

**L'action positive en droit belge : au cœur du principe d'égalité.
État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi**

Isabelle Hachez, Jean-François Neven et Julie Ringelheim

Août 2022

 **UCLouvain**



Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences (JUR-I)
Centre for Philosophy of Law (CPDR)

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, centre de recherches localisé au sein de l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques (JUR-I) de l'Université de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être publiée, sous quelque forme que ce soit, sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), a research centre located in the Institute for Interdisciplinary research in legal science (JUR-I) of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced in any form without consent of the author

L'action positive en droit belge : au cœur du principe d'égalité. État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi

Isabelle Hachez, Jean-François Neven et Julie Ringelheim¹

Ce texte paraîtra sous une forme légèrement remaniée dans l'ouvrage J. Ringelheim, S. Van Drooghenbroeck, J. Vrieling et P. Wautelet (dirs.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination/ Nieuwe impulsen voor de strijd tegen discriminatie*, Anvers, Intersentia (à paraître).

Propos introductifs	4
I. Contours de la notion	4
II. Cadre normatif international et constitutionnel	6
1. A l'échelle de l'Union européenne	7
2. Au niveau des Nations Unies.....	10
3. Dans la Constitution belge	11
III. Le cadre législatif fédéral anti-discriminatoire	12
1. La législation anti-discriminatoire.....	12
2. Les antécédents : la loi de réorientation économique du 4 août 1978	13
3. L'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive (secteur privé)15	
A. Le recours à une convention collective ou un acte d'adhésion	16
B. L'approbation ministérielle	18
C. En guise de première évaluation : des concrétisations encore modestes mais un dispositif plus solide que le précédent.....	20
IV. Des quotas obligatoires dans certains secteurs en faveur des femmes et de personnes en situation de handicap	23
1. En faveur des personnes handicapées	24
2. En faveur des femmes.....	25
Propos conclusifs	28

¹ Les auteurs remercient vivement Sophie Vincent, juriste chez Unia et assistante à l'USL-B, pour les échanges qui ont accompagné l'écriture de la présente étude.

Propos introductifs

La problématique des actions positives n'est pas neuve. En droit du travail, la volonté de lier le principe de non-discrimination à la promotion d'actions positives est déjà observable dans la Convention OIT n° 111 de 1958, puis dans la loi de réorientation économique du 4 août 1978. Ces références précoces tiennent sans doute à la finalité du droit du travail, qui vise à établir une égalité réelle sur fond d'une certaine défiance à l'endroit des approches formelles de l'égalité.

Le développement des actions positives résulte du constat des limites de la seule interdiction de discriminer : celle-ci ne suffit pas à réaliser l'égalité dans les faits au bénéfice de groupes souffrant d'une inégalité structurelle. L'action positive se caractérise dès lors par des mesures opérant une différence de traitement en faveur des groupes structurellement désavantagés dans le but de surmonter les obstacles à leur insertion sociale ou à l'amélioration de leur condition. Ce faisant, elle met l'égalité sous tension en logeant en son cœur un conflit de prérogatives distinctes : motivée par la recherche d'une égalité réelle, elle soulève le risque de générer une discrimination au détriment des membres du groupe avantagé. Cette tension explique les difficultés auxquelles se heurte le développement des actions positives et les débats récurrents que suscite ce mécanisme. La législation soumet cependant le recours à ce dispositif à des exigences strictes, dans le but précisément d'éviter ce risque. Dans la mesure où elles sont entourées de garanties appropriées, les actions positives nous semblent demeurer un levier adéquat et fécond à (re)dynamiser dans la perspective d'une société inclusive qui se construit, elle-même, à la croisée de caractéristiques diverses.

Bien que la thématique ait déjà été largement labourée, le flou conceptuel entourant la notion d'action positive n'a point été dissipé en doctrine (I). La légalité de principe des actions positives est, quant à elle, reconnue tant par le droit constitutionnel que le droit de l'Union européenne (UE) et des Nations Unies, mais les conditions qui l'entourent diffèrent d'un ordre juridique à l'autre et restent affectées de certaines zones d'ombre de nature à freiner leur développement (II). Des politiques publiques destinées à leur donner corps n'en ont pas moins été adoptées au sein de l'ordre juridique belge : la réglementation autorise le recours à des actions positives moyennant le respect de certaines conditions (III) et, en matière de genre et de handicap, des dispositifs de quotas obligatoires ont été mis en place, parfois de longue date (IV). Le degré d'effectivité de ces politiques prête toutefois à discussion.

I. Contours de la notion

Action affirmative², mesures spécifiques ou spéciales³, inégalités correctrices⁴, discriminations positives⁵ sont autant d'expressions utilisées dans la littérature, les textes juridiques ou la jurisprudence pour désigner ce que l'on qualifiera ici, en reprenant la terminologie du droit de l'Union européenne, d'action positive. Cette diversité de qualifications s'accompagne d'une pluralité de définitions, conférant à ce concept une étendue plus ou moins large. Pour notre part, nous l'entendons comme visant *des dispositifs comportant un traitement préférentiel en faveur des membres d'un groupe caractérisé par un critère prohibé de discrimination, adoptés dans le but d'éliminer une inégalité de fait*

² Traduction littérale de l'expression d'*affirmative action* utilisée aux États-Unis.

³ Dans les traités des Nations Unies.

⁴ Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dès son arrêt de principe n° 9/94.

⁵ Voy., par exemple, B. Renauld, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, **XXX**, p. 427. Voy. aussi le décret de la Communauté française du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en oeuvre de *discriminations positives* (notre accent).

subie par ce groupe. Contrairement à d'autres auteurs⁶, nous considérons que ce type de mesures inclut, par définition, une différence de traitement basée sur un critère prohibé de discrimination⁷ (sans constituer pour autant une discrimination⁸). Seule cette spécificité justifie que l'action positive fasse l'objet d'un régime juridique particulier dans le cadre du droit de la non-discrimination.

Même ainsi comprise, la notion d'action positive recouvre un éventail très large de mesures. Contrairement à une opinion répandue, elle ne se limite pas à une politique de quotas. L'action positive peut aussi se traduire, par exemple, par la mise en place de formations à destination des membres du groupe-cible visant à les préparer à postuler à un emploi ou à une promotion, par des offres de stages au sein d'une entreprise réservées aux personnes appartenant à ces groupes ou encore par la garantie que les candidats à une offre d'emploi qui appartiennent au groupe concerné seront invités à un entretien. Quant aux dispositifs de quotas, ils peuvent eux-mêmes épouser différentes formes, selon le caractère plus ou moins souple ou rigide de la préférence accordée aux candidats du groupe-cible dans la procédure de sélection⁹.

Comparée à la simple interdiction de discriminer, l'action positive se caractérise par le fait qu'elle vise à réaliser une égalité *réelle* (également qualifiée d'égalité substantielle ou de fait) et pas seulement formelle, à travers la résorption d'une discrimination *structurelle*, et qu'elle passe par des mesures *proactives* plutôt que *réactives*¹⁰. La mise en place d'une telle action suppose dès lors que la situation du groupe cible (femmes, personnes handicapées, personnes d'origine étrangère, ...), comparée à celle d'autres groupes, démontre, dans le domaine visé (emploi, éducation, ...), une inégalité de fait ou une discrimination structurelle qui se traduit par une sous-représentation pouvant être objectivement établie. Cette recherche d'égalité substantielle conduit à développer des dispositifs qui prennent en compte le critère prohibé en jeu, dans la mesure où un avantage est accordé aux personnes appartenant au groupe cible en vue d'éliminer les inégalités qu'il subit dans la vie réelle. L'action positive présente ainsi un caractère *proactif* : elle vise à supprimer, en amont, les obstacles structurels qui entravent la participation de certains groupes à la vie en société, plutôt que de miser sur les leviers que la personne individuelle pourrait actionner *a posteriori* en cas de violation, dans son chef, du principe d'égalité (on songe en particulier à l'action en justice).

A l'inverse, l'interdiction de discriminer est de nature réactive : elle débouche le cas échéant sur la sanction *a posteriori* d'un comportement jugé discriminatoire, pour autant que la victime ait pris l'initiative d'agir en justice ou d'introduire une plainte auprès d'un organisme adéquat. Or,

⁶ Voy. not. N. BAMFORTH, M. MALIK et C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2008, p. 345 et Ch. McCRUDDEN, *Gender-based positive action in employment in Europe. A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg, Publication office of the European Union, 2019, 116-139.

⁷ En ce sens, voy. not. O. DE SCHUTTER, « Positive Action », in D. Shieck, L. Waddington et M. Bell (eds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, 757-869 ; A. MCCOLGAN, *Discrimination, Equality and the Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014 ; R. XENIDIS et H. MASSE-DESSEN, « Positive Action in Practice: Some Dos and Don'ts in the Field of EU Gender Equality Law », *European Equality Law Review*, 2018, n° 2, 36-62, spéc. p. 37.

⁸ C'est pourquoi l'expression « discrimination positive » nous paraît devoir être évitée : elle génère controverses et confusions en suggérant que les mesures visées sont discriminatoires alors qu'elles constituent précisément – sous réserve du respect de certaines conditions – un outil important *pour combattre* les effets de discriminations structurelles.

⁹ Cf. la typologie établie par G. SELANEC et L. SENDEN in *Positive action measures to ensure full equality in practice between men and women, including on company boards*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2013, pp. 3-4.

¹⁰ L'interdiction de la discrimination indirecte comporte certes une dimension plus substantielle que la prohibition de la discrimination directe puisqu'elle fait découler le caractère discriminatoire d'une mesure du désavantage particulier que celle-ci génère en pratique pour un groupe protégé. Elle se limite cependant à interdire les dispositions ou pratiques entraînant un tel impact défavorable pour un groupe protégé, sans exiger de mesures positives visant à réaliser l'égalité. Sa mise en œuvre se traduit par un dispositif réactif : en cas de violation de l'interdiction, la victime peut dénoncer *a posteriori* la mesure et demander réparation du dommage subi.

l'expérience montre que ce dispositif est insuffisant pour assurer une égalité réelle à des groupes souffrant d'un haut degré de désavantage ou d'exclusion. Plusieurs motifs dissuadent nombre de victimes de porter plainte : coût, longueur et incertitude des procédures, peur des représailles, difficultés de preuve, ...¹¹. Ce modèle classique apparaît en outre mal adapté pour remettre en cause des inégalités résultant non pas d'une décision bien précise imputable à une personne identifiée mais d'un ensemble de facteurs dans lesquels interviennent de multiples responsabilités¹².

Parce qu'elles passent par une disparité de traitement fondée sur un critère prohibé, les politiques d'action positive font l'objet d'un régime juridique particulier. Ainsi qu'on le verra dans les subdivisions suivantes, on observe certaines différences à cet égard entre le droit des Nations Unies, le droit de l'Union européenne et le droit national. Mais une convergence apparaît autour de l'exigence de proportionnalité. L'action positive suppose une mise en balance des intérêts en présence – tant des personnes qui bénéficient de la mesure que des personnes qui en sont exclues – dans la droite ligne de la théorie générale des droits fondamentaux : la mesure d'action positive doit demeurer *proportionnée* à l'objectif qu'elle poursuit¹³. De manière générale, l'instauration de quotas avec traitement préférentiel dans des procédures de sélection reste le mécanisme le plus controversé, en particulier lorsqu'il prend une forme rigide plutôt que flexible. En outre, compte tenu de l'objectif qu'elles servent (résorber une inégalité de fait) et de la tension qu'elles peuvent générer vis-à-vis du principe de non-discrimination dès lors qu'elles passent par une différence de traitement, on considère classiquement (mais pas toujours) que les actions positives doivent demeurer *temporaires*¹⁴. Ce caractère temporaire ne doit pas nécessairement se traduire par la détermination *a priori* d'un délai à l'issue duquel les mesures adoptées cesseraient automatiquement d'être en vigueur. Il impose par contre d'y mettre un terme lorsque l'objectif d'égalité substantielle apparaît (suffisamment) atteint. Aussi les mesures d'action positive appellent-elles généralement une obligation de *suivi* dans le chef des autorités qui y recourent¹⁵.

II. Cadre normatif international et constitutionnel

La licéité de l'action positive est reconnue, à certaines conditions, par le droit de l'Union européenne (1), le droit des Nations Unies (2) et le droit constitutionnel belge (3). Ces conditions varient toutefois en fonction de l'ordre juridique considéré. Alors que le droit des Nations Unies conçoit l'action positive comme un *moyen de lutter contre* les discriminations les plus ancrées et de réaliser l'égalité, les droits belge et européen y voient avant tout une *exception* au principe d'égalité et de non-discrimination.

¹¹ Voy. F. DUBET, O. COUSIN, E. MACÉ et S. RUI, *Pourquoi moi ? L'expérience des discriminations*, Seuil, Paris, 2013 ; FRA, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey. Main results*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2017, en ligne.

¹² S. FREDMAN, « Substantive Equality Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 2016, pp. 712-738.

