



Rentrée solennelle de la Cour du travail de Mons
4 septembre 2018

Discours prononcé par Monsieur le Procureur général
I. de la Serna

Les lois anti-discrimination du 10 mai 2007 : bilan
et perspectives dans le monde du travail

Imaginez, nous sommes en 1973 à bord d'une Citroën DS noire, quand, sur une route de France se noue un improbable dialogue entre un patron et son chauffeur :

« *Comment Salomon, vous êtes juif ? Salomon est juif ! Oh !*

- *Et mon oncle Jacob qui arrive de New-York, il est rabbin !*

- *Mais il est pas juif ?*

- *Ben si !*

- *Mais pas toute votre famille ?*

- *Si !*

- *Ecoutez, ça ne fait rien, je vous garde quand même ! ».*

« ... vous êtes juif ? ... ça ne fait rien je vous garde quand même ».

Assurément, quelle que désobligeante que soit cette réflexion, Victor PIVERT fut bien avisé de garder son chauffeur, tant parce qu'il aurait manqué au cinéma quelques-unes de ses plus belles tirades que parce que, et surtout, son licenciement aurait dégagé un bien nauséabond parfum.

A l'époque en Belgique, Salomon se serait en vérité trouvé bien démuni s'il avait été licencié, peu aidé par les seuls articles 10 et 11 de la Constitution qui ne régissent pas, faut-il le rappeler, les relations entre particuliers. Tout au plus ces articles peuvent-ils engendrer certaines obligations pour les pouvoirs publics vis-à-vis de leurs agents, ainsi qu'en décida la Cour de cassation le 16 juin 2014¹. Ils constituent encore certes, des balises permettant de juger aussi de la constitutionnalité d'une norme, comme le fit encore la Cour constitutionnelle en s'y référant pour juger discriminatoires les délais de préavis et jours de carence différents pour les ouvriers et les employés², dans

¹ Cass.16 juin 2014, Chronique de droit social, page 316 et observations de J. JACQMAIN ; G. JACQUEMART, contrat de travail discrimination, quelques considérations pratiques au fil de la relation de travail, orientation 2016/6, page 4.,

² Article 52 § 1^{er}, alinéa 2 à 4 et 59 de la loi du 03 juillet 1978

un arrêt du 7 juillet 2011 ³ qui, pour rappel, est à l'origine du statut unique consacré par la loi du 26 décembre 2013.

Mais au-delà, rien dont ne puisse s'emparer le travailleur. Pour régir les relations privées, il fallait donc dépasser ces seules dispositions constitutionnelles et s'attaquer, directement, par une réglementation spécifique, à un phénomène qui, malheureusement, demeure d'une affligeante actualité. Jugez-en plutôt : selon le dernier rapport annuel d'UNIA – l'ancien Centre Interfédéral pour l'Égalité des Chances -, 572 nouveaux dossiers ont été ouverts, uniquement dans le domaine de l'emploi, au cours de la seule année 2017. Ces dossiers représentent 22,4 % de l'ensemble des cas de discrimination dénoncés, un chiffre en constante augmentation depuis 5 ans : plus 71,3 % !

I. Le contexte

1. Peu s'en doutent mais l'ancrage de nos lois anti-discrimination trouve sa source dans la réglementation européenne, plus précisément dans les articles 13 ⁴ du traité de Rome et surtout 119 du traité CEE ⁵ qui pose expressément le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes : « *à travail égal, salaire égal* ».

Pas moins de sept directives consacrées à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes invitent d'ailleurs les Etats membres à traduire ce principe dans leurs législations nationales. Signalons, entre autres, les directives 79/7 du 19 décembre 1978 ⁶ en matière de sécurité sociale et 2006/54 du 5 juillet 2006 en matière d'emploi et de travail.

Dans les autres domaines, on retiendra notamment la directive 2000/43 du 29 juin 2000, dont l'article 14 tend à ce que soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement et à écarter toutes les dispositions contraires à ce principe qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, les

³ Cour constitutionnelle, arrêt n°125/2011 du 07 juillet 2011

⁴ Actuel article 19 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui autorise le Conseil à prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

⁵ Actuels articles 19 et 157 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

⁶ Article 5 de la directive

règlements intérieurs des entreprises ainsi que dans les règles propres aux associations de professions indépendantes ou aux organisations de travailleurs et d'employeurs⁷.

2. D'européenne, la préoccupation devint pour la première fois belge avec l'adoption de la loi du 4 août 1978 sur la réorientation économique, puis la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale.

