



AJPDS, 21 février 2008

L'interdiction de discrimination dans les relations de travail

Les lois du 10 mai 2007: aperçu et implications pratiques

Olivier Rijckaert,
Avocat-associé Field Fisher Waterhouse LLP,
Médiateur.



"All the other women in the office are suing you for sexual harassment. Since you haven't sexually harassed me, I'm suing you for discrimination."



Vu sur <http://christophe61.canalblog.com/>



Plan

- Première partie : les principes
- Deuxième partie : applications pratiques



Première partie

Les principes



Cadre législatif : les 3 lois du 10 mai 2007

- Sources européennes:
 - Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 (race et origine ethnique)
 - Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000
 - Cadre général égalité de traitement dans le travail et l'emploi
 - Age, handicap, orientation sexuelle, religion et convictions philosophiques
- Loi « cadre », remplace la loi du 25 février 2003
- Loi « genre », remplace la loi du 7 mai 1999
- Loi « antiracisme », remplace la loi du 30 juillet 1981
- Entrée en vigueur le 9 juin 2007



Les motifs prohibés de discrimination

- Loi « cadre » : âge, orientation sexuelle, état civil, naissance, fortune, conviction religieuse ou philosophique, conviction politique, langue, état de santé actuel ou futur, handicap, caractéristique physique ou génétique, origine sociale
- Loi « antiracisme » : nationalité, prétendue race, couleur de la peau, ascendance, origine nationale ou ethnique
- Loi « genre » : sexe



Le champ d'application matériel

- Accès et fourniture de biens et de services à la disposition du public
- La protection sociale (y compris sécurité sociale et soins de santé)
- Les avantages sociaux
- **Les régimes complémentaires de sécurité sociale**
- **Les relations de travail**
- La mention dans une pièce officielle ou un PV
- **L'affiliation à une organisation d'employeurs ou de travailleurs**
- L'accès à une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public



Le champ d'application matériel (2)

- Précisions concernant la relation de travail :
 - Conditions d'accès à l'emploi
 - Offres d'emploi
 - Fixation et application de critères de sélection
 - Fixation et application de critères de promotion
 - Dispositions et pratiques relatives aux conditions de travail et la rémunération
 - Régimes contenus dans le contrat de travail, les conventions collectives de travail, les régimes statutaires de droit administratif, les règlements de travail, les décisions unilatérales de l'employeur
 - Octroi et fixation du salaire, des honoraires ou de la rémunération
 - Octroi et fixation des tous les avantages actuels ou futurs, en espèces ou en nature, du chef de l'emploi
 - Durée du travail et horaires de travail
 - Crédit-temps, vacances annuelles, jours fériés,...



Le champ d'application matériel (3)

- Dispositions et pratiques en matière de rupture des relations de travail
 - Décision de licenciement
 - Fixation des conditions et modalités de licenciement
 - Critères de sélection lors du licenciement
- Précisions concernant les régimes complémentaires de sécurité sociale :
 - Détermination du champ d'application et des conditions d'accès à ces régimes
 - Obligation de cotiser et calcul des cotisations
 - Calcul des prestations et conditions de durée et de maintien du droit aux prestations
 - Identification des personnes admises à participer au régime
 - Fixation du caractère facultatif ou obligatoire de la participation au régime
 - Fixation des règles d'entrée dans le régime
 - Fixation des conditions d'octroi des prestations



Définitions

- **Distinction directe - Discrimination directe**
 - **Distinction directe** : situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait, dans une situation comparable
 - **Discrimination directe** : distinction directe, fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée
- **Distinction indirecte - Discrimination indirecte**
 - **Distinction indirecte** : situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés
 - **Discrimination indirecte** : distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée



Définitions (2)

- Certains comportements sont assimilés à la discrimination:
 - Le refus d'accomplir des « aménagements raisonnables » en faveur des personnes handicapées
 - Le harcèlement moral et le harcèlement sexuel
 - L'injonction de discriminer



