

Le droit de la non-discrimination à l'épreuve de la justice. La pratique des juridictions du travail belge comme cas d'étude.

Julie Ringelheim, Olivier Struelens, Jogchum Vrielink

Note à l'attention des discutant-es de la conférence du 24 mai :

- Cet texte est un projet d'article, qui n'est pas encore terminé, calqué sur la structure de la journée d'étude du 24 mai où nous présenterons nos résultats de recherche.
- Dans cet article, cependant, nous évoquons uniquement la jurisprudence des juridictions du travail entre 2015-2019. Veuillez noter que notre recherche globale porte sur la jurisprudence belge de l'ensemble des cours et tribunaux entre 2009 et 2019. Les données statistiques qui seront présentées lors de cette conférence concernent l'ensemble de cette jurisprudence. Ils diffèrent donc légèrement, mais pas fondamentalement, des chiffres présentés dans cet article.
- En revanche, notre analyse du contenu des décisions a porté uniquement sur la jurisprudence de 2015 à 2019. C'est la raison pour laquelle ce projet d'article se concentre sur cette période.

Introduction

En Belgique comme en France, de multiples études réalisées au cours des dernières années démontrent la persistance des discriminations dans l'emploi. Celles-ci visent en particulier les personnes d'origine étrangère, les femmes, les travailleurs de plus de 50 ans ou encore les personnes en situation de handicap¹. D'un autre côté, les experts du droit de la non-discrimination constatent que les individus qui agissent en justice pour dénoncer un traitement discriminatoire continuent de rencontrer d'importantes difficultés à obtenir gain de cause². Ce droit a pourtant connu au début des années 2000 une vaste réforme, impulsée par l'Union européenne, visant à étendre et renforcer les dispositifs juridiques de lutte contre la discrimination liée non seulement au sexe, domaine qui relève de la compétence de l'Union depuis l'origine³, mais également à l'origine raciale ou ethnique, au handicap, à l'âge, à l'orientation sexuelle et à la religion ou à la conviction⁴. Les directives adoptées par les

¹ [Ajouter références].

² Pour la France, voy. Robin MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022 ; Thomas DUMORTIER, Jean-Marc THOUVENIN et Tatiana GRÜNDLER (DIR), « Dossier thématique : les freins à la lutte contre les discriminations », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 9, 2016 et Vincent-Arnaud CHAPPE, *L'Égalité au travail. Justice et mobilisations contre les discriminations*, Presses des Mines, Paris, 2019. Pour la Belgique, voy. not. le rapport de la Commission mise en place pour évaluer les lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination : *Combattre la discrimination, les discours de haine et les crimes de haine : une responsabilité partagée*, juin 2022 (disponible sur <https://equal.belgium.be/fr/actualites/rapport-final-de-la-commission-devaluation-des-lois-federales-tendant-lutter-contre-la>).

³ Deux nouvelles directives ont été adoptées dans les années 2000 pour combattre la discrimination liée au sexe : Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services et directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

⁴ Avec le Traité d'Amsterdam (1997), l'UE s'est vu conférer la compétence d'agir pour combattre la discrimination fondée sur ces quatre motifs. Cette compétence est désormais inscrite à l'article 19 du Traité sur le fonctionnement

instances européennes ont élargi la notion même de discrimination, obligeant les États membres à reconnaître les notions de discrimination indirecte, d'aménagement raisonnable et de harcèlement discriminatoire. Elles ont également promu des mesures visant à faciliter les recours en justice en exigeant des États qu'ils instaurent un mécanisme de partage de la charge de la preuve, autorisent les associations à agir en justice contre la discrimination et permettent aux victimes d'obtenir de la part d'un organisme dédié à la promotion de l'égalité de traitement une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination⁵.

Comment expliquer ce décalage entre les constats globaux émergeant des recherches empiriques sur les pratiques ayant cours sur le marché de l'emploi, et les conclusions auxquelles aboutissent les juges dans le cadre de procédures judiciaires particulières ? Pourquoi demeure-t-il si ardu d'obtenir en justice la reconnaissance d'une discrimination, malgré les réformes introduites ? Quelle est la nature des difficultés auxquelles se heurtent les plaignants dans ce type d'affaires ?

