



**DISTINGUER vs. DISCRIMINER:**  
**Contour des notions et enjeux au fil de  
la relation de travail**

Gaëlle Jacquemart

*Avocate spécialisée en droit du travail*

*et de la sécurité sociale*

[g.jacquemart@avocat.be](mailto:g.jacquemart@avocat.be); +32498248381

AJDPS

Octobre 2017



- I. Contexte
- II. L'engagement
- III. Conditions d'emploi
- IV. Travailleur inapte temporairement ou définitivement
- V. Rupture de la relation de travail
- VI. Quelles sanctions?



## **I. CONTEXTE**

Rappel des dispositions applicables



- **I.1. Sources**

Directives européennes

Lois générales en droit belge du 10 mai 2007 (ordre public)

« loi cadre »

« loi genre »

« loi race »

Autres dispositions légales

# Dispositions européennes et belge

Cour constitutionnelle, 02 avril 2009, RG 64/2009

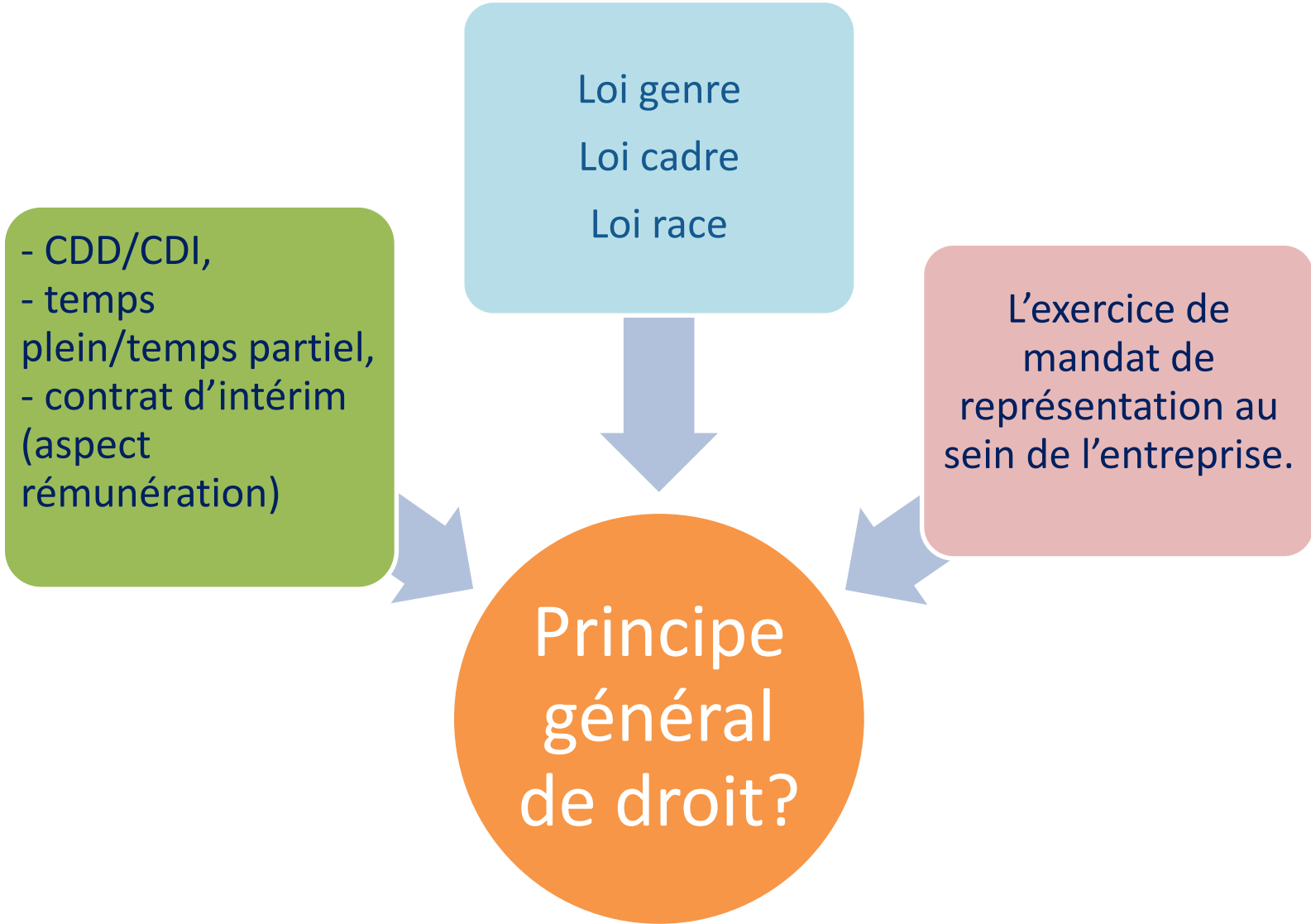
la nationalité,  
une prétendue race,  
la couleur de peau,  
l'ascendance,  
l'origine nationale ou ethnique