La justification des distinctions

- Distinction directe en matière de relations de travail
 - Coexistence de 2 systèmes : « fermé » et « ouvert », selon les critères protégés
 - **Système FERME (Critères issus des directives UE)**
 - Le genre, la race, couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou un handicap
 - Distinction autorisée uniquement si justifiée par des **exigences professionnelles essentielles et déterminantes**
 - « **exigence professionnelle essentielle et déterminante** » : caractéristique déterminée est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées et de leur contexte et l'objectif est légitime et proportionné
 - Vérification par le juge, au cas par cas
 - Une liste exemplative peut être dressée par arrêté royal



La justification des distinctions (2)

- **Système OUVERT (Critères « belges »)**
 - L'état civil, naissance, fortune, conviction politique, langue, état de santé, caractéristique physique ou génétique, origine sociale, nationalité
 - Distinction autorisée si **objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires**



La justification des distinctions (3)

- Distinction directe en matière de régimes complémentaires de sécurité sociale
 - Introduction d'un système fermé
 - Age, orientation sexuelle, handicap, convictions religieuses ou philosophiques : exigence professionnelle essentielle et déterminante
 - Genre : exceptions uniquement pour le passé
 - Race : aucune distinction directe n'est autorisée



La justification des distinctions (4)

- Distinction indirecte
 - Maintien du système « ouvert »
 - Autorisée si objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens utilisés pour réaliser ce but soient appropriés et nécessaires
 - Si distinction indirecte sur base du handicap, il faut pouvoir démontrer qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place



La justification des distinctions (5)

- Motifs généraux de justification
 - **L'action positive**, aux conditions suivantes :
 - Il existe une inégalité manifeste
 - La disparition de cette inégalité est un objectif à promouvoir
 - La mesure est temporaire, le temps d'atteindre l'objectif
 - La mesure ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui
 - La distinction directe ou indirecte **imposée par ou en vertu d'une loi**
 - Objectif : assurer une certaine sécurité juridique
 - Le juge reste toutefois compétent pour effectuer le test de légalité de la norme par rapport aux normes supérieures



La justification des distinctions (6)

- **Motifs spécifiques de justification**
 - **L'âge**

Une distinction directe fondée sur l'âge n'est pas une discrimination si :

 - Elle est objectivement et raisonnablement justifiée
 - Par un objectif légitime
 - Notamment la politique d'emploi ou du marché du travail
 - Si les moyens sont justifiés et nécessaires
 - **La protection de la grossesse et de la maternité**
 - **Les convictions religieuses ou philosophiques**

Une distinction directe n'est pas une discrimination dans les organisations publiques ou privées fondées sur la conviction religieuse ou philosophique si ces convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, justifiée et légitime

= cas des entreprises dites de « tendance »



Les dispositifs de protection : droit civil

- Nullité des dispositions contraires et des clauses de renonciation
 - « Dispositions » = clauses individuelles ou collectives, règlements collectifs et clauses unilatérales
 - Conséquence : « levelling up » (alignement des conditions de travail rétroactivement)
- Droit à des dommages et intérêts
 - Procédure « au fond », devant le Trib. travail
 - Indemnité forfaitaire : rémunération de 3 mois ou de 6 mois
 - Ou indemnisation sur base du dommage réellement subi



Les dispositifs de protection : droit civil (2)

- Action en cessation (Pdt du Tribunal du travail)
 - Procédure « comme en référé » : instruite très rapidement
 - Président ordonne la cessation de l'acte discriminatoire
 - Astreinte
 - Possibilité d'ordonner la publication de la décision
 - Nouveauté : possibilité d'accorder l'indemnité de dommages et intérêts forfaitaire (3 mois ou 6 mois de rémunération)
 - Nouveauté : le fait de ne pas se conformer à l'ordonnance est sanctionné pénalement



Les dispositifs de protection : droit civil (3)

