

HELMO Saint-Martin

Mont St-Martin 45

4000 LIEGE

LES OUTILS MIS EN PLACE POUR LUTTER CONTRE LA DISCRIMINATION A L'EMBAUCHE SONT-ILS EFFICACES?



Charlyne VANDENABELLE

Troisième baccalauréat en Droit

Année académique 2014-2015

Je remercie ma promotrice, Madame Cardol, pour sa disponibilité, sa documentation ainsi que ses conseils durant l'élaboration de mon travail de fin d'études.

Plan

Introduction

Chapitre 1: Les fondements juridiques de la lutte contre la discrimination à l'embauche

1 Sur le plan international

2 Sur le plan européen

2.1 Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

2.2 Traité d'Amsterdam

2.3 Les deux directives mises en place suite au Traité d'Amsterdam

2.3.1 Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre personnes sans distinction de race ou d'origine

2.3.2 Directive 2000/78/CE du 27 septembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

3 Sur le plan national

3.1 La Constitution belge

3.2 La législation fédérale

3.3 Les conventions collectives de travail

3.3.1 La convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1963

3.3.2 La convention collective de travail n° 95 du 10 décembre 2008

Chapitre 2: Définition des différents concepts de la lutte contre la discrimination à l'embauche

1 Le concept de discrimination

1.1 Différence de traitement "directe"

1.1.1 La distinction directe

1.1.2 La discrimination directe

1.2 Différence de traitement "indirecte"

1.2.1 La distinction indirecte

1.2.2 La discrimination indirecte

1.3 Le harcèlement

1.4 L'injonction de discriminer

2 Les critères protégés

3 La justification des distinctions

3.1 La justification des distinctions directes

3.2 La justification des distinctions indirectes

3.3 L'action positive

3.4 La clause de sauvegarde

Chapitre 3: les mécanismes juridiques de protection mis en place pour lutter contre la discrimination à l'embauche

1 Les sanctions civiles

1.1 La nullité des dispositions discriminatoires

1.1.1 Le champ d'application

1.1.2 Les effets

1.2 L'indemnisation forfaitaire

1.3 L'astreinte

2 L'action en cessation

3 Le droit d'action en justice de certaines associations

Chapitre 4: La charge de la preuve

1 Le partage de la charge de la preuve en droit civil

2 Les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination

3 Les différents modes de preuves

3.1 L'aveu, l'écrit et le témoignage

3.2 Le test de situation

3.3 Le test de comparabilité et de récurrence

3.4 Les statistiques

Chapitre 5: Analyse de différentes propositions pour améliorer la lutte contre la discrimination à l'embauche

- 1 Rapport alternatif du Réseau européen contre le racisme**
- 2 Le curriculum vitae anonyme**
- 3 Le curriculum vitae multimédia**
- 4 Le "mystery call"**

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

Annexes

Introduction

L'illustration utilisée sur la page de garde vous fait sourire? Vous pensez qu'elle est peut-être un peu trop stéréotypée? Qu'elle n'est pas le reflet de la réalité?

Détrompez-vous, la discrimination à l'embauche est bien présente. Selon les rapports annuels "Discrimination/Diversité" du Centre interfédéral pour l'égalité des chances de 2012 et 2013, un tiers des signalements en matière d'emploi a trait au recrutement et à la sélection. La discrimination selon le critère racial vient en premier plan, suivi par le handicap, les convictions religieuses ou politiques, l'âge, l'état de santé actuel ou futur et, pour finir, l'orientation sexuelle.

Le monitoring Socio-économique réalisé pour la première fois en 2013, permet également d'observer cette discrimination à l'embauche. Selon les statistiques, le taux d'emploi des personnes d'origine belge est de 74 %, tandis que celui des personnes d'origine non-européenne est autour de 45 %. Pour ce qui est du chômage, les personnes d'origine maghrébine atteignent un taux de 25,8 %, il n'est que de 5,9 % pour un Belge d'origine.

En constatant ces résultats, on peut se poser la question "Les outils mis en place pour lutter contre la discrimination à l'embauche sont-ils efficaces?".

Ce travail a pour objectif d'analyser ces outils afin de voir s'ils sont réellement efficaces.

Nous commencerons, dans un premier temps, par étudier les fondements juridiques de la lutte contre la discrimination à l'embauche, c'est-à-dire les sources du principe anti-discrimination au niveau international, européen mais aussi national.

Dans un second temps, il est essentiel de définir les différents concepts de discrimination, les critères protégés ainsi que la justification des distinctions.

Nous verrons ensuite les mécanismes juridiques mis en place afin de lutter contre cette discrimination à l'embauche. Le champ d'investigation de ce travail se limitera à l'aspect civil de la question. Les sanctions civiles, l'action en cessation ainsi que le droit d'action en justice de certaines associations feront ainsi l'objet d'une étude approfondie.

Dans la quatrième partie, nous nous attarderons sur la charge de la preuve. Nous constaterons que cette question diffère du droit commun. En effet, afin de permettre à une victime d'être plus apte à se défendre face à une discrimination, le législateur a mis en place un régime de "partage de la charge de la preuve".

Enfin, la cinquième et dernière partie se consacrera, dans un premier temps, à appréhender le rapport alternatif du Réseau européen contre le racisme, pour ensuite analyser différentes récentes propositions soumises afin d'améliorer la lutte contre la discrimination à l'embauche.

Chapitre 1: Les fondements juridiques de la lutte contre la discrimination à l'embauche

Les fondements juridiques de la lutte contre la discrimination à l'embauche sont intrinsèquement liés à ceux de la lutte contre la discrimination. Ce premier chapitre abordera les sources du principe de non-discrimination au niveau international, européen mais aussi, national.

1 SUR LE PLAN INTERNATIONAL

L'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées sont des acteurs incontournables dans l'avancement du principe au droit à la non-discrimination.

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 suivie du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales et de la Convention n°111 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) du 25 juin 1958 concernant la discrimination sur l'emploi et la profession, réfèrent expressément le droit à la non-discrimination.

À la lumière de ces textes, il ne fait aucun doute que le principe de non-discrimination est reconnu comme une norme fondamentale faisant partie intégrante du droit international.

¹ Fait à New-York le 19 décembre 1966 et approuvé par la loi du 15 mai 1981.

2 SUR LE PLAN EUROPEEN

Le principe de non-discrimination est reconnu comme un principe fondamental de l'Union européenne.

2.1 Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

Plus communément appelée Convention européenne des droits de l'homme², elle fut signée le 4 novembre 1950 à Rome et entra en vigueur le 3 septembre 1953. Ratifiée par tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, elle a pour but de garantir la protection des droits fondamentaux, civils et politiques.

Par son article 14, la CEDH prohibe toute discrimination dans l'usage des droits et libertés qu'elle reconnaît³. Elle a également engendré une riche jurisprudence au travers des arrêts rendus par la Cour Européenne des droits de l'homme. Celle-ci a notamment influencé les juridictions nationales sur la manière d'examiner les notions de non-discrimination et d'égalité. Fin 2000, le protocole additionnel n° 12⁴ a été ajouté à la CEDH.

L'article 14 de la CEDH se limite à l'application des droits reconnus dans celle-ci. Tandis que le protocole, par son article premier, ôte cette limitation en assurant qu'une personne ne peut être sujette à discrimination de la part des autorités publiques pour des motifs fondés sur la couleur, le sexe, la race, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

² Dont l'abréviation est CEDH.

³ Ces droits et libertés se trouvent aux art. 1 à 18 de la Convention, pour en citer quelques-uns: droit à la vie, droit à un procès équitable, liberté d'expression, liberté de pensée, de conscience et de religion.

⁴ Ce protocole additionnel n°12 n'a pas encore été ratifié par la Belgique.

L'article E de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996⁵, assure également la jouissance des droits reconnus dans celle-ci sans aucune discrimination.

2.2 Le traité d'Amsterdam

Depuis sa création, le traité de Rome prévoit une égalité de traitement de tous les ressortissants européens en excluant toute discrimination envers les personnes physiques et morales sur base de leur nationalité⁶. Il prévoit également une égalité de traitement au niveau de la rémunération entre les hommes et les femmes⁷. Graduellement, l'Union va acquérir une certaine expérience en matière de discrimination fondée sur le sexe. L'égalité de traitement ne se limitera dès lors plus uniquement à l'égalité salariale homme/femme mais vaudra également pour l'ensemble des conditions de travail et de la sécurité sociale. Ce cadre juridique a été éclairci et consolidé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁸ (CJUE) au fil des années.

Si à l'heure actuelle, l'Union estime l'égalité entre les hommes et les femmes comme un des ses objectifs fondamentaux de l'Union, cela est notamment du au Traité d'Amsterdam⁹ qui a permis une avancée cruciale dans le droit européen de la lutte contre les discriminations.

⁵ Art. E de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996: La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation.

⁶ Art. 12 (article 7 C.E.E à l'origine) du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée).

⁷ Suivant l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne: "Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur".

⁸ Appelée Cour de Justice de L'Union européenne (CJUE) depuis le Traité de Lisbonne modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il est entré en vigueur le 1 décembre 2009.

⁹ Traité signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

Ce Traité octroie à l'Union, par l'insertion de l'article 13 dans le Traité CE¹⁰, de nouvelles compétences en matière de la lutte contre la discrimination. Il l'habilite à prendre des mesures basées sur une série de nouveaux motifs, à savoir le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

"Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut 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".

Cet article 13 apporte une vision plus cohérente et intégrée en ce qui concerne la lutte contre la discrimination. Il offre également une approche d'une définition commune de la discrimination en mettant en place une stratégie juridique et politique collective au niveau des motifs de discrimination. De plus, le Traité d'Amsterdam consolide le principe d'égalité entre les hommes et les femmes.

2.3 Les deux directives mises en place suite au Traité d'Amsterdam

En 2000, suite au Traité d'Amsterdam, l'Union a adopté deux directives dans le but de protéger les citoyens de l'Union européenne, en ordonnant aux Etats membres d'adopter des mesures spécifiques de lutte contre les discriminations.

¹⁰ L'art. 13 du Traité CE est devenu l'art. 19 du TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) depuis le Traité de Lisbonne modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il est entré en vigueur le 1 décembre 2009.

2.3.1 Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

Selon l'article premier de la directive, cette dernière a pour objet:

"D'établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement".

Le champ d'application de cette directive vise toutes les personnes impliquées, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Il s'occupe plus particulièrement de l'emploi, la sécurité sociale, les soins de santé, l'éducation, la formation, le logement et l'accès aux biens et aux services. Cependant, bien que ce champ d'application soit vaste, la directive ne porte pas spécifiquement sur les différences de traitement en fonction de la nationalité¹¹.

2.3.2 Directive 2000/78/CE du 27 septembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

La seconde directive, adoptée peu de temps après la directive 2000/43/CE, vise la discrimination en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle. Selon son article premier, elle a pour objet:

"D'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement"¹².

¹¹ Art. 3 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000.

¹² Art. 1^{er} de la directive 2000/78/CE du 27 septembre 2000.

Au vu de la nécessaire transposition en droit national des directives, ces dernières ont requis des États membres certaines modifications législatives, notamment, en ce qui concerne les dispositions relatives au droit du travail.

Un des points positifs selon le livre vert sur l'égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne élargie¹³, est que lors du processus de transposition des directives, certains États membres ont élargi les critères minima prévus par la législation communautaire.

3 SUR LE PLAN NATIONAL

3.1 La Constitution belge

Le principe général d'égalité – qui peut être considéré comme le pendant du principe de non-discrimination – est reconnu par l'article 10 de notre Constitution.

"Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordre. Les Belges sont égaux devant la loi, seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. L'égalité des femmes et des hommes est garantie".

Cette disposition est suivie par l'article 11 qui précise quant à lui:

"La jouissance des droits et libertés reconnues aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques".

¹³ Commission européenne, *Livre vert – Egalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie*, COM/2004/0379 final.

L'article 11 bis¹⁴ vient compléter les dispositions des articles 10 et 11 par une disposition relative à l'égalité des sexes.