le sexe (dans sa dimension « genre »)

l'âge,  
l'orientation sexuelle,  
les convictions religieuses ou philosophiques,  
un handicap°

l'état civil,  
la naissance,  
la fortune,  
la conviction politique,  
la langue,  
l'état de santé actuel ou futur,  
une caractéristique physique ou génétique,  
l'origine sociale,  
la conviction syndicale,

Mais aussi... >>>



- CDD/CDI,  
- temps plein/temps partiel,  
- contrat d'intérim  
(aspect rémunération)

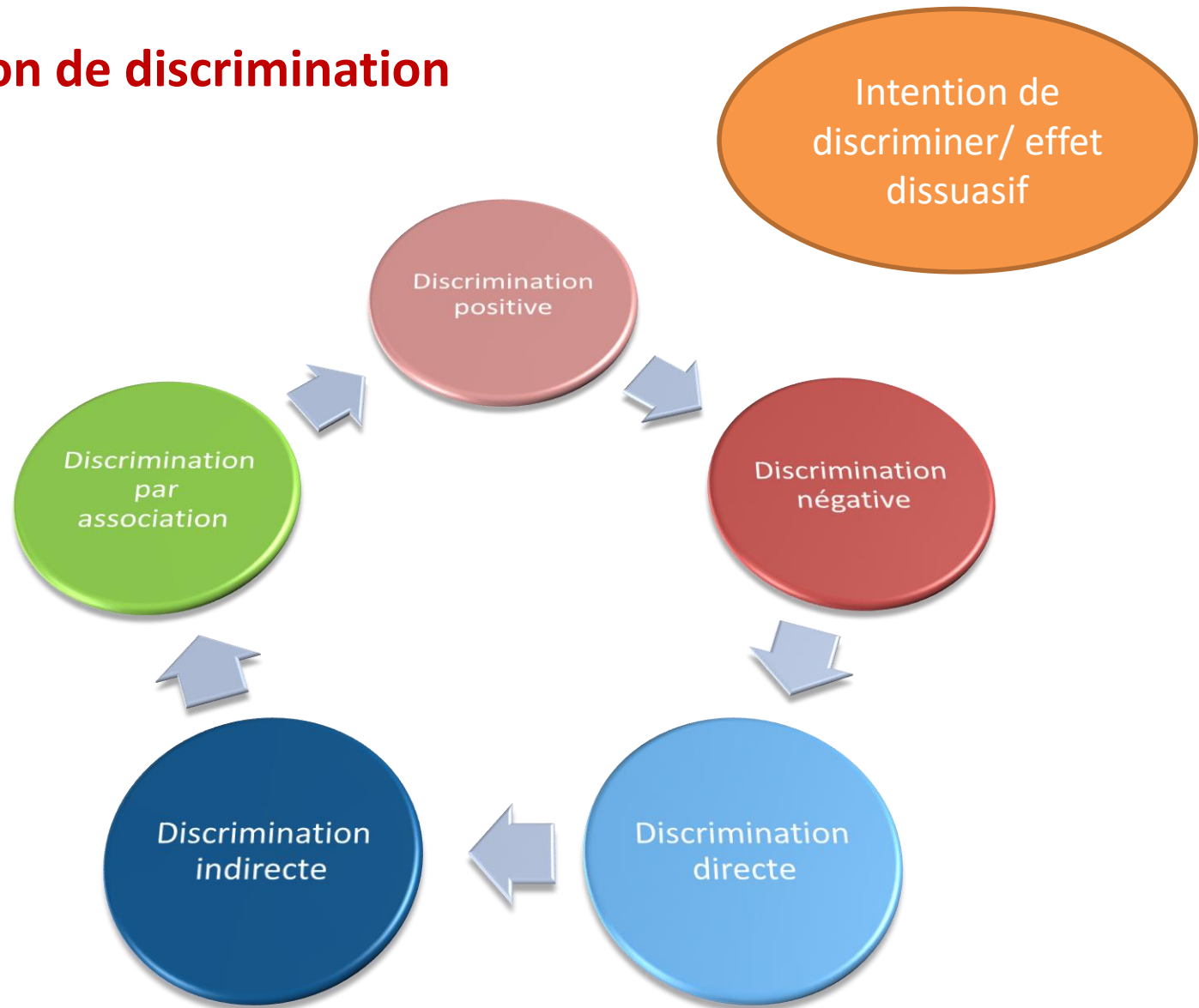
Loi genre  
Loi cadre  
Loi race

L'exercice de mandat de représentation au sein de l'entreprise.

Principe général de droit?



### I.3. notion de discrimination



Toute « différence de traitement » n'implique pas discrimination  
prohibée



## **MOTIFS DE JUSTIFICATION GÉNÉRAUX**

Action positive

Distinction imposée par la loi ( !hiérarchie des normes)

## **MOTIFS SPÉCIFIQUES**

### **« But légitime et proportionné » (triple test)**

Les discriminations directes ou indirectes fondées sur *la nationalité (dans la limite du droit européen), l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale.*

### **« Exigences professionnelles essentielles et déterminantes »**

*Pour les discriminations directes fondées sur: l'âge, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses ou philosophiques, un handicap, la conviction syndicale, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique.*