Par la loi du 30 juillet 1981, le législateur étendit l'interdiction de discrimination aux actes inspirés par le racisme et la xénophobie, domaine dans lequel le centre d'égalité des chances et de lutte contre le racisme créé dès 1993 fut appelé à jouer un rôle majeur. Avec la loi à portée générale du 25 février 2003, c'est la discrimination pour quelque motif que ce soit qui se voit finalement interdite, même s'il est vrai que certaines de ses dispositions furent annulées par arrêt de la cour d'arbitrage du 6 octobre 2004⁸.

3. Répondant à cet arrêt mais aussi aux soucis de se conformer davantage au droit communautaire et d'adapter la loi aux structures fédérales du pays, le législateur adopta enfin, le 10 mai 2007, les trois lois qui nous occupent aujourd'hui. Trois lois distinctes pour une même finalité : une loi dite « générale », une loi dite « égalité hommes- femmes » et une dernière dite « racisme », trois lois dont fort heureusement le législateur veilla à harmoniser les concepts, champs d'application, dispositions civiles et autres sanctions pénales⁹.

Elles ne s'imposèrent toutefois pas sans mal, ainsi qu'en témoignent les nombreux recours en annulation introduits¹⁰, dont un spécialement dirigé contre l'article 18 § 2, 2° de la loi générale qui accorde au travailleur victime

⁷ L'article 16 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 impose les mêmes obligations.

⁸ C.A., 06.10.2004, arrêt n° 157/2004.

⁹ Il s'agit de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (dite loi générale), de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et hommes (dite « loi égalité femmes – hommes »), de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (dite loi racisme).

¹⁰ Cour Constitutionnelle arrêt n°17/2009 du 12 février 2009 ; arrêts n°39/2009, 40/2009, 41/2009 du 11 mars 2009 ; arrêt n° 64/2009 du 02 avril 2009 ; arrêt n° 103/2009 du 18 juin 2009 ; arrêt n°123/2009 du 16 juillet 2009 ; arrêt n°116/2011 du 30 juin 2011 ; arrêt 70/2018 du 07 juin 2018.

de discrimination un montant forfaitaire de 3 ou 6 mois de rémunération, alors que tout autre justiciable victime de discrimination doit se satisfaire d'une indemnité de 650 ou 1300 euros ¹¹. La loi anti-discrimination serait-elle elle-même discriminatoire ? Par arrêt du 12 février 2009, la Cour constitutionnelle y répondit par la négative, estimant que cette différence de traitement se justifie par la couverture du dommage matériel et moral ainsi que par l'obligation faite aux Etats par l'article 17 de la directive 2000/78 de prévoir des sanctions dissuasives dans le cadre des relations de travail. L'indemnité forfaitaire de 6 mois équivaut par ailleurs aux indemnités allouées à certains groupes de travailleurs vulnérables telles les femmes enceintes ou les victimes de harcèlement.

2. La teneur de ces lois

A. Leur champ d'application

Toute personne, qu'elle soit privée ou publique, se doit de respecter l'interdiction des discriminations envisagées largement par ces trois lois du 10 mai 2007 qui vont jusqu'à réglementer l'accès et la fourniture de biens et de services ainsi que la participation à une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public.

Ce vaste champ d'application se devait donc, naturellement, d'intégrer la discrimination dans la protection sociale, en ce y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux ainsi que l'affiliation à une organisation professionnelle d'employeurs ou de travailleurs, salariés ou indépendants. En droit du travail, l'interdiction de discrimination s'étend du recrutement au licenciement, et même au-delà puisqu'elle concerne aussi les régimes complémentaires de sécurité sociale. Une exception toutefois : le harcèlement dans les relations de travail qui, lui, se trouve spécialement visé aux articles 32 bis et suivants de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être. Sont de même exclues les matières relevant des compétences des Communautés et des Régions.

¹¹ Cour Constitutionnelle arrêt n°17/2009 ; voy. Aussi Cour Constitutionnelle arrêt n°70/2018 du 07 juin 2018

B. Les critères de discrimination

En adoptant ainsi trois lois distinctes le 10 mai 2007, le législateur fit assurément choix de réserver à chacune d'elles une fonction spécifique.

