la loi du 25 février 2003, cette compétence s'étend considérablement dans trois dimensions : nature des discriminations, domaines juridiques et actions civiles. Développements inévitables au demeurant puisque les directives 2000/43 et 2000/78 exigent que l'État membre se dote d'un organe indépendant habilité à agir pour combattre les discriminations.

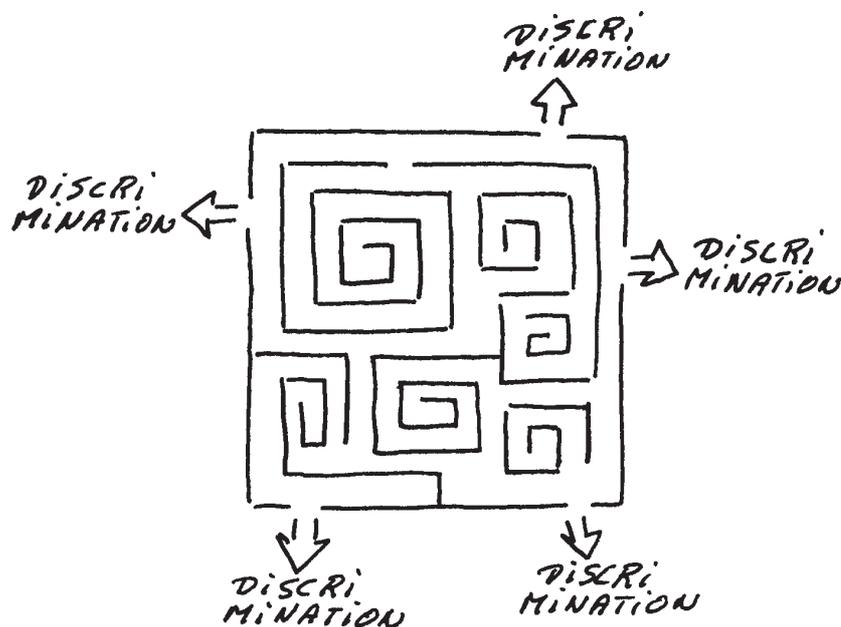
Toutefois, durant la même période la ministre de l'Égalité des chances avait pris à son compte une idée inspirée d'exemples étrangers et qui avait été vainement introduite sous forme de propositions de lois sous la législature précédente : la création d'un Institut

(18) Doc. parl., Sénat, 1999-2000, n° 2-12/3.

(19) Doc. parl., Ch., 2001-02, n° 1583/005, 32.

(20) Voy. J. Jacquain, «Amendements à la directive 76/207», Chr. D.S., 2003, 263.

Et pour les cas de discriminations superposées sur la tête de la même personne



du genre. Lui-même confronté à diverses vicissitudes, le projet nécessaire aboutit à la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes⁽²¹⁾. Celui-ci est notamment habilité à «agir en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application des lois pénales et des autres lois qui ont spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes» (art. 4, al. 1^{er}, 6^o de la loi du 16 décembre 2002).

Assurément, la loi du 7 mai 1999 répond à cette formulation, et d'ailleurs la création de l'Institut constitue une première mesure de transposition de la directive 2002/73, qui elle aussi exige la présence d'un organe indépendant habilité à agir en matière d'égalité entre travailleurs féminins et masculins⁽²²⁾.

Quant à ce dernier domaine, un partage d'attributions s'établit donc logiquement entre le Centre et l'Institut, vu l'article 5 de la loi du 25 février 2003 (supra, 1.7). Mais quid des autres aspects de la discrimination de «sexe»? La loi du 25 février 2003 n'a-t-elle pas «spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes» et ne place-t-on pas ab initio les deux organes en position de concurrence ou de court-circuit? Pour ne rien dire, bien sûr, du cas

inévitables des discriminations superposées sur la tête de la même personne – disons femme et d'origine maghrébine⁽²³⁾ –, que la Commission européenne s'est bien gardée d'affronter lorsqu'elle proposait ses directives anti-discriminations.

Il ne reste qu'à compter sur un esprit de collaboration, qu'in extremis l'arrêté royal du 19 mars 2003⁽²⁴⁾ a voulu stimuler en donnant au Centre une voix consultative au conseil d'administration de l'Institut (mais pour bien faire⁽²⁵⁾, il faudra organiser rapidement la réciproque).

1.9. Le labyrinthe est son propre minotaure

Dans son avis n° 31, le Conseil de l'égalité des chances avait tiré une

fusée d'alarme institutionnelle en rappelant l'enseignement qui ressortait de l'avis de la section de législation du Conseil d'État à propos du projet qui devait devenir la loi du 7 mai 1999⁽²⁶⁾ : un droit fondamental défini par une norme supranationale n'est pas une matière au sens de notre ordre constitutionnel, mais un principe que chaque autorité doit respecter dans son domaine de compétence. Depuis lors, la Haute juridiction a eu l'occasion de répéter cette leçon au sujet de l'avant-projet de loi créant l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes⁽²⁷⁾.