L'extension de la compétence de contrôle attribuée lors de la révision en 1988 de la Constitution à la Cour Constitutionnelle¹⁵ au niveau du respect du principe d'égalité et de non-discrimination par le législateur belge, a permis aux articles 10 et 11 de la Constitution d'obtenir un réel effet. Cela a également entraîné une obligation envers les législateurs de veiller à empêcher des différences de traitement qui, suivant l'objectif poursuivi, ne pourraient être justifiées raisonnablement et objectivement.

La révision de 1988 avait autorisé le législateur à étendre la compétence de la Cour au contrôle des normes législatives par rapport à d'autres dispositions constitutionnelles. La loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi du 6 janvier 1989, étend cette compétence de la Cour au respect de la totalité des dispositions du titre II de la Constitution, qui se rapportent aux droits et libertés¹⁶ ainsi que les articles 191 sur la protection des étrangers, 170 et 172 sur la légalité, de même que sur l'égalité en matière fiscale.

3.2 La législation fédérale

En mai 2007, il y a eu une grande réforme au niveau des lois sur la lutte contre la discrimination. Depuis, l'arsenal législatif fédéral est constitué de trois lois principales:

¹⁴ "La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics. Le Conseil des ministres et les Gouvernements de communauté et de région comptent des personnes de sexe différent.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent la présence de personnes de sexe différent au sein des députations permanentes des conseils provinciaux, des collèges des bourgmestres et échevins, des conseils de l'aide sociale, des bureaux permanents des centres publics d'aide sociale et dans les exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, supracommunal, intercommunal ou intracommunal.

L'alinéa qui précède ne s'applique pas lorsque la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent l'élection directe des députés permanents, des conseils provinciaux, des échevins, des membres du conseil de l'aide sociale, des membres du bureau permanent des centres publics d'aide sociale ou des membres des exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, supracommunal, intercommunal ou intracommunal".

¹⁵ Anciennement appelée Cour d'arbitrage.

¹⁶ Const., art. 8 à 32.

- La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, appelée loi anti-discrimination.
- La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, appelée loi genre.
- La loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, appelée loi racisme.

L'adoption des lois de 2007 s'explique premièrement, par la volonté de transposer les directives européennes de façon plus fidèle et complète par rapport à ce qui avait été réalisé dans la loi du 25 février 2003¹⁷. Deuxièmement, par la nécessité d'adapter la législation suite à l'annulation partielle¹⁸ par la Cour d'arbitrage en octobre 2004 de la loi du 25 février 2003. Par cet arrêt, la Cour a annulé l'énumération des critères de discrimination de la loi. De cette manière, toute différence de traitement devient potentiellement discriminatoire¹⁹.

Le domaine d'application matérielle des trois lois de mai 2007 est identique. Ces lois s'appliquent à l'ensemble du droit du travail en ce qui concerne le monde des entreprises. Elles ont un champ d'application²⁰ assez large comme par exemple l'accès aux biens et services, la protection sociale, les avantages sociaux, les relations de travail. En ce qui concerne plus particulièrement la notion de "relations de travail", cette dernière couvre; les conditions pour l'accès à l'emploi, les dispositions et pratiques concernant les conditions de travail et la rémunération, ainsi que celles en matière de rupture des relations de travail²¹.

¹⁷ Loi du 25 février 2003 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, abrogée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁸ C.A., Arrêt 6 octobre 2004, n°157/2004.

¹⁹ Voir p. 27.

²⁰ Art. 5 de la loi "anti-discrimination", art. 6 de la loi "genre" et art. 5 de la loi "racisme".

²¹ Art. 5, § 2, de la loi "anti-discrimination", art. 6, § 2, de la loi "genre" et art. 5, § 2, de la loi "racisme".

Il y a malgré tout, deux exclusions au niveau du champ d'application. La première exclusion a trait au harcèlement dans les relations de travail vis-à-vis des travailleurs²², visée aux articles 32bis et suivants de la loi du 4 août 1996²³ relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. En cas de harcèlement dans le cadre des relations de travail, ces personnes peuvent seulement recourir aux dispositions de la loi précitée de 1996²⁴.

Quant à la deuxième exclusion, elle concerne les matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions²⁵. Dans son avis d'avant-projet de loi, tant la Cour d'arbitrage que le Conseil d'Etat, section de législation, "ont jugé qu'il appartenait à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de concrétiser les droits fondamentaux définis par des normes supérieures, dans les matières qui lui ont été attribuées. Il s'ensuit que l'autorité fédérale ne peut mener une politique de lutte contre la discrimination que dans les matières relevant de sa compétence et ne peut par conséquent adopter les règles nécessaires à la transposition des directives européennes que dans ces matières. Il appartient, en revanche, en principe exclusivement aux Communautés et aux Régions de mettre en œuvre le principe de non-discrimination respectivement dans les matières culturelles, les matières personnalisables et l'enseignement, et dans les matières régionales"²⁶.

²² Travailleur selon l'art. 2, § 1, 1°, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs dans l'exécution de leur travail.

²³ Art. 32 bis de la loi du 4 août 1996: "Les employeurs et les travailleurs ainsi que les personnes assimilées visées à l'article 2, § 1, et les personnes, autres que celles visées à l'article 2, § 1, qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail, sont tenues de s'abstenir de tout acte de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail.

Les personnes, autres que celles visées à l'article 2, § 1, qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail, appliquent en vue de leur protection, les dispositions des articles 32decies à 32duodecies.

Le Roi détermine les conditions et les modalités selon lesquelles [la présente section] s'applique aux travailleurs des entreprises extérieures qui sont présents en permanence dans l'établissement de l'employeur auprès de qui les activités sont exécutées".

²⁴ Art. 6 de la loi "anti-discrimination", art. 7 de la loi "genre" et art. 6 de la loi "racisme".

²⁵ Art. 5, § 1, de la loi "anti-discrimination", art. 6, § 1, de la loi "genre" et art. 5, § 1, de la loi "racisme".

²⁶ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n°2721/001, p. 89-91.

En ce qui concerne le champ d'application personnelle, les lois du 10 mai 2007 s'appliquent "à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris aux organismes publics"²⁷.

3.3 Les conventions collectives de travail

3.3.1 La convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1963

Cette Convention collective de travail (CCT) s'applique au recrutement et la sélection de travailleurs. La dernière modification de cette CCT a eu lieu le 10 octobre 2008 par la Convention n° 38 sexies²⁸. Selon l'article premier, elle a pour objectif:

"De fixer des normes concernant le recrutement et la sélection de travailleurs ainsi que de définir les engagements des parties signataires quant au respect d'un certain nombre de règles de conduite".

Cette CCT a été rendue obligatoire pour la première fois par l'arrêté royal du 11 juin 1984²⁹.

Le 2 février 2007, un accord interprofessionnel a été conclu entre les partenaires sociaux³⁰ marquant le désir de prendre des initiatives dans le domaine de la diversité et de la non-discrimination. Ils ont élaboré ensemble "un code de conduite destiné aux employeurs et aux travailleurs pour la politique de recrutement et de sélection et de leurs attitudes en cas de sollicitation, dans le souci de garantir l'égalité des chances des candidats"³¹. Ce code est né de la volonté des partenaires sociaux de renforcer la par-

²⁷ Art. 5, § 1, de la loi "anti-discrimination", art. 6, § 1, de la loi "genre" et art. 5, § 1, de la loi "racisme".

²⁸ La CCT n° 38 a également été modifiée par la convention n° 38 bis du 29 octobre 1991, n° 38 ter du 17 juillet 1998, n° 38 quater du 14 juillet 1999, n° 38 quinquies du 21 décembre 2004.

²⁹ Cet arrêté royal a été modifié par: A.R. du 11 janvier 2009 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 38 sexies du 10 octobre 2008 conclue au sein du Conseil national du travail, M.B., 4 février 2009, p. 7734.

³⁰ Accord entre les partenaires sociaux interprofessionnels conclu pour la période de 2007-2008.

³¹ CCT n° 38, "Code de conduite relatif à l'égalité de traitement lors du recrutement et de la sélection de travailleurs".

ticipation des groupes à risque sur le marché du travail et la diversité sous toutes ses facettes, principalement au niveau du recrutement et de la sélection de travailleurs.

En 2008, lors de la conclusion de la CCT n° 38 sexies modifiant la CCT n° 38, les partenaires sociaux ont étendu au code de conduite énoncé ci-dessus, leur engagement d’user de leur autorité auprès de leurs membres afin qu’ils respectent les règles de conduite en matière de recrutement et de sélection. Ce code de conduite a été annexé à la CCT n° 38. La CCT n° 38 sexies a été rendue obligatoire par l’arrêté royal du 11 janvier 2009³².

3.3.2 La convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008

La Convention collective de travail n° 95 concerne l’égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail. Selon son article premier, elle a pour objectif:

"De promouvoir le respect du principe de l’égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail et de définir les engagements des parties signataires quant au respect de ce principe"³³.

On entend par "égalité de traitement", l’absence de toute discrimination fondée sur l’âge, le sexe ou l’orientation sexuelle, l’état civil, le passé médical, la race, l’ascendance ou l’origine nationale ou ethnique, les convictions politiques ou philosophiques, le handicap, l’affiliation à une organisation syndicale ou à une autre organisation³⁴. Cette égalité de traitement doit être respectée tout au long de la relation de travail, ce qui comprend les conditions d’accès à l’emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement.

³² A.R. du 11 janvier 2009 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 38 sexies du 10 octobre 2008 conclue au sein du Conseil national du travail, M.B., 4 février 2009, p. 7734.

³³ Voir art. 1^{er}, CCT n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l’égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail.

³⁴ Voir article 2, CCT n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l’égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail.

La CCT a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 11 janvier 2009³⁵.

³⁵ A.R. du 11 janvier 2009 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, M.B., 4 février 2009, p. 7343.

Chapitre 2: Définitions

des différents concepts de la lutte contre la discrimination à l'embauche

Dans ce deuxième chapitre, nous commencerons par définir la notion de discrimination. Pour ce faire, différents concepts seront passés en revue; la distinction directe et indirecte, la discrimination directe et indirecte, le harcèlement ainsi que l'injonction de discriminer. Ensuite nous aborderons les critères protégés qui sont énumérés limitativement dans les trois lois de mai 2007. Pour terminer, nous nous arrêterons sur la justification des distinctions qui est autorisée par le législateur suivant certaines conditions prévues dans les lois.

1 LE CONCEPT DE DISCRIMINATION

La discrimination peut être définie comme étant l'action de séparer, de distinguer, de traiter de manière différente deux personnes ou deux catégories de personnes à partir de critères ou caractères distinctifs³⁶.

Les lois du 10 mai 2007 élaborent une séparation entre "distinction de traitement" directe et indirecte et "discrimination" directe et indirecte. Toute différence de traitement n'est pas obligatoirement une discrimination. Selon les travaux préparatoires, le terme "discrimination" désigne ce qui ne peut être justifié en vertu de chacune des trois législations, tandis que le terme "distinction" est neutre en terme de licéité³⁷.

³⁶ Définition du dictionnaire Larousse.

³⁷ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 14.

Cette notion de distinction n'apparaît pas dans le droit de l'Union. Elle a été insérée par le législateur belge pour harmoniser les concepts utilisés dans les trois lois anti-discrimination.

Selon les lois de mai 2007, il y a discrimination lorsque les différences de traitement sont fondées directement ou indirectement sur un des critères protégés énumérés dans une des trois lois et impliquant un comportement moins favorable d'une personne envers une autre personne se trouvant dans une situation comparable. De plus, il est fondamental de ne pas pouvoir justifier ces différences de traitement par une des dispositions prévues par les lois de mai 2007.

Les travaux préparatoires indiquent également, dans l'objectif d'une transposition la plus conforme aux directives communautaires, que:

"Chacune des trois lois appréhende, sous le vocable générique de "discrimination", quatre types de comportements: la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et l'injonction de discriminer"³⁸.

L'article 14 de la loi "anti-discrimination" ajoute un cinquième comportement. La discrimination s'entend également sur le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée.

Ces cinq types de comportements considérés comme discriminatoires, peuvent amener à des réparations civiles envers les victimes³⁹. Les trois lois prévoient l'action en cessation, l'action en nullité envers des clauses contraires à la loi, l'indemnisation forfaitaire ou suivant le dommage réel subi par la victime, ainsi qu'une protection du plai-

³⁸ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 21.