La première, dite loi générale, tendait à lutter contre certaines formes de discriminations initialement limitées à 12 critères spécialement énoncés. Au-delà des seuls critères d'âge, d'orientation sexuelle, d'état civil, de naissance, de fortune, de conviction religieuse ou philosophique, de conviction politique, de langue, d'état de santé actuel ou futur, de handicap, de caractéristique physique ou génétique et d'origine sociale, point donc de discrimination possible. Si la cour constitutionnelle valida ce principe de liste fermée ¹², notons que ce le fut néanmoins sous réserve d'y adjoindre le critère de la conviction syndicale ¹³, critère finalement intégré par une loi du 30 décembre 1999.

Les critères retenus par les deux autres lois sont beaucoup plus restrictifs puisqu'il s'agit, pour la loi « égalité hommes-femmes » de ne condamner que les distinctions fondées sur le sexe, la grossesse, l'accouchement et la maternité, le changement de sexe ou l'identité de genre ou les expressions de genre y étant assimilées. La loi « racisme » ne reprend quant à elle que les critères de nationalité, de prétendue race, de couleur de peau et d'ascendance ou d'origine nationale ou ethnique.

C. Les formes de discrimination

Fondée sur d'autres critères que ceux-là, une différence de traitement ne constitue guère davantage qu'une simple distinction.

Sous le même vocable générique de discrimination, chacune des lois stigmatise en réalité trois comportements : « *la discrimination directe* », « *la discrimination indirecte* » et « *l'injonction de discriminer* ».

Il y a discrimination *directe*, lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre en raison d'une caractéristique qui est protégée par la loi. Tel est le cas par exemple si une candidature à un emploi est refusée en raison de l'origine ethnique.

¹² Cour constitutionnelle arrêt n°41/2009 du 11 mars 2009

¹³ Cour constitutionnelle arrêt 64/99 du 2 avril 1999

La discrimination *indirecte* est quant à elle la conséquence d'une mesure apparemment neutre mais qui, au final, se révèle discriminante. Tel pourrait être le cas d'un règlement de travail interdisant le port de signes convictionnels sur le lieu de travail.

Troisième et dernière attitude interdite, *l'injonction de discriminer*. Un client qui, par exemple, enjoindrait à un bureau d'intérim de ne recruter pour lui que des candidats d'origine belge s'en rendrait coupable.

Au-delà de ces trois formes de discriminations communes, la loi générale oblige encore à mettre en place des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées. Celles-ci peuvent ainsi exiger de leur employeur ou de tout autre acteur économique, social ou culturel visés par la loi, qu'ils prennent des mesures appropriées pour leur permettre d'accéder, de participer et de progresser dans les domaines visés par la loi, à moins que ces mesures n'entraînent pour l'employeur ou l'acteur concerné une charge disproportionnée. L'approche du handicap est ici davantage sociale que médicale.

D. La justification des distinctions

1. Les lois anti-discrimination n'admettent ces distinctions directes et indirectes fondées sur les 4 critères protégés que sont l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou encore le handicap que pour autant, d'une part, qu'elles soient objectivement justifiées par un but légitime et, d'autre part, que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires.

Dans le domaine des relations de travail, le législateur substitue toutefois à ces conditions celles des exigences professionnelles essentielles et déterminantes : ce n'est que si une distinction fondée sur un de ces 4 critères se justifie par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes qu'elle peut être admise.

En outre, en matière d'âge ou de convictions religieuses et philosophiques, le législateur se montre encore plus restrictif : en plus de devoir reposer sur des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, une distinction fondée sur l'âge ou les convictions doit encore être justifiée par un objectif

légitime, notamment en termes de politique de l'emploi, de marché du travail et de formation professionnelle et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

2. Notons bien évidemment qu'une distinction directe ou indirecte ne saurait constituer une discrimination si elle s'inscrit dans le cadre d'une action *positive* imposée par la loi ou visant à compenser les inégalités. Signalons ainsi, en matière d'égalité hommes-femmes dans les secteurs privé et public, deux arrêtés royaux des 14 juillet 1987 et 27 février 1990 pris en exécution de la loi du 4 août 1978 aujourd'hui abrogée. Exécutant une loi du 10 mai 2007, un arrêté royal du 2 juin 2012 promeut également l'égalité hommes-femmes spécialement au sein de la fonction publique.