¹³ Etant entendu que « the proportionality principle implies that where a group experiences particularly severe disadvantage, more intensive positive action measures may be legitimate » (L. WADDINGTON et M. BELL, « Exploring the boundaries of positive action under EU law: a search for conceptual clarity », *Common Market Law Review*, 2011/48, p. 1514).

¹⁴ En ce sens, not. : « Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique », Rapport final présenté par Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, en application de la résolution 1998/5 de la Sous-commission, E/CN.4/Sub.2/2002/21, p. 3, pt. 6.

¹⁵ Cf. en ce sens, not., l'avis 62.346/AG donné le 26 novembre 2017 par l'assemblée générale du Conseil d'État sur un amendement à une proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle loi communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein d'organes collégiaux, pt. 5.2. Voy. aussi C.C., n° 145/2015, 22 octobre 2015, cons. B.10.2 : selon le juge constitutionnel, l'instauration d'un système d'évaluation régulière suffit à attester du caractère temporaire des mesures positives adoptées.

1. A l'échelle de l'Union européenne

A l'échelle de l'Union européenne, l'idée d'action positive est d'abord consacrée dans la directive 76/207, adoptée en 1976, qui dit ne pas faire obstacle aux « mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés »¹⁶. Dans sa recommandation 84/635 du 13 décembre 1984, le Conseil parle expressément d'*action positive* et en recommande l'instauration, par les États membres, en faveur des femmes¹⁷. Avec le traité d'Amsterdam, le droit primaire est complété par une disposition précisant que « [p]our assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle »¹⁸.

Les termes d'« action positive » sont repris dans les deux directives adoptées en 2000 pour lutter contre la discrimination à raison de la race et de l'origine ethnique et à raison de l'âge, du handicap, de l'orientation sexuelle et de la conviction. Celles-ci énoncent que « pour assurer la pleine égalité dans la pratique », « le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à [l'un des motifs prohibés de discrimination] »¹⁹.

En vertu de cette disposition, les États européens sont donc *autorisés* à adopter ou maintenir des mesures d'action positive visant à « prévenir ou compenser » des désavantages liés à un critère de discrimination, sans y être contraints. Celles-ci sont conçues comme une *exception* au principe d'égalité et de non-discrimination²⁰.

La Cour de justice de l'Union européenne a cependant développé une jurisprudence restrictive (et controversée) à propos des conditions auxquelles des actions positives peuvent être considérées comme compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination. Cette jurisprudence concerne presque exclusivement des dispositifs mis en place en vue de favoriser l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi.

¹⁶ Article 2, § 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail. Sur l'émergence et l'évolution du concept d'action positive dans le droit de l'UE, voy. Ch. MCCRUDDEN, *op. cit.*, 52-57.

¹⁷ Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

¹⁸ Art. 141, § 4, du TCE ; actuellement, art. 157, § 4, du TFUE. Voy. aussi la Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 23, alinéa 2 : « Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ». Sur cette disposition, voy. J. JACQMAIN, « Article 23. Égalité entre hommes et femmes », C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck et F. Picod (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, spéc. 642-644.

¹⁹ Voy. art. 5 de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et art. 7 de la Directive 2000/78/CE 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 (qui comporte un 2^{ème} paragraphe consacré spécifiquement aux mesures visant les travailleurs handicapés). Une définition similaire figure dans la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (cf. art. 6). L'article 3 de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) évoque quant à lui des « mesures positives » et renvoie à l'art. 141, § 4, TCE, devenu l'art. 157, § 4, TFUE.

²⁰ En ce sens, Ch. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 61.

Dans son arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, la Cour de justice déclare contraire au principe d'égalité de traitement une réglementation nationale exigeant d'accorder dans les procédures de recrutement et de promotion, à qualifications égales entre candidats de sexe différents, une priorité aux candidats féminins, dans les secteurs des services publics dans lesquels les femmes sont sous-représentées, au sens où elles ne représentent pas la moitié au moins des effectifs²¹. La Cour affirme qu'un tel système qui « garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion » dépasse les limites de l'exception prévue dans la directive²² parce qu'il irait au-delà d'un dispositif visant à *égaliser les chances* des femmes de concourir contre des candidats masculins sur le marché de l'emploi (par exemple, en agissant sur l'orientation et la formation) et chercherait à *égaliser les résultats* en tendant « à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes »²³.

Cet arrêt a fait l'objet de vives critiques dans la doctrine²⁴. Dans sa jurisprudence postérieure, la Cour a nuancé sa position. Dans l'arrêt *Marschall*, elle reconnaît l'existence d'obstacles structurels à l'évolution des femmes dans l'emploi, observant que « même à qualifications égales, les candidats masculins ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active »²⁵. Elle juge qu'un système qui oblige en principe, à qualifications égales, à sélectionner en priorité les candidats féminins dans les secteurs d'activité où les femmes sont sous-représentées, reste compatible avec le droit de l'Union s'il garantit que toutes les candidatures font l'objet d'une appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel des candidats et permet d'écarter la priorité accordée aux femmes lorsque des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur²⁶. Grâce à cette « *clause d'ouverture* », la priorité accordée aux femmes n'est pas « absolue et inconditionnelle », ce qui permet de distinguer ce mécanisme du système examiné dans *Kalanke*. Par la suite, la Cour a également déclaré admissibles des formes d'action positive portant sur les étapes préliminaires à la décision de recrutement ou de promotion comme le fait, dans des secteurs où les femmes sont sous-représentées, de leur réserver la moitié des places de formation donnant accès à des professions qualifiées²⁷ ou de garantir aux femmes postulant à un emploi et présentant les qualifications requises d'être convoquées à un entretien d'embauche²⁸.

La Cour accepte donc que diverses formes d'action positive peuvent être compatibles avec le droit de l'UE, y compris des quotas de recrutement pour autant qu'ils comportent une clause d'ouverture. Mais des mesures accordant une priorité « absolue et inconditionnelle » aux femmes en cas de qualifications égales des candidats des deux sexes (et *a fortiori* en cas de qualifications inférieures mais suffisantes²⁹), sont considérées comme non conformes. Si cette interprétation est

²¹ C.J.C.E., arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995, C-450/93, § 24.

²² *Ibidem*, § 22.

²³ *Ibidem*, § 23.

²⁴ Cf. not. D. SCHIEK, « Sex Equality Law After Kalanke and Marshall », *European Law Journal*, Vol. 4, No. 2, June 1998, 148-166 ; C. BARNARD, « The principle of Equality in the Community Context: *P, Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows?* », *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, No. 2, July 1998, 352-373, spéc. p. 371 et C. O'CONNOR, « Positive Action and the Limits of Existing Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No. 3, 2006, 351-364.

²⁵ C.J.C.E., arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997, C-409/95, § 29. Cf. aussi C.J.U.E., arrêt *Badeck* du 28 mars 2000, C-158/97, § 21.

²⁶ Arrêt *Marschall*, § 35. Cf. aussi arrêt *Badeck*, § 23.

²⁷ Arrêt *Badeck*, § 55. La Cour juge le dispositif admissible dans la mesure où l'État ne détient pas le monopole de cette formation.

²⁸ Arrêt *Badeck*, § 63. Ces mesures, estime la Cour, se limitent à promouvoir une égalisation des chances des femmes dans la vie professionnelle, sans imposer un résultat définitif en termes d'embauche ou de promotion. Cf. aussi C.J.U.E., arrêt *Lammers* du 19 mars 2002, C-476/99, § 39 ; C.J.U.E., arrêt *Briheche* du 30 septembre 2004, C-319/03, § 24. Pour une analyse de l'ensemble de cette jurisprudence, cf. Ch. McCRUDDEN, *op. cit.*, 63-78.

²⁹ C.J.U.E., arrêt *Abrahamsson* du 6 juillet 2000, C-407/98.

plus souple que celle mise en avant dans l'arrêt *Kalanke*, elle reste une lecture restrictive du texte des directives, lequel n'évoque pas explicitement une telle limitation.

Par ailleurs, la Cour interprète restrictivement la condition de l'article 157, § 4, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) selon laquelle une mesure d'action positive doit être apte à « assurer une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle ». Elle a jugé que des bonifications dans le calcul de la pension de retraite ou des possibilités de départ anticipé à la pension accordées aux travailleuses ayant eu des enfants – que l'État mis en cause justifiait par sa volonté de compenser des désavantages subis dans leur parcours professionnel – ne pouvaient être qualifiées d'action positive car elles ne permettraient pas de remédier aux problèmes rencontrés par les femmes dans leur carrière et d'assurer ainsi une pleine égalité dans la vie professionnelle. La Cour y voit au contraire des discriminations directes fondées sur le sexe³⁰.

Outre le fait que la jurisprudence de la Cour relative à l'action positive en matière de genre est critiquée par une partie de la doctrine qui la juge excessivement restrictive, plusieurs auteurs estiment qu'une interprétation plus souple pourrait se justifier dans le cas de mesures liées à d'autres critères de discrimination, en particulier en matière de handicap³¹. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette question. Elle n'a été jusqu'à présent que rarement consultée sur la légalité d'une mesure d'action positive concernant d'autres motifs que le genre. Dans l'affaire *Cresco*³², elle a toutefois été interrogée par une juridiction autrichienne sur la question de savoir si l'octroi d'un jour de congé payé à l'occasion du Vendredi saint aux travailleurs appartenant à des Églises chrétiennes minoritaires pouvait être considéré comme une mesure d'action positive permettant de compenser, pour ces travailleurs, un désavantage lié à la religion – étant donné que les fêtes liées au catholicisme, religion majoritaire en Autriche, constituent des jours de congé officiels pour toute la population. Sans examiner le bien-fondé de la justification invoquée de la mesure, la Cour a conclu qu'elle était de toute façon contraire au principe d'égalité car réservée aux travailleurs appartenant à *certaines* minorités religieuses, à l'exclusion de ceux pratiquant d'autres religions minoritaires³³. Cette jurisprudence indique que, pour la Cour, une condition supplémentaire découlant du principe général d'égalité doit dans certains cas être prise en compte : la mesure doit bénéficier à l'ensemble des personnes placées dans une situation similaire parce que subissant un désavantage comparable³⁴.

³⁰ C.J.U.E., arrêt *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* du 12 décembre 2019, C-450/18 ; arrêt *Leone* du 17 juillet 2014, C-173/13 ; arrêt *Griesmar* du 29 novembre 2001, C-366/99. Voy. aussi C.J.U.E., arrêt *Manuel Roca Alvarez* du 30 septembre 2010, C-104/09 (autorisation d'absence pendant la journée de travail octroyée aux femmes salariées pour leur permettre de passer du temps avec leur enfant pendant ses neuf premiers mois). Comp. avec C.J.U.E., arrêt *CFTC* du 18 novembre 2020, C-463/19, pt 55.

³¹ L. WADDINGTON et M. BELL, *op. cit.*, p. 1508 et 1514 ; R. WHITTLE, « The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability perspective », *ELR*, 2002, vol. 27, p. 319 ; C. O'CONNOR, *op. cit.*, p. 357, note 33. Cf. aussi I. HACHEZ et J. RINGELHEIM, « Les actions positives », in I. Hachez et J. Vrielink (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, spéc. 365-366. Comp. M. De Vos, « Positieve Actie en Positieve Discriminatie in het Europese en Belgische Discriminatierecht », in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck, *Les Nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Chartre, 2008, pp. 297-332, pp. 317-319.

³² C.J.U.E., arrêt *Cresco Investigation GmbH* du 22 janvier 2019, C-193/17.

³³ *Idem*, § 66. Sur cet arrêt, cf. A. DE TONNAC, « Où en est l'action positive ? Etude de quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. aff. eur.*, 2019/4, 734-737.

Idem, § 66. Sur cet arrêt, cf. A. DE TONNAC, « Où en est l'action positive ? Etude de quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. aff. eur.*, 2019/4, 734-737.

icenciement à une autorisation *ex ante* destinée à les protéger –, il est contraire au principe général d'égalité de traitement d'en limiter le bénéfice à certains travailleurs (en l'espèce, les salariés) à l'exclusion d'autres travailleurs atteints du même handicap (les fonctionnaires), sans justification objective (pt 61-64). Sur cet arrêt, voy. I. HACHEZ et J. RINGELHEIM, *op. cit.*

2. Au niveau des Nations Unies

Dès 1958, la Convention OIT n° 111 concernant la discrimination³⁵ autorise tout État membre, « après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, [à] définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel » (art. 5, § 2). Les mesures d'action positive prises sur le fondement de cette Convention semblent cependant peu nombreuses. Le Comité d'experts chargé du *monitoring* des conventions et des recommandations de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a pour sa part attiré l'attention des États sur la nécessité « d'adopter des mesures proactives et globales pour promouvoir l'égalité réelle de toutes les personnes et lutter contre la discrimination fondée sur la race, la couleur et l'ascendance nationale, y compris ses formes multiples »³⁶.