Concernant la proposition «anti-discriminations», la section de législation n'a bien sûr pas changé d'analyse. Son avis n° 30.462/2 du 16 novembre 2000 mettait les auteurs de la proposition en garde quant à la répartition des compétences. Néanmoins, il soulignait que le législateur fédéral pouvait trouver dans le droit civil, le droit commercial, le droit du travail ou le droit pénal les fondements nécessaires pour interdire les discriminations, même si elles se produisent dans des domaines qui relèvent des législations fédérées⁽²⁸⁾.

Cela va sans dire, mais cela irait tellement mieux si on le disait, ce dont s'abstient totalement la loi du 25 février 2003. Sur ces entrefaites, le Parlement flamand adopte le décret du 8 mai 2002 «houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt»⁽²⁹⁾ qui entend transposer les directives 2000/43 et 2000/78 dans les matières relevant de la Communauté et de la Région flamandes, mais abroge et remplace au passage le titre V de la

(21) M.B., 31 décembre 2002, 4^{ème} éd.

(22) Voy. «Amendements à la directive 76/207», l.c., 268.

(23) Voy. sur la dimension de genre dans le débat autour du voile islamique, J. Jacquain, ob. sous C.E.D.H., Dahlab c/ Suisse, 15 février 2001, J.D.J., n° 215, p. 42, Chr. D.S., 2003, 300.

(24) M.B., 31 mars 2003.

(25) Comme l'avait recommandé le Bureau du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes dans son avis du 22 janvier 2003. Le Conseil a obtenu lui aussi un siège consultatif à l'Institut.

(26) Doc. parl., Ch., 1998-99, n° 2057/1, 33.

(27) Doc. parl., Ch., 2001-02, n° 1919/001, 14.

(28) Voy. pour des applications de cette analyse nos commentaires de la loi du 14 décembre 2000 relative à l'aménagement du temps de travail dans les services publics administratifs (Chr. D.S., 2002, 209) et de celle du 10 février 2003 concernant la responsabilité civile des fonctionnaires (Statut des administrations locales et provinciales – A.E.B., Kluwer, n° 152, mars 2003, 7, J.D.J., n° 224, 2003, 32).

(29) M.B., 26 juillet 2002.

La loi demande au moins deux arrêtés royaux d'exécution

loi du 4 août 1978 quant à l'égalité entre travailleurs féminins et masculins – hélas trop tôt pour tenir compte des amendements que la directive 76/207 allait recevoir de la 2002/73⁽³⁰⁾. On peut émettre, au sujet du concept de «diversité» qui inspire le décret, les mêmes réserves fondées sur le genre (supra, 1.6), mais assurément la Communauté flamande a montré l'exemple aux autres pouvoirs fédérés.

Et revoici aussitôt les praticiens contraints de chercher dans les traités de droit constitutionnel un éventuel Global Positioning System. La coexistence de la loi du 25 février 2003 et du décret du 8 mai 2002 (et de ceux qui le suivront) crée des concours idéaux (si l'on peut dire) d'infractions, doubles nullités des mêmes dispositions, superpositions de procédures, interventions concurrentes de services d'inspection divers et pléthore d'organes d'aide aux victimes. Cette généreuse exubérance augure en général plutôt d'un enlèvement bureaucratique que d'un traitement énergique.

1.10. Tout juste pour la loi, trop court pour les arrêtés

Pour finir, il faut bien relever que la loi du 25 février 2003 demande au moins deux arrêtés royaux d'exécution : un pour désigner le service d'inspection compétent (art. 17), un pour organiser les «tests de situation» (art. 19, §3). L'oiseau de malheur se souvient que la loi du 7 mai 1999, elle aussi adoptée en articulo dissolutionis, aura passé toute la législature suivante sans recevoir ses mesures d'exécution, dont une au moins était pourtant indispensable à la mise en oeuvre d'une directive⁽³¹⁾.

2. Un instrument de transposition adéquat ?

Dans le domaine fédéral de compétences, il n'y aura sûrement aucune autre loi que celle du 25 février 2003 pour transposer la directive 2000/43 avant le 19 juillet 2003; et la probabilité n'est pas beaucoup plus faible en ce

qui concerne la 2000/78, pour le 2 décembre 2003 au plus tard. Quelques observations sur l'adéquation de l'instrument.