Encore faut-il alors toutefois que ces mesures d'action positive ne contreviennent pas elle-même à la Constitution, au droit de l'Union européenne ou au droit international ... Une réglementation nationale qui, à qualification égale, accorde *automatiquement* une promotion aux femmes, sous prétexte qu'elles sont sous-représentées dans le secteur, est contraire à la Directive n°76/207, ainsi qu'en décida la Cour de justice en son arrêt KALANKE du 17 octobre 1995 ¹⁴. Est par contre conforme à cette même directive, la réglementation comportant une clause en vertu de laquelle les femmes ne doivent pas être promues prioritairement si des motifs liés à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en faveur de ce dernier ¹⁵. Retenons en qu'une réglementation ne peut donc privilégier automatiquement et inconditionnellement une catégorie sans examen objectif des qualités personnelles de chacun et chacune.

E. Les dispositifs civils de protection

Ces règles strictes n'auraient de sens si elles ne s'accompagnaient de mécanismes de protection, civils pour commencer, tels que la nullité des clauses discriminatoires, la protection spécifique du plaignant et des témoins, l'indemnisation forfaitaire ou équivalente du préjudice réellement subi, le

¹⁴ Cour de justice des communautés européennes, 17 octobre 1995, chronique de droit social 1996, page 16.

¹⁵ Cour de justice des communautés européennes, 28 mars 2000, J.T.T. 2000, page 410, cour de justice des communautés européennes, 06 juillet 2000 cités par compendium social tome II, 2017-2018, p.1352.

droit d'agir en cessation¹⁶, le droit pour certaines organisations telles UNIA et l'institut pour l'égalité des femmes et des hommes d'ester en justice ou encore un système probatoire spécifique.

Précisons à cet égard que la victime d'une discrimination doit uniquement prouver des faits précis et concrets permettant de présumer de l'existence d'une discrimination, sans qu'elle ne doive la démontrer. Une fois ces faits établis, il appartient alors à l'auteur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination.

F. Les sanctions pénales

Ce partage de la charge de la preuve ne s'étend toutefois pas aux poursuites pénales fondées sur les incriminations et sanctions édictées par les trois lois de 2007 qui punissent d'un emprisonnement d'un mois à un an¹⁷ et / ou d'une amende de 50 à 1.000 EUR, quiconque aura - retenons pour faire bref - « publiquement »¹⁸ incité à la discrimination, à la haine ou à la violence, à l'égard d'une personne ou d'un groupe ou d'une communauté en raison de l'un des critères protégés. Plus spécialement, les articles 28/2 de la loi « égalité hommes – femmes » et 25 de la loi « racisme » érigent encore en infractions spécifiques punissables des mêmes peines toute discrimination au travail fondée sur le sexe, la nationalité, la prétendue race, la couleur de la peau, l'ascendance ou l'origine ethnique.

A la différence de la majorité des infractions de droit pénal social, il appartient en effet ici au ministère public de démontrer l'ensemble des éléments constitutifs de ces infractions, en ce compris l'intention frauduleuse, ce qui, on s'en doute, sera rarement chose aisée.

Pour faciliter la tâche de l'auditeur du travail, l'article 42/1 du code pénal social autorise depuis le 1^{er} avril 2018 les « *mystery shopping* » ou « *mystery calls* », une méthode particulière d'enquête qui, moyennant l'accord écrit préalable de l'auditeur, permet aux inspecteurs sociaux de se présenter comme d'éventuels

¹⁶ Quiconque ne se conforme pas à un jugement ou un arrêt rendu à la suite d'une action en cessation en matière de discrimination est punissable d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 à 1.000 EUR.

¹⁷ Si l'auteur de la discrimination est un fonctionnaire ou officier public, l'échelle des peines est de 2 mois à 2 ans

¹⁸ Voy. le renvoi fait à l'article 444 du code pénal pour les circonstances précises

candidats au travail sans devoir présenter leur titre de légitimation et décliner leur qualité¹⁹.

Qu'il nous soit néanmoins permis de douter de son efficacité et ce, pour deux raisons²⁰.

Ce n'est en effet qu'en présence d'indications objectives de discrimination qui plus est soutenues par des statistiques issues de bases de données informatiques que les inspecteurs sociaux peuvent recourir à de tels tests de situation. En outre, si les inspecteurs sociaux peuvent commettre des infractions pour lesquelles ils sont exempts de peines moyennant accord écrit et préalable de l'auditeur du travail, ces infractions ne peuvent toutefois être punissables plus sévèrement que les comportements qu'ils sont censés constater. Parce que punis plus sévèrement que la discrimination, le port de faux nom ou l'usage de faux documents que requerraient idéalement ces méthodes sont donc proscrits.

Voilà pour ce qu'il en est de la teneur de ces trois lois de 2007.