Les autres conventions traitant de la discrimination adoptées dans le cadre des Nations Unies permettent, elles aussi, le recours aux actions positives – appelées « mesures spéciales » – dont elles précisent qu'elles ne constituent pas des discriminations³⁷. La Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (CERD) va plus loin en conférant expressément à ces mesures un caractère obligatoire dans certaines circonstances : « Les États parties *prendront, si les circonstances l'exigent*, dans les domaines social, économique, culturel et autres des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁸. D'autres conventions ont été interprétées par les comités d'experts onusiens qui en contrôlent la mise en œuvre comme pouvant parfois également induire une *obligation* de mettre en place de telles mesures lorsque cela est nécessaire pour assurer l'effectivité du principe d'égalité au profit de certains groupes. Ainsi peut-on lire, dès 1989, sous la plume du Comité des droits de l'homme que « l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte [international relatif aux droits civils et politiques]. Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État *doit* prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population »³⁹. Le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a, lui aussi, affirmé le caractère obligatoire de telles mesures dans certaines circonstances au regard de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAW)⁴⁰, tout

³⁵ Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée le 25 juin 1958, dans le cadre de l'Organisation internationale du travail.

³⁶ Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR), **Observation générale sur la discrimination fondée sur la race, la couleur et l'ascendance nationale**, adoptée en 2018, publiée lors de la 108^{ème} session de la Conférence Internationale du travail (2019).

³⁷ Art. 1, § 4, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) ; art. 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (1979) ; art. 5, § 4, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006).

³⁸ Art. 2, § 2 (notre accent).

³⁹ Observation générale n° 18 du Comité des droits de l'homme sur la non-discrimination (1989), § 10 (notre accent). Compar. avec les autres extraits (issus de différentes observations générales) mentionnés par P.-M. TAYLOR, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 742 à 744, spéc. p. 743.

⁴⁰ Observation générale n° 25 du Comité sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (2004), § 14.

comme le Comité des droits des personnes handicapées, sur le fondement de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)⁴¹.

Une différence entre les conventions onusiennes peut être signalée : alors que la CERD⁴² et la CEDAW⁴³ subordonnent la licéité de ces mesures à leur caractère temporaire⁴⁴, la CDPH n'évoque pas une telle condition. Le Comité des droits des personnes handicapées en déduit que ces mesures, dans le cas des personnes en situation de handicap, ne doivent pas forcément être limitées dans le temps⁴⁵.

3. Dans la Constitution belge

C'est sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution que la Cour constitutionnelle belge a élaboré sa jurisprudence relative aux « inégalités correctrices », selon ses propres termes. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt n° 9/94⁴⁶. « L'on peut certes admettre », y souligne la Cour, « que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante ». Mais « encore faut-il », ajoute-t-elle, « pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui ». Moyennant les limites ainsi décrites, les articles 10 et 11 de la Constitution autorisent donc l'adoption de mesures d'actions positives.

Mais la Constitution belge instaure également une forme d'action positive obligatoire destinée à favoriser la participation des femmes à la vie politique. L'article 11 *bis* de la Constitution, promulgué le 21 février 2002, impose aux législateurs compétents d'assurer, au besoin par le recours à l'action positive, l'effectivité de l'égalité entre hommes et femmes, notamment dans l'accès aux mandats publics et électifs. Il consacre en outre un principe de mixité obligatoire des organes exécutifs fédéraux, communautaires, régionaux et locaux⁴⁷ (voy. aussi *infra* n° 42). Étonnamment, cette reconnaissance constitutionnelle des quotas de genre dans la participation au processus de décision

⁴¹ Observation générale n° 6 du Comité des droits des personnes handicapées sur l'égalité et la non-discrimination (2018), §§ 28 et 32. En faveur de cette interprétation, voy. not. A. BRODERICK, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge, Intersentia, 2015, 131-135. Notons que l'article 27, § 1, h, de la CDPH semble énoncer une obligation d'action positive dans le domaine de l'emploi : « Les Etats (...) favorise[nt] l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive (...) » (notre accent).

⁴² Art. 1, § 4.

⁴³ Art. 4, § 1.

⁴⁴ La CEDAW autorise cependant l'adoption de mesures spécifiques *permanentes* pour protéger la maternité (art. 4, § 2).

⁴⁵ Observation générale n° 6, § 26.

⁴⁶ Voy. par la suite l'arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, cons. B.20. Dans ces deux affaires (n° 9/94 et 42/97), la Cour conclut que la mesure d'action positive en cause ne répond pas aux conditions qu'elle énonce. On notera que la section de législation du Conseil d'État se réfère également à l'arrêt n° 9/94 de la Cour constitutionnelle dans les avis qu'elle rend. Voy. not. projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, avis du Conseil d'État du 2 février 2002, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2001-2002, n° 1578/2, spéc. p. 7 et 8. Voy. cependant l'infléchissement que signale l'avis 62.346/AG, précité (note 15), de la section de législation du Conseil d'État sur la proposition ayant conduit à l'ordonnance bruxelloise du 1^{er} mars 2018.

⁴⁷ Voy. not. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 2002, p. 153-182 et C. NENNEN, « L'article 11*bis* de la Constitution ou la traduction d'une préférence abstraite du constituant en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes. Analyse des actions positives favorisant une présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les collèges communaux », *A.P.T.*, 2018/4, spéc. p. 421 et s.

politique fut entourée d'un très large unanimisme en Belgique, par contraste avec les vifs débats suscités, par exemple en France, par des mesures comparables⁴⁸.

L'article 22^{ter} de la Constitution⁴⁹, qui concerne les personnes en situation de handicap, permet également le recours à l'action positive mais sans créer d'obligation explicite à cet égard, à la différence de l'article 11^{bis}. Son alinéa 1^{er} se limite à reconnaître « le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables », tandis que son alinéa 2 confie au législateur la mission de « garant[ir] la protection de ce droit ». Autrement dit, l'article 22^{ter} enjoint le législateur à intervenir pour garantir la protection du droit à la pleine inclusion, mais n'évoque pas expressément la possibilité ni *a fortiori* la nécessité d'actions positives. Celles-ci peuvent néanmoins être jugées nécessaires pour assurer l'effectivité du droit à l'inclusion et à l'égalité. Durant les travaux préparatoires plusieurs intervenants ont affirmé que cette disposition requerrait le recours à l'action positive⁵⁰. En consacrant le droit à la pleine inclusion des personnes handicapées, le constituant synthétise par ailleurs l'ensemble des droits garantis par la CDPH, à l'aune de laquelle l'article 22^{ter} doit donc être interprété. Il est cependant piquant de constater que, nulle part dans les travaux préparatoires, il n'est fait allusion aux conditions entourant l'action positive dans la CDPH ou la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Il n'est pas davantage fait référence aux dispositifs législatifs et réglementaires imposant ou autorisant des actions positives en faveur des personnes avec un handicap, le cas échéant sous la forme de quotas (*infra*, n° 24-33 et 40-41). Compte tenu des incertitudes qui entourent la notion d'action positive – notamment au regard du droit de l'UE – mais aussi de l'importance de telles mesures pour renforcer l'inclusion des personnes handicapées, ce silence du constituant apparaît comme une occasion manquée.

III. Le cadre législatif fédéral anti-discriminatoire

Dans la droite ligne du droit de l'Union européenne, la législation anti-discriminations actuellement en vigueur autorise l'action positive en tant qu'*exception* au principe d'égalité et de non-discrimination (1). Une telle autorisation figurait déjà dans la loi de réorientation économique du 4 août 1978 en matière d'égalité de genre. Aussi est-il utile de tirer les leçons de cette expérience (2), afin d'examiner à cette aune l'arrêté royal du 11 février 2019 qui précise les conditions auxquelles un plan d'action positive peut être mis en place dans le secteur privé, répondant en cela à une exigence de la législation anti-discriminations (3).

1. La législation anti-discriminatoire

Les directives anti-discriminations adoptées depuis 2000 par l'Union européenne (*supra*, n° 8) ont été transposées en Belgique aux niveaux fédéral et fédérés. On se limitera ici à évoquer la législation fédérale, laquelle se décline en trois lois : la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, réformée par la loi du 10 mai 2007 (dite « loi anti-racisme »), la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination des femmes et des hommes (dite « loi genre ») et la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (dite « loi anti-discrimination »).

⁴⁸ L. BERENI, *La bataille de la parité. Mobilisations pour la féminisation du pouvoir*, Economica, 2015.

⁴⁹ Cet article est entré en vigueur le 30 mars 2021.

⁵⁰ Voy. not. les propos du député Jean-Marc Delizée (Projet de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22^{ter}, Rapport fait au nom de la Commission de la Constitution et du renouveau institutionnel par Claire Hugon, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1445/2, p. 5) et l'avis écrit du prof. Marc Uyttendaele (Avis écrit du 5 juin 2020, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2019-2020, n° 7-169/3, p. 133 -142, p. 135).

A l'instar du droit de l'UE, ces lois définissent les actions positives comme des « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique »⁵¹ et précisent qu'une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas comme une discrimination lorsqu'elle constitue une mesure d'action positive⁵². En sus de ces éléments tirés du droit de l'UE, la législation belge établit quatre conditions de fond auxquelles la mise en place d'une mesure d'action positive doit répondre : « 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 » et « la mesure (...) ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui »⁵³. Enfin, les trois lois fédérales posent un préalable supplémentaire à la mise en place d'actions positives : elles requièrent l'adoption d'un arrêté royal pour déterminer « les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre »⁵⁴.

Ce n'est que le 11 février 2019, soit plus de dix ans après l'adoption des lois du 10 mai 2007, qu'un arrêté royal fixant les conditions de mise en œuvre de l'action positive, dans le secteur privé uniquement, a été adopté par le pouvoir exécutif⁵⁵. Avant d'examiner cet arrêté, il convient de revenir sur la première législation qui, en Belgique, a posé un cadre pour l'adoption de mesures d'action positive, à savoir la loi de réorientation économique du 4 août 1978.

2. Les antécédents : la loi de réorientation économique du 4 août 1978

Nous évoquons ici brièvement le régime d'actions positives ayant existé dans le secteur privé depuis la fin des années 1980 en matière d'égalité des chances entre hommes et femmes. Notre objectif n'est pas de faire un bilan exhaustif de cette expérience (qui curieusement semble n'avoir jamais été fait), mais plus modestement de chercher à asseoir sur quelques interrogations suscitées par cette première expérience, un regard critique permettant de lire l'arrêté royal du 11 février 2019 avec lucidité.

Dans la loi de réorientation économique du 4 août 1978, l'interdiction « de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence notamment à l'état matrimonial ou familial » (art. 118) était immédiatement complétée par l'affirmation, à l'article 119, que cette interdiction ne fait « pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité de chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines » de l'accès à l'emploi, de la promotion professionnelle, de l'orientation, de la formation, du perfectionnement et du recyclage professionnels, de l'accès à une profession indépendante ainsi que des conditions de travail. Cet article 119 était porteur de nombreux espoirs. Il devait permettre l'émergence, au niveau des secteurs et des entreprises, de plans destinés à assurer l'égalité des chances des femmes sur le marché du travail. Il a néanmoins

⁵¹ Art. 4, 11° de la loi anti-discrimination ; art. 4, 11°, de la loi anti-racisme ; art. 5, 11°, de la loi genre.

⁵² Art. 10, § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 10, § 3, de la loi anti-racisme ; art. 16, § 3, de la loi genre.

⁵³ Art. 10, § 2, de la loi précitée. Le législateur reprend donc à son compte les exigences précédemment dégagées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 9/94. Voy. sur ce plan les arrêts n° 157/2004 et n° 17/2009 (B.22.4) de la Cour constitutionnelle.

⁵⁴ Art. 10, § 3. Elle se distingue sur ce point du décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement (cf. E. CLOOTS, M. SPINOY en J. VRIELINK, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkheidsdecreet*, Intersentia, 2021, spéc. p. 212 et s.).

⁵⁵ Cf. S. VANCLEEF, « Discriminatie op de arbeidsmarkt. Na meer dan tien jaar: het KB Positieve Actie », *NjW*, 2020, afl. 418, pp. 190-204.

fallu attendre l'arrêté royal du 14 juillet 1987⁵⁶ pour que le dispositif reçoive un encadrement minimal en vue de son application dans le secteur privé⁵⁷.

L'arrêté royal du 14 juillet 1987⁵⁸ définissait les actions positives comme des actions ayant pour but de remédier aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. Ces actions devaient être menées sous la forme de plans « comportant soit des mesures de correction des effets préjudiciables à l'égard des femmes et découlant de situations et comportements sociaux traditionnels, soit des mesures de promotion de leur présence et de leur participation à la vie professionnelle dans tous les secteurs et professions et à tous les niveaux hiérarchiques »⁵⁹. La mise en place de quotas n'était donc pas exclue. L'instrument juridique devant être utilisé n'était pas autrement défini, même si s'agissant des plans qui, selon l'article 3, pouvaient « être établis soit au sein de la branche d'activité, soit au sein de l'entreprise, en concertation avec les représentants des travailleurs », la conclusion d'une convention collective de travail pouvait sembler un moyen approprié⁶⁰.