## II. L'engagement



## II.1. Rédaction de l'offre d'emploi



Conditions de diplôme ?

C.E. 03 février 2003, n°115.391 ; 12 mai 2003, n° 119.2261 ; 13 mai 2004, n° 131.418

*L'écartement d'office- dans la fonction publique- des candidats surqualifiés constitue une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la constitution si cet écartement n'est pas justifié par un but légitime et que le traitement différencié est proportionné au but poursuivi.*

Convictions religieuse ou philosophique ?

Conditions d'âge? .

Conditions de nationalité ?

Conditions linguistique?

## II.2. Examen des candidatures



CJCE, 11 novembre 1997, C-409/95, *Aff. Marschall*.

La priorité donnée- à qualifications égales- aux candidats féminins si cela s'avère nécessaire pour éviter une sous-représentation des femmes .

CT Bruxelles, 10 février 2015, RG 2011/AR/1875, *T.V.R.*, 2016/1, p. 95

Codes de bonne conduite de cabinets de recrutement et/ou agences intérimaires : le fait que l'exigence fondée par exemple sur la race, le sexe ou l'âge émane du client ne peut exonérer l'agence de sa faute.

TT Liège, division Liège, 10 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017/16

Discrimination sur la base de l'origine sociale et de la naissance lorsque le candidat à un poste d'infographiste voit sa candidature rejetée le jour même en raison de son appartenance à une famille active dans le secteur de l'imprimerie et considérée par l'employeur comme malhonnête.



