

## Sur l'absence de transposition des critères de discrimination

# La loi anti-discrimination après l'arrêt de la Cour d'arbitrage : et le droit européen ?

par Jean Jacquain

*Dans «... Et omnia discriminatio» (J.D.J., n° 227, p. 18), j'avais observé que, principalement par défaut, la «loi anti-discrimination» du 25 février 2003 constituait, quant aux compétences fédérales, l'unique instrument de transposition des directives européennes 2000/43 (discrimination raciale) et 2000/78 (discriminations dans l'emploi) que la Belgique pouvait présenter à la Commission européenne dans les délais assignés aux États membres. Parmi les premiers commentaires qu'a suscités l'arrêt n° 157/2004 rendu le 6 octobre 2004 par la Cour d'arbitrage, cette dimension n'a pas reçu tous les feux de la rampe. Elle mérite pourtant quelques observations.*

*Rappelons d'abord qu'alors que les directives visent respectivement, comme critères qui ne peuvent donner lieu à discriminations, l'une la race et l'origine ethnique, l'autre l'orientation sexuelle, l'âge, la religion ou les convictions et le handicap, la loi du 25 février 2003 y ajoutait huit autres critères (le sexe, la couleur, l'ascendance, l'état civil, la naissance, la fortune, l'état de santé actuel ou futur et «une caractéristique physique»). Considérant que cette abondance excluait encore, sans justification raisonnable, les convictions politiques et la langue, la Cour d'arbitrage n'a rien pu faire qu'annuler toute l'énumération. En conséquence, l'article 2 de la loi interdit à présent dans la plupart des aspects de la vie sociale, à quiconque de discriminer contre qui que ce soit d'autre pour quelque motif que ce soit, sauf s'il a une justification objective et raisonnable.*

### 1. - Quant aux critères de discrimination

À de nombreuses reprises, la Cour de Justice des Communautés européennes a fait droit à des actions en manquement (article 226 actuel du Traité de Rome coordonné) entreprises par la Commission contre des États membres parce que les législations qu'ils présentaient comme transposant des directives manquaient de précision : voir ainsi, au sujet de l'égalité entre travailleurs féminins et masculins, les arrêts Commission c/ Danemark, 143/83 du 30 janvier 1985 (Recueil, 1985, p. 427, J.T.T., 1985, p. 31) et Commission c/R.F.A., 248/83 du 21 mai 1985 (Recueil, 1985, p. 1451).

Au vrai, et s'il faut dire tout haut que le roi est devenu nudiste, ce qui reste de l'article 2 de la loi du 25 février 2003 me semble parfaitement ridicule, et équi-

vaut à une absence de transposition quant aux critères de discrimination, laquelle constitue d'office un manquement au sens de l'article 226 du Traité (arrêt Dillenkofer, C-178/94 etc. du 8 octobre 1996, J.T.D.E., 1997, p. 13).

### 2. - Quant à la justification des discriminations

Répetons-le encore, aux yeux du droit communautaire une discrimination directe (X est traité moins favorablement que Y, explicitement parce qu'il est gaucher et l'autre droitier) ne peut se justifier. Cet enseignement constant de la Cour de Justice se reflète dans les deux directives 2000/43 et 2000/78 qui, après avoir affirmé le principe d'interdiction de la discrimination, n'admettent

l'éventualité de justifications objectives qu'à l'égard de discriminations indirectes (l'application d'une règle apparemment neutre défavorise particulièrement un groupe par rapport à un autre).

Après l'arrêt du 6 octobre, l'article 2 de la loi du 25 février 2003 est encore moins conforme, si possible, au principe communautaire ci-dessus. C'est d'autant plus déplorable que, si en substance il dit la même chose que les articles 10 et 11 de la Constitution, il a au moins le mérite d'étendre «*horizontalement*» (entre particuliers) les règles constitutionnelles «*verticales*» (de l'autorité aux administrés) d'égalité et de non-discrimination. Or, selon la jurisprudence de la Cour de Justice, une disposition d'une directive peut, à certaines conditions, produire un effet direct vertical (un particulier peut l'invoquer devant un tribunal national contre l'autorité, sans recourir au droit interne), mais jamais horizontal. On perçoit ainsi la gravité du défaut de transposition.

# Fonction publique : une divergence radicale entre les chambres néerlandophones et francophones

## 3. - Quant au harcèlement

Tel qu'il subsiste, l'article 2, § 6 de la loi du 25 février 2003 dispose que le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. On peine à voir en quoi il est encore utile de considérer un tel comportement comme une discrimination alors qu'il existe un appareil légal consacré à la prévention et la répression du harcèlement sexuel et moral sur les lieux de travail (inséré dans la loi du 4 août 1996 sur le bien-être au travail par celle du 11 juin 2002) et une incrimination générale de harcèlement (l'article 442bis du Code pénal).