Selon l'article 4 de l'arrêté royal du 14 juillet 1987, le plan devait contenir notamment : « une description des objectifs à atteindre en fonction de la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise ou les entreprises ; une description des actions positives envisagées ; la date d'entrée en vigueur du plan et les délais fixés pour la réalisation des étapes intermédiaires menant aux objectifs ».

Même si on ne dispose d'aucune évaluation d'ensemble des réalisations intervenues sur la base de l'arrêté royal de 1987, il semble que, dans un premier temps, les actions positives ont connu un certain succès⁶¹. Une vingtaine d'accords et de conventions collectives ont, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, été adoptés dans différents secteurs (souvent caractérisés, toutefois, par un taux de main d'œuvre féminine plutôt élevé)⁶². L'expérience soulève une triple interrogation, mettant en lumière plusieurs risques auxquels ce genre de dispositif doit faire face.

D'abord, certaines initiatives estampillées comme des actions positives étaient, en réalité, *peu substantielles*. Au niveau des secteurs, il s'agissait par exemple de mettre en place une cellule ou un groupe paritaire chargé de collecter les données pertinentes et de stimuler des actions concrètes, sans pour autant que la liste de ces actions apparaisse dans la convention collective sectorielle ni qu'elle ait fait l'objet d'une négociation ou d'un accord entre les organisations siégeant à la

⁵⁶ Arrêté royal du 14 juillet 1987 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans le secteur privé.

⁵⁷ Pour le secteur public, voy. l'arrêté royal du 27 février 1990 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans les services publics.

⁵⁸ Cet arrêté royal a été abrogé par l'article 11 de l'arrêté royal du 11 février 2019.

⁵⁹ Arrêté royal du 14 juillet 1987, art. 1.

⁶⁰ L'article 5 prévoyait une « évaluation périodique des résultats du plan d'égalité de chances » au sein du Conseil d'entreprise.

⁶¹ Voy. les développements consacrés à la Belgique dans le rapport du Conseil de l'Europe, *Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes. Rapport final d'activités du groupe de spécialistes sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes (EG-S-PA)*, Strasbourg, 2000, 129 p. Voy. aussi et surtout les 3^{ème} et 4^{ème} rapports périodiques présentés par la Belgique à propos de la CEDAW, 29 septembre 1998, 25 et s.

⁶² Les 3^{ème} et 4^{ème} rapports périodiques présentés par la Belgique à propos de la CEDAW faisaient état d'une vingtaine d'accords sectoriels et de conventions collectives concernant des actions positives (p. 26). Celles-ci incluent notamment : CCT du 21 mars 1989 conclue au sein de la Commission paritaire des grands magasins, rendue obligatoire par un arrêté royal du 14 août 1989 ; CCT du 19 avril 1991, conclue au sein de la Commission paritaire de l'industrie de l'habillement et de la confection (arrêté royal du 25 novembre 1991) ; CCT du 12 juin 1991, conclue au sein de la Commission paritaire des maîtres-tailleurs, des tailleuses et couturières (arrêté royal du 25 mai 1992) ; CCT du 7 février 1991, conclue au sein de la Commission paritaire des blanchisseries et des entreprises de teinturerie et dégraissage (arrêté royal du 27 mai 1992) ; CCT du 5 décembre 1991, conclue au sein de la Sous-commission paritaire pour les hôpitaux privés, concernant les actions positives pour les femmes dans les services de santé (arrêté royal du 9 septembre 1993) ; CCT du 22 mars 1994 de la Commission paritaire pour les sociétés de prêts hypothécaires, d'épargne et de capitalisation.

commission paritaire⁶³. Il semble que les mesures les plus concrètes concernaient la formation des travailleuses et l'amélioration des conditions de travail⁶⁴. Bien que nous ayons procédé par coup de sonde et non de manière systématique, des dispositifs visant à favoriser le recrutement des femmes dans des secteurs où elles sont sous-représentées, voire l'introduction de quotas, ne semblaient pas faire partie des actions positives négociées au sein des secteurs et des entreprises. Bref, il n'est pas certain que le dispositif ait échappé à un certain manque de consistance des actions positives, voire à une certaine euphémisation.

La deuxième interrogation concerne le *manque d'identité* des actions positives permises par l'arrêté royal du 14 juillet 1987. Dès le début des années 1990, ces actions positives sont devenues rares⁶⁵. Même si l'arrêté royal de 1987 a été maintenu, l'attention semble s'être déplacée vers un autre mécanisme, à savoir les initiatives en faveur des « *groupes à risques* » que les commissions paritaires et les entreprises ont été incitées à mettre en place par une loi du 29 décembre 1990 (voy. *infra*, n° 37). Dans ce cadre, les politiques d'inclusion sur le marché du travail ont pris d'autres formes, dont la conformité avec la législation anti-discrimination ainsi qu'avec les conditions formulées par la Cour constitutionnelle (*supra*, n° 13) n'a pas été interrogée (*infra* n° 37). On peut, *a posteriori*, se demander si le désintérêt progressif pour l'arrêté royal du 14 juillet 1987 n'est pas lié à l'absence de cadre conceptuel précis permettant de distinguer les actions positives d'autres dispositifs d'inclusion et de cibler adéquatement leurs spécificités et les conditions de leur légalité.

Enfin, ce qui frappe, c'est le manque de transparence et de notoriété des actions positives mises en place sur la base de la loi du 4 août 1978. Le choix de ne pas imposer un instrument juridique déterminé, tel que la conclusion d'une convention collective ou l'adaptation du règlement de travail, l'absence d'obligation d'enregistrement et/ou d'approbation par une autorité, ou encore l'absence d'évaluation globale du dispositif ont pu contribuer à ce qu'en définitive, ce dispositif d'action positive reste peu effectif.

Après avoir analysé l'arrêté royal du 11 février 2019, nous reviendrons sur la question de savoir si face aux risques de manque de substance, de perte d'identité et de faible notoriété des actions positives que nous venons de suggérer à propos de l'expérience menée sur la base de l'arrêté de 1987, le nouvel arrêté royal semble mieux armé que le précédent.

3. L'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive (secteur privé)

L'arrêté royal du 11 février 2019 régit les modalités de mise en place d'un plan d'action positive dans l'emploi. Il concerne uniquement le secteur privé mais les mesures adoptées sont susceptibles de toucher des groupes définis par tout critère protégé par l'une des trois lois fédérales

⁶³ Par exemple, la CCT du 25 février 1991 conclue au sein de la Commission paritaire pour les aides familiales et les aides seniors, subsidiées par la Communauté française, la Communauté germanophone et la Région bruxelloise, indique que « [l]es employeurs s'engagent à élaborer des plans d'actions positives », mais se limite à prévoir la mise en place d'un « groupe de travail paritaire » pour élaborer un schéma de travail et procéder à l'analyse du secteur.

⁶⁴ Selon les 3^{ème} et 4^{ème} rapports périodiques présentés par la Belgique à propos de la CEDAW, 70 % des actions positives étaient centrées sur la formation des travailleuses, le reste étant consacré à l'amélioration des conditions de travail (p. 26).

⁶⁵ Et ce, malgré l'introduction en 1993 d'un article *5bis* dans l'arrêté royal de 1987 imposant à l'employeur de soumettre annuellement au Conseil d'entreprise ou, à défaut de conseil, à la délégation syndicale, un rapport sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes – que l'entreprise soit ou non liée par un plan d'égalité des chances. Nos recherches ne nous ont pas permis de constater un nouvel intérêt pour les plans d'action positive à la suite de l'entrée en vigueur de l'article *5bis*, que du contraire. On relève comme indice de la baisse d'intérêt pour les actions positives que dans les rapports ultérieurs de la Belgique à propos de la CEDAW (CEDAW/C/BEL/6 ; CEDAW/C/BEL/7), il n'est plus question de plans adoptés sur la base de l'arrêté royal de 1987.

anti-discriminatoires. Le plan d'action positive peut être adopté soit au niveau d'une entreprise soit d'un secteur d'activité⁶⁶.

Alors que les lois anti-discrimination évoquent un arrêté royal déterminant *les hypothèses et les conditions* dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre, l'arrêté du 11 février 2019 paraît avoir un objet plus restreint⁶⁷. Il n'apporte pas de précision quant aux hypothèses dans lesquelles des initiatives de cet ordre sont admises. L'*objet* de l'arrêté est plutôt de définir une *procédure* permettant à un secteur ou à une entreprise de faire approuver un plan d'action positive par le ministre compétent afin de leur garantir la « sécurité juridique »⁶⁸.

Cet arrêté fait appel aux instruments classiques de la négociation et de la concertation sociales (convention collective de travail ou acte d'adhésion) (A). À la différence du régime antérieur, l'arrêté royal de 2019 prévoit une approbation ministérielle du plan (B). S'il est évidemment trop tôt pour dresser un véritable bilan du dispositif mis en place, un certain nombre de faiblesses peuvent déjà être relevées (C).

A. Le recours à une convention collective ou un acte d'adhésion

Selon l'article 4 de l'arrêté royal du 11 février 2019, le plan d'action positive est établi par une *convention collective de travail*⁶⁹ ou par un *acte d'adhésion* fixant les conditions relatives aux actions positives (*infra* n° 28). L'arrêté laisse toutefois la possibilité aux entreprises de mettre en place des actions positives sous d'autres formes⁷⁰, moyennant le respect des quatre conditions de fond énoncées dans les lois fédérales anti-discriminatoires (voy. *supra*, n° 17). Mais dans ce cas, le plan ne bénéficiera pas de l'approbation du ministre ni de la sécurité juridique qui en résulte⁷¹. On peut regretter que cette option soit offerte aux entreprises alors qu'elle se traduit par une absence de transparence et ignore les mécanismes de relations collectives du travail. Quand il y a *convention collective*, elle peut être conclue au sein d'un organe paritaire (Conseil national du travail (CNT), commission paritaire ou sous-commission paritaire), par les organisations qui y sont représentées, ou en-dehors d'un organe paritaire. Dans ce dernier cas, elle doit être conclue par un ou plusieurs employeurs et au moins une organisation syndicale⁷². Les auteurs de l'arrêté royal n'ont pas estimé nécessaire de préciser, comme cela a été fait à propos d'autres questions jugées sensibles⁷³, que dans

⁶⁶ L'arrêté royal du 11 février 2019 ne le mentionne pas expressément mais précise que le plan doit indiquer « l'existence d'une inégalité manifeste dans le ressort de la commission paritaire, la branche d'activité ou l'entreprise » (art. 6, notre accent). Il résulte de même du rapport au Roi précédant cet arrêté royal que c'est au secteur ou à l'entreprise qu'il revient, conformément à l'article 6, de démontrer l'inégalité manifeste que le plan vise à corriger.

⁶⁷ Voy. aussi les remarques du Conseil d'État sur ce point dans son avis sur l'avant-projet d'arrêté : Avis n° 64.406/1 du 16 novembre 2018.

⁶⁸ Objectif sur lequel insiste le Conseil National du Travail (CNT) dans son avis n° 2098 du 25 septembre 2018 (<http://cnt.be/AVIS/avis-2098.pdf>).

⁶⁹ L'arrêté royal ne s'applique pas « aux personnes occupées par l'État, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent et les organismes d'intérêt public » (art. 1). Son champ d'application recoupe donc largement celui de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires.

⁷⁰ Art. 9.

⁷¹ Le CNT, dans son avis précité n° 2098, p. 5, s'est montré très critique sur cette possibilité d'adopter des plans « hors cadre ». De son côté, le Conseil d'État, dans son avis n° 64.406/1 se demande « pour quel motif – au regard de l'objectif précité [de sécurité juridique] – l'article 7 [actuellement 9] du projet permet aussi de communiquer au ministre compétent « à titre d'information » un plan d'action positive qui ne prend pas la forme d'une convention collective de travail ou d'un acte d'adhésion, quels sont les effets juridiques d'une telle communication et comment elle s'articule par rapport à un plan d'action positive 'approuvé' ».

⁷² C.E., 3^{ème} ch., 8 janvier 1986, n° 26.012, *J.T.T.*, 1986, p. 171 ; C.E., 5^{ème} ch., 20 décembre 1995, n° 57.142.

⁷³ Voy. par exemple la loi du 17 mars 1986 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises, art. 6 ; la CCT n° 46 du 23 mars 1990 relative aux mesures d'encadrement du travail en équipes comportant des prestations de nuit ainsi que d'autres formes de travail comportant des prestations de nuit, art. 2 et 5, § 1^{er}.

le but d'accroître l'adhésion au plan d'action, la convention collective devrait être conclue par toutes les organisations représentées au sein de la délégation syndicale.