³⁹ Art. 15 et suivants, de la loi "anti-discrimination", art. 20 et suivants, de la loi "genre" et art. 13 et suivants, de la loi "racisme".

gnant contre des mesures de "représailles". Ces réparations civiles seront traitées dans le Chapitre 3. Les lois comprennent également chacune des dispositions pénales⁴⁰.

1.1 Différence de traitement "directe"

Comme énoncé précédemment, une différence de traitement n'est pas automatiquement une discrimination. La loi donne deux définitions distinctes: la distinction directe et la discrimination directe.

1.1.1 La distinction directe

Selon les trois lois de mai 2007, la distinction directe consiste en:

"Une 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"⁴¹.

1.1.2 La discrimination directe

La discrimination directe⁴² est définie suivant les lois de mai 2007, comme une distinction directe, fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions de ces lois exposant les conditions de la justification des distinctions.

Plusieurs éléments doivent être présents afin de déterminer si une personne est victime de discrimination directe. D'une part, il faut établir si la différence de traitement entre les deux personnes procure un avantage à l'une plutôt qu'à l'autre. Si un tel avantage est présent, une condition nécessaire à remplir est que la comparaison entre ces personnes soit pertinente et solide.

D'autre part, il doit exister une ressemblance en ce qui concerne l'objet du litige, soit au niveau du service soit au niveau de l'emploi, entre les situations des personnes su-

⁴⁰ Art. 21 et suivants, de la loi "anti-discrimination", art. 26 et suivants, de la loi "genre" et art. 19 et suivants, de la loi "racisme". Ces dernières ne sont toutefois pas analysées en détail dans ce travail.

⁴¹ Art. 3, 6°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 5° de la loi "genre", art. 4, 6° de la loi "racisme".

⁴² Art. 3, 7°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 6° de la loi "genre", art. 4, 7° de la loi "racisme".

jettes à comparaison. Dans l'affirmative, une recherche du critère de différenciation opérée par l'auteur, se mettra en place. Afin que la différence de traitement soit considérée comme une discrimination "directe", il est nécessaire que ce critère se retrouve dans la liste des "critères protégés" par une des trois lois de mai 2007.

Enfin, si cette distinction ne peut être justifiée, par l'un des motifs de justification prévu par les lois, il y aura une discrimination directe.

L'arrêt du 10 juillet 2008⁴³ de la Cour de Justice des Communautés européennes⁴⁴, nous procure un exemple de ce qui peut être considéré comme une discrimination directe au niveau européen. Dans cet arrêt, il a été décidé par la Cour que les déclarations publiques d'un employeur disant qu'il ne veut pas engager de travailleurs d'une certaine origine ethnique ou raciale constituaient une discrimination directe à l'embauche au sens de l'article 2, §2, section a, de la directive 2000/43/CE. Devant de telles déclarations, certains candidats peuvent être dissuadés de postuler pour certains emplois, et cela peut constituer un motif suffisant d'entrave à leur accès au marché du travail.

On peut remarquer qu'un élément intentionnel n'est pas inclus dans la définition de la discrimination directe. Il ne faut donc pas démontrer l'intention volontaire de l'auteur pour qu'une discrimination directe existe. Par contre, si l'on désire entamer une procédure pénale, les dispositions du Titre IV de chacune des trois lois de mai 2007, qui concerne les sanctions pénales, ne sont applicables qu'aux discriminations intentionnelles.

⁴³ C.J.C.E, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme contre Firma Feryn N.V, n° 54/07, 10/07/08.

⁴⁴ Appelée Cour de Justice de L'Union européenne (CJUE) depuis le Traité de Lisbonne modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il est entré en vigueur le 1 décembre 2009.

1.2 Différence de traitement "indirecte"

Les trois lois du 10 mai 2007 font également la différence entre la "distinction" et la "discrimination" indirecte.

1.2.1 La distinction indirecte

Une distinction indirecte est définie selon les trois lois du 10 mai 2007 comme:

"La 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"⁴⁵.

1.2.2 La discrimination indirecte

La discrimination indirecte⁴⁶ est une distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés, ne pouvant être justifiée par l'un des motifs de justification autorisés par la loi. Elle se préoccupe particulièrement des effets de la pratique de l'auteur contrairement aux intentions de celui-ci.

Cette discrimination indirecte est présente, lorsqu'une disposition, un critère peut affecter davantage un groupe de travailleurs par rapport à un autre, sauf si elle peut être justifiée et corrélative au but poursuivi. Il faut pouvoir constater que cette disposition peut produire un tel effet.

L'interdiction de discrimination indirecte s'occupe des pratiques neutres à première vue mais qui ont un effet discriminatoire envers un groupe dont un des critères protégés s'applique. Tandis que l'interdiction de discrimination directe vise davantage l'égalité entre les personnes.

⁴⁵ Art. 3, 8°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 7° de la loi "genre", art. 4, 8° de la loi "racisme".

⁴⁶ Art. 3, 9°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 8° de la loi "genre", art. 4, 9° de la loi "racisme".

Par exemple, on demande à un certain groupe d'âge de l'expérience professionnelle, du savoir-faire, etc. Cette demande peut être indirectement une différence de traitement désavantageuse pour les travailleurs plus jeunes. Dans l'autre sens, lorsqu'on demande une certaine aptitude sportive, une connaissance dans les nouvelles technologies informatiques cela peut avoir un désavantage envers les travailleurs plus âgés. Cette distinction constitue une discrimination indirecte si elle n'est pas justifiée et qu'il n'existe aucune exigence professionnelle fondamentale au niveau du critère.

1.3 Le harcèlement

Le harcèlement est défini dans les trois législations du 10 mai 2007 comme:

"Un comportement indésirable qui est lié à l'un des critères protégés, et qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant"⁴⁷.

Le législateur a très clairement pris exemple sur l'article 2, § 3, de la directive 2000/78/CE⁴⁸.

Une définition du harcèlement sexuel a été ajoutée dans la loi genre, elle le définit comme:

"Un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement, ou non verbalement, et qui a pour objet ou pour effet de

⁴⁷ Art. 4, 10°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 9° de la loi "genre", art. 4, 10° de la loi "racisme".

⁴⁸ Art. 2, § 3, de la directive 2000/78/CE: "Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres".

porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant"⁴⁹.

De ces définitions, on peut en conclure que le harcèlement qui est en relation avec un des motifs de discrimination interdit est assimilé à une discrimination. De plus, il faut savoir démontrer que le motif du comportement harcelant est en rapport avec un des critères protégés. Il est également important de prendre en compte, que le harcèlement ne peut jamais être justifié, contrairement aux distinctions de traitement, qui si elles ne peuvent être justifiées, sont des discriminations.

Lorsque le harcèlement n'est pas fondé sur un des motifs d'une des trois lois de mai 2007 et qu'il ne tombe pas sous le coup de la définition du harcèlement sexuel, il rentre alors dans le cadre droit commun⁵⁰ et est examiné en fonction de celui-ci.

Comme cela a été mentionné ci-avant, lorsque le harcèlement prend place dans les relations de travail visées aux articles 32 bis et suivants de la loi du 4 août 1996⁵¹, il n'entre pas dans le champ d'application des législations de 2007. Dans cette hypothèse, ce sont les dispositions de cette loi de 1996 qui s'appliqueront.

En ce qui concerne l'action au civil, la preuve d'un élément intentionnel de harcèlement n'est pas obligatoire, contrairement au pénal où le comportement intentionnel est requis.

1.4 L'injonction de discriminer

L'injonction de discriminer est définie selon les trois lois luttant contre la discrimination comme:

⁴⁹ Art. 4, 10°, de la loi "genre".

⁵⁰ Art. 442 bis, Code pénal.

⁵¹ Loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

"Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur base de l'un des critères protégés, à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de l'un de ses membres"⁵².

Dans les travaux préparatoires des lois de mai 2007, le législateur soutient que cette double approche, c'est-à-dire l'interdiction de discrimination et l'interdiction d'ordonner de pratiquer une discrimination, a pour objectif "d'empêcher que l'on tente, par l'utilisation d'intermédiaires, d'échapper à l'interdiction de discrimination"⁵³. Suite notamment à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes avec l'arrêt Coloroll⁵⁴, les travaux préparatoires des lois Belges insistent sur le fait que les lois anti-discrimination s'appliquent à toutes les personnes posant un acte entrant dans le champ d'application matériel de celles-ci.

Si l'injonction de discriminer ne produit pas d'effet, l'auteur de la violation de la loi pourra malgré tout être poursuivi car l'injonction est indépendante de la discrimination⁵⁵.

2 LES CRITERES PROTEGES

Une liste "fermée" de motifs de discrimination interdits a déjà été dressée auparavant dans la loi du 25 février 2003 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. Cette liste couvrait les critères protégés suivant: le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique.

⁵² Art. 4, 13°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 12° de la loi "genre", art. 4, 12° de la loi "racisme" et art. 2, § 4, de la directive 2000/78/CE.

⁵³ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 42-43.

⁵⁴ C.J.C.E, Arrêt Coloroll, n° 200/91, 28/09/1994. Dans l'arrêt Coloroll, la Cour a déclaré qu'un travailleur peut, non seulement invoquer l'interdiction en ce qui concerne la discrimination salariale contre l'employeur, mais également contre les intermédiaires qui ont été en charge de l'exécution des obligations de l'employeur.

⁵⁵ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 42-43.

La Cour constitutionnelle (anciennement appelée Cour d'arbitrage) dans son arrêt du 6 octobre 2004⁵⁶, a notamment décidé d'annuler la limitation des motifs de discrimination.

Selon la Cour, "le législateur a expressément opté pour un système de protection contre la discrimination dans lequel un traitement inégal ne constituera une discrimination que si cette différence de traitement n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée". Elle estime donc que "compte tenu de l'objectif général de la loi qui est de lutter et combattre toutes formes de discrimination, il n'est pas pertinent d'exclure certains motifs de discrimination du champ d'application de la loi"⁵⁷. Elle ajoutera que, "la différence de traitement litigieuse donne l'impression, contrairement à l'objectif général de la loi, que la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés ne mérite pas une même protection"⁵⁸.

En 2007, Le législateur a inséré dans ces trois lois luttant contre la discrimination une liste de critères appelés "critères protégés". Toute différenciation selon ces motifs est interdite. Il a veillé à prendre en compte la jurisprudence de la Cour, en revoyant la liste déjà existante et en ajoutant les critères de la conviction politique et de la langue.

Pour la loi générale tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, ces critères sont⁵⁹:

- l'âge;
- l'orientation sexuelle;
- l'état civil;
- la naissance;

⁵⁶ C.A., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004.

⁵⁷ C.A., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B. 6 et B. 13.

⁵⁸ C.A., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B. 14.

⁵⁹ Art 4, 4° de la loi "anti-discrimination".

- la fortune;
- la conviction religieuse ou philosophique;
- la conviction politique;
- la langue;
- l'état de santé actuel ou futur;
- un handicap;
- une caractéristique physique ou génétique;
- l'origine sociale.

Quant à la loi genre, luttant contre la discrimination entre les femmes et les hommes, elle interdit la discrimination sur base du sexe. La grossesse, l'accouchement, la maternité ou le changement de sexe sont assimilés à une distinction directe fondée sur le sexe⁶⁰.

La loi racisme tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie établit également une liste de critères protégés⁶¹:

- la nationalité;
- une prétendue race;
- la couleur de peau;
- l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.

⁶⁰ Art. 4 de la "loi genre".

⁶¹ Art. 4, 4° de la "loi racisme".

3 LES MOTIFS DE JUSTIFICATION

Selon la définition des lois de mai 2007, il y a discrimination lorsqu'il y a une distinction fondée sur un des critères protégés ne pouvant être justifiée par un des motifs de justification prévu par la loi. Ces motifs permettent de justifier une différence de traitement, dans certaines circonstances établies par les lois.

Les nouvelles lois belges ont adopté un système de justification que l'on peut qualifier de "mixte". Cependant, lorsque les directives communautaires l'exigent, ce système devient un système "fermé". En effet, les directives détaillent restrictivement les hypothèses dans lesquelles et les motifs par lesquels une distinction peut être justifiée. En dehors de ces hypothèses, le système est dit "ouvert"⁶².