3. Les autres dispositions légales prises par le législateur et les entités fédérées en matière de lutte contre la discrimination

Des lois qui n'auraient pu être efficaces si elles n'avaient été complétées d'autres, plus spécifiques, telles la loi du 5 mars 2002 interdisant la discrimination des travailleurs à temps partiel, la loi du 5 juin 2002 interdisant la discrimination des travailleurs à durée déterminée ou encore la loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre les hommes et les femmes.

Au niveau des entités fédérées et de leurs compétences, signalons un décret du parlement wallon du 6 novembre 2008 et un autre du parlement de la communauté française du 12 décembre 2008.

Diverses conventions collectives parfont enfin le dispositif comme la convention collective de travail n°38 du 6 décembre 1983 interdisant la discrimination à l'embauche ou encore la Convention collective n°95 du 10

¹⁹ Voy. à cet égard la modification de l'article 20 du code pénal social complété d'un alinéa 2.

²⁰ C.E. CLESSE, le « Mystery shopping » en matière de discrimination, J.T.T. 2018, p.193 à 200.

octobre 2008 concernant l'égalité de traitement dans toutes les phases de la relation de travail.

4. L'analyse de la jurisprudence

Autant de dispositions qui, on s'en doute, donnèrent l'occasion à la jurisprudence de s'intéresser aux différents motifs de discrimination et en particulier aux motifs fondés sur l'origine ethnique, le handicap, l'âge, les convictions religieuses ou encore le sexe.

4.1. L'affaire ADECCO, révélée par un lanceur d'alerte, constitue sans nul doute un des exemples les plus emblématiques des cas de discrimination fondée sur la **nationalité ou l'origine ethnique**. A l'exigence de certains clients de cette société intérimaire de n'engager que des travailleurs belges - référencés au dossier B.B.B. pour blanc bleu belge -, la cour d'appel de Bruxelles répondit, le 10 février 2015, par une condamnation de cette société à payer 25.000 euros à deux associations.

Dans l'affaire FERYN, le patron de cet installateur de portes de garages avait, lui, ouvertement confié à la presse ne pas souhaiter engager de travailleurs étrangers à qui ses clients ne voulaient donner accès à leur habitation. Après avoir interrogé la Cour de justice des communautés européennes sur l'interprétation à donner à la Directive 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, la cour du travail de Bruxelles décida le 28 août 2009 d'ordonner la cessation de cette pratique d'embauche discriminatoire et la publication de son arrêt dans plusieurs quotidiens.

Retenons-en que les stéréotypes de la clientèle ne peuvent donc, en aucun cas, justifier une distinction de traitement prohibée par la loi.

4.2. **L'état de santé** du travailleur, autre motif de discrimination fréquemment avancé, se décline quant à lui en trois critères protégés : le handicap, l'état de santé actuel et futur ainsi que les caractéristiques physiques ou génétiques.

Concernant l'état de santé actuel et futur ainsi que les caractéristiques physiques ou génétiques, signalons qu'une part de la jurisprudence et de la

doctrine considère que la loi du 10 mai 2007 va jusqu'à interdire à un employeur de licencier un travailleur en raison de ses trop nombreuses incapacités passées, si elles lui en font craindre d'autres ²¹. Elles s'appuient pour ce faire sur le sens donné au terme « futur » par les travaux préparatoires ²² de la loi du 25 février 2003.

Le critère du handicap a quant à lui vu sa définition évoluer ²³ pour aboutir à celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne depuis un arrêt HK DANMARK du 11 avril 2013 : le handicap est, je cite, « *une limitation résultant notamment d'atteintes psychiques, mentales ou physiques, dont l'interaction avec différentes barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée* ». Si la limitation doit être durable et de longue durée, son origine importe peu, les cours et tribunaux belges retenant comme constitutifs de handicap un diabète de type 1, un cancer, l'obésité morbide ²⁴ à l'origine de l'écartement d'un candidat moniteur d'auto-école ou encore une malformation congénitale des doigts ²⁵ à la base de l'interruption d'un intérim.