Les actions positives peuvent également être mises en œuvre par le biais d'un *acte d'adhésion*. L'entreprise doit alors utiliser le modèle obligatoire joint à l'arrêté royal. Ce document requiert de l'entreprise qu'elle démontre le respect des quatre conditions de fond édictées par la législation anti-discriminatoire et reprises à l'article 5 de l'arrêté royal (*infra* n° 29). L'acte d'adhésion est adopté selon la procédure suivante⁷⁴ : le projet d'acte d'adhésion fixant les conditions relatives aux actions positives doit être porté à la connaissance de tous les travailleurs de l'entreprise. Les travailleurs disposent alors d'un délai de 15 jours pour consigner leurs observations dans un registre que l'employeur doit mettre à leur disposition. Ils ont aussi la possibilité d'adresser leurs observations directement à l'inspection sociale : dans ce cas, leur identité ne peut être communiquée ou divulguée (à l'employeur). En présence d'observations, l'inspection sociale compétente doit tenter une conciliation et, en cas de persistance du désaccord, c'est à la Commission paritaire qu'il revient de trancher le différend, en statuant à la majorité qualifiée de 75 % au moins des suffrages exprimés par les représentants des employeurs et un même pourcentage de suffrages exprimés par les représentants des organisations syndicales.

La possibilité de recourir à un acte d'adhésion plutôt qu'à une convention collective ne semble concerner que les plans d'entreprise, à l'exclusion des plans sectoriels⁷⁵. La procédure d'adoption de l'acte d'adhésion s'apparente, en effet, à celle qui est en vigueur pour l'adoption du règlement de travail. Relevons toutefois qu'en ce qui concerne les plans d'action positive, l'alternative que constitue l'acte d'adhésion n'est pas réservée aux entreprises dépourvues d'organes de participation. Une entreprise qui dispose d'un conseil d'entreprise ou d'une délégation syndicale pourrait donc préférer cette procédure, en apparence plus lourde mais qui contourne les organisations syndicales.

L'acte d'adhésion doit être déposé au SPF emploi, dont le greffe vérifie qu'il a été établi conformément au modèle obligatoire et que les mentions prévues dans le préambule de ce modèle ont été correctement complétées. Si tel est le cas, l'acte d'adhésion est déclaré recevable⁷⁶.

Sur le *fond*, la convention collective ou l'acte d'adhésion doivent répondre aux *conditions* précitées des lois fédérales anti-discriminations dont la substance est reprise à l'article 6 de l'arrêté royal.

Il faut tout d'abord qu'il existe une *inégalité manifeste* entre les personnes du groupe cible, porteuses d'un critère protégé, et les personnes qui ne présentent pas ce critère⁷⁷. « Il revient toutefois à l'entreprise ou au secteur de démontrer cette inégalité. Tous les moyens et données peuvent être utilisés à cet effet »⁷⁸. On songe en particulier aux données statistiques et, plus généralement, aux outils de recoupement de données (*datamining* et *datamatching*)⁷⁹.

⁷⁴ Arrêté royal du 11 février 2019, art. 5, §§ 1 à 13.

⁷⁵ L'arrêté royal du 11 février 2019 précise que le projet d'acte d'adhésion doit être porté à la connaissance de tous les travailleurs par l'employeur (art. 5, § 1^{er}). De même, le modèle d'acte d'adhésion joint à l'arrêté royal indique que cet acte doit mentionner le nom et le numéro d'identification (BCE) de l'entreprise : l'éventualité que l'acte d'adhésion concerne un secteur d'activité n'est pas envisagée.

⁷⁶ Art. 5, §§ 14 et 15.

⁷⁷ Art. 6, 1°.

⁷⁸ Rapport au Roi, commentaire de l'art. 6.

⁷⁹ Sur les difficultés que soulève la collecte de données relatives à certains critères de discrimination en vue de la production de telles statistiques, voy. Unia, *Improving Equality Data Collection in Belgium, Rapport final, 2021* (https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Rapport_IEDCB-FR-1106.pdf) ; J. van Caeneghem, *Legal Aspects of Ethnic Data Collection and Positive Action*, Springer, 2019 ; T. Makkonen, *European Handbook on Equality Data*, DG Justice and Consumers, December 2016 (<https://www.humanconsultancy.com/downloads/684-european-handbook-on-equality->

Le plan doit poursuivre la disparition de cette inégalité en assurant une égalité des chances⁸⁰. Il doit fournir une description de son *objectif* et de l'*effet concret* de l'action planifiée. Autrement dit, il doit préciser comment le plan élaboré permettra de faire disparaître l'inégalité par l'élimination ou la réduction des problèmes qui la sous-tendent⁸¹. Le rapport au Roi donne, à cet égard, les exemples suivants de mesures : des campagnes de recrutement pour certains groupes-cibles ; la promotion ciblée d'offres d'emploi auprès de groupes-cibles spécifiques ; des programmes de soutien aux candidats lors de la procédure de candidature⁸² ; des stages réservés aux groupes pour lesquels des actions positives sont autorisées⁸³ ; stimuler des formations en vue de promotion pour briser le plafond de verre. De quotas, il n'est par contre pas question. La liste n'est cependant pas exhaustive⁸⁴.

La mesure d'action positive doit, par ailleurs, être *temporaire* ; elle ne peut être maintenue si l'objectif poursuivi est réalisé. Ainsi, doit-elle prendre fin « dès que la participation proportionnelle au travail est atteinte ou que l'inégalité est éliminée »⁸⁵. En tout état de cause, sa durée ne peut excéder 3 ans⁸⁶. On peut s'interroger sur la pertinence de cette limite de 3 ans, qui semble devoir s'appliquer *même si l'objectif n'a pas été atteint*. Dans les cas où un plan d'action positive aurait montré son utilité en permettant d'améliorer la situation, sans pour autant parvenir dans ce délai limité à faire disparaître l'inégalité qui a justifié sa mise en place, il serait regrettable qu'il doive être interrompu. Une obligation de réévaluation périodique des effets du plan aurait sans doute permis de garantir qu'il ne reste en place que le temps nécessaire à la réalisation des objectifs visés. Ceci étant, l'arrêté royal ne semble pas exclure qu'un plan d'action soit reconduit, après évaluation, selon des modalités proches de celles qui étaient précédemment en vigueur⁸⁷.

Le plan d'action positive doit en outre satisfaire à un test de *proportionnalité* : les mesures doivent être appropriées et nécessaires eu égard à l'objectif poursuivi⁸⁸. En d'autres termes, il faut établir que les moyens utilisés pour éliminer « l'inégalité manifeste » sont effectivement appropriés et nécessaires⁸⁹. Enfin, dans le même ordre d'idées, la mesure d'action positive ne doit *pas restreindre inutilement les droits d'autrui*⁹⁰.

B. L'approbation ministérielle

Une procédure spécifique d'approbation ministérielle des plans d'action positive est mise en place par l'arrêté royal. C'est au ministre qui a l'emploi dans ses attributions qu'il revient d'approuver le

[data-2016-revision](#)) ; J. Ringelheim and O. De Schutter, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies: Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁸⁰ Arrêté royal du 11 février 2019, art. 6, 2°.

⁸¹ Rapport au Roi, commentaire de l'art. 6.

⁸² Le rapport au Roi ajoute : « Cela pourrait par exemple signifier qu'une entreprise offre la possibilité de fournir des informations ou une formation préliminaire aux candidats d'un groupe cible donné, en expliquant comment ils peuvent postuler avec succès pour un emploi dans l'entreprise ».

⁸³ Le rapport au Roi ajoute : « Une garantie pour un emploi peut être liée à cela, par exemple en cas d'évaluation positive du stage et lors de la rédaction d'une offre d'emploi dans les 2 ans suivant le stage ».

⁸⁴ Cf en ce sens S. VAN CLEEF, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁵ Rapport au Roi, commentaire de l'article 6.

⁸⁶ Arrêté royal du 11 février 2019, art. 6, 3°. Sur ce plan, l'arrêté royal s'avère plus strict que les lois anti-discriminatoires en fixant une durée maximale de 3 ans.

⁸⁷ Quant aux plans d'actions positives adoptés dans le cadre de l'arrêté royal du 14 juillet 1987 (désormais abrogé par l'article 11 de l'arrêté royal du 11 février 2019), on peut se demander s'il n'aurait pas été opportun de les soumettre à une réévaluation, plutôt que de se contenter de préciser qu'ils « restent valables » (AR du 11 février 2019, art. 11 *in fine*), apparemment sans limitation de durée. Voy. en ce sens l'avis précité du CNT n° 2098, p. 6.

⁸⁸ Arrêté royal du 11 février 2019, art. 6, 4°.

⁸⁹ Rapport au Roi.

⁹⁰ Arrêté royal du 11 février 2019, art. 6, 5°.

plan résultant d'une convention collective ou d'un acte d'adhésion. Il lui appartient de vérifier si les conditions énoncées dans l'arrêté royal sont remplies et si l'action positive concerne bien l'un des critères protégés par les législations fédérales. En marge de l'arrêté royal, a été instaurée une *Commission d'évaluation des actions positives* qui associe, outre un membre du SPF Emploi, travail et concertation sociale qui la préside, un membre de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (IEFH) et un membre d'Unia⁹¹. En vertu du règlement qui la crée, la Commission est appelée à remettre au Ministre du Travail des avis non contraignants sur les plans d'action positive transmis.

L'arrêté royal du 11 février 2019 indique que si « le plan d'action positive est approuvé, il doit être considéré comme conforme [aux dispositions pertinentes des trois lois fédérales anti-discriminatoires] »⁹².

L'*utilité* de l'approbation ministérielle doit être appréciée au regard de la question plus générale du *contrôle de légalité* pouvant être opéré *sur les conventions collectives*. On sait, en effet, que les conventions collectives sont, dans l'ordre juridique belge (et en-dehors de la Constitution !), les seules normes qui échappent à tout contrôle objectif pouvant déboucher sur leur annulation⁹³. La question a été fortement débattue après qu'écartant la thèse jusqu'alors traditionnelle en droit social qui voyait dans la convention collective un instrument essentiellement contractuel, le Conseil d'État a décidé que la convention collective conclue au sein d'un organe paritaire a, par elle-même⁹⁴, un caractère réglementaire⁹⁵. Le législateur n'a néanmoins pas laissé à la Haute juridiction administrative la possibilité de concrétiser son ambition de devenir le juge de la légalité des conventions collectives. La loi du 5 décembre 1968 a, en réaction, été complétée par la précision que « [l]e Conseil d'État, section d'administration, ne peut prononcer l'annulation [...] de la convention conclue dans un organe paritaire »⁹⁶. Cette exclusion a été validée par la Cour constitutionnelle qui n'a pas manqué de souligner, avec une part d'emphase, les vertus du contrôle incident exercé par les juridictions du travail⁹⁷.

Au vu du caractère incident et diffus du contrôle de légalité normalement opéré par les juridictions du travail sur les conventions collectives (ou sur les actes d'adhésion), il est de notre point de vue particulièrement heureux que l'arrêté royal mette en place une procédure d'approbation ministérielle impliquant un contrôle administratif de légalité pouvant, au besoin, déboucher sur un contrôle juridictionnel. Dans la mesure où le ministre est chargé de vérifier le respect des conditions strictement énumérées par la loi, sa décision, qu'il s'agisse d'une approbation ou d'un rejet, pourrait être contestée devant le Conseil d'État, permettant ainsi un débat sur la portée de ces conditions et leur mise en œuvre. En termes de visibilité (voire même de crédibilité), les plans d'action positive auraient tout à gagner d'un tel contrôle juridictionnel.

Il aurait, en effet, été particulièrement regrettable qu'à propos de questions aussi délicates que les conditions issues de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que reprennent les lois fédérales anti-discriminatoires et l'article 6 de l'arrêté royal, il eût fallu se contenter du contrôle diffus

⁹¹ Règlement d'ordre intérieur de la Commission d'évaluation des actions positives, 6 décembre 2019, *non publié*.

⁹² Art. 7, al. 3. L'arrêté royal précise par ailleurs qu'à défaut de communication de la décision au demandeur dans un délai de deux mois à dater de l'enregistrement de la convention collective du travail ou de la déclaration de recevabilité de l'acte d'adhésion, le plan est considéré comme approuvé (art. 8).

⁹³ Voy. sur cette délicate question, P. JOASSART et J.-Fr. NEVEN, « Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, J-Ph. Cordier (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2008, 63-106.

⁹⁴ Indépendamment donc de l'arrêté royal pouvant en étendre les effets.

⁹⁵ C.E., 12 avril 1989, n° 32.348, *R.C.J.B.*, 1991, et note M. LEROY.

⁹⁶ Loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, art. 107.

⁹⁷ C.C., arrêt n° 37/93 du 19 mai 1993, en particulier cons. B.7.2. et B.8.

qu'exercent incidemment les juridictions du travail sur la base combinée de l'article 9 de la loi du 5 décembre 1968⁹⁸ et de l'article 159 de la Constitution.