3.1 La justification des distinctions directes

Selon le législateur des lois de mai 2007, les distinctions directes peuvent être légitimées à condition⁶³:

- Qu'elles soient objectivement justifiées par un but légitime;
- Que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires.

Il appartient au juge d'apprécier le caractère objectif et raisonnable de la justification.

L'appréciation des motifs de distinction peut parfois être souple, *i.e.* un système "ouvert". Par exemple, selon les travaux préparatoires du projet de loi luttant contre certaines formes de discrimination, "une distinction directe sur la base des convictions politiques ne constitue pas une discrimination directe dans le cas où elle peut être objectivement justifiée par un but légitime et les moyens d'atteindre ce but sont appropriés et nécessaires. Par exemple, cette situation peut se présenter lors du recrute-

⁶² CRABEELS, F., DESAIVE, D et MALDEREZ, P., "Du neuf en matière de lutte contre les discriminations: les lois du 10 mai 2007", in DUMONT, M. (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Liège, Anthémis, 2008, p. 76-77.

⁶³ Art. 7 et 8 de la loi "anti-discrimination".

ment de personnel d'un centre d'études d'un parti politique. La présente loi ne porte donc pas préjudice au droit d'organisations politiques dont le fondement repose sur une idéologie politique de requérir des personnes travaillant pour elles ayant une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'idéologie de l'organisation"⁶⁴.

Cependant, les lois sont parfois plus exigeantes pour certains critères: dans les relations de travail, une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, un handicap, le sexe, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

Une caractéristique est "essentielle et déterminante" à la lumière de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées. La condition "d'exigence", quant à elle, repose sur un objectif légitime et doit être proportionnée par rapport à celui-ci. Il appartient au juge de vérifier si ces conditions sont respectées. Il est important de noter que le pouvoir d'appréciation du juge est dans ce cas restreint, car la justification doit être prédéterminée par la loi⁶⁵. On applique dès lors un système "fermé" de justification dans ces cas-là.

L'article 6 de la directive 2000/78/CE fournit plusieurs exemples de différences de traitement fondées sur l'âge en matière de relations de travail qui autorisent à une justification:

- La fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;
- La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite;

⁶⁴ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2722/001, p. 47.

⁶⁵ Art. 8 de la loi "anti-discrimination", art. 13 de la loi "genre".

- La mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection.

3.2 La justification des distinctions indirectes

Suivant les mêmes dispositions des lois de mai 2007, toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte sauf si⁶⁶:

- Le critère ou la pratique apparemment neutre est objectivement justifié par un but légitime;
- Les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

À titre exemplatif, en cas de distinction indirecte sur base d'un handicap, la distinction peut être justifiée si l'on peut démontrer qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place⁶⁷.

3.3 L'action positive

Les trois lois du 10 mai 2007, prévoient qu'une distinction directe ou indirecte ne s'associe pas à une discrimination lorsqu'elle constitue une mesure d'action positive. Elle est définie 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"⁶⁸. C'est un outil qui permet une justification générale qui s'applique à tous les motifs de discrimination, dans toutes les matières.

⁶⁶ Art. 9 de la loi "anti-discrimination", art. 15 de la loi "genre", art. 9 de la loi "racisme".

⁶⁷ Art. 9 de la loi "anti-discrimination".

⁶⁸ Art. 4, 11°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 11°, de la loi "genre", art. 4, 11°, de la loi "racisme".

Pour mettre en œuvre l'action positive il faut respecter certaines conditions prévues par la loi⁶⁹:

- 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, *i.e.* nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint;
- La mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

C'est au Roi, qu'appartient, par arrêté royal, de déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre, tout en respectant les conditions citées ci-dessus.

L'action positive est une exception à l'interdiction générale de discrimination. Elle est autorisée par les trois lois conformément à ce que permettent les directives communautaires. Le juge devra dès lors l'interpréter de manière restrictive. De plus, dans les matières se référant au droit européen, le juge devra se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

3.4 La clause de sauvegarde

Le législateur a prévu dans les trois lois de 2007 une clause de sauvegarde qui permet "qu'une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée par la présente loi lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu d'une loi"⁷⁰.

⁶⁹ Art. 10 de la loi "anti-discrimination", art. 16 de la loi "genre", art. 10 de la loi "racisme".

⁷⁰ Art. 11 de la loi "anti-discrimination", art. 18 de la loi "genre", art. 11 de la loi "racisme".

Cette clause a pour but d'éviter que chaque organe d'application judiciaire effectue un contrôle de la compatibilité de l'ensemble de la législation fédérale au niveau de l'interdiction de discrimination.

Les travaux préparatoires insistent sur le fait que "le juge quant à lui, continuera à refuser l'application d'une loi qui imposerait une distinction de traitement contraire au droit international des droits de l'homme ou au droit communautaire, ou à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle s'il relève une contestation quant à la compatibilité de ladite distinction de traitement avec les articles 10, 11 et 11 bis de la Constitution"⁷¹.

⁷¹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2722/001, p. 24.

Chapitre 3: Les mécanismes juridiques de protection mis en place pour lutter contre la discrimination à l'embauche

Le législateur, dans les lois de mai 2007, a mis en place des mesures de protection afin de pouvoir assurer la mise en œuvre de cette interdiction de discrimination. Ce chapitre se concentrera sur l'aspect civil de celles-ci. Dans un premier temps, deux catégories de sanctions civiles seront développées. La première étant la sanction de "nullité". La seconde étant quant à elle, la possibilité pour la victime d'obtenir des dommages et intérêts forfaitaires. Dans un second temps, la procédure d'action en cessation sera abordée. Pour finir, le droit d'action en justice de certaines associations sera brièvement expliqué.

La protection contre les représailles⁷² est également prévue par le législateur et elle est notamment utilisée dans les relations de travail. Cette mesure ne portant pas spécifiquement sur les mécanismes de lutte contre la discrimination à l'embauche – sujet principal de ce travail – elle ne sera mentionnée que dans cette partie introductive.

⁷² Elle est prévue à l'art. 16 de la loi "anti-discrimination", à l'art. 21 de la loi "genre", à l'art. 14 de la loi "racisme". Elle permet que "lorsqu'une personne porte plainte pour violation d'une disposition des lois dans le domaines des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale, l'employeur ne peut adopter une mesure préjudiciable à l'encontre de cette personne, sauf pour des motifs qui sont étrangers à cette plainte".

1 LES SANCTIONS CIVILES

1.1 La nullité des dispositions discriminatoires

1.1.1 Le champ d'application

Les lois de mai 2007 – respectivement aux articles 15 de la "loi anti-discrimination", 15 de la loi "racisme" et 20 de la "loi genre" – prévoient que: "sont nulles, les dispositions qui sont contraires à la présente loi, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renoncent par avance aux droits garantis par la présente loi".

La nullité était déjà prévue dans la loi du 25 février 2003, mais elle ne visait que les clauses contraires aux dispositions de la présente loi. Les lois de mai 2007 ont élargi le champ d'application de la nullité. Celui-ci vise désormais toutes dispositions contraires à la loi. Dispositions qu'elles définissent comme:

"Les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale"⁷³.

Selon la doctrine, la sanction de la nullité est d'une efficacité relative au niveau du dispositif de protection. Elle peut être efficace lorsque les dispositions contractuelles ou réglementaires ont une forme discriminatoire. Par contre, ce n'est pas le cas lorsque, par exemple, la discrimination se traduit par un refus de contracter⁷⁴. Cette situation se retrouve notamment dans les cas de discrimination à l'embauche lorsque le candidat à l'emploi n'est pas recruté. La nullité ne sera dès lors d'aucun recours à la victime, car il n'y aura eu aucun contrat. Il lui reste alors l'action en cessation qui sera développée au point 2 de ce chapitre.

⁷³ Art. 4, 3°, de la loi "anti-discrimination", art. 5, 3°, de la loi "genre", art. 4, 3°, de la loi "racisme".

⁷⁴ WAUTELET, P., «Les garanties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination», in WAUTELET, P. (dir), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, CUP, Liège, Anthémis, 2009, p. 219.

1.1.2 Les effets

Pour rappel, une nullité absolue vise à protéger l'intérêt général contre la violation d'une règle d'ordre public⁷⁵. Dans les lois de mai 2007, cette nullité est de nature absolue. Les travaux préparatoires insistent sur ce caractère. Selon ces derniers, "il s'agit d'une nullité absolue" et cela se justifie par le fait que "l'avant-projet traduit un droit fondamental (*i.e.* le droit à l'égalité de traitement). Cette loi touche, par conséquent, à l'ordre public"⁷⁶. La Cour constitutionnelle a également considéré dans son arrêt du 12 février 2009, que "le principe général de droit d'égalité et de non-discrimination est d'ordre public"⁷⁷.

Cette nullité peut être soulevée par toute personne ayant un intérêt suffisant. Ce qui comprend les parties liées à la disposition discriminatoire. Elle peut également, comme le régime général de la nullité le prévoit, être soulevée par le juge, d'office ou à la requête du ministère public⁷⁸.

Par manque de précision de la part du législateur, la doctrine s'accorde sur le principe que la nullité doit être demandée en justice, elle n'est pas automatique.

Lorsque le juge prononce une nullité suite à l'existence d'une discrimination, elle est applicable uniquement à la disposition litigieuse. Suivant les travaux préparatoires, il s'agit d'une nullité impérative partielle expresse conformément au droit européen⁷⁹. Le contrat ou l'acte existe toujours, à moins qu'il ne puisse survivre à la suppression de la clause. Suivant le droit commun, cette nullité et ses conséquences devront être acceptées et s'appliqueront aux parties à l'acte ainsi qu'aux tiers.

⁷⁵ GERMAIN, J.-Fr. et EYBEN, C., «Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires», in BAYART, Chr., SOTTIAUX, S. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, La Chartre, Bruxelles, 2008, p. 336.

⁷⁶ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2722/001, p. 56.

⁷⁷ C.C. du 12 février 2009, n° 17/2009.

⁷⁸ Ce pouvoir du ministère public est confirmé par les art. 15 à 17 de la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Ces articles permettent au ministère public d'intervenir dans les litiges civils où les lois luttant contre la discrimination sont d'application soit en initiant la procédure ou en intervenant dans une procédure.

⁷⁹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2722/001, p. 56.

1.2 L'indemnisation forfaitaire

Une des innovations du législateur depuis la loi de 2003, est l'insertion dans les lois de mai 2007 de l'indemnisation forfaitaire. La particularité des lois de mai 2007 se situe dans le calcul de l'indemnité à laquelle la victime peut faire appel.

La victime a le choix entre deux méthodes d'indemnisation. La première est l'indemnisation du préjudice réellement subi. La victime devra dès lors en démontrer l'étendue⁸⁰. La seconde est l'indemnité forfaitaire. Elle permet à la victime de recevoir une somme définie forfaitairement. Dans ce cas, elle ne sera pas tenue de prouver l'étendue ni l'existence du préjudice car elles seront présumées exister. L'article 18, § 1 le confirme en stipulant que "la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination *doit* verser à la victime (...)"⁸¹.

Il est important de préciser que l'indemnité forfaitaire est ouverte uniquement à la victime. Les Centres, Instituts ou groupements d'intérêts qui peuvent agir pour soulever un manquement à une des trois lois en sont donc exclus.

Quant au montant de l'indemnisation, lorsqu'une discrimination est reconnue au sein des relations de travail, l'indemnisation équivaldra à six mois de rémunération brute. Si l'employeur peut démontrer que les pratiques défavorables auraient été utilisées en l'absence de discrimination, elle sera alors égale à trois mois de rémunération brute⁸².

1.3 L'astreinte

Le juge peut condamner l'auteur d'une discrimination au paiement d'une astreinte pour le cas où il ne met pas fin à celle-ci⁸³.

⁸⁰ Art. 18, § 1, de la loi "anti-discrimination".

⁸¹ Nous soulignons.

⁸² CRABEELS, F., DESAIVE, D et MALDEREZ, P., "Du neuf en matière de lutte contre les discriminations: les lois du 10 mai 2007", in DUMONT, M. (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Liège, Anthémis, 2008, p. 96.

⁸³ Art. 19 de la loi "anti-discrimination", art. 24 de la loi "genre", art. 17 de la loi "racisme".