- Mécanisme de preuve
 - « Renversement » de la charge de la preuve
 - La victime doit invoquer des « faits » permettant de présumer une discrimination
 - « Faits » en cas de discrimination directe :
 - Éléments qui révèlent une récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes qui partagent un critère protégé
 - Éléments qui révèlent un traitement défavorable par rapport à la personne de référence
 - « Faits » en cas de discrimination indirecte :
 - Statistiques générales concernant le groupe dont la victime fait partie
 - Utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect
 - Le défendeur doit alors prouver qu'il n'y a pas de discrimination



Les dispositifs de protection : droit civil (4)

- Protection contre le licenciement
 - Qui ?
 - La personne qui introduit une plainte (ou pour laquelle une plainte est introduite)
 - Les témoins
 - Période de protection
 - Dès le dépôt de la plainte (motivée, signée et par recommandé) ou le début de la procédure judiciaire
 - Fin 12 mois après la plainte ou 3 mois après la décision définitive en droit
 - Aucune « mesure préjudiciable » ne peut être prise contre le travailleur, sauf pour des raisons étrangères à la plainte (rupture du contrat, modification conditions de travail, ...)



Les dispositifs de protection : droit civil (5)

- Protection contre le licenciement
 - Sanction
 - Le travailleur doit demander sa réintégration (ou le droit d'exercer ses fonctions normalement) endéans les 30 jours, par recommandé
 - L'employeur se prononce sur la réintégration dans le même délai
 - Si réintégration : paiement de la rémunération perdue
 - A défaut de réintégration :
 - Indemnité forfaitaire 6 mois de rémunération
 - OU réparation du dommage réellement subi
 - La demande de réintégration n'est pas obligatoire si
 - Le tribunal estime la discrimination établie
 - Le travailleur rompt le contrat de travail parce que le comportement de l'employeur est illégal
 - Le licenciement pour motif grave n'a pas été reconnu par le tribunal et est lié à la plainte
 - En cas de mesure défavorable prise après la fin du contrat



Les dispositifs de protection : droit pénal

- Comportements sanctionnés
 - Discrimination intentionnelle directe et indirecte injonction de discriminer, harcèlement et refus d'aménagements raisonnables pour les personnes handicapées
 - Incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence
 - Envers une personne, un groupe, une communauté ou ses membres
 - Dans les circonstances prévues par l'article 444 du Code pénal:
 - Rassemblements ou lieux publics
 - En présence de la personne visée et de témoins
 - Par des écrits, imprimés, vendus ou exposés
 - Par des écrits communiqués à plusieurs personnes



Les acteurs collectifs

- Associations dont l'objet social = défendre les droits fondamentaux et/ou combattre les discriminations
- Organisations représentatives (travailleurs, employeurs, indépendants)
- Instances publiques :
 - Genre : Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
 - Langue : à désigner
 - 16 autres motifs : Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme



Deuxième partie

Applications pratiques



Plan

- ① **Le recrutement**
- ② Les conditions d'emploi
- ③ La rupture du contrat



Le recrutement

- L'entretien d'embauche
- Les critères de sélection
- L'exigence de certaines connaissances comme condition à l'engagement



Le recrutement

- CCT n°38 du 6 décembre 1983, art. 2bis
 - Vise le recrutement et la sélection
 - Employeur tenu de traiter candidats de manière égale
 - Pas de distinction sur base d'éléments personnels : âge, sexe, état civil, passé médical, race, couleur, ascendance, origine nationale ou ethnique, convictions politiques ou philosophiques, affiliation à une organisation syndicale ou autre, orientation sexuelle, handicap »
 - Sauf si présentent un rapport avec la fonction ou la nature de l'entreprise (justification)
- Loi du 8 décembre 1992
 - Interdiction de traitement de certaines données
 - Données "sensibles", données relatives à la santé



Le recrutement

- Loi du 10 mai 2007, art. 5, §2 vise :
 - Les conditions pour l'accès à l'emploi
 - Les offres d'emploi ou les annonces d'emploi et de possibilités de promotion
 - La fixation et l'application de critères de sélection
 - La fixation et l'application de critères de promotion