Outre la protection contre la discrimination que lui reconnaît la loi à tous les stades de la relation de travail, le travailleur atteint d'un handicap peut encore exiger de son employeur, comme nous l'avons déjà évoqué, qu'il adopte les aménagements *raisonnables* qui lui permettront de participer et de progresser dans l'entreprise comme n'importe quel autre travailleur. L'article 1.4 - 2a) du code du bien-être de 2017 invite d'ailleurs, lui aussi, le conseiller en prévention - médecin du travail à proposer à l'employeur des aménagements raisonnables de poste de travail ou un travail adapté au handicapé. Ces aménagements

²¹ C.T. Bruxelles, 30 octobre 2011, Chronique de Droit social 2013, page 185, note M. JOURDAN ; A. MORTIER et M. SIMON, Licencier en raison des absences médicales passées, une discrimination ? J.T.T. 2018, page 84 ; contra C.T. Liège, 18 juillet 2017, RG 2016/AL/484.

²² « Futur » doit s'entendre des « *pathologies détectées par des tests génétiques prédictifs, la prise en compte systématique de l'hérédité comme motif de refus d'embauche et des maladies dégénératives dont le diagnostic existe au moment de l'embauche et dont l'évaluation à ce moment, ne rend pas le candidat inapte à l'exercice de la fonction* (proposition de loi, Doc. Parl. Sénat, session extraordinaire 1999 n°2, 12/1, page 2).

²³ A la suite de l'adhésion de l'Union Européenne à la convention des nations unies sur le droit des personnes handicapées. Voir précédemment, C.J.C.E. CHACON NAVAS du 11 juillet 2006 qui définit le handicap comme « *une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentale ou psychiques, entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle* ».

²⁴ Pour la C.J.C.E. voy. l'arrêt KALTOFT du 18 décembre 2014.

²⁵ Syndactylie

peuvent être matériels, comme la construction d'une rampe d'accès ou l'adaptation des équipements et outils de travail. Mais ils peuvent aussi être immatériels, comme une adaptation du rythme de travail, des tâches ou une offre de formation.

Votre cour a connu de deux cas d'absence d'aménagement raisonnable.

Le premier concernait une infirmière de retour d'incapacité pour laquelle le médecin du travail recommandait l'absence de charges lourdes et un horaire fixe uniquement de jour. Par arrêt du 15 janvier 2010²⁶, votre cour commença par rappeler que l'obligation de reclassement de l'article 70 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 n'est pas une obligation de résultat pour ensuite considérer qu'il n'était pas établi que l'employeur pouvait offrir à cette travailleuse un autre poste même de qualification moindre. La seconde espèce tranchée, par votre arrêt du 1^{er} octobre 2017 concernait une employée administrative d'hôpital incapable de travailler plus de 30 minutes sur écran d'ordinateur. Votre cour rejeta sa demande d'indemnité forfaitaire pour discrimination dès lors que suite à quatre rencontres entre parties, il était apparu que l'aménagement de son poste de travail ou sa réaffectation à un autre poste n'était envisageable, en ce compris même sur un autre site. Il n'était pas davantage possible de créer spécialement à son intention une fonction ad hoc qui aurait exclu des tâches sur ordinateur, à l'exception peut-être de celle d'agent d'accueil dont il n'était pas prétendu qu'il pouvait exister²⁷.

4.3. La discrimination fondée sur les **convictions religieuses** et philosophiques s'est, elle, principalement focalisée ces dernières années sur le port au travail de signes confessionnels, et en particulier du voile islamique.

Saisie par deux questions préjudicielles des Cours de cassation belge et française, la Cour de justice de l'Union européenne rendit le 14 mars 2017, deux arrêts de principe relatifs à la directive 2000/78 du 27 novembre 2000.

Dans l'affaire belge, la société G4S avait licencié Madame ACHBITA qui, en cours de contrat, avait informé son employeur qu'elle souhaitait porter le voile malgré une règle non écrite interdisant au sein de l'entreprise les signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses. Après avoir

²⁶ C.T. Mons, 1^{ère} chambre, 15 janvier 2010, R.G. 2009/AM/21509

²⁷ C.T. Mons, 1^{ère} chambre, 01 octobre 2017, R.G. 2016/AM/152.

écarté la possibilité d'une discrimination *directe* - la règle interne s'applique en effet indistinctement à tous les travailleurs -, la Cour de justice souligna qu'une telle règle est par contre susceptible de constituer une discrimination *indirecte* si, bien que d'apparence neutre, elle entraîne un désavantage pour les pratiquants d'une religion en particulier. Pour qu'une telle règle interne soit acceptable poursuit la cour, elle doit être justifiée par un objectif légitime - par exemple la neutralité dans les relations de l'employeur avec ses clients -, objectif à poursuivre par les seuls moyens appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient au juge national de vérifier.