La victime de la discrimination, l'un des groupements d'intérêts, le Centre, le ministère public ou l'auditorat du travail qui a lui même saisi la juridiction peut demander cette astreinte.

2 L'ACTION EN CESSATION

Les lois de mai 2007 prévoient un champ d'application assez large pour les actions en cessation⁸⁴. Elles en autorisent l'application pour la totalité des discriminations visées dans les trois lois.

L'action en cessation peut viser tout auteur d'une discrimination, peu importe sa qualité. L'action peut être engagée même en l'absence de rapport contractuel, de convention collective, ou d'un autre type d'accord survenu entre la victime et l'auteur de la discrimination.

Par exemple, dans l'éventualité où une personne soutient avoir été victime d'une discrimination lors d'un entretien d'embauche, la saisine du président du tribunal de travail ne sera pas entravée par le fait que la potentielle victime n'est pas liée par un contrat de travail avec le prétendu auteur de la discrimination.

L'action en cessation peut être introduite par différents intervenants suivant les articles⁸⁵ des différentes lois. Le premier intervenant que l'on peut citer est la victime. Il n'est pas nécessaire pour elle de démontrer le dommage ou un éventuel préjudice. Il lui suffit simplement de prouver l'existence d'une discrimination pour justifier cette action en cessation. Quant aux autres intervenants, le législateur autorise également le Centre, l'Institut, les groupements d'intérêts, le ministère public et, suivant la nature de l'acte, l'auditorat du travail, à intervenir⁸⁶. Le Centre pour l'égalité des chances ainsi

⁸⁴ Art. 20 de la loi "anti-discrimination", art. 25 de la loi "genre", art. 18 de la loi "racisme".

⁸⁵ Art. 20 de la loi "anti-discrimination", art. 25 de la loi "genre", art. 18 de la loi "racisme".

⁸⁶ Art. 29 et 30 de la loi "anti-discrimination" donne la liste des associations et groupements d'intérêts pouvant introduire une action en cessation.

que l'institut pour l'égalité des femmes et des hommes ne sont pas cependant compétents pour intervenir lorsque la discrimination est fondée sur la langue⁸⁷.

Au niveau de la procédure, l'action en cessation est introduite et instruite suivant les formes du référé⁸⁸. L'urgence étant légalement présumée, il n'est donc pas nécessaire de la justifier. C'est le président du tribunal du travail qui est compétent pour statuer sur les actions en cessation relatives à la matière du travail.

Le juge accorde un ordre de cessation s'il déclare l'action recevable et fondée. Cet ordre s'appliquera envers la discrimination constatée et il peut être accompagné d'une astreinte.

Les lois de mai 2007 offrent, lors de l'action en cessation, la possibilité à la victime de la discrimination de demander au juge de condamner l'auteur à une indemnisation forfaitaire⁸⁹.

3 LE DROIT D'ACTION EN JUSTICE DE CERTAINES ASSOCIATIONS

Les trois différentes lois autorisent certaines associations à exercer une action en justice comme par exemple l'action en cessation énoncée dans le point précédent.

La loi "anti-discrimination" et la loi "racisme" permettent au Centre pour l'égalité des chances⁹⁰ d'exercer une telle action en justice, tandis que la loi "genre" désigne l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes comme titulaire de cette action. En ce qui concerne les discriminations fondées sur la langue, la compétence est attribuée au Roi pour désigner, par arrêté royal, l'organe compétent.

⁸⁷ Art. 29 de la loi "anti-discrimination".

⁸⁸ Art. 20, § 4, de la loi "anti-discrimination".

⁸⁹ En ce qui concerne cette indemnisation forfaitaire, voir supra.

⁹⁰ Le 15 mars 2014, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme s'est transformé en deux institutions distinctes: le Centre interfédéral pour l'égalité des chances et le Centre fédéral Migratoire. Ce changement est la conséquence de l'accord politique du 23 juillet 2012 conclu entre le Gouvernement fédéral, les Régions et le Communautés. (Voir site du CECLR <http://www.diversite.be>).

Les lois de mai 2007 autorisent également à des groupements d'intérêts "à ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la loi donnerait lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins statutaires qu'ils se sont donnés pour mission de poursuivre"⁹¹. Ce qui veut dire par exemple que les organisations représentatives des travailleurs et des employeurs⁹² peuvent exercer une action en justice lorsque la loi s'applique au litige et que celui-ci est en relation avec ses missions poursuivies.

Il faut noter que lorsque la victime est une personne physique ou morale identifiée, l'accord de celle-ci est obligatoire pour que l'action du Centre, de l'Institut ou de ces groupements d'intérêts soit recevable en justice. Les directives européennes mettent en place cette approbation⁹³.

L'arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 9 janvier 2012⁹⁴, se ralliant à la décision du tribunal du travail d'Anvers du 28 septembre 2010, et ayant vu s'opposer Arbeidsrechtbank contre Brussel openbare terechtzitting, nous fournit un exemple concret de cette disposition. Dans cette affaire, un demandeur d'emploi avait vu dans une annonce qu'une chaîne de magasins de vêtements mettait en relation ses offres à des catégories d'âge. Le Centre, le syndicat ainsi que le VDAB⁹⁵ avait dès lors pris connaissance de cette potentielle discrimination. Cependant, le demandeur d'emploi en question, voulait maintenir son anonymat, et ne souhaitait pas prendre part à la procédure judiciaire. Le tribunal du travail a jugé, qu'au vu du fait que le demandeur était une personne physique indentifiable, le Centre était dans l'obligation d'avoir son accord avant d'introduire une action en cessation. Il déclarera dès lors l'action du Centre irrecevable. Cette décision du tribunal du travail d'Anvers ayant été par la suite con-

⁹¹ Art. 30 de la loi "anti-discrimination", art. 35 de la loi "genre", art. 32 de la loi "racisme", (énumération des groupements d'intérêts).

⁹² Visées à l'article 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

⁹³ Art. 7.2 de la directive n° 2000/43, du 29 juin 2000, J.O.C.E., du 19 juillet 2000, et l'art. 9.2 de la directive n° 2000/78, du 27 novembre 2000, J.O.C.E., du 2 décembre 2000.

⁹⁴ C. Trav. Anvers, 9 janvier 2012, (disponible sur: <http://www.diversite.be>).

⁹⁵ Le VDAB est le service flamand de l'emploi et de la formation. Le Forem est l'équivalent en Wallonie.

firmée par l'arrêt de la Cour du travail, dans une perspective de respect des dispositions européennes.

Il reste à noter que le ministère public, de son côté, ne doit pas avoir l'approbation de la victime pour introduire une action en justice. Cela lui permet de passer outre mesure cette approbation en cas d'inactivité de la victime⁹⁶.

⁹⁶ Nous soulignons que c'est une simple application du principe que le ministère public est gardien de l'ordre public.

Chapitre 4: La charge de la preuve

Dans le domaine de la discrimination, particulièrement au niveau de l'embauche, la preuve d'avoir été discriminé est très souvent difficile à démontrer. Les auteurs de discriminations sont assez vigilants à ne pas laisser échapper des traces écrites et encore moins passer aux aveux.

Pour qu'une condamnation ait lieu, il faut avant tout pouvoir démontrer l'existence de la discrimination. Le législateur a mis en place un aménagement de la charge de la preuve qui sera analysée dans le premier point de ce chapitre. Le second point se concentrera sur les différents modes de preuves. Plus particulièrement, une certaine attention se portera sur ce qui est prévu dans la législation "anti-discrimination" comme les tests de comparabilité, de récurrence, ou l'emploi des statistiques. Le test de situation sera également développé malgré le fait que les lois de mai 2007 n'en fassent plus référence, il reste un mode de preuve licite en droit belge dont l'appréciation est laissée au juge.

1 LE PARTAGE DE LA CHARGE DE LA PREUVE EN DROIT CIVIL

Les directives européennes précisent qu'en matière civile:

"Les Etats membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il in-

combe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitements"⁹⁷.

Il ne s'agit pas d'un renversement de la preuve mais d'un partage de la charge de la preuve. Tout d'abord, la victime doit amener des éléments qui permettent de constituer une présomption de discrimination directe ou indirecte. Ensuite, si cette présomption est vérifiée, la charge de la preuve de démontrer que cette discrimination n'existe pas, sera dans les mains du défendeur. C'est à ce moment qu'il y aura un basculement du fardeau de la preuve.

La Commission Européenne, dans son rapport annuel sur l'égalité et l'anti-discrimination de 2003, prend l'exemple d'une société située en Europe ayant du personnel européen et non européen. Les employés non européens postulent à chaque reprise pour une offre de promotion mais ils ne sont jamais repris. Suivant le modèle "traditionnel" de charge de la preuve, les postulants refusés devraient amener la preuve que les candidats non-européens sont à chaque fois évincés alors que les européens qui ont décroché le poste ont le même niveau de compétence. Cette preuve ne serait pas évidente à démontrer dans leur chef. Par contre, le responsable de l'entreprise est dans une meilleure position pour apporter des éclaircissements quant à son choix de candidat. S'il échoue dans la justification, son comportement sera considéré comme discriminatoire⁹⁸.

Il nous faut toutefois remarquer que ce partage de la charge de la preuve n'est pas d'application au pénal.

⁹⁷ Art. 8 de la directive 2000/43/CE et art. 10 de la directive 2000/78/CE.

⁹⁸ RORIVE, I., VAN DEN PLANCKE, V., "Quels dispositifs pour prouver la discrimination?", in BAYART, Chr., SOTTIAUX, S. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 421.

2 LES FAITS PERMETTANT DE PRESUMER L'EXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION

Selon les travaux préparatoires des lois de mai 2007, les faits que la victime doit apporter afin de faire naître la présomption de discrimination peuvent être de toutes natures. Les cas énumérés dans les lois⁹⁹ ne sont pas exhaustifs. Ils sont mentionnés à titre exemplatif. Comme la loi "anti-discrimination" le mentionne en son article 28, § 2 et 3:

"Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur un critère protégé, *sont compris, entre autre, mais pas exclusivement (...)*"¹⁰⁰.

Le 24 janvier 2007, suite au recours du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme auprès de la Cour du travail de Bruxelles dans l'affaire Firma Feryn, celle-ci a posé six questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes¹⁰¹. Ces questions visaient à éclaircir la notion de présomption de discrimination.

Une des questions de la Cour était:

"Que faut-il entendre par les "faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte", visés à l'article 8, § 1, de la directive 2000/43/C.E.? De quelle sévérité une juridiction nationale doit-elle faire

⁹⁹ Art. 28 de la loi "anti-discrimination", art. 33 de la loi "genre", art. 29 de la loi "racisme".

¹⁰⁰ Nous soulignons.

¹⁰¹ Les questions sont parvenues à la C.J.C.E. le 6 février 2007. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la C.J.C.E. est devenue la C.J.U.E. (Cour de justice de l'Union européenne).

preuve dans l'appréciation des faits qui peuvent faire naître une présomption de discrimination?"¹⁰².

La C.J.C.E. dans son arrêt dit pour droit:

"Des déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salarié ayant une certaine origine ethnique ou raciale suffisent à présumer, au sens de l'article 8, § 1, de la directive 2000/43, l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire. Il incombe alors à cet employeur de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que les faits reprochés sont établis et d'apprécier si les éléments apportés au soutien des affirmations dudit employeur selon lesquelles il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement sont suffisants"¹⁰³.

La Cour mentionne clairement que les déclarations d'un employeur exprimant publiquement qu'il ne recrute pas "d'autochtone", peuvent constituer des faits qui suffisent à la présomption d'une discrimination à l'embauche.

L'interprétation de la directive 2000/43 donnée par la Cour de justice, a permis à cette affaire *Feryn* d'être toujours d'actualité malgré qu'elle ait été introduite sous la loi du 25 février 2003, aujourd'hui abrogée.

La société *Feryn* n'ayant pas pu démontrer que sa politique de recrutement ne correspondait pas aux déclarations publiques qu'elle avait fait, la Cour du travail de Bruxelles

¹⁰² C. Trav. Bruxelles, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn N.V, 24 janvier 2007. Pour voir les questions en français: C.J.C.E., Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn N.V, C-54/07, 10/07/08.