Pour répondre à ces questions, cet article s'appuie sur l'analyse approfondie des affaires de discrimination traitées par les juridictions du travail belges entre le 1^{er} janvier 2015 et le 31 décembre 2019, complétée par des entretiens semi-directifs avec des professionnels du droit. Pour identifier la jurisprudence pertinente, il a fallu composer avec le fait qu'en Belgique, à l'heure actuelle, seule une faible minorité de décisions de justice sont publiées. Nous avons dès lors sollicité, outre les organismes de promotion de l'égalité, tous les tribunaux et cours du travail du pays⁶ afin d'obtenir, dans la mesure du possible, l'ensemble des décisions correspondant à nos paramètres de recherche (voir encadré). Pour des raisons de faisabilité et pour faciliter les comparaisons transeuropéennes, nous nous sommes limités aux discriminations liées aux six critères mentionnés à l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à savoir le sexe (en ce compris la grossesse et le transgenrisme), la « race » ou l'origine ethnique, le handicap, l'âge, la religion ou conviction et l'orientation sexuelle, bien que la législation belge reconnaisse d'autres motifs comme l'état de santé ou la conviction syndicale. Ces démarches nous ont permis de constituer une base de données jurisprudentielle inédite comprenant 308 décisions (205 jugements de première instance et 103 arrêts d'appel).

Ces décisions ont fait l'objet d'une double analyse, quantitative et qualitative. Dans un premier temps, une étude statistique de cette jurisprudence portant sur les caractéristiques et l'issue des affaires nous a permis d'établir une évaluation objective du taux de succès et d'échec des recours examinés. Nos résultats mettent en lumière un double constat : ils confirment que les plaignants en discrimination, dans la majorité des cas, échouent à obtenir gain de cause (62% des décisions en moyenne débouchent sur une issue défavorable au plaignant). Mais ils révèlent

de l'Union européenne. Elle a adopté sur cette base la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁵ Cette dernière obligation ne concerne que la discrimination liée à l'origine raciale ou ethnique et au genre. Voy. l'article 13 de la directive 2000/43/CE et l'art. 20 de la directive 2006/54/CE. Mais la plupart des États membres ont étendu la compétence de leur organisme de promotion de l'égalité à d'autres critères de discrimination. Tel est le cas en Belgique et en France.

⁶ La Belgique compte neuf tribunaux du travail (juridictions de première instance) et cinq cours du travail (juridictions d'appel). Ces juridictions sont compétentes pour connaître de litiges en matière de relations de travail et de sécurité sociale. Elles sont composées de magistrats professionnels et non professionnels. Ces derniers, appelés « juges sociaux », sont désignés sur présentation des organisations professionnelles (syndicats, organisations patronales et organisations représentatives des travailleurs indépendants).

également des disparités importantes de taux de succès selon le critère protégé en jeu, la catégorie de discrimination alléguée (directe, indirecte, refus d'aménagement raisonnable, harcèlement ou représailles), le type de litige concerné (recrutement, licenciement, égalité salariale, etc.) ou encore la participation ou non d'un organisme de promotion de l'égalité à la cause.

Nous avons ensuite procédé, à l'aide du logiciel NVivo, à une analyse systématique de contenu de 257 décisions issues de ce premier corpus. Celle-ci visait à repérer, dans la motivation des jugements et arrêts, les motifs récurrents mis en avant par les juges pour conclure au caractère fondé ou au contraire non fondé des demandes de reconnaissance d'une discrimination. Compte tenu du rôle central joué par la preuve en la matière, nous avons également recensé les modes de preuve utilisés par les plaignants dans les différentes affaires. Nous avons par ailleurs réalisé des entretiens semi-directifs avec 16 magistrats⁷, 7 avocats et 6 juristes travaillant pour un organisme de promotion de légalité.

Cet examen nous a conduits à identifier trois catégories de facteurs qui contribuent à expliquer les disparités de taux de succès observées dans différents types d'affaires. Ceux-ci éclairent en creux les difficultés particulières posées par les recours en discrimination. Le premier facteur réside dans les caractéristiques du litige. On vise par là des données factuelles, corrélées au critère protégé en jeu, à l'objet du litige ou à la présence ou non d'un « organisme égalité » à l'instance, et qui peuvent faciliter ou au contraire à entraver les possibilités de succès en justice. Le second élément tient aux spécificités du droit : le droit anti-discrimination établit des règles différentes selon les situations en matière de preuve, de définition de la discrimination et de motifs de justification d'une distinction de traitement. Notre étude montre que ces différences ont un impact sur les décisions des juges. Enfin, le troisième facteur renvoie à la marge d'interprétation dont jouissent les juges lorsqu'ils appliquent le droit : notre étude révèle des résistances d'une partie des magistrats à l'égard de certains concepts du droit anti-discriminatoire, qui contribuent à expliquer que certains types de discrimination sont particulièrement difficiles à faire reconnaître en justice.