Le recrutement

- Points d'attention
 - Exigence de connaissance d'une langue
 - Discr. indirecte sur base de l'origine nationale ou ethnique
 - Exigence d'un diplôme / tests d'intelligence
 - Discr. indirecte sur base de l'origine nationale / ethnique
 - Prescriptions vestimentaires
 - Discr. indirecte sur base de l'origine nationale ou ethnique / sur base des convictions religieuses / sur base du sexe
 - Formalités médicales (vaccination, test HIV, ...)
 - Discr. indirecte sur base de l'origine nationale ou ethnique / sur base des convictions religieuses / de l'état de santé



Le recrutement

- Applications
 - Prétendue race, origine nationale ou ethnique
 - **Trib. Trav. Gand, 26 mars 2007** (« EUROLOCK ») : Entreprise de sécurité place annonce pour recruter un technicien-vendeur. Candidat allochtone sollicite et reçoit immédiatement réponse négative par e-mail. Par erreur, se trouve sous le mail une discussion interne « *Un étranger qui vend de la sécurité, on n'a jamais vu ça !* ».
 - Discrimination directe sur base de la race. N'est pas justifiable par les préjugés éventuels des clients. Ordre de cessation de tout comportement discriminatoire à l'égard de ce candidat et d'autres candidats potentiels. Ordre de publier la décision et astreinte.



Le recrutement

- Exigence de connaissance d'une langue
 - CGB, 2000-59 : refus d'engager une candidate originaire du Cap Vert pour une fonction de « catering » au motif de sa connaissance insuffisante du néerlandais. Différence de traitement injustifiée et discrimination indirecte sur base de la race / l'origine nationale, la travailleuse disposant d'une connaissance « suffisante » pour la fonction proposée.
- Exigence de connaissance d'une langue (2)
 - CGB, 2000-36 : refus d'engager une candidate Iranienne pour une fonction d'accompagnatrice d'enfants en bas âge, au motif de son accent étranger. **Différence de traitement indirecte, objectivement justifiée** : l'employeur démontre, rapports pédagogiques à l'appui, qu'une prononciation parfaite est indispensable en vue du développement linguistique harmonieux des enfants.



Le recrutement

- Convictions religieuses ou philosophiques
 - **Exigences vestimentaires (port du foulard)**
 - CGB, 2002-125 : refus d'engager une candidate de confession musulmane pour une fonction de préposée aux guichets dans une banque commerciale, au motif que la travailleuse exigeait de pouvoir porter le foulard durant les heures de travail. Raison invoquée par l'employeur : nécessité d'une apparence professionnelle et « nette » des collaborateurs / plaintes émanant de clients. **Discrimination indirecte sur base de la religion, non justifiée.** Le fait que quelques clients se plaignent du port du foulard ne signifie pas qu'ils mettent fin à leur relation avec la banque.
 - **Exigence de vaccination préalable à l'engagement**
 - CGB, 2003-9 : refus d'engager une candidate infirmière, dans une maison de repos, au motif qu'elle s'oppose à une vaccination préalable contre l'hépatite B en raison de ses convictions religieuses. **Discrimination indirecte sur base des convictions religieuses, non justifiée.** L'employeur ne démontre pas en quoi cette vaccination serait nécessaire à la sécurité des pensionnaires ou des collègues, compte tenu des mesures d'hygiène imposées par ailleurs.



Plan

- 1 Le recrutement
- 2 **Les conditions d'emploi**
- 3 La rupture du contrat



Les conditions d'emploi

- Promotion
- Conditions de travail
- Rémunération



Les conditions d'emploi

- Loi du 10 mai 2007, art. 5, §2 vise :
 - Les dispositions et pratiques concernant les conditions de travail et la rémunération
 - Les régimes contenus dans les contrats de travail, les CCTs, les règlements de travail et les décisions unilatérales de l'employeur
 - L'octroi et la fixation du salaire
 - L'octroi et la fixation des avantages actuels ou futurs en espèces ou en nature
 - La durée du travail et les horaires de travail
 - Les jours fériés, congés, le crédit-temps
 - La classification des fonctions
 - Etc.