¹⁰³ C.J.C.E, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn N.V, C-54/07, 10/07/08.

l'a condamnée le 28 août 2009¹⁰⁴. Elle lui a ordonné la cessation de la politique d'embauche discriminatoire et la publication de cette ordonnance dans les journaux nationaux.

3 LES DIFFERENTS MODES DE PREUVES

3.1 L'aveu, l'écrit et le témoignage

L'aveu et l'écrit sont des modes de preuves classiques mais assez rares dans les affaires de discrimination. Les écrits internes, lorsque l'on arrive à en prendre connaissance forment cependant une preuve solide afin de constater une discrimination à l'embauche.

Par exemple, dans l'affaire de 2007 mettant en cause une personne d'origine turque ayant postulé pour une fonction de vendeur et technicien: le candidat reçut un e-mail de refus accompagné de l'échange de mails entre le responsable et la secrétaire. Celui-ci contenait l'ordre de refuser le postulant suivi de "un étranger qui va vendre des appareils de sécurité, je n'ai jamais vu cela". Le Tribunal du travail de Gand le 26 mars 2007 a condamné la société en cause à une astreinte de 2 500 EUR à la victime et 500 EUR pour le Centre pour chaque infraction future de l'entreprise. Le juge a établi que les propos que l'employeur a eu envers le candidat étaient une discrimination directe sur base de l'origine ethnique ou la nationalité. Une particularité de cette affaire consiste en ce que, à la place de publier le jugement comme l'avait ordonné le juge, les parties se sont accordées pour que la société entreprenne d'éliminer la discrimination dans sa politique de recrutement¹⁰⁵.

Une autre affaire plus récente et qui a bénéficié d'une large publicité, est celle de la société *Adecco*. Des documents internes accompagnés de témoignages d'employés ont

¹⁰⁴ C. Trav. Bruxelles, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme contre Firma Feryn N.V, 28 août 2009, (disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>).

¹⁰⁵ T. trav., Gand, 26 mars 2007, (disponible sur: <http://www.diversite.be/tribunal-du-travail-de-gand-selon-les-formes-du-référé-26-mars-2007>).

révélé que l'agence d'intérim avait accepté les demandes discriminatoires de la part de certains clients. Suite à ces désidératas, elle a créé des "listes séparées" dans son dossier informatique, d'une part, avec les belges en appliquant les initiales BBB pour "Blanc, Bleu, Belge" et d'autre part avec les étrangers. Une action sera alors introduite au civil, le tribunal de première instance de Bruxelles ne retiendra pas une politique de racisme systématique. Il considèrera par contre que le codage a bien eu lieu, qu'il a été porté à la connaissance des supérieurs qui ont opté pour les bénéfiques, sans que ces derniers ne viennent en aide aux responsables d'agences. *Adecco* a été condamnée à payer la somme de 25 000 EUR de dommages et intérêts à "SOS Racisme" et 1 EUR provisionnel à la FGTB. En février 2015, la Cour d'appel de Bruxelles a cependant constaté le caractère discriminatoire et a condamné la société à également payer 25 000 EUR de dommages et intérêts à la FGTB¹⁰⁶.

Un autre mode de preuve est le témoignage. Ce dernier est quant à lui plus utilisé que les deux autres. Moins efficace que l'aveu ou l'écrit, il est recommandé de le combiner avec un autre mode de preuve.

Il y a très souvent une absence de témoin ou un refus de témoigner par peur de représailles. C'est notamment pour cette crainte que les directives¹⁰⁷ ont prévu que les Etats membres introduisent dans leur système juridique interne la protection des témoins contre les rétorsions. Les lois de mai 2007 ont prévu des mesures de protection envers les témoins¹⁰⁸. Ils en bénéficient à condition que le document relatif à la plainte soit daté et signé.

3.2 Le test de situation

Le test de situation – également appelé "testing" – a pour objectif de mettre en évidence des différences de traitement discriminatoires. Cela consiste à mettre en place

¹⁰⁶ Bruxelles, 10 février 2015, (disponible sur <http://www.diversite.be/cour-dappel-de-bruxelles-10-fevrier-2015>).

¹⁰⁷ Art. 9 de la directive 2000/43/CE et art. 11 de la directive 2000/78/CE.

¹⁰⁸ Art. 17, § 9, de la loi "anti-discrimination", art. 22, § 9, de la loi "genre", art. 15, § 9, de la loi "racisme".

deux groupes – dans le cadre de ce travail deux groupes de demandeurs d'emploi – identiques mais ayant une seule caractéristique différente. Cette caractéristique est celle que l'on soupçonne être l'objet de la discrimination et que l'on veut tester. Comme par exemple l'âge, le sexe, l'origine, etc. Si l'un des groupes est traité de manière différente sans justification valable, cette distinction permet de présumer la discrimination.

Cette technique est efficace pour dévoiler une discrimination directe, spécialement lorsqu'elle se cache derrière des excuses telles que "nous avons déjà trouvé un candidat qui convenait à l'offre".

Présent dans la loi du 25 février 2003, la mention du test de situation n'a pas été réintroduite dans les lois de mai 2007 suite à de nombreuses critiques et désaccords. Néanmoins, le législateur n'exclut pas la licéité de ce test et il reste un moyen de preuve dont l'appréciation en est laissée au juge.

3.3 Le test de comparabilité et de récurrence

Le test de comparabilité et le test de récurrence ont été introduits par le législateur dans les lois de mai 2007.

Le test de comparabilité, ou méthode par élimination, a pour objectif de comparer la situation d'une personne qui se dit victime de discrimination avec une personne dite "de référence" et qui se distingue par la seule différence qu'elle ne partage pas le critère protégé. En démontrant précisément la comparabilité de ces personnes par rapport à ce qui est recherché, on élimine automatiquement les éléments qui auraient pu justifier la différence de traitement. Ne restant que le critère protégé, on pourra présumer qu'il est à l'origine de cette différence de traitement.

Le test de récurrence a également des points communs avec le test de situation. Selon les travaux parlementaires, un comportement désavantageux répétitif envers une catégorie de personnes partageant le même critère protégé permet la présomp-

tion de discrimination. Cette répétition permet de démontrer le lien entre le traitement défavorable et le critère protégé, ce qui rend admissible ce lien de causalité¹⁰⁹.

Les données permettant de présumer cette discrimination peuvent provenir de différents sources; *e.g.* témoignages, signalements auprès du Centre ou statistiques. Les travaux parlementaires insistent sur le fait que ces faits ou données puissent être antérieurs, simultanés ou postérieurs à la discrimination présumée.

Selon la doctrine, le test de récurrence comporte plusieurs ombres. Le législateur manque de précision sur certains éléments afin de satisfaire aux exigences du test. Comme, par exemple, en ce qui concerne le nombre de témoignages ou de signalements indispensables, le laps de temps pour intervenir, etc. De plus, le signalement auprès du Centre ou groupements d'intérêts semble une bonne innovation mais plusieurs questions subsistent au niveau de la mise en pratique. Comment, en l'absence d'une base de données commune à toutes les associations, pourrions-nous prendre connaissance des données postérieures à un signalement? Pour enregistrer une plainte doit-on réaliser une enquête auparavant ou le simple signalement au Centre suffit-il?¹¹⁰

Le législateur a laissé au juge d'intégrer ces nouveaux modes de preuve et lui donne une certaine flexibilité dans l'attribution de la charge probatoire.

3.4 Les statistiques

Les lois de mai 2007 permettent l'utilisation de statistiques générales visant la situation du groupe dont la victime fait partie, ainsi que le matériel statistique élémentaire

¹⁰⁹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n°2720/0009, p.75.

¹¹⁰ BOUBKIRA, I., "La charge de la preuve en matière de discrimination", *J.D.J.*, 2011/8, n° 308, p. 20-28; RORIVE, I., VAN DEN PLANCKE, V., "Quels dispositifs pour prouver la discrimination?", *in* BAYART, Chr., SOTTIAUX, S. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, La Chartre, Bruxelles, 2008, p. 444-445.

révélant un traitement défavorable comme faits présumant l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé¹¹¹.

Pour mettre en place ce moyen de preuve, il faut tout d'abord constituer deux groupes. Un premier groupe que l'on appellera "référence", est celui de départ, le second sera le groupe d'arrivée. Pour pouvoir analyser le critère protégé que l'on veut, il faudra, dans chaque groupe, différencier les personnes avec ce critère et celles qui ne l'ont pas. La comparaison entre les résultats amènera à un écart qui ne peut être dû au hasard. Cela exige d'être rigoureux au niveau de la formation du panel de départ. Les chiffres doivent être extrêmement fiables afin que les statistiques le soient également.

À ce jour, ce procédé n'a encore jamais été utilisé en droit belge. Selon la doctrine, cet outil est extrêmement difficile d'utilisation suite notamment à sa rigidité et au manque de structure de la part du législateur¹¹².

¹¹¹ Art. 28, § 3, 1° et 3° de la loi "anti-discrimination", art. 33, § 3, 1° et 3°, de la loi "genre", art. 29, § 3, 1° et 3°, de la loi "racisme".

¹¹² BOUBKIRA, I., "La charge de la preuve en matière de discrimination", *J.D.J.*, 2011/8, n° 308, p. 27.

Chapitre 5: Analyse de différentes propositions pour améliorer la lutte contre la discrimination à l'embauche

Malgré l'armement législatif belge et européen luttant contre la discrimination, cette dernière est toujours bien présente. Le monde politique en est bien conscient. Cherchant à lutter contre cette discrimination à l'emploi, plus particulièrement à l'embauche, plusieurs propositions ont déjà été émises telles que le CV anonyme et plus récemment les contrôles sous forme "d'appel mystère". Ces initiatives forment l'objet principal de ce chapitre.

Mais tout d'abord, une introduction relative au rapport alternatif d'ENAR (Réseau européen contre le racisme) sera présentée. Selon ce rapport, la Belgique est le pays européen où les migrants ont le plus de difficultés à trouver un emploi. D'après l'étude menée dans ce rapport, le nombre élevé de chômeurs immigrés serait dû à "un racisme et une discrimination structurels sur le marché du travail".

1 RAPPORT ALTERNATIF DU RESEAU EUROPEEN CONTRE LE RACISME

Ce rapport se concentre plus particulièrement sur la situation du racisme et des discriminations dans le monde de l'emploi en Belgique.

Suivant les chiffres du Centre pour l'Egalité des Chances et la Lutte contre le Racisme de 2012¹¹³, 25 % des nouveaux dossiers ouverts pour les cas de discriminations présumées liées à des critères "raciaux" par le Centre sont en rapport à l'emploi. C'est une augmentation de 3 % par rapport à l'année 2011. Les études menées au sein du Centre ont également observé que l'emploi occupait la première place suivie par la discrimination raciste dans le domaine des médias¹¹⁴.

Pour ce qui est des dossiers ouverts suite à une discrimination présumée sur le critère de convictions philosophiques ou religieuses, 21 % d'entre eux ont trait au monde de l'emploi.

Suivant les chiffres officiels, 28 % des dossiers en rapport aux critères raciaux et 33 % des dossiers fondés sur les convictions philosophiques ou religieuses dans le domaine de l'emploi relèvent de l'accès à l'emploi.

En 2012, la Belgique a réalisé son premier "Baromètre de la Diversité Emploi"¹¹⁵. Un baromètre étant une synthèse de données obtenues par une triple méthodologie qui comprend des tests de comportement agrégés, des sondages et des analyses statistiques. Ce baromètre a pour objectif de faire un compte rendu de l'état de la discrimination, de la tolérance et de la diversité suivant plusieurs critères protégés.

Le test de comportement met en lumière que les personnes d'origine étrangère sont victimes de discrimination lors du processus de recrutement. Un candidat étranger a 6,6 % de chances en plus de subir une discrimination lors de l'invitation à un entretien qu'une personne d'origine belge. Pas moins de 10 % des responsables RH attestent que l'origine du postulant a des répercussions sur la sélection finale.

¹¹³ CECLR, Rapport annuel Discrimination/Diversité 2012 pour un plan d'action interfédéral contre le racisme, Bruxelles, CECLR, mai 2013, p. 72.

¹¹⁴ BOUHLAL, R., *Rapport Alternatif d'ENAR*, "Le racisme et les pratiques discriminatoires associées dans le secteur de l'emploi en Belgique", 2012-2013, p. 14.