Bien entendu, ce que visent les deux directives, c'est le harcèlement dirigé contre une victime qui présente l'une des caractéristiques dont elles interdisent de faire un critère de discrimination. À nouveau, le défaut de transposition saute aux yeux, même si l'amoncellement de législations anti-harcèlement créait en Belgique un réel embarras.

## 4. - Quant aux compétences institutionnelles

Dans la mesure où les deux directives envisagent l'interdiction de discriminer à l'égard de multiples activités de la vie sociale (2000/43) ou au moins professionnelle (2000/78), il est apparu que le législateur fédéral ne suffirait pas à assurer leur transposition. En effet, la section de législation du Conseil d'État a mis en évidence (au sujet de l'avant-projet qui devait devenir la loi du 7 mai 1999 relative à l'égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail) que l'égalité et la non-discrimination ne sont pas des matières, mais des principes que chaque composante de la Belgique fédérale doit garantir dans l'exercice de ses

compétences. La section de législation avait répété cet enseignement à propos du projet de loi anti-discrimination, mais avec le correctif que le législateur fédéral pouvait trouver dans les compétences qui lui sont réservées, comme le droit du travail, un fondement suffisant pour interdire les discriminations dans des domaines qui relèvent des pouvoirs fédérés.

Singulièrement, à l'égard de la fonction publique, il s'ensuit une divergence radicale entre les chambres néerlandophones et francophones de la section de législation. Toujours en matière d'égalité entre travailleurs féminins et masculins, la chambre flamande avait dit en 1998 que la fonction publique des Communautés et Régions échappait à la compétence fédérale (dans ce sens d'ailleurs, mais a contrario, l'arrêt n° 60.609 du 28 juin 1996 de la section d'administration); le décret flamand du 8 mai 2002, qui transpose les directives 2000/43 et 2000/78 mais remplace aussi le titre V de la loi du 4 août 1978 quant à l'égalité de genre dans le travail, suit cette doctrine, bien que, d'initiative parlementaire, il n'ait pas fait l'objet d'une consultation du Conseil d'État. Par contre, au sujet d'un avant-projet du gouvernement de la Communauté germanophone, la chambre française a estimé en 2004 que, dès lors que la loi du 25 février 2003 comportait des dispositions (art. 2, § 4, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> tirets) relatives à l'accès à l'emploi salarié ou indépendant et aux emplois publics, le législateur fédéral avait exercé sa compétence en droit du travail et dessaisi les autorités fédérées. Les décrets de la Communauté germanophone (17 mai 2004, M.B., 13 août, 2<sup>ème</sup> éd.), de la Communauté française (19 mai 2004, M.B., 7 juin) et de la Région wallonne (27 mai 2004, M.B., 23 juin, 2<sup>ème</sup> éd.) destinés à transposer les directives 2000/43 et 2000/78 s'abstiennent donc à l'égard de la fonction publique. Le gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a maintenant l'occasion de demander que son avant-projet d'ordonnance soit soumis à l'assemblée générale de la section, ce qui pourrait permettre de vider la controverse.

Mais celle-ci garde-t-elle encore une portée, à présent que l'article 2 de la loi

du 25 février 2003 n'a plus que le contenu le plus général imaginable ? Si tant est que les chambres françaises aient eu la bonne interprétation, le défaut de transposition par manque de précision (ci-dessus, 1) ne se répercute-t-il pas aussitôt sur les décrets fédérés, lesquels se trouvaient déjà en défaut si c'étaient les chambres flamandes qui avaient rai-

son ?

## 5. - Quant à l'égalité de genre

Le système juridique complexe que le droit européen consacre à l'égalité entre travailleurs féminins et masculins trouve sa transposition dans d'autres législations que la loi du 25 février 2003, lesquelles ne sont pas affectées par l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Celui-ci n'a pas non plus touché à l'article 31 de la loi qui, modifié par la loi-programme du 9 juillet 2004, répartit la compétence d'agir en justice entre le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (pour l'ensemble de la loi) et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes créé par la loi du 16 décembre 2002 (par exception, si le litige porte sur une discrimination de genre).

Cependant, puisque l'article 2, § 4, 1<sup>er</sup> tiret de la loi du 25 février 2003 vise la fourniture de biens ou de services, on avait cru que celle-ci serait aussi le principal instrument de transposition de la future directive sur l'égalité entre femmes et hommes dans l'accès aux biens et aux services que le Conseil européen devrait adopter avant la fin de l'année (voir à ce sujet l'avis n° 83 du 12 mars 2004 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes). Toujours pour les raisons exposées ci-dessus, 1 et 2, la loi du 25 février 2003 ne répond plus à cette attente.

Mesdames et Messieurs les ministres et parlementaires, au travail et ça presse !