Dans l'affaire française, la société MICROPOLE avait engagé Madame BOUGNAOUI comme ingénieur d'étude en attirant alors son attention sur la nécessité de renoncer au voile qu'elle portait déjà. Pour avoir finalement refusé de le retirer et suite aux plaintes de clients, l'employeur se résigna à licencier sa travailleuse. A la différence de G4S, MICROPOLE n'avait toutefois édicté en son sein aucune règle interne de neutralité – fut-elle non écrite – ce qui fit dire à la Cour qu'à défaut d'une telle règle interne, un employeur ne peut licencier une travailleuse voilée, même pour répondre au souhait d'un client. Un tel souhait de client ne constitue pas une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » au sens de l'article 4, §2, sous a), de la Directive 2000/78.

En résumé, la Cour de justice reconnaît donc la validité d'un règlement de travail interdisant le port du voile au travail, sachant néanmoins, qu'il revient au juge national ²⁸ de vérifier,

- d'une part, que la politique de neutralité est « poursuivie de manière cohérente et systématique » vis-à-vis de l'ensemble du personnel ;
- d'autre part, le juge national vérifiera encore que l'interdiction est « limitée au strict nécessaire » et vise « uniquement les travailleurs (...) qui sont en relation avec des clients ».

4.4. Après la nationalité, l'état de santé et la religion, **l'âge** constitue un quatrième critère de discrimination au travail.

²⁸ Voy. E. MORELLI et I. PLETS, port des signes religieux dans le secteur privé, un commentaire de la jurisprudence belge, orientations 2013/10, p.22 et suivantes.

Dans une affaire HENNINGS, la Cour de justice de l'Union européenne était interrogée sur la conformité au principe de non-discrimination d'une mesure d'une convention collective de travail déterminant l'échelon de rémunération d'un agent contractuel en fonction de son âge au moment de l'engagement. Par son arrêt du 8 septembre 2011, la Cour de justice a estimé que si cette distinction fondée sur l'âge poursuit certes un but légitime - à savoir la prise en compte de l'expérience professionnelle acquise avant recrutement -, cette distinction n'est toutefois pas nécessaire et appropriée à l'objectif. Pour éviter la nullité de clauses de CCT fondées sur l'âge et l'extension des conditions les plus favorables au groupe défavorisé ²⁹, les partenaires sociaux préfèrent donc désormais renvoyer directement à l'expérience professionnelle comme critère de rémunération ³⁰.

L'article 12 de la loi dite générale n'autorise par ailleurs, comme nous l'avons déjà précisé, une distinction directe fondée sur l'âge que si elle est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime notamment en termes de politique de l'emploi, de marché du travail et de formation professionnelle et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. En 2008, la cour du travail de Bruxelles a prononcé 2 arrêts relatifs à l'âge mettant en cause des arbitres de football contraints de stopper leur activité à 45 ans ou de renoncer à diriger des rencontres de première division nationale. Dans ces deux cas, la cour écarta ce critère de l'âge en soulignant qu'il existe d'autres critères plus pertinents pour juger de l'aptitude physique d'un arbitre. Dans son premier arrêt ³¹, la cour octroya des dommages et intérêts à l'arbitre évincé. Dans le second, elle suspendit la décision d'exclusion ³².

4.5. Cinquième et dernier critère envisagé ici, l'égalité de traitement hommes - femmes au travail est probablement le plus abouti, notamment grâce à la jurisprudence relative à l'état de **grossesse.**

²⁹ En vertu de l'article 15 de la loi du 10 mai 2007 et de l'article 9.1. de la loi organique du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives du travail et les commissions paritaires, la nullité ne frappent que les clauses problématiques et ne s'étend ni aux autres dispositions ni à la CCT elle-même (voy. P. JOASSART, la prohibition de discrimination et des barèmes liés à l'âge : *summum jus, summa injuria*, J.T.T. 2008, page 635).

³⁰ J. CLESSE, les barèmes de rémunération : la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer, la discrimination, revue de l'ULG 2017, page 31.

³¹ C.T. Bruxelles, 11 avril 2008, C.D.S., 2009, page 102

³² C.T. Bruxelles 29 février 2008, C.D.S., 2009, page 97.