Les conditions d'emploi

- Points d'attention
 - Conditions de rémunération et emploi à temps partiel
 - Discr. directe ou indirecte sur base du sexe / de l'état civil
 - Prescriptions vestimentaires
 - Discr. directe ou indirecte sur base du sexe / de l'origine nationale ou ethnique
 - Refus de renouvellement d'un C.D.D.
 - Discr. indirecte sur base de l'origine nationale ou ethnique / sur base des convictions religieuses
 - Abstention de traiter la plainte d'une victime
 - Discr. directe sur base de la race / de l'orientation sexuelle



Les conditions d'emploi

- Applications
 - Convictions religieuses ou philosophiques
 - Prescriptions vestimentaires : port du foulard
 - CGB, 2001-14 : travailleuse intérimaire à laquelle est posée la question de savoir si elle serait disposée à renoncer au port du foulard durant les missions. Face au refus de la travailleuse, l'employeur lui signale qu'elle sera plus « difficile à placer ». **Discrimination directe sur base des convictions religieuses.**



Les conditions d'emploi

- Race
 - Refus de renouveler le contrat de travail / Abstention de donner suite à une plainte du travailleur
 - CGB, 2004-48 : Travailleur d'origine allochtone (Aruba), se plaignant auprès de son supérieur, en termes généraux, des remarques racistes de ses collègues. Abstention d'agir de la part de l'employeur. Non renouvellement du contrat de travail de la victime motivée par une « baisse de performance ». **Discrimination indirecte sur base de la race** : l'employeur est tenu d'investiguer les plaintes portant sur une discrimination, a fortiori lorsqu'elles émanent de travailleurs allochtones.



Les conditions d'emploi

- Sexe
 - Prescriptions vestimentaires
 - CGB, 1998-65 : Port de boucles d'oreilles exclusivement autorisé pour les femmes et interdit pour les hommes durant le travail. Les prescriptions vestimentaires sont considérées comme des « conditions de travail ». **Discrimination directe sur base du sexe**, non raisonnablement et objectivement justifiée.
 - Prescriptions vestimentaires (2)
 - CGB, 1998-82 : Obligation pour les travailleurs féminins de porter une jupe / robe durant les visites chez les patients (soins à domicile). Des prescriptions vestimentaires qui valent uniquement pour les personnes de l'un des deux sexes, sont discriminatoires, à moins qu'elles soient justifiées par des considérations fonctionnelles et sérieuses. **Discrimination directe sur base du sexe.**



Les conditions d'emploi

- Refus d'accorder un emploi à temps partiel
 - CGB, 2003-51 : Refus d'accorder un régime de temps partiel à une travailleuse qui en fait la demande postérieurement à son accouchement, au motif que la fonction en question doit nécessairement s'exercer dans le cadre d'un temps plein. Justification d'apparence objective mais ce sont essentiellement les femmes qui souhaitent bénéficier d'un emploi à temps partiel en vue de combiner harmonieusement vie professionnelle et vie familiale. **Discrimination indirecte sur base du sexe, sans justification objective.**



Les conditions d'emploi

- Etat civil (et sexe)
 - Conditions de rémunération et horaires
 - CGB, 2000-05 : Travailleuse isolée ayant deux enfants à charge, d'où impossibilité d'effectuer des prestations selon des horaires flexibles. Rémunération inférieure à celle des collègues insérés dans le régime des horaires flexibles. La nécessité d'accepter des horaires variables pour bénéficier d'une rémunération supérieure a des conséquences désavantageuses essentiellement pour les isolés avec enfants à charge.
Discrimination indirecte fondée sur l'état civil et le sexe. Absence de justification objective et raisonnable.