2.1. Modestie ou superbe ?

Les deux directives comportent une clause qui constitue un standard depuis de nombreuses années : tout instrument de transposition adopté par un État membre doit se présenter comme tel. La loi du 25 février 2003 s'en abstient, même après les amendements que le gouvernement y a introduits précisément dans un but de conformité aux directives. Péché véniel certes, mais même si la proposition de loi est née avant les normes communautaires, on ne voit pas ce qui peut motiver cette apparente indifférence, ou réticence.

2.2. Abondance de discriminations

Que la loi du 25 février 2003 envisage une liste de critères illicites beaucoup plus longue que les directives ou l'article 13 du Traité de Rome ne devrait pas avoir de conséquences juridiques adverses; l'État membre conserve la liberté d'utiliser le même instrument pour transposer des directives et pour poursuivre d'autres fins.

Au sujet de «l'orientation sexuelle», on comprend que les associations de défense des personnes homosexuelles se soient réjouies de voir adoptée une législation qui condamne explicitement la discrimination que subissent ces personnes. Néanmoins, en matière d'emploi, il est permis de continuer à soutenir que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a toujours pu être combattue au titre de la discrimination de genre, et qu'en adoptant une

analyse différente, la Cour de Justice des Communautés européennes s'est enfermée dans une cascade de contradictions⁽³²⁾.

2.3. Définition des discriminations

Littéralement, les notions de discriminations directes et indirectes qui figurent dans la loi du 25 février 2003 comportent des divergences par rapport à celles qu'utilisent les directives 2000/43 et 2000/78; de telles sources de contestations futures auraient dû être éliminées.

La contradiction majeure réside dans le fait que l'article 2, §1^{er} de la loi du 25 février 2003 admet la justification «objective et raisonnable» de discriminations directes. La raison apparente de la discordance réside dans l'étendue du champ de la loi (supra, 2.2); on a toutefois peine à ne pas se demander si le législateur belge finira par admettre autrement que sous la pression la plus stricte un apport essentiel de la Cour de Justice : l'impossibilité de justifier une discrimination directe⁽³³⁾.

Toujours est-il que, pour ce qui constitue l'intersection des champs d'application, la loi du 25 février 2003 donne une transposition absolument fautive aux deux directives. Le décret flamand du 8 mai 2002 a évité ce défaut majeur.

2.4. Champ d'application matériel

La loi du 25 février 2003 semble satisfaisante à cet égard, sauf en un aspect. La directive 2000/43 envisage en effet (art. 3, §1^{er}) «la protection sociale, y compris la sécurité sociale et

(30) Voy. «Amendements à la directive 76/207», l.c., 261.

(31) Voy. J. Jacquain, «Une nouvelle loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs féminins et masculins», Chr. D.S., 2000, 117.

(32) Voy. les arrêts Grant, C-249/96 du 17 février 1998, J.T.D.E., 1998, 113, obs. A. Weyembergh, Chr. D.S., 1998, 244, obs. J. Jacquain; D. et Suède c/Conseil, C-122/99 P et C-125/99 P du 31 mai 2001, Chr. D.S., 2002, 231, obs. J. Jacquain.

(33) Voy., en matière d'égalité de genre, l'arrêt Dekkers, C-177/88 du 8 novembre 1990, J.T.T., 1991, 122, obs. D. Devos, Chr. D.S., 1991, 43, obs. J. Jacquain. Une controverse doctrinale s'est rouverte à ce sujet en Grande-Bretagne : voy. les articles de J. Bowers et E. Moran, Ind.L.J., 2002, 307 et de T. Gill et K. Monaghan, ibid. 2003, 115.

Divergences entre les directives et la loi du 25 février 2003

les soins de santé» et «les avantages sociaux», dont la loi ne dit rien. Bien sûr, on imagine mal une discrimination raciale ou ethnique en ces matières, mais si la Commission européenne l'interroge à ce sujet, la Belgique ne pourra présenter que ses règles constitutionnelles, ou les principes de fonctionnement de sa sécurité sociale, comme gages de l'absence de discrimination. Il est vrai que jusqu'à présent, la Belgique n'a jamais été critiquée pour n'avoir pas de règle spécifique qui donnerait effet à la directive 79/7 sur l'égalité de genre dans les régimes légaux de sécurité sociale⁽³⁴⁾.

Quant à l'affiliation aux organisations de travailleurs ou d'employeurs, visée par les deux directives, la loi du 25 février 2003 n'en traite pas. Certes la question touche à la liberté constitutionnelle d'association, et mieux vaut la laisser aux partenaires sociaux, comme les directives l'admettent; sans doute l'unanimité exprimée à cet égard par l'avis n° 1312 du C.N.T. peut-elle justifier le gouvernement à se dispenser de toute initiative en ce domaine⁽³⁵⁾.