Contentons-nous d'épingler la problématique des clauses de contrat de travail autorisant l'employeur à licencier un travailleur, quel que soit son sexe, dès lors que son absence se prolonge de manière ininterrompue au-delà du délai que ces clauses fixent. Après une incapacité de longue durée due à des complications résultant de son état de grossesse, une travailleuse contesta son licenciement sur base de pareille disposition contractuelle. Par arrêt du 30 juin 1998, la Cour de justice lui donna raison, considérant ce type de clause et par-delà son licenciement comme contraires à la Directive 76/207³³.

Votre cour a quant à elle rappelé par arrêt du 15 mars 2003 qu'en licenciant une travailleuse pour un motif lié à son état de grossesse, l'employeur procède bien à une distinction contraire aux articles 13 et suivants de la loi égalité hommes-femme et qu'il est par conséquent, en principe, redevable de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 23 de cette loi. En cette affaire, votre cour a néanmoins refusé de condamner l'employeur à son paiement, rappelant qu'une telle indemnité ne peut être cumulée avec l'indemnité équivalente à 6 mois de rémunération déjà due en application de l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail³⁴.

5. Conclusion

A l'heure de clôturer cette mercuriale, quels bilan et perspectives tirer de ces législations applicables au monde du travail ?

Au pénal, la circulaire du collège des procureurs généraux n°13/2013 prévoit en matière de discrimination, la désignation d'un magistrat coordinateur et d'un magistrat de référence ainsi qu'une sensibilisation accrue des cellules d'arrondissement. Sa mise en œuvre efficace est toutefois contrariée par les exigences probatoires strictes imposées par le législateur : l'auditorat du travail doit ici démontrer l'intention frauduleuse du discriminant, qui plus est dans les circonstances spécifiques visées à l'article 444 du code pénal pour les

³³ C.J.C.E. 30 juin 1998, C.D.S. 1998, page 492 ; voy. encore C.J.C.E., 27. Février 2003, C.D.S., 2004, page 112, note JACQMAIN.

³⁴ C.T. Mons, 1^{ère} chambre, 15 mars 2013, R.G. 2011/AM/367

infractions à la loi générale. C'est donc sans surprise qu'UNIA épingle en son rapport 2017 qu'il n'a connaissance d'aucune condamnation ou action en cessation diligentée par les auditorats du travail et ce depuis 2007. Il faut malheureusement craindre que la loi du 15 janvier 2018 autorisant les « *mystery calls* » n'y change pas grand-chose tant les conditions de sa mise en œuvre paraissent contraignantes.

Sur le plan civil, nos trois lois semblent par contre atteindre plus certainement leur objectif, le nombre d'actions civiles étant en constante augmentation, même si des différences notables entre Régions sont à relever. C'est à Bruxelles qu'elles sont le plus nombreuses, devant la Flandre, où Anvers se taille la part du lion. Ces actions civiles sont, il est vrai, facilitées par des règles probatoires assouplies et la reconnaissance du droit d'action autonome à des organisations telles qu'UNIA, sans même que les victimes ne doivent être identifiées.

Trois lois pour autant d'attentions à apporter à la discrimination, non seulement dans le monde du travail et de la sécurité sociale mais encore dans tous les domaines de la vie citoyenne.

Souvent revendiqué par les employeurs au nom de leur liberté d'entreprendre, le droit à la différenciation de traitement, sinon à la discrimination, est strictement réglementé par des lois, décrets et autres conventions collectives. Au sein même et a fortiori hors les limites ainsi tracées, gardons à l'esprit que ces différences de traitement seront souvent aussi perçues comme le fruit d'une proximité ou d'un favoritisme malsain. Elles en deviendront alors, au mieux, sources d'incompréhensions, de tensions professionnelles et de mal être à l'origine d'un absentéisme récurrent et autres grèves qui handicaperont la production. Au pis, au-delà des murs mêmes de l'entreprise, ces différences, souvent combinées à d'autres, engendreront aussi d'aveuglantes frustrations pouvant mener à l'obscurantisme voire à diverses formes de radicalismes. En garantissant à chacun le droit à la différence dans le respect de celle des autres, les lois de 2007 et les dispositions qui les complètent participent ainsi elles aussi, et c'est certain, de l'essence même de nos démocraties.

Les solutions qu'elles apportent à ces fins se doivent dès lors d'éviter tout favoritisme de concession, source d'isolement pour les uns et d'incompréhension pour les autres, et cela tout en retenue, spécialement dans un contexte économique et sécuritaire défavorable. Nul doute que les prochaines interventions du législateur et de la jurisprudence tant nationale qu'européenne tendront à atteindre ces subtils et délicats équilibres dans la diversité.