¹¹⁵ CECLR, *Baromètre de la Diversité Emploi*, Bruxelles, septembre 2012.

De plus, une étude de l'agence européenne pour les droits fondamentaux retransmise dans le "Baromètre de la Diversité Emploi"¹¹⁶, soulève qu'un peu moins d'un tiers des personnes d'origine nord-africaine interrogées en Belgique se disent avoir été victimes d'une discrimination à l'embauche dans les 5 dernières années, dont 18 % pour l'année 2012. Le résultat pour les personnes d'origine turque est de 10 %.

Le "Baromètre de la Diversité Emploi" conclut, que les préjugés et les stéréotypes ont tendance à engendrer une discrimination effective. La recherche basée sur les tests de correspondance dévoile que, "dans près d'un cas sur dix, une discrimination intervient dès la première phase de la procédure de sélection en raison d'une caractéristique personnelle non pertinente: le candidat (fictif) qui appartient à un groupe cible n'est pas invité à un entretien d'embauche alors que son profil correspond pourtant en tous points aux exigences de la fonction"¹¹⁷.

Il ajoute également que les caractéristiques de l'âge, l'état de santé, le sexe, l'origine ou la couleur de peau, selon la majorité des responsables des ressources humaines, interviennent dans les étapes postérieures à la sélection et influencent d'une certaine manière la décision finale. Bien que cette enquête menée au niveau des RH¹¹⁸ ne permette pas de tirer les mêmes conclusions qu'un test de correspondances, elle permet tout de même de conclure que la discrimination, même après la première phase de recrutement, existe.

En 2013, le premier "Monitoring Socio-économique" a vu le jour. Celui-ci a permis d'apporter des données statistiques qui étaient jusque là présent assez faibles, afin d'améliorer et d'éclaircir la connaissance de la composition du marché du travail. Il dresse un tableau unique du marché du travail belge¹¹⁹. Il est dès à présent un outil de référence pour les personnes soucieuses du sort du marché du travail.

¹¹⁶ CECLR, *Baromètre de la Diversité Emploi*, Bruxelles, septembre 2012, p. 21.

¹¹⁷ Ibidem., p. 126.

¹¹⁸ RH est l'abréviation de ressources humaines.

¹¹⁹ *Monitoring Socio-économique*, Service public fédéral emploi, travail et concertation sociale, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Bruxelles, 2013, p. 294.

Un des objectifs de cet outil était de déterminer la position des groupes d'origine belge, européenne ou non-européenne sur le marché du travail. Comme énoncé dans l'introduction, ce monitoring fait ressortir que le taux d'emploi des personnes d'origine belge est de 74 %, tandis que celui des personnes d'origine non-européenne est de 45 %. Pour la première fois, la nationalité d'origine des travailleurs et de leurs parents est prise en compte lors des statistiques.

2 LE CURRICULUM VITAE ANONYME

En 2011, Benoît Cerexhe, à l'époque ministre bruxellois de l'Economie et de L'Emploi avait mené le test grandeur nature¹²⁰. Plusieurs entreprises et communes bruxelloises avaient transmis leurs offres à l'office bruxellois de l'emploi, Actiris. Ensuite, celui-ci avait transmis aux entreprises les *curriculum vitae* (ci-après CV) des candidats en mentionnant uniquement la formation et les aptitudes professionnelles.

Les résultats n'ont pas été positifs dans l'ensemble. Les entreprises ont jugé que le manque de renseignements rendait la candidature inefficace, qu'il était important de connaître la durée de la formation ainsi que le lieu de formation afin de pouvoir évaluer la qualité de l'enseignement. Benoît Cerexhe a également ajouté que le CV anonyme pouvait se retourner contre les candidats avec peu de qualifications car, en ne leur permettant pas de mettre en avant leurs hobbies et jobs d'étudiant, ils perdaient la chance que les recruteurs prennent en considération leurs qualités personnelles. D'autres désavantages ont également été mis en lumière, comme une procédure longue, coûteuse et fastidieuse pour les entreprises. De plus, des études étrangères ont démontré que malgré le CV anonyme, la discrimination pouvait faire surface lors de l'entretien d'embauche¹²¹.

En 2013, Monica De Coninck, ministre fédérale de l'emploi à l'époque, propose l'instauration du CV anonyme lors du recrutement dans le secteur privé. Dans l'administra-

¹²⁰ DEMONTRY, Bernard. "Le CV anonyme, c'est du joli, mais pas efficace", Le Soir, 30 juin 2011.

¹²¹ Ibidem.

tion fédérale, il est déjà d'application depuis 2005. Pour le cabinet de la ministre, "il faut objectiver la première phase de sélection"¹²². Cependant, et malgré les efforts de la ministre, ce projet n'a pas abouti.

Selon Lut Lateman, "equal treatment coach" chez *Randstad*, les entreprises ne réalisent pas toujours que leurs demandes peuvent être discriminatoires. Son travail consiste à venir en aide aux consultants qui peuvent être amenés à se trouver face à des demandes discriminatoires de la part des clients.

Durant des études menées en interne¹²³, on constate que la plupart des demandes discriminatoires sont dues au manque de connaissances ou à l'incapacité des clients à apporter une description claire du profil recherché.

Une alternative à la candidature anonyme pourrait, selon les analyses de Jan Denys, expert "marché de l'emploi" chez *Randstad*, prendre sa source dans les fichiers du personnel. On regarderait les entreprises avec un faible pourcentage d'étrangers, celles-ci devraient expliquer ce taux. Suivant les arguments, des mesures pourraient être prises. Pour lui, il n'est pas indispensable de modifier entièrement la législation, mais il est primordial d'avoir une présence d'experts sur le terrain. À ses yeux, cette approche permettrait de lutter plus efficacement contre le racisme dans le secteur de l'emploi¹²⁴.

3 LE CURRICULUM VITAE MULTIMEDIA

En 2013, *Actiris*, l'office bruxellois de l'emploi, a lancé un projet pilote du CV multimédia. À l'opposé du CV anonyme, il permet de présenter sa personnalité, de se démarquer autrement, chose qui n'est pas évidente dans la forme classique.

¹²² BAUWIN, Adeline. "Le CV anonyme comme solution à la discrimination à l'embauche", L'Echo, 17 janvier 2013.

¹²³ Chez Randstad.

¹²⁴ JOOSTEN, Sabine. "Une alternative à la candidature anonyme", L'Echo, 31 janvier 2012.

Sur la vingtaine de CV multimédia qu'*Actiris* avait déjà réalisé, 30 % des candidats avaient déjà été engagés et le taux d'entretiens d'embauche avait augmenté de 30 % également¹²⁵.

4 LE "MYSTERY CALL"

Le contrôle sous la forme "d'appel mystère" est la récente proposition faite par Kris Peeters, ministre fédéral de l'emploi, afin de lutter contre la discrimination à l'embauche. Des procédés similaires existent déjà pour pourchasser d'autres illégalités, comme le "mystery shopper" qui permet de contrôler la vente d'alcool, de cigarettes ou de billets de loterie aux mineurs.

L'objectif de ces "mystery calls" est de détecter les discriminations de la part des employeurs. Ce système a déjà été utilisé dans le secteur de l'intérim, où des enquêtes au niveau interne ont révélé que 28% des agences ont adopté un comportement discriminatoire.

Kris Peeters propose que les appels soient gérés par des inspecteurs sociaux après que la plainte ait été déposée contre l'entreprise. Pour lui:

"Lorsque les méthodes de prévention, de sensibilisation et d'autorégulation ne donnent pas de résultat, il faut pouvoir aller plus loin"¹²⁶.

Patrick Charlier, directeur adjoint du Centre interfédéral pour l'égalité des chances est plutôt favorable à cette proposition si le cadre est clair et fixé correctement. Il insiste sur le fait que, malgré que la loi prévoie des mécanismes afin de pouvoir présumer cette discrimination, la difficulté de la preuve est toujours bien présente.

Contrairement au Centre, la Fédération des entreprises de Belgique (FEB) et les classes moyennes flamandes n'en veulent pas. Selon le directeur général de la FEB,

¹²⁵ LHUILLIER, Vanessa. "Séduire son futur employeur grâce au CV multimédia", *Le Soir*, 12-13 janvier 2013.

¹²⁶ BAMPS, Nathalie. "Les patrons raccrochent au nez de Peeters", *L'Echo*, 27 mars 2015.

Bart Buysse, "il faut une politique plus large, la stigmatisation des employeurs ne résout rien"¹²⁷.

Le projet de Kris Peeters n'a pas été bien accueilli par le patronat, ni par la N-VA qui regrette qu'il n'y ait pas eu de concertation avec la majorité avant de mettre ce projet sur le tapis¹²⁸.

A première vue, il peut sembler que cette proposition constitue un nouvel échec dans le combat contre la discrimination à l'embauche. Mais, à y regarder d'un peu plus près, on peut se réjouir de voir que le gouvernement ne reste pas inactif. Ces initiatives démontrent clairement que le monde politique est bien conscient de la situation et s'est engagé à lutter plus efficacement contre ce phénomène de discrimination à l'embauche.

En Mars 2015, une question parlementaire a également été posée par Denis Ducarme à Elke Sleurs, secrétaire d'État à la lutte contre la pauvreté, à l'Égalité des chances, aux personnes handicapées, et à la Politique scientifique, chargée des Grandes villes, adjointe au ministre des Finances.

Suite à l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 février 2015 concernant l'affaire Adecco, Monsieur Ducarme lui a posé la question¹²⁹ suivante:

"Quelles sont les mesures ou les initiatives que vous envisagez de prendre pour lutter contre la discrimination à l'emploi qui reste importante dans notre pays?"

La secrétaire d'État a répondu qu'en collaboration avec le ministre de l'Emploi, Kris Peeters, "elle va mettre en place une campagne d'information claire et à grande échelle afin d'attirer l'attention sur la loi anti-discrimination"¹³⁰. Elle met également en

¹²⁷ BAMPS, Nathalie. "Les patrons raccrochent au nez de Peeters", L'Echo, 27 mars 2015.

¹²⁸ BAMPS, Nathalie. "Les patrons raccrochent au nez de Peeters", L'Echo, 27 mars 2015.

¹²⁹ Ch. repr., "Discrimination à l'emploi", question et réponse écrite n° 54-42, 2 avril 2015, p. 1.

¹³⁰ Ibidem, p. 2.

avant, dans sa réponse, sa détermination de mener avec ses collègues, "une politique d'égalité des chances forte et coordonnée, tant au niveau horizontal dans tous les domaines stratégiques qu'au niveau vertical"¹³¹.

¹³¹ Ibidem, p. 2.

Conclusion

En réalisant mon travail, j'ai pu constater que la discrimination à l'embauche est un sujet sensible faisant grand bruit tant dans le monde professionnel que dans la presse.

Cependant, force est de constater qu'il existe peu de jurisprudence en la matière. La question de la preuve d'une telle discrimination en étant l'une des causes principales. Comme nous l'avons vu, en 2007, le législateur a mis en place le système du partage de la preuve. Il permet à la victime, dans la mesure où elle peut apporter un élément permettant de présumer un comportement discriminatoire, de faire basculer la charge de la preuve dans les mains du défendeur. Celui-ci devra alors démontrer qu'il n'a pas eu recours à un comportement discriminatoire.

Malgré cette disposition, les éléments permettant d'être en présence d'une telle présomption sont extrêmement difficiles à apporter. Sauf dans certains cas rares, l'écrit ou l'aveu ne pourront être utilisés. Le candidat s'entendra principalement dire "nous sommes désolés, la place est déjà prise", "votre profil ne correspondait pas à l'offre" plutôt que "nous ne prenons pas de noirs" ou "nous, les homosexuels, nous n'en voulons pas".

Nonobstant les moyens mis en œuvre par le législateur, tant le monde politique que patronal s'accordent sur le principe qu'il est plus que temps de mettre en place de nouveaux outils plus efficaces, afin d'être plus à même de lutter contre cette discrimination à l'embauche.