On regrettera toutefois que l'arrêté ministériel d'approbation, parce qu'il constitue un arrêté ministériel de portée individuelle, ne doit pas être publié ni soumis à l'avis préalable de la section de législation du Conseil d'État⁹⁹. Ce manque de transparence nuit doublement : il rend incertaine l'appréciation du point de départ du délai de recours pouvant être dirigé, par des tiers intéressés, contre l'arrêté d'approbation du plan – de ce point de vue, l'objectif de sécurité juridique n'est pas atteint – et ne permet pas que le contenu des plans soit rendu public. Plus généralement, on ne peut que regretter que les plans d'action positive approuvés n'aient aucune visibilité : ils restent inconnus du public, ce qui n'est pas de nature à dynamiser le processus en suscitant un effet d'entraînement parmi les entreprises. Le dispositif de l'arrêté royal prévoit néanmoins une évaluation tous les deux ans par le SPF Emploi, en coordination avec le CNT (art. 10). Il faut espérer que le rapport d'évaluation sera rendu public – ce que ni l'arrêté ni le rapport au Roi ne précisent.

C. En guise de première évaluation : des concrétisations encore modestes mais un dispositif plus solide que le précédent

Au mois de juillet 2021, cinq plans d'actions positives, établis par acte d'adhésion, avaient été soumis et approuvés au niveau fédéral. Deux d'entre eux visent à augmenter la présence soit de femmes soit de personnes d'origine étrangères (Afrique du Nord, Afrique subsaharienne, Moyen-Orient) dans des sociétés de consultance tandis que les trois autres sont destinés à favoriser l'engagement de primo-arrivants et de réfugiés dans le secteur des soins de santé ou de l'électricité. Seul l'un de ces plans prévoit, parmi d'autres actions, un quota de recrutement (engagement de quatre stagiaires ou assistants par an issus du groupe cible). Dans les autres cas, les mesures adoptées se traduisent plutôt par diverses formes de soutien à la formation et/ou des campagnes de sensibilisation. Si leur adoption constitue une évolution, ces plans semblent, dans l'ensemble, demeurer relativement modestes dans leurs ambitions et quant au nombre de personnes visées.

L'examen des plans d'action positive adoptés en vertu de la loi du 4 août 1978 (et de l'arrêté royal du 14 juillet 1987) révélait un triple risque – manque de consistance, perte d'identité et déficit de transparence ou de notoriété¹⁰⁰ – à l'aune duquel l'arrêté royal du 11 février 2019 peut être évalué.

S'agissant de la *consistance* des actions positives, il est trop tôt pour se prononcer. Comme indiqué plus haut, les plans élaborés jusqu'à présent paraissent, dans l'ensemble, avoir un contenu relativement modeste. Nous n'avons toutefois pas eu accès à l'entièreté des différents plans adoptés.

Sur le plan *procédural*, l'arrêté royal est bien plus robuste que le précédent : le recours à une convention collective ou à un acte d'adhésion et l'approbation ministérielle pouvant, le cas échéant, déboucher sur un contrôle juridictionnel donnent un encadrement juridique solide au dispositif. Sous réserve de la possibilité offerte par l'article 9 d'adopter un plan d'action positive sans passer

⁹⁸ Cet article 9 précise que « [s]ont nulles les dispositions d'une convention (collective) : contraires aux dispositions impératives des lois et arrêtés, des traités et règlements internationaux obligatoires en Belgique ».

⁹⁹ Il n'y aura de publication que si le plan est repris dans une convention collective sectorielle qui, après l'approbation ministérielle, sera rendue obligatoire par arrêté royal, comme peut l'être toute convention collective de ce type sur la base de l'article 28 de la loi du 5 décembre 1968.

¹⁰⁰ Cf. *supra*, n° 22-24.

par le cadre prévu par l'arrêté (cf. n°27), la marche à suivre est bien tracée et l'*identité* du dispositif est claire. De ce point de vue, l'arrêté royal du 11 février 2019 marque un net progrès par rapport au dispositif antérieur.

Par contre, le risque d'un manque de *publicité* et de *notoriété* des actions positives reste identique : sauf s'il prend la forme d'une convention collective sectorielle rendue obligatoire par arrêté royal, le plan ne doit, en l'état actuel de la réglementation, faire l'objet d'aucune mesure de publicité. De fait, ces plans sont gardés confidentiels et seule une demande adressée au ministère du travail permet, si le ministre y consent, d'en avoir connaissance, sans forcément avoir accès au contenu de ces plans. Il est pourtant difficile de créer une dynamique vertueuse et de développer des bonnes pratiques sans un minimum de transparence et de publicité. Il faut espérer que les rapports périodiques d'évaluation et l'information régulièrement diffusée par UNIA et l'IEFH permettront de sortir les actions positives de l'ombre.

Sur un autre plan encore, l'arrêté royal et le rapport au Roi qui l'accompagne peuvent être jugés insatisfaisants : ils ne répondent pas au *besoin de clarifier ce qui relève des actions positives* et ce qui n'en relève pas. Constatant le développement par les secteurs et les entreprises d'un grand nombre d'initiatives en matière de *gestion de la diversité*, le CNT avait souligné la nécessité de pouvoir distinguer « les mesures de promotion de la diversité pour lesquelles aucun cadre réglementaire ni approbation par le ministre ne sont requis » des mesures « qui nécessitent la notification d'un plan d'action positive au sens du projet d'arrêté royal ». À défaut, l'arrêté pourrait compliquer le développement de certaines mesures en faveur de la diversité en laissant planer le doute quant à savoir si elles sont ou non soumises au nouveau régime mis en place¹⁰¹.

Il nous semble que la réponse à cette interrogation suppose d'établir clairement qu'une action positive se caractérise par le fait qu'elle comporte une distinction de traitement fondée sur un critère protégé. C'est cette particularité qui justifie que sa mise en place soit soumise à des conditions spécifiques. Tel est le cas lorsqu'une entreprise réserve un avantage aux personnes appartenant à un groupe défini par un motif de discrimination. On songe notamment à un accès prioritaire à un stage ou une formation, à la garantie d'être appelé à un entretien en cas de candidature à une offre d'emploi ou encore à la prise en compte du motif de discrimination comme élément jouant en faveur d'un candidat à un emploi en cas de concurrence avec un autre travailleur présentant des compétences égales mais n'appartenant pas au groupe-cible. À l'inverse, des mesures adoptées par une entreprise en vue de promouvoir la diversification de leur personnel mais n'impliquant pas de différence de traitement entre travailleurs ne constituent pas des actions positives. Il existe une gamme très variée de dispositifs rentrant dans cette catégorie : par exemple, faire suivre une formation sur les préjugés et les stéréotypes par les personnes chargées du recrutement, indiquer sur une offre d'emploi que « les femmes et les minorités sont particulièrement encouragées à postuler », diffuser une annonce d'emploi notamment (mais pas exclusivement) dans des canaux de communication spécialement utilisés par les membres du groupe-cible ou encore privilégier, dans l'évaluation des candidats, la prise en compte de l'expérience acquise plutôt que du niveau de diplôme universitaire¹⁰². Parce qu'elles ne comportent pas de distinction de traitement à raison d'un

¹⁰¹ Avis précité n° 2098.

¹⁰² Voy. les exemples de mesures incluses dans les plans de diversité mis en place par les autorités flamandes, cités par S. VAN CLEEF, « Welke lessen trekken uit het diversiteitsbeleid in de arbeidsmarkt van Vlaanderen (in het licht van buitenlandse ervaringen) ? », cet ouvrage. Sur la distinction entre action positive et politiques de diversité, cf. aussi J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Plans de diversité dans l'entreprise : action positive ou communication positive ? Le cas de la Région de Bruxelles-Capitale », in C. Bayart, S. Sottiaux et S. van Drooghenbroeck (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, die Keure, La Chartre, 2010, 309-352 et A. RÉA, « Les politiques de diversité à Bruxelles: entre politique symbolique et action positive », in J. Ringelheim, G. Herman et A. Rea (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, De Boeck, 2015, 195-212.

motif protégé, de telles mesures peuvent être instituées par une entreprise sans devoir établir la réunion des quatre conditions auxquelles la législation anti-discriminatoire subordonne l'action positive ni passer par l'établissement d'un plan d'action positive au sens de l'arrêté royal du 11 février 2019.

A côté du risque de soumettre à la procédure prévue par l'arrêté royal des mesures qui ne devraient pas y être soumises car relevant du « management de la diversité » et non des actions positives, on peut se demander si certaines mesures qui actuellement ne sont pas perçues comme des actions positives et ne rentrent donc pas dans le champ de l'arrêté royal, ne devraient pas y être incluses. Ainsi, pourrait-il en être de certaines mesures relatives aux *groupes à risques*.

Comme indiqué précédemment, le soutien financier accordé aux initiatives sectorielles en faveur de l'insertion sur le marché de l'emploi des « groupes à risques » existe depuis le début des années 1990¹⁰³. Ce dispositif ne fait pas référence au droit anti-discriminatoire ni à la notion d'action positive, de sorte qu'il fonctionne sans avoir égard aux conditions issues de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des lois de 2007.

Le financement des initiatives en faveur des groupes à risques trouve actuellement son fondement dans une loi de 2006 et un arrêté royal du 19 février 2013. En pratique, les commissions paritaires ou les entreprises sont invitées à mobiliser l'équivalent de 0,10 % de la masse salariale dans des efforts d'insertion professionnelle des groupes que ces commissions paritaires ou ces entreprises considèrent comme étant à risques. Pour moitié, toutefois, l'effort doit porter sur l'insertion d'un ou plusieurs groupes (particulièrement) à risques énumérés dans l'arrêté royal. Pour le reste, la mise en œuvre doit se faire par convention collective¹⁰⁴. A défaut de convention collective en faveur des groupes à risques, les employeurs du secteur sont tenus de verser une cotisation de 0,10 % à l'ONSS. Si, à première vue, un montant correspondant à 0,10 % de la masse des salaires peut sembler marginal, ce faible pourcentage correspond malgré tout, à l'échelle du pays, à une manne d'environ 100 millions d'euros.

Dans la définition des groupes à risques, les Commissions paritaires se réfèrent régulièrement à des critères de distinction qui figurent dans la liste des critères prohibés de discrimination aux termes des lois fédérales anti-discriminatoires, tels que l'âge, l'état de santé, le handicap, voire la « fortune » (si on admet que ce critère inclut le fait d'être allocataire social)¹⁰⁵. On trouve également des cas dans lesquels un groupe à risque est défini en fonction de l'origine nationale ou ethnique¹⁰⁶. La

¹⁰³ Loi du 29 décembre 1990 portant des dispositions sociales, art. 170-174. Actuellement, il figure dans la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), art. 188-191 et l'arrêté royal du 19 février 2013 d'exécution de l'article 189, alinéa 4, de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I). Pour une présentation plus approfondie du dispositif, voy. le site du SPF Emploi <https://emploi.belgique.be/fr/themes/emploi-et-marche-du-travail/groupes-risque/groupes-risque-presentation#:~:text=Ces%20groupes%20%C3%A0%20risque%20sont,risque%20ces%20moyens%20sont%20utilis%C3%A9s>

¹⁰⁴ Voy. par exemple, selon avis publié au *M.B.*, 28 octobre 2019, Sous-Commission paritaire pour les entreprises agréées fournissant des travaux ou services de proximité, CCT conclue le 18/09/2019, déposée le 20/09/2019 et enregistrée le 30/09/2019 ; Commission paritaire pour le commerce de combustible, CCT conclue le 18/09/2019, déposée le 23/09/2019 et enregistrée le 30/09/2019 ; Commission paritaire de la transformation du papier et du carton, CCT conclue le 05/09/2019, déposée le 12/09/2019 et enregistrée le 15/10/2019.

¹⁰⁵ Une partie de l'effort sectoriel doit être consacrée aux groupes cités à l'art. 1^{er} de l'arrêté royal du 19 février 2013, lesquels sont définis, notamment, par des critères d'âge, de handicap ou d'origine nationale mais pas par celui de l'origine ethnique ou du sexe. Rien n'empêche toutefois de consacrer le surplus de l'effort sectoriel à des groupes définis en fonction de ces derniers critères.

¹⁰⁶ Le Fonds social des titres-services verse une prime de 500 euros à la société-titre service qui engage, notamment, une personne d'origine étrangère (hors UE). Autre exemple, la CCT conclue au sein de la Commission paritaire de l'industrie alimentaire (CP n° 118) le 22 octobre 2013 et rendue obligatoire par l'arrêté royal du 28 avril 2014 (*M.B.*, 3 septembre 2014),

question peut dès lors être posée, sous réserve d'examen complémentaire, de savoir si certaines actions « groupes à risques » (qui souvent consistent dans des actions de sensibilisation, de formation¹⁰⁷, mais aussi de primes à l'engagement¹⁰⁸) ne devraient pas être qualifiées d'actions positives.