TT Liège, 20 juin 2016, *N.J.W.*, 2017, p. 366

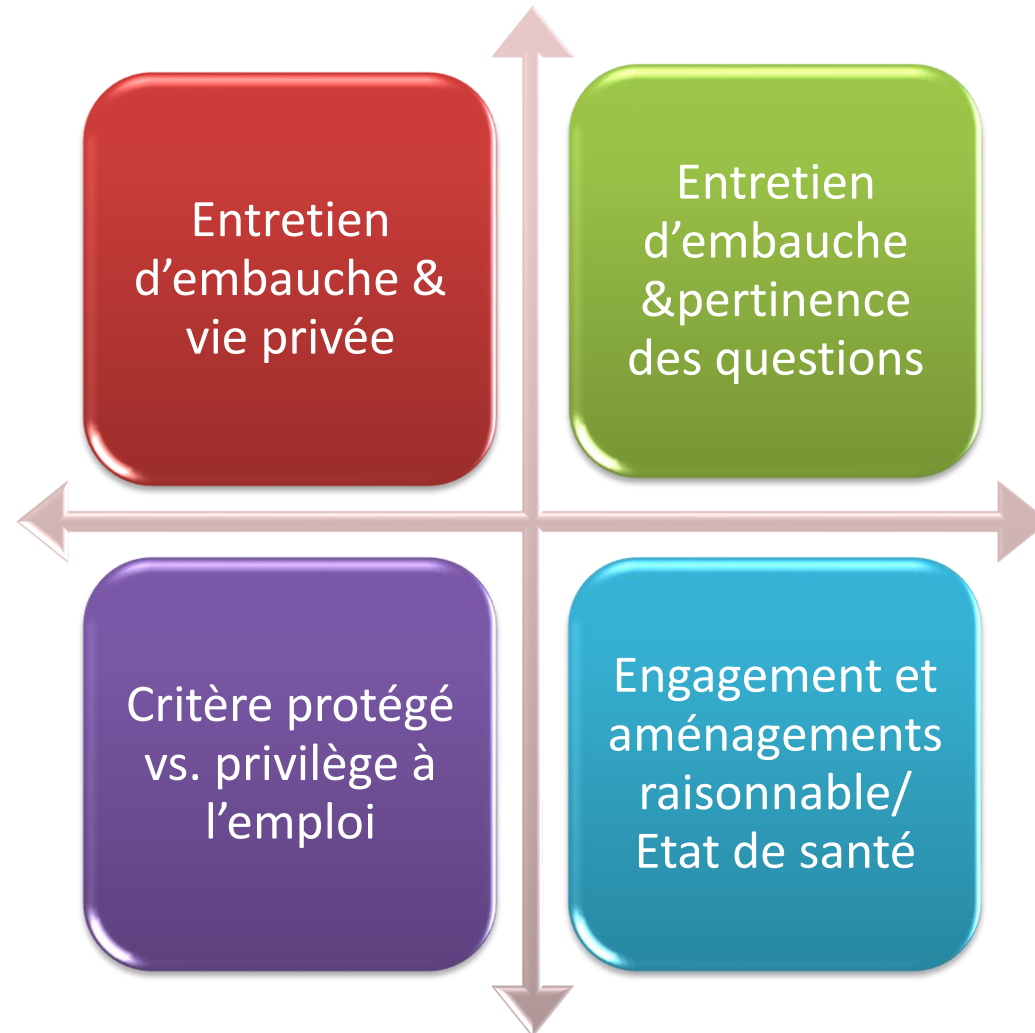
Discrimination sur la base du handicap ou à tout le moins des caractéristiques physiques en rejetant la candidature d'une personne à un poste de moniteur auto-école en raison de son profil physique (obésité), sans pouvoir justifier d'une exigence professionnelle et déterminante, ni en toutes hypothèses de l'absence de possibilité d'aménagements raisonnables.

TT. Gand (réf.) (div. Roulers) 2 mai 2016

Discrimination directe en raison de l'âge : L'affirmation que M. S. n'a pas été invité en raison de mauvaises expériences récentes avec des travailleurs plus âgés qui n'ont donné aucune chance ultérieure à la collaboration parce qu'ils éprouvaient surtout des difficultés avec les logiciels n'est pas de nature à justifier objectivement cette distinction.

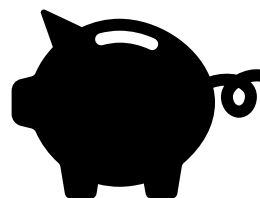


## II.3. Choix du candidat





### III. CONDITIONS D'EMPLOI





## III.1. REMUNERATION

### Homme/femme

CJCE, 26 juin 2001, C-381/99, *Aff. Brunnhofer*

La classification des fonctions est un élément pouvant être pris en considération mais n'est pas déterminant.

### Expérience c.âge

CJUE, 28 janvier 2015, C-417/13, *Aff. Gotthard* ;

Refus de prise en considération des prestations avant 18 ans

### Cadeaux liés à l'état civil

CJUE, 12 décembre 2013, C-267/12, *Aff. Hay*

Un travailleur qui conclut un PACS avec un partenaire de même sexe, doit se voir octroyer les mêmes avantages que ceux accordés à ses collègues à l'occasion de leur mariage, lorsque celui-ci est interdit pour les couples homosexuels.