Les politiques se dirigent vers des contrôles ciblés au niveau des entreprises. Le patronat, quant à lui, estime qu'il serait plus bénéfique de se diriger vers une approche globale plutôt que répressive. La Chambre de commerce et l'union des entreprises de Bruxelles déclarent qu'il serait plus favorable de mettre en avant les avantages de la diversité dans les entreprises au lieu de l'exposer comme une contrainte négative.

A l'heure actuelle, nous vivons dans une société multiculturelle. Ne serait-il pas plus opportun d'adapter les valeurs de nos entreprises face à cette diversité qui peut se révéler une immense richesse, afin qu'elles puissent mieux répondre aux attentes de la société d'aujourd'hui?

Les ressources humaines des entreprises ont donc un réel rôle à jouer dans l'adaptation de leur politique de recrutement, afin que les entreprises reflètent au mieux notre société.

Bibliographie

1 DOCUMENTS LEGISLATIFS

1.1 La législation belge

- A.R. du 11 janvier 2009 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 38 sexies du 10 octobre 2008 conclue au sein du Conseil national du travail, M.B., 4 février 2009, p. 7734.
- A.R. du 11 janvier 2009 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, M.B., 4 février 2009, p. 7343.
- C. pén., art. 442 bis.
- Const., art. 10, 11, 11bis.
- Convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1963 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, modifiée par les conventions collectives de travail n° 38 bis du 29 octobre 1991, n° 38 ter du 17 juillet 1998, n° 38 quater du 14 juillet 1999, n° 38 quinquies du 21 décembre 2004 et n° 38 sexies du 10 octobre 2008.
- Convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, ratifiée par l'A.R. du 11 janvier 2009, M.B. du 4 février 2009.
- L. du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, M.B., 30 mai 2007, p. 29046.

- L. du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, M.B., 30 mai 2007, p. 29016.
- L. du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 30 mai 2007, p. 29031.
- L. spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi du 6 janvier 1989, M.B., 11 avril 2003, p. 18384.

1.2 La législation européenne

- Charte sociale européenne, art. E, Strasbourg, 3 mai 1996.
- Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 14, signé le 4 novembre 1950, entrée en vigueur de 3 septembre 1953.
- Directive (CE), n° 2000/43 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, J.O.C.E, L 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.
- Directive (CE), n° 2000/78 du Conseil du 27 septembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O.C.E, L 303 du 2 décembre 2000, p. 16-22.
- Protocole additionnel n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 2000, art. 1^{er}, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005.
- Traité d'Amsterdam, art. 13, signé le 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.
- Traité instituant la Communauté économique européenne, art. 7 et 141, Rome, signé le 25 mars 1957.

1.3 Travaux préparatoires d'un texte législatif

- Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Doc. Parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n°2720/009, p. 14, 21, 42-43 et 69-80 (disponible sur <http://lachambre.be>).
- Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n°2721/001 du 26 octobre 2006, p. 89-91 (disponible sur <http://lachambre.be>).
- Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2722/001, p. 47.

1.4 Jurisprudence belge

- Bruxelles, 10 février 2015, (disponible sur <http://www.diversite.be/cour-dappel-de-bruxelles-10-fevrier-2015>).
- C. Trav. Bruxelles, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme contre Firma Feryn N.V, 28 août 2009, (disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>).
- C. Trav. Bruxelles, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme contre Firma Feryn N.V, 24 janvier 2007, (disponible sur <http://www.diversite.be>).
- C.A., 6 octobre 2004, n°157/2004, (disponible sur <http://www.const-court.be/public/f/2004/2004-157f.pdf>; consulté le 13 avril 2015).
- T. trav. Anvers, 28 septembre 2010, Arbeidsrechtbank contre Brussel openbare terechtzitting, (disponible sur http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/verdict/20100928_arbrb_antwerpen.pdf).

- T. trav., Gand, 26 mars 2007, (disponible sur <http://www.diversite.be/tribunal-du-travail-de-gand-selon-les-formes-du-référé-26-mars-2007>).

1.5 Jurisprudence européenne

- C.J.C.E., Arrêt Coloroll, Coloroll Pension Trustees Ltd contre James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton et Coloroll Group plc. du 19 septembre 1994, n° 200/91 (disponible sur <http://www.eur-lex.europa.eu>).
- C.J.C.E., Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn N.V du 10 juillet 2008, C-54/07 (disponible sur <http://curia.europa.eu>).

2 DOCTRINE

- BOUBKIRA, I., "La charge de la preuve en matière de discrimination", *J.D.J.*, 2011/8, n° 308, p. 20-28.
- CLESSE, J., KEFER, F., *Manuel de droit du travail*, Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 349-363.
- COPPENS, M., *Manuel du travailleur*, CGSLB, Bruxelles, 2012, p. 518-527.
- CRABEELS, F., DESAIVE, D et MALDEREZ, P., "Du neuf en matière de lutte contre les discriminations: les lois du 10 mai 2007", *in* DUMONT, M. (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Liège, Anthémis, 2008, p. 52-107.
- GERMAIN, J.-Fr. et EYBEN, C., "Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires", *in* BAYART, Chr., SOTTIAUX, S. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, La Chartre, Bruxelles, 2008, p. 336-343.

- RENAULD, B., "Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations", in WAUTELET, P. (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, CUP, Liège, Anthémis, 2009, p. 8-61.
- RORIVE, I., VAN DEN PLANCKE, V., "Quels dispositifs pour prouver la discrimination?", in BAYART, Chr., SOTTIAUX, S. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, La Chartre, Bruxelles, 2008, p. 417-461.
- SLEURS, E., Ducarme, D., "Discrimination à l'emploi", Ch. repr., question et réponse écrite n° 54-42, 2 avril 2015, (disponible sur <http://www.stradalex.com>; consulté le 22 mai 2015).
- WAUTELET, P., "Les garanties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination", in WAUTELET, P. (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, CUP, Liège, Anthémis, 2009, p. 217-247.

3 RAPPORTS ET ETUDES

- BOUHLAL, R., *Rapport Alternatif d'ENAR*, "Le racisme et les pratiques discriminatoires associées dans le secteur de l'emploi en Belgique", 2012-2013.
- CECLR, *Baromètre de la Diversité Emploi*, Bruxelles, septembre 2012, (disponible sur http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/publication/le_barometre_de_la_diversite_emploi.pdf; consulté en mai 2015).
- CECLR, *Rapport annuel Discrimination/Diversité 2012 pour un plan d'action interfédéral contre le racisme*, Bruxelles, CECLR, mai 2013, (disponible sur <http://www.diversite.be/rapport-annuel-discriminationdiversite-2012>; consulté en mai 2015).

- CECLR, *Rapport annuel Discrimination/Diversité 2013 pour un plan d'action interfédéral contre le racisme*, Bruxelles, CECLR, mai 2014, (disponible sur http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/publication/cgkr_00668_01_jvs_discdiv_fr.pdf; consulté en mai 2015).
- CECLR, Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, *Monitoring Socio-économique*, Bruxelles, septembre 2013, (disponible sur http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/publication/monitoring_socio-economique_fr_final.pdf; consulté en mai 2015).
- Commission européenne, *Livre vert – Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie*, COM/2004/0379 final (disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?qid=1433092580657&uri=CELEX:52004DC0379>; consulté en mai 2015).

4 SITES INTERNETS

- Centre interfédéral pour l'égalité des chances <http://www.diversite.be>, (consulté en avril 2015).
- Commission européenne, *En vertu de la directive européenne relative à l'égalité raciale datant de 2000, tous les Etats membres de l'UE ont l'obligation de désigner des "organismes nationaux de promotion de l'égalité de traitement"*. Lutte contre la discrimination. Dernière mise à jour le 21 novembre 2012. Disponible sur: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/help/index_fr.htm (consulté le 16 avril 2015).
- SPF Affaires étrangères, *Lutte contre le racisme et les discriminations: brève présentation*. SPF Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement, 2012, Lutte contre le racisme et les discriminations, disponible sur: http://diplomatie.belgium.be/fr/politique/themes_politiques/droits_de_lhomme/questions_specifiques/lutte_contre_le_racisme_et_les_discriminations/ (consulté le 14 avril 2015).

5 ARTICLE DE PRESSE

- BAMPS, Nathalie. "Les patrons raccrochent au nez de Peeters", L'Echo, 23 mars 2015.
- BAUWIN, Adeline. "Le CV anonyme comme solution à la discrimination à l'embauche", L'Echo, 17 janvier 2013.
- BERGER, Solange. "Prévenir les discriminations", La Libre Entreprise, 26 janvier 2013.
- DEMONTY, Bernard. "Le CV anonyme, c'est joli, mais pas efficace", Le Soir, 30 juin 2011.
- DI PRIMA, Corentin, L., J.-F. "Comment lutter contre la discrimination à l'emploi?", Le Soir, 23 mars 2015.
- JOIE, Catherine. "Le CV anonyme est-ce une mesure efficace?", Le Soir, 17 janvier 2013.
- JOOSTEN, Sabine. "Une alternative à la candidature anonyme", L'Echo, 31 janvier 2012.
- LHUILLIER, Vanessa. "Séduire son futur employeur grâce au CV multimédia", Le Soir, 12-13 janvier 2013.
- MEULDERS, Raphaël. "Nous faisons tous de la discrimination sans pour autant être racistes", La Libre, 16-17 mai 2015.

Table des matières

Plan	3
Introduction	7
Chapitre 1: Les fondements juridiques de la lutte contre la discrimination à l'embauche	9
1 Sur le plan international	9
2 Sur le plan européen	10
2.1 Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales	10
2.2 Le traité d'Amsterdam	11
2.3 Les deux directives mises en place suite au Traité d'Amsterdam.....	12
2.3.1 Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.....	13
2.3.2 Directive 2000/78/CE du 27 septembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.....	13
3 Sur le plan national.....	14
3.1 La Constitution belge	14
3.2 La législation fédérale.....	15
3.3 Les conventions collectives de travail.....	18
3.3.1 La convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1963.....	18
3.3.2 La convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008	19

Chapitre 2: Définitions des différents concepts de la lutte contre la discrimination à l'embauche	21
1 Le concept de discrimination	21
1.1 Différence de traitement "directe"	23
1.1.1 La distinction directe.....	23
1.1.2 La discrimination directe.....	23
1.2 Différence de traitement "indirecte"	25
1.2.1 La distinction indirecte	25
1.2.2 La discrimination indirecte	25
1.3 Le harcèlement	26
1.4 L'injonction de discriminer	27
2 Les critères protégés.....	28
3 Les motifs de justification	31
3.1 La justification des distinctions directes	31
3.2 La justification des distinctions indirectes	33
3.3 L'action positive	33
3.4 La clause de sauvegarde	34
Chapitre 3: Les mécanismes juridiques de protection mis en place pour lutter contre la discrimination à l'embauche	36
1 Les sanctions civiles	37
1.1 La nullité des dispositions discriminatoires	37
1.1.1 Le champ d'application	37

1.1.2	Les effets	38
1.2	L'indemnisation forfaitaire	39
1.3	L'astreinte	39
2	L'action en cessation	40
3	Le droit d'action en justice de certaines associations	41
Chapitre 4: La charge de la preuve		44
1	Le partage de la charge de la preuve en droit civil.....	44
2	les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination.....	46
3	Les différents modes de preuves	48
3.1	L'aveu, l'écrit et le témoignage.....	48
3.2	Le test de situation	49
3.3	Le test de comparabilité et de récurrence.....	50
3.4	Les statistiques	51
Chapitre 5: Analyse de différentes propositions pour améliorer la lutte contre la discrimination à l'embauche		53
1	Rapport alternatif du Réseau européen contre le racisme	53
2	Le curriculum vitae anonyme.....	56
3	Le curriculum vitae multimédia	57
4	Le "mystery call"	58
Conclusion		61
Bibliographie		63

1 Documents législatifs.....	63
1.1 La législation belge	63
1.2 La législation européenne.....	64
1.3 Travaux préparatoires d'un texte législatif.....	65
1.4 Jurisprudence belge.....	65
1.5 Jurisprudence européenne.....	66
2 Doctrine	66
3 Rapports et études	67
4 Sites internet	68
5 Article de presse.....	69
Table des matières	70
Annexes.....	74

Annexes

Annexe 1: Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, M.B., 30 mai 2007.

Annexe 2: Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 30 mai 2007.

Annexe 3: Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, M.B., 30 mai 2007.