Certes, une distinction directe liée à un critère qui ne fait pas partie des motifs visés par le droit européen de la non-discrimination (comme l'état de santé actuel ou futur ou la fortune) échappe à l'accusation de discrimination si l'on démontre qu'elle est « objectivement justifiée par un but légitime »¹⁰⁹. Cette cause de justification semble suffisante pour établir la licéité de mesures fondées sur ces critères, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer l'exception d'action positive. Par contre, lorsque la distinction directe repose sur le handicap, l'origine ethnique ou le sexe, critères qui tous figurent à l'article 19 du TFUE, la seule justification admise, en dehors de l'action positive, consiste à établir qu'une caractéristique liée à ce critère constitue une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »¹¹⁰. Il est peu probable que les difficultés d'insertion sur le marché du travail, qui motivent l'adoption de ces mesures, soient considérées comme répondant à cette notion. Pour être licite, une telle distinction ne doit-elle pas, dès lors, être considérée comme une action positive et satisfaire aux conditions de fond énoncées par la législation anti-discriminatoire ? Cela supposerait notamment d'établir que le groupe visé souffre d'une inégalité manifeste dans le secteur d'activité concerné, ce qui, au vu des groupes concernés, paraît à première vue pouvoir généralement être démontré. Le cas de l'âge, également mentionné à l'article 19 du TFUE, est différent : des distinctions directes liées à ce critère sont admises lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime de politique de l'emploi¹¹¹. La directive 2000/78 précise que cette cause de justification est applicable à des conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail instaurées au bénéfice des jeunes et des travailleurs âgés « en vue de favoriser leur insertion professionnelle »¹¹².

IV. Des quotas obligatoires dans certains secteurs en faveur des femmes et de personnes en situation de handicap

Si le cadre juridique autorise, à certaines conditions, les acteurs publics et privés à mettre en place *volontairement* des actions positives dans l'emploi, le législateur fédéral a rendu *obligatoire* l'application de dispositifs visant à favoriser l'accès de groupes sous-représentés à certains secteurs. Ainsi, dès le début des années 60 – soit avant même que la notion d'action positive ne soit reconnue formellement en droit belge – des quotas de recrutement ont été instaurés en faveur des personnes en situation de handicap (1). Dans les années 1990, un autre type de quotas a été établi visant à

prévoit d'assurer une formation à des demandeurs d'emploi et travailleurs des groupes à risques, lesquels incluent notamment les allochtones (art. 6).

¹⁰⁷ Voy., par exemple, la CCT conclue au sein de la Commission paritaire de la construction (CP n° 124) le 13 septembre 2019 et rendue obligatoire par l'arrêté royal du 31 juillet 2020 (*M.B.*, 25 août 2020), qui vise à favoriser la formation de « jeunes demandeurs d'emploi peu qualifiés ou sans qualification » (art. 3), et la CCT du 22 octobre 2013 mentionnée à la note 106, qui inclut parmi les groupes à risques, outre les allochtones, les chômeurs de moins de 30 ans, les travailleurs de plus de 50 ans et les personnes handicapées (art. 6).

¹⁰⁸ Le Fonds social des titres-services, déjà mentionné, octroie une prime de 500 euros à la société-titre service qui engage un « allocataire social », un travailleur âgé de plus de 50 ans, une personne d'origine étrangère (hors UE), une personne handicapée ou un jeune travailleur.

¹⁰⁹ Art. 7 de la loi anti-discrimination.

¹¹⁰ Art. 8 de la loi anti-discrimination et de la loi anti-racisme ; art. 13 de la loi genre.

¹¹¹ Art. 12, § 1, de la loi anti-discrimination.

¹¹² Art. 6, § 1, a) de la directive 2000/78. Voy. aussi le para. 25 du Préambule de la directive. Pour des applications jurisprudentielles : C.J.U.E., arrêt *Abercrombie & Fitch Italia Srl* du 19 juillet 2017, C-143/16 et C.J.U.E., arrêt *J.J. de Lange* du 10 novembre 2016, C-548/15.

promouvoir l'accès des femmes aux mandats électifs, avant de toucher les mandats publics et certaines entreprises privées (2).

1. En faveur des personnes handicapées

La loi belge du 16 avril 1963 relative au reclassement social des handicapés fut la première à fixer des quotas d'embauche de personnes handicapées¹¹³. En vertu de son article 21, les entreprises privées, les administrations publiques et les organismes d'intérêt public qui occupaient au moins vingt travailleurs étaient tenus d'occuper un nombre minimum de travailleurs handicapés¹¹⁴. Il était toutefois prévu que ce nombre minimum et les modalités d'application du dispositif seraient précisés par arrêté royal¹¹⁵. La loi instaurait également une sanction pénale en cas de non-respect par l'employeur du prescrit de l'article 21 et de ses arrêtés d'exécution.

Un arrêté royal fut adopté sur la base de cette loi le 11 août 1972 pour la *fonction publique*¹¹⁶. En revanche, aucun arrêté d'exécution ne fut pris pour ce qui concerne le secteur privé. Les entreprises privées sont donc restées à l'écart de toute obligation de quota de travailleurs avec un handicap.

L'arrêté du 11 août 1972 fixait le nombre de personnes handicapées devant être employées par chaque ministère. Il prévoyait en outre l'obligation pour les ministères concernés, tant que leur quota n'était pas atteint, de réserver à des personnes handicapées 3 % des emplois en extension du cadre ou en remplacement de personnel. Ce dispositif est cependant demeuré largement inefficace. L'arrêté a depuis été abrogé¹¹⁷.

L'arrêté royal du 6 octobre 2005 portant diverses mesures en matière de sélection comparative de recrutement et en matière de stage¹¹⁸ a, quant à lui, instauré un nouveau quota de 3% dans les services publics *fédéraux*¹¹⁹. En sus de l'instauration de ce quota et d'un élargissement de la définition du handicap¹²⁰, l'arrêté royal prévoit la possibilité pour la personne handicapée de se faire connaître auprès du Selor et de solliciter le bénéfice d'aménagements raisonnables pour participer à la sélection comparative de recrutement ou au test de sélection. Pour le surplus, le Rapport au Roi précise que « (c)ontrairement aux dispositions de 1972, les personnes handicapées seront soumises aux mêmes épreuves de sélection que les personnes valides. (...) La logique préconisée ici est donc celle de l'action positive et non de la discrimination positive. On s'assure en effet que les candidats ont bien les compétences nécessaires et suffisantes pour exercer une fonction au sein de l'administration fédérale »¹²¹.

¹¹³ Cf. J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *J.T.*, 2018/6726, p. 310.

¹¹⁴ Est considérée comme une personne handicapée au sens de la loi « les personnes de nationalité belge dont les possibilités d'emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution d'au moins 30 p.c. de leur capacité physique ou d'au moins 20 p.c. de leur capacité mentale » (art. 1).

¹¹⁵ Art. 21, §§ 2 et 3.

¹¹⁶ Arrêté royal du 11 août 1972 stimulant l'emploi de handicapés dans les administrations de l'État.

¹¹⁷ Par l'article 6 de l'arrêté royal du 5 mars 2007 organisant le recrutement des personnes handicapées dans certains services publics fédéraux.

¹¹⁸ Tel qu'il a été modifié à plusieurs reprises, et notamment par l'arrêté royal précité du 5 mars 2007.

¹¹⁹ Art. 3. Certains types de handicap (ceux impliquant une perte d'autonomie d'au moins douze points ou nécessitant l'aide d'une tierce personne) comptent double dans le calcul du quota à atteindre.

¹²⁰ Cf. art. 1 de l'arrêté qui précise au travers de six items, se référant parfois eux-mêmes à d'autres législations (comme la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées), ce qu'il faut entendre par « personne handicapée ».

¹²¹ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 5 mars 2007.

En cas de non-respect du quota, une possibilité de sanction avait été prévue initialement : le recrutement devait être bloqué pour les travailleurs non handicapés. Mais celle-ci n'a jamais été appliquée, malgré le quota non atteint dans la plupart des services publics fédéraux. Elle a été supprimée par l'arrêté royal du 6 décembre 2012¹²². La commission d'accompagnement chargée de réaliser un rapport annuel et de proposer des recommandations demeure par contre toujours en place¹²³.

Si, sur le fond, elle va au-delà de ce qu'autorise la jurisprudence de la CJUE en matière d'égalité de genre¹²⁴, l'obligation de quota prévue pour la fonction publique fédérale apparaît en définitive très *soft*, à défaut de sanction en cas de non-respect, et demeure du reste largement ineffective¹²⁵. Compte tenu du rôle d'exemplarité qu'on peut attendre de la fonction publique¹²⁶, l'on gagnerait, selon nous, à réfléchir au rétablissement de sanctions. On peut par ailleurs espérer que le nouvel article 22^{ter} de la Constitution (*supra*, n° 15) initie une dynamique similaire à celle promue par l'article 11^{bis}, dont la consécration s'est accompagnée d'un renforcement des quotas mis en place en faveur des femmes.

2. En faveur des femmes

Contrairement à ce qu'on peut observer dans le champ du handicap, les actions positives visant à promouvoir l'égalité entre hommes et femmes, et en particulier les « quotas de genre », bénéficient d'un ancrage constitutionnel explicite en ce qui concerne les mandats électifs et publics¹²⁷.

En vertu de l'article 11^{bis}, alinéa 1, de la Constitution, diverses lois, spéciales ou ordinaires, imposent, dans le cadre de *mandats électifs*, la parité des listes de candidats aux élections, ainsi que la présence d'un candidat de chaque sexe aux deux premières places de la liste ainsi confectionnée¹²⁸.

¹²² Voy. les critiques du CSNPH dans son avis n° 2012/14 (<http://ph.belgium.be/fr/avis/avis-2012-14.html>). Cette suppression apparaît contraire au principe de standstill qui, dans le domaine des droits fondamentaux, interdit de diminuer de manière significative, sans motif d'intérêt général, le niveau de protection conféré à un droit – *in casu* le droit à l'égalité.

¹²³ Art. 4 de l'arrêté royal. 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 reportages annuels ou bisannuels aux gouvernements.

¹²⁴ Elle pourrait cependant être jugée compatible avec la directive 2000/78 compte tenu de son article 7, § 2. Cf. références citées *supra*, note 31. [question : has anyone ever argued, in the literature, that these 'quota' ought to be considered illegal ? I don't recall ever having read that but if you are aware of such literature, it would be interesting to refer to it and address their arguments, though I assume it would come down to the issue of the extent to which a different regime might be acceptable for handicap (and/or other grounds) than for sex/gender, an issue you addressed earlier in the text already...]

¹²⁵ Cf. e.a. l'avis 2016/5 du CSNPH (<http://ph.belgium.be/fr/avis/avis-2016-15.html>) qui souligne que le taux d'emploi des personnes handicapées dans la fonction publique fédérale est en diminution constante depuis 2012.

¹²⁶ Cf. en ce sens, la prise de position d'Unia de mai 2018 « Action positive sur le marché de l'emploi », ainsi que l'avis n° 2020-03 du CSNPH relatif au Programme National de Réforme 2020, rendu en séance plénière du 17/02/2020.

¹²⁷ Cf. *supra*, n° 14. L'introduction de l'article 11^{bis} de la Constitution avait été précédée par la loi dite « Tobback-Smet » du 24 mai 1994. Il était présenté comme une réponse aux griefs soulevés par la section de législation du Conseil d'État à l'encontre de celle-ci (cf. I. Hachez et S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 161, n° 13). Pour un aperçu général de la place des femmes dans les organes de prise de décision, voy. IEFH, *Femmes au sommet*, 2^{ème} éd., 2012, en ligne.

¹²⁸ Cf. loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, art. 21^{bis} (tel que modifié, not., par la loi du 17 juin 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Parlement européen) ; Code électoral, art. 117^{bis} (tel que modifié par la loi du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone) ; loi spéciale du 8 août 1980, art. 28, et loi spéciale du 12 janvier 1989, art. 16^{bis} (tels que dernièrement modifié par la loi spéciale du 2 mars 2004 portant diverses modifications en matière de législation électorale). En cas de non-respect du prescrit normatif, la *sanction* est lourde. Ainsi, l'article 119^{quinquies} du Code électoral dispose-t-il que « Le bureau principal de la circonscription électorale écarte les listes qui n'ont pas satisfait aux dispositions de l'article 117^{bis} ». Les différents dispositifs normatifs prévoient par ailleurs un mécanisme d'évaluation : dans les six mois suivant son élection, l'assemblée concernée doit procéder à une évaluation des effets de la législation électorale sur la présence d'élus en son sein.

L'alinéa 2 de l'article 11*bis* de la Constitution requiert, quant à lui, la présence au sein des gouvernements fédéral et fédérés d'au moins un membre de l'autre sexe, étant entendu que le législateur compétent est libre de dépasser ce seuil minimal¹²⁹.