2.5. Exceptions légitimes

Autre divergence entre les directives et la loi du 25 février 2003 : celle-ci reproduit fidèlement les dispositions qui traitent des exigences professionnelles et des aménagements destinés aux handicapés, mais en termes de justifications objectives de la discrimination et non d'exceptions au principe. Même si les résultats sont identiques, la contradiction relevée supra, 2.3 se répercute ici.

La référence aux droits et libertés reconnus par la Constitution et les instruments internationaux (art. 4 de la loi) semble donner un sobre écho à l'article 4, § 2 de la directive 2000/78, texte aussi prolixe qu'embarrassé qui veut faire une place à des exceptions motivées par les convictions religieuses ou philosophiques. Le Conseil d'État, pour sa part, avait renvoyé aux dispositions constitutionnelles, notamment l'article 27 sur l'indépen-

dance des cultes. On rappellera quand même, avec le Conseil de l'égalité des chances, que l'exercice des libertés constitutionnelles n'est garanti que «sauf la répression des infractions» auxquelles il pourrait donner lieu⁽³⁶⁾.

2.6. Recours en justice

Le dispositif de la loi du 25 février 2003 paraît satisfaire aux exigences, formulées en termes assez généraux, des deux directives. Sans spéculer sur le partage de la preuve (déjà introduit dans la loi du 7 mai 1999 comme l'exigeait la directive 97/80, puis dans la loi du 11 juin 2002) ni sur l'apport que pourraient représenter les «tests de situation»⁽³⁷⁾, relevons quelques incohérences et hésitations que révèlent autant la loi du 25 février 2003 que d'autres innovations récentes déjà mentionnées :

- les partenaires sociaux du secteur privé sont toujours aussi réticents à admettre l'apparition de nouveaux acteurs sur le terrain judiciaire des discriminations dans l'emploi. Ils devront s'y faire puisque la loi du 25 février 2003 franchit ce pas après celle du 11 juin 2002 (et sans doute la loi du 7 mai 1999 devra-t-elle être adaptée de même sous l'effet de la directive 2002/73);
- les protocoles de collaboration conclus entre chacune des organisations syndicales représentatives au plan interprofessionnel et le Centre manifestent une volonté collective d'affronter les discriminations. Suggèrent-ils aussi une stratégie, peut-être commune aux syndicats et aux employeurs, consistant à charger le Centre de soumettre des cas de principe à la justice, solution qui paraît retenue au Royaume-Uni ?
- la désignation des organisations syndicales du secteur public habili-

tées à agir est maladroitement reprise à la loi du 7 mai 1999, mais ignore que les services publics connaissent d'autres statuts syndicaux que la loi du 19 décembre 1974;

- le dispositif de protection de la victime contre les représailles de l'employeur est reproduit de la loi du 11 juin 2002, mais ne s'étend pas aux témoins;
- l'action en «cessation» paraît pouvoir être dirigée contre un autre travailleur, mais cette curiosité en droit social n'a pas la justification que la loi du 11 juin 2002 trouve dans le champ d'application extrêmement étendu de la loi du 4 août 1996;
- disposer que l'action en cessation est instruite selon les formes du référé lève une incertitude que soulèvent les demandes d'injonction fondées sur la loi du 4 août 1978, celle du 7 mai 1999 et celle du 11 juin 2002;
- on ne voit absolument pas pourquoi les contestations portant sur des droits civils qui opposeraient des services publics à leurs agents statutaires en matière de discriminations sont soustraites à la compétence du tribunal du travail, alors qu'il peut connaître de tels litiges s'il s'agit d'égalité de genre ou de violence/harcèlement au travail.

Et ayant ainsi sacrifié au vice favori des juristes – démontrer qu'une nouvelle législation n'est sûrement pas celle qu'ils auraient voulue -, voyons à présent quel meilleur usage en faire pour combattre les discriminations trop réelles qui gâchent l'existence aux pensionnaires de notre *Animal Farm*.

(34) Cependant, le Conseil de l'égalité des chances avait regretté cette absence dans son avis du 25 juin 1998 relatif à l'avant-projet qui devait devenir la loi du 7 mai 1999, Doc. parl. Chambre, 1998-99, n° 2057/3, 31.

(35) Sur la même question dans la directive 2002/73, voy. «Amendements à la directive 76/207», l.c., 266.

(36) Voy. Cass., 11 mai 1983, Chr. D.S., 1983, 493, note M. Th. Cuvellicz.

(37) Voy. Cass. franç., 12 juin 2002, Journal du droit des jeunes (France), n° 218, 2002, p. 54, qui décide qu'au regard du Code de procédure pénale, ces tests ne peuvent être écartés en principe, le juge n'étant chargé que d'examiner leur valeur probante.