Recueil et analyse des décisions de justice : méthodologie

Contrairement à d'autres pays, la Belgique ne dispose pas à l'heure actuelle de base de données publique donnant accès aux décisions de justice prononcées par ses cours et tribunaux⁸. Seule une petite minorité de décisions sont publiées dans les revues juridiques et les bases de données spécialisées comme *Jura* et *Strada*. La constitution de la base de données utilisée pour cette recherche a donc demandé un travail conséquent. Nous avons eu accès aux décisions collectées par les deux organismes de promotion de l'égalité de traitement que sont l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes (IEFH), compétent en matière d'égalité de genre, et Unia, compétent pour ce qui concerne la discrimination liée à tous les autres critères reconnus par la loi sauf la langue⁹. Nous avons constaté cependant que les bases de données de ces deux

⁷ Parmi les magistrats interrogés, 8 siègent dans une Cour du travail, 6 dans un tribunal du travail et 2 font partie de l'auditorat du travail, le ministère public attaché aux juridictions du travail. Nous avons veillé à assurer un équilibre géographique dans le choix des magistrats interrogés.

⁸ Le 16 octobre 2022, une loi visant à créer un registre central dans lequel seraient publiés les jugements et arrêts prononcés par les cours et tribunaux a été adoptée. À l'heure de clôturer cet article, ce projet n'a pas encore été mis en place.

⁹ La circulaire COL 13/2013 relative à la politique de recherche et de poursuite en matière de discrimination et de délits de haine, adoptée par le ministre de la Justice, le ministre de l'Intérieur et le Collège des procureurs généraux le 17 juin 2013, requiert du ministère public qu'il transmette aux organismes de promotion de l'égalité copie des

organismes étaient incomplètes. Nous avons dès lors contacté l'ensemble des juridictions du travail du pays pour leur demander de nous transmettre les décisions correspondant à nos paramètres de recherche. Quatre cours du travail – celles de Bruxelles, Gand, Liège et Mons – sur les cinq que compte le pays nous ont autorisés à effectuer une recherche directement dans leurs bases de données internes, nous permettant d'obtenir des données exhaustives sur leur jurisprudence. La Cour du travail d'Anvers ne nous pas accordé de telle autorisation mais nous a transmis des décisions. Parmi les tribunaux du travail, celui du Hainaut nous a donné accès à sa base de données interne, six nous ont envoyé des décisions (Bruxelles francophone, Brabant wallon, Eupen, Gand, Louvain et Liège) tandis que celui d'Anvers n'a pas répondu et celui de Bruxelles néerlandophone nous a affirmé avoir transmis l'intégralité des décisions pertinentes aux organismes de promotion de l'égalité. Des avocats spécialisés ont aussi été sollicités. Ces différentes démarches nous ont permis de collecter un ensemble de 308 décisions (205 jugements de première instance et 103 arrêts d'appel). Parmi celles-ci, seules 28 avaient été publiées dans une base de données juridique et 61 sur le site Internet d'Unia. Les 219 décisions non publiées que nous avons identifiées proviennent des sources suivantes : cours et tribunaux (119) ; l'IEFH (54) ; jugements de première instance identifiés grâce à l'arrêt d'appel dans la même affaire (42) ; avocats ou ONG (4).

Ces 308 décisions ont été encodées dans une base de données comprenant 96 attributs, consistant principalement en la juridiction l'ayant prononcée, des informations sur le plaignant et le défendeur, le type de discrimination allégué, le critère de discrimination en jeu, le type de litige en cause, l'issue du recours et, le cas échéant, les sanctions prononcées. Cette base de données a été utilisée pour réaliser l'analyse statistique présentée dans la première partie de cet article. L'analyse qualitative a porté sur un corpus plus restreint. Nous avons exclu les décisions non définitives (qui sursoient à statuer ou posent une question préjudicielle) puisqu'elles ne tranchent pas la question de la discrimination ainsi que les jugements de première instance dont nous avons eu connaissance à travers l'arrêt d'appel et sur lesquels nous disposons de trop peu d'informations. Nous avons ainsi constitué une deuxième base de données comportant 257 décisions. L'analyse de contenu a été réalisée au moyen du logiciel d'analyse qualitative NVivo. Les décisions ont été codées de façon systématique sur la base d'une arborescence de codes établie de manière déductive à partir des hypothèses de recherche identifiées au préalable dans la littérature.

jugements relatif à la discrimination. En pratique, cependant, cette exigence n'est que très partiellement appliquée. Unia publie sur son site Internet les décisions en sa possession (voy. <https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence>). L'IEFH ne dispose pas de plateforme comparable mais nous a transmis les décisions dont il avait connaissance.

I. Taux de succès et d'échec des recours pour discrimination : des résultats contrastés

La première partie de notre étude a consisté en une analyse statistique de la jurisprudence récoltée. Celle-ci nous a permis de calculer le taux de succès et d'échec des recours, de façon globale mais également en fonction de différentes variables. Cette étude constitue la première du genre réalisée à propos de la jurisprudence belge¹⁰.