Sur le fondement de l'article 11*bis*, alinéa 1, d'autres mesures législatives ont été adoptées en vue d'assurer l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats publics¹³⁰. Par exemple, la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle prévoit que celle-ci « est composée de juges de sexe différent » et qu'« elle compte au moins un tiers de juges de chaque sexe »¹³¹. Une loi du 28 juillet 2011 a imposé aux entreprises publiques économiques et à la Loterie nationale une obligation de mixité au sein de leur conseil d'administration¹³² : « [u]n tiers au moins des membres du conseil d'administration désignés par l'État belge ou par une société contrôlée par l'État belge sont de sexe différent de celui des autres membres. »¹³³ La sanction consiste en la nullité de la

¹²⁹ Pour la législation en vigueur, cf. décret spécial de la Région wallonne du 2 mai 2019 modifiant les articles 60 et 64 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en vue de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein du Gouvernement wallon ; décret spécial de la Communauté française du 11 mars 2021 portant modification de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein du Gouvernement de la Communauté française. Cf. cependant, depuis lors, les avis 69.200/VR et 69.201/VR de la section de législation du Conseil d'État du 22 juin 2021 portant respectivement sur une proposition d'ordonnance spéciale modifiant l'article 34 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises en vue de garantir la présence d'au moins un tiers de femmes et d'hommes au sein du Gouvernement bruxellois, et sur une proposition d'ordonnance spéciale modifiant l'article 41 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises en vue de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes parmi les Ministres et Secrétaires d'État régionaux, spéc. pp. 10 et 13 : « le Conseil d'État estime devoir (...) conclure à présent que le régime proposé ne peut pas s'inscrire dans le cadre de l'autonomie constitutive (...). Pour l'heure, le régime proposé ne peut émaner que du législateur fédéral (spécial) ». Voy. par ailleurs l'article 11*bis*, alinéas 3 et 4, de la Constitution, à propos de la mixité des organes locaux (cf. not. à ce sujet : I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 168 et s. ; C. NENNEN, *op. cit.*). §

¹³⁰ Les travaux préparatoires de l'article 11*bis* de la Constitution indiquent que la notion de mandat public doit s'entendre largement. Il s'agit de « tout mandat relevant d'une manifestation directe ou indirecte du suffrage universel, et, d'une manière générale, (...) (de) tout organe public nommé ou élu » (rapport van Riet, p. 85, cité par I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 163, note 49).

¹³¹ Art. 34, § 5, tel que remplacé par l'article 12 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Voy. par ailleurs la loi du 20 juillet 1990 visant à promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes possédant une compétence d'avis, spéc. art. 2 et 2*bis*, et ses arrêtés d'exécution. En termes de *sanction*, si l'organe consultatif concerné ne compte pas au moins 1/3 du sexe sous-représenté, il ne peut, en principe, « pas émettre d'avis valide ». L'article 4 de la loi prévoit, quant à lui, un mécanisme de *rapportage* et d'*évaluation*. C'est dans la foulée de cette loi qu'a été adopté l'article 259*bis*-1, § 3, du Code judiciaire. Ce dernier exige au moins quatre membres de chaque sexe par collègue au sein du groupe des non-magistrats du Conseil supérieur de la justice – qui est notamment doté d'une compétence d'avis. Cette exigence de quota a été jugée conforme au Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le Comité des droits de l'homme, compte tenu du fait que le dispositif légal permet de concilier la sexospécificité et la compétence, « l'une ne pouvant exclure l'autre » selon les termes du Comité (Constatations du 17 août 2004 en réponse à la communication n° 943/2000, *Jacobs c. Belgique*, spéc. cons. 9.5, 9.7 et 9.8). Au niveau fédéré, cf. not. : décret de la Région wallonne du 27 mars 2014 visant à promouvoir une représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les organes consultatifs.

¹³² Loi du 28 juillet 2011 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale. Pour une évaluation, cf. IEFH, *Troisième bilan de la loi du 28 juillet 2011 relative aux quotas de genre dans les conseils d'administration*, 2019.

¹³³ Art. 18, § 2*bis*, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et art. 8, § 1, al. 1, de la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale. D'autres dispositions de la loi du 21 mars 1991 prévoient que les Conseils d'administration de la SNCB et d'Infrabel doivent comporter au moins un tiers de membres d'un sexe différent de celui des autres membres (art. 162*bis*, inséré par une loi du 22 mars 2002 portant modification de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, pour la SNCB ; art. 207, § 1^{er}, inséré par l'arrêté royal du 14 juin 2004 portant réforme des structures de gestion de l'infrastructure ferroviaire, pour Infrabel). Cf. aussi, au niveau fédéré, le décret de la Région wallonne du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, art. 18*bis*.

nomination d'un administrateur n'appartenant pas au sexe sous-représenté tant que le nombre d'administrateurs n'atteint pas le minimum fixé¹³⁴.

Au-delà des entreprises publiques, cette même loi du 28 juillet 2011 instaure également une obligation de mixité à charge des entreprises (privées) cotées en bourse : leur conseil d'administration doit comporter au moins un tiers de membres de sexe différent de celui des autres membres¹³⁵.

Dans son avis sur l'avant-projet devenu la loi du 28 juillet 2011, la section de législation du Conseil d'État a formulé des réserves sur le mécanisme mis en place pour les entreprises publiques autonomes et la Loterie nationale, d'une part, les entreprises cotées, d'autre part. L'instauration d'un quota de genre en vue de remédier progressivement à la sous-représentation des femmes au sein des organes dirigeants de certaines entreprises lui paraît certes en accord avec les objectifs de la notion d'action positive au sens du droit interne, européen et international. Mais le caractère absolu et inconditionnel du quota établi lui semble problématique au regard du principe de proportionnalité, qui requiert de permettre une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent et de ne pas obliger à choisir une personne en raison de son sexe si ses titres et mérites sont d'un niveau inférieur à ceux d'un autre candidat de sexe différent¹³⁶. Le Conseil d'État souligne que « l'obligation faite sans possibilité d'y déroger, de respecter un quota d'un tiers de femmes ou d'hommes dans un conseil d'administration [...] emporte le risque sérieux de se heurter aux principes d'admissibilité d'une action positive en faveur des personnes d'un sexe déterminé tels que les a dégagés la CJUE »¹³⁷ (cf. aussi *supra* n°9). Il suggère d'adapter le mécanisme prévu en l'assortissant, par exemple, d'une clause d'ouverture¹³⁸. Cette suggestion n'a cependant pas été suivie par le législateur. On notera que depuis lors, la Commission européenne a soumis en novembre 2012 une proposition de directive visant à établir des quotas de représentation des sexes au sein des organes d'administration des sociétés cotées en bourse, qui prend soin de subordonner la priorité établie à l'existence de qualifications égales des candidats et d'inclure une clause d'ouverture¹³⁹.

En revanche, les éléments soulignés par le Conseil d'État dans l'avis précité ont été pris en compte lors de l'instauration d'un quota de genre applicable cette fois à la haute fonction publique administrative fédérale. Suite au constat d'un déséquilibre net et persistant entre les genres aux niveaux les plus élevés de la hiérarchie, le gouvernement, par arrêté royal adopté le 2 juin 2012, a

¹³⁴ Art. 18, § 2bis, de la loi du 21 mars 1991.

¹³⁵ Cette règle est désormais inscrite à l'article 7 :86 du Code des sociétés et des associations, qui vise les sociétés cotées ainsi que les entités d'intérêt public telles que définie à l'article 1 :12, 2°, de ce Code. La sanction consiste là aussi en la nullité de toute nomination d'un administrateur n'appartenant pas au sexe sous-représenté tant que le quota d'un tiers n'est pas atteint. En outre, les avantages financiers liés aux mandats des administrateurs sont suspendus (cf. les al. 2 et 3 de l'art. précité). Cf. aussi, au niveau fédéré, Décret de la Région wallonne du 9 janvier 2014 destiné à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les conseils d'administration des organismes privés agréés par la Région wallonne (pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution), art. 2, § 1^{er} ; décret de la Région wallonne du 9 janvier 2014 destiné à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne, art. 3, § 1. L'obligation imposée par ces différents décrets, sous peine de retrait d'agrément, peut toutefois faire l'objet d'une dérogation. Ces décrets ont fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, laquelle a validé les dispositifs adoptés (sous réserve d'une différence de traitement en matière de régime transitoire jugée disproportionnée – arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, cons. B.17.3 et B.18).

¹³⁶ Avis 49.473/AG du 26 avril 2011, para. 13 et para. 17 (assemblée générale) (*Doc. Parl.*, Chambre, 2010, n°211/7).

¹³⁷ Avis 49.473/AG, para. 15. On notera que la question de la compatibilité des quotas de genre n'est pertinente que pour ce qui concerne l'accès à un emploi et non à des mandats électifs ou exécutifs, lesquels sortent du champ d'application des directives européennes (cf. C.C., n° 145/2015, 22 octobre 2015, B.10.1 *in fine*).

¹³⁸ Avis 49.473/AG, para. 16 et para. 17.

¹³⁹ Art. 4, § 3, de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes, présentée le 14 novembre 2012 (COM/2012/0614 final – 2012/299 (COD)).

établi la règle selon laquelle aucune désignation ou nomination au sein de la fonction publique administrative fédérale ne peut avoir pour effet que plus de deux tiers des emplois relevant des deux premiers degrés de la hiérarchie soient occupés par des agents appartenant au même genre¹⁴⁰. Il est toutefois prévu que ce mécanisme ne s'applique pas lorsque les exigences des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, les résultats de la sélection, le droit au renouvellement du mandat ou le classement des candidats en fonction de leurs titres et mérites, rend impossible la désignation ou nomination d'un candidat du genre sous-représenté¹⁴¹. Le Conseil d'État a estimé qu'avec cette limitation, le mécanisme prévu satisfaisait à la notion de clause d'ouverture¹⁴².

Propos conclusifs

Au terme de ce parcours, il apparaît que le développement des actions positives en Belgique reste relativement modeste. Certes, en matière de genre, des quotas obligatoires ont été instaurés mais uniquement dans des secteurs bien déterminés : mandats électifs et exécutifs, certains mandats publics et certains mandats d'administrateur. Des quotas impératifs existent également, dans le secteur public, en faveur des travailleurs avec un handicap. Mais ils ne sont pas respectés en pratique et les sanctions prévues en cas de non-respect ont été supprimées en 2012. En dehors de ces situations, la mise en place d'actions positives dans l'emploi est laissée à l'initiative des acteurs concernés, moyennant le respect des conditions posées par la loi. Dans le secteur privé, l'arrêté royal du 11 février 2019 a établi une procédure permettant de faire approuver un plan d'action positive par le ministre compétent. À l'heure de clôturer cette étude, ce mécanisme avait débouché sur la mise en place de cinq plans seulement. Pour ce qui est de l'emploi public, en revanche, l'arrêté royal exigé par la législation fédérale anti-discriminatoire pour préciser les conditions de mise en œuvre de telles mesures, n'a toujours pas été adopté, bloquant l'instauration d'actions positives en faveur d'autres groupes que les personnes en situation de handicap.

Les actions positives apparaissent pourtant comme un complément nécessaire aux modalités classiques de lutte contre la discrimination – reposant sur l'interdiction de discriminer assortie d'une action en justice – dont l'expérience montre qu'elles ne suffisent pas pour assurer une égalité réelle aux personnes appartenant à des groupes souffrant d'un degré élevé de désavantage ou d'exclusion.

Plusieurs initiatives seraient de nature à dynamiser la promotion de l'égalité par le biais d'actions positives en Belgique. En premier lieu, il conviendrait d'adopter à bref délai l'arrêté royal exigé par les lois fédérales anti-discriminatoires pour permettre des actions positives dans le secteur public. Ensuite, pour assurer l'effectivité des dispositifs mis en place pour favoriser l'accès à l'emploi public des personnes avec un handicap, le rétablissement de sanctions en cas de non-respect de ceux-ci serait pertinent. Enfin, pour favoriser le recours à l'action positive par les entreprises privées, l'on gagnerait à assurer la publicité des plans adoptés, dans le respect du droit de la protection des données personnelles, pour servir d'exemple et mutualiser les bonnes pratiques. De même, rendre publics les avis rendus par la Commission d'évaluation des actions positives permettrait de mieux informer les entreprises – ainsi que le public en général – sur les mesures qu'elles sont autorisées à prendre dans ce domaine. Plus généralement, on pourrait songer à développer une interface centralisant les informations pertinentes en la matière, telles que les dispositions légales émanant des instances fédérales et fédérées, les plans d'action approuvés, les avis de la Commission, les

¹⁴⁰ Art. 53, al. 1, et 54, al. 1, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État, abrogés par l'arrêté royal du 5 septembre 2022 et rétablis sous une nouvelle rédaction par l'arrêté royal du 2 juin 2012 modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État.

¹⁴¹ Art. 53, al. 1, et 54, al. 1, de l'arrêté royal précité du 2 octobre 1937.

¹⁴² Avis 51/204/4 du 26 avril 2012 (M.B. 8 juin 2012, p. 32152, spéc. p. 32585).

futurs rapports d'évaluation rédigés en application de l'arrêté royal de 2019, voire les lignes directrices établies par Unia et l'IEFH.