Les conditions d'emploi

- Orientation sexuelle
 - Refus d'examiner une plainte pour intimidations
 - CGB, 2001-35 : Travailleuse victime d'intimidations de la part de son supérieur et de ses collègues, en raison de son homosexualité. Abstention de l'employeur de donner suite à la plainte par une investigation. **Discrimination directe sur base de l'orientation sexuelle.**



Plan

- 1 Le recrutement
- 2 Les conditions d'emploi
- 3 **La rupture du contrat**



La rupture du contrat

- Licenciement
- Démission (pour motif grave)
- Non renouvellement d'un CDD



La rupture du contrat

- Loi du 10 mai 2007, Art. 5, §2 vise :
 - La décision de licenciement
 - La fixation et l'application des modalités du licenciement
 - La fixation de critères lors de la sélection des travailleurs
 - L'octroi et la fixation d'indemnités suite a licenciement
 - Les mesures prises suite à la cessation du contrat



La rupture du contrat

- Applications

- Age

- Licenciement motivé par l'âge du travailleur

- **Trib. Trav. Bruxelles, 2 décembre 2005** : Licenciement d'un arbitre parce qu'il a atteint l'âge de 45 ans, avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2003. Pour le tribunal le juge national doit interpréter le droit national de manière conforme au droit européen. La directive cadre interdisant les discriminations sur base de l'âge et l'âge n'étant en l'espèce pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante, le licenciement est discriminatoire. Indemnité forfaitaire de 12.500,00 EUR.



La rupture du contrat

- Etat de santé actuel ou futur
 - Refus de renouvellement d'un contrat de travail
 - **Prés. Trib. Trav. Bruxelles, 30 novembre 2006** (« DEMOULIN ») :
Ergothérapeute souffrant d'épilepsie travaille dans un home sous contrat de remplacement, depuis 3 ans, sans remarques sur la qualité de son travail. Elle a quelques crises passagères sur le lieu de travail. Au moment où le poste devient vacant (non retour de la remplacée), on lui refuse un contrat à durée indéterminée pour cause de « manque de franchise », la travailleuse n'ayant pas signalé à l'employeur lors du recrutement qu'elle était épileptique. Avait toutefois été déclarée apte à la fonction par le médecin du travail, qui était informé
 - Refus d'engagement déclaré discriminatoire, sur base de l'état de santé actuel. Pas de justification objective et raisonnable. Violation de la vie privée de la travailleuse qui n'était pas tenue de révéler son état de santé dans la mesure où elle était déclarée apte au travail. Ordre de cessation.



La rupture du contrat

- Convictions religieuses
 - Licenciement motivé par la religion du travailleur
 - CGB, 1997-148 : Physiothérapeute occupé dans un hôpital, exprimant ouvertement ses convictions chrétiennes aux patients. Refus de cesser, malgré avertissements donnés suite aux plaintes de nombreux patients. Licenciement motivé par cette seule circonstance. **Différence de traitement indirecte, mais objectivement justifiée au vu des circonstances.**
 - Refus de renouveler le contrat de travail
 - CGB, 1996-59 : Témoin de Jéhovah, pratiquant le porte à porte dans le cadre de sa vie privée. Demande de l'employeur ce cesser cette pratique en vue de préserver la neutralité de l'entreprise (banque). Refus de la travailleuse d'obtempérer. Non renouvellement de son contrat à durée déterminée, explicitement motivé par le comportement religieux de la travailleuse. **Discrimination directe sur base des convictions religieuses.**



La rupture du contrat

- Race / origine nationale ou ethnique
 - Licenciement motivé par la race du travailleur
 - CGB, 2002-191 : Licenciement d'un travailleur d'origine iranienne suite à une plainte pour harcèlement sexuel déposée contre lui par une collègue. Ce travailleur avait été victime de moqueries racistes auparavant. Absence de procédure de plainte et d'accompagnement au sein de l'entreprise, refus d'audition du travailleur. Vu ces circonstances, il ne peut être exclu que la race a été à l'origine du licenciement : **discrimination indirecte**.



Questions et réponses



Merci pour votre attention.

Olivier Rijckaert
Field Fisher Waterhouse LLP
Boulevard Brand Whitlock 30
B-1200 Bruxelles
02/737.02.76
olivier.rijckaert@ffw.com