## Travail à temps partiel

CT Mons, 20 avril 2015, RG 2013/AM/70  
CJUE., 10 juin 2010, C-395/08 et C-396/08

La notion d'expérience ne peut constituer une justification objective à une différence de traitement entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel

## Pensions complémentaires

CT Liège 8 février 2010, T.B.H., février 2011, pp. 159-170

Sont interdites les différences de traitement au sein d'une même catégorie de personnel, sans justification objective et raisonnable, *par exemple* bénéfice de calcul plus favorable aux travailleurs adhérant au plan postérieurement, sans possibilité pour les « anciens travailleurs » d'opter pour le nouveau régime plus avantageux.

CT Liège, 9 décembre 2011, 2010/AL/392





Cass. 16 septembre 2013, C.D.S., 2014, p.282

Est discriminatoire l'assurance groupe qui dans son volet invalidité prévoit des âges distincts pour la liquidation des indemnités en fonction du sexe de l'intéressé (correction par level up)

CT Bruxelles, 9 août 2011, C.D.S., 2014, pp. 283-286.

L'absence d'affiliation de travailleurs appartenant à une même UTE (en l'espèce la KUL) en raison de la prise en charge de leur rémunération (par subsides ou sur fonds propres) constitue une faute engageant la responsabilité de l'institution.



## **IV. TRAVAILLEUR INAPTE**

### **Temporairement ou définitivement**





ETAT DE SANTE

(futur ou  
actuel)

LE TRAJET DE REINTEGRATION



LES AMENAGEMENTS  
RAISONNABLES  
**HANDICAP**



*Mesures appropriées pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation lui soit dispensée*



## **V. RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL**



Incapacité trop  
fréquente, nombre  
de jours de maladie

Désorganisation du  
service, absentéisme



CT Mons, 10 janvier 2017, RG 2015/AM/306

*Le « Facteur Bradford » est un outil qui permet d'analyser l'absentéisme des travailleurs en mettant l'accent sur les absences fréquentes de courte durée. Lorsqu'il est nécessaire de procéder à une réduction des effectifs pour cause de diminution du chiffre d'affaires ou dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise, il est légitime d'opérer une sélection en se fondant sur le critère d'efficacité des différents travailleurs. Il n'y a donc aucun comportement générateur d'un abus de droit dans le chef de l'employeur qui effectue une telle sélection en se fondant sur un critère d'efficacité et en choisissant de licencier celui ou celle dont le rendement, indépendamment de toute faute, est incontestablement affecté par des absences répétées du chef de maladie ou d'incapacité, ces absences fussent-elles dûment justifiées par des certificats médicaux..*

CT Bruxelles, 17 janvier 2017, RG 2015/AB/291



CT Bruxelles, 20 avril 2015, R.G. n° 2013/AB/771,

N'est pas discriminatoire le licenciement d'un travailleur qui a manqué à ses obligations dans la mise en œuvre effective de sa reconversion

TT Bruxelles, 25 août 2017, RG 16.3146

Est discriminatoire, le licenciement en lien avec le handicap lorsque l'employeur ne démontre pas l'existence d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes (absence d'aménagements raisonnables).

.



Critère  
protégé

Ne signifie  
pas immunité



CJUE, 14 mars 2017, C -188/15, Aff. Bougnaoui



*La volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition.*

CJUE, 14 mars 2017, C -157/15, Aff. Achbita

*Une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe. En revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.*



## **V. QUELS RECOURS ?**

*Mesures visant à assurer l'effectivité des dispositions  
& exemples jurisprudentiels*



Systeme probatoire allégé

Protection spécifique du plaignant et des témoins

Action en cessation

Nullité des clauses contraires

Indemnisation forfaitaire (3 ou 6 mois) ou réelle

Rapport obligatoire pour les entreprises > 50 travailleurs sur la structure de rémunération

Sanctions pénales prévues tant dans les législations particulières que dans le Code pénal

Merci pour votre attention