Pour calculer le taux de succès et d'échec des actions, nous avons pris en compte toutes les décisions dans lesquelles les juges se prononcent soit sur le fond, soit sur leur compétence ou la recevabilité du recours. Nous avons donc laissé de côté 14 décisions dans lesquelles la juridiction n'a pas tranché la question de la discrimination parce qu'elle a décidé de surseoir à statuer sur ce point¹¹, a déclaré cette demande sans objet¹² ou a ignoré ce grief tout en se prononçant sur d'autres demandes formulées par le plaignant. Nous avons ainsi retenu, pour estimer le taux de réussite ou d'échec, un total de 294 décisions (196 jugements de première instance et 98 arrêts d'appel) sur les 308 initiales.

Nous avons qualifié de « succès » les décisions débouchant sur un constat de discrimination. À l'inverse, les décisions dans lesquelles les juges ne constatent pas de discrimination, déclarent le recours irrecevable ou se disent incompétents pour traiter de l'affaire ont été qualifiées d'« échec ».

Nos résultats révèlent un taux de succès global largement inférieur à 50% : dans seulement 35,71% des cas examinés, le tribunal ou la Cour constate une discrimination. À l'inverse, dans 64,29% des décisions, les juges estiment soit que la discrimination n'est pas établie (176 décisions), soit, beaucoup plus rarement, que l'affaire est irrecevable (10 décisions) ou ne relève pas de leur compétence (3 décisions). Ce taux est à peine plus bas que la moyenne globale en première instance (34,69%) et deux points de pourcentage plus élevé en appel (37,76%) (tableau n°1). Faute de données disponibles, nous n'avons pas pu comparer ces chiffres avec le taux de succès des autres actions portées devant la justice du travail.

Tableau 1 : Taux de succès global des recours (N=294)

Niveau de juridiction	Constat de discrimination	Pas de constat de discrimination	Taux de succès	Total
1 ^{ère} et 2 ^{ème} instance	105 décisions	189 décisions	35,71%	294
1 ^{ère} instance	68 décisions	128 décisions	34,69%	196
2 ^{ème} instance	37 décisions	61 décisions	37,76%	98

¹⁰ Une vaste étude combinant statistiques et entretiens a été réalisée sur la jurisprudence américaine en matière de discrimination par trois chercheurs étatsuniens : Ellen BERREY, Robert L. NELSON et Laura B. NIELSEN, *Rights on Trial. How Workplace Discrimination Law Perpetuates Inequality*, Chicago, The University of Chicago Press, 2017. En France, une étude a été réalisée en 2013 portant sur un échantillon de 2204 arrêts de Cour d'appel relatifs à la discrimination et à l'égalité en matière sociale, rendus entre 2007 et 2010 : Evelyne SERVERIN et Frédéric GUIOMARD, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Cour de cassation, IRERP, 2013. Dans ces deux pays, l'accès à la jurisprudence ne posait pas de difficulté, compte tenu de l'existence d'une base de données reprenant de façon exhaustive les décisions à partir desquelles ont été constitué les échantillons de jurisprudence analysés (dans le cas de la France, les arrêts de Cour d'appel).

¹¹ Par exemple, parce qu'ils ordonnent une mesure d'instruction ou posent une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ou à la Cour de justice de l'Union européenne.

¹² Par exemple, parce que les parties ont conclu une transaction.

Ces chiffres globaux masquent cependant des disparités importantes au sein même du contentieux de la discrimination. La ventilation des résultats selon le critère protégé en cause, l'objet du litige, le type de discrimination allégué ou encore la participation ou non d'un organisme de promotion de l'égalité à l'instance, dévoile une réalité beaucoup plus contrastée.

1. Taux de succès selon le critère de discrimination invoqué

Lorsqu'on distingue les résultats selon le critère protégé invoqué par le plaignant, les recours liés au genre se démarquent par un taux de succès nettement supérieur à la moyenne (46,03% de décisions favorables au plaignant). L'issue des décisions en matière de handicap est proche de la moyenne globale, avec un taux de réussite de 34,48%. À l'inverse, les plaignants se disant discriminés en raison de leur conviction religieuse ou philosophique obtiennent rarement gain de cause : dans seulement 10,53% des décisions, les juges concluent à une discrimination. Le taux de réussite des recours liés à l'âge et à l'origine raciale ou ethnique est également inférieur à la moyenne, avec respectivement 25,53% et 20,83% de décisions favorables. Pour ce qui concerne l'orientation sexuelle, notre effectif trop réduit pour établir une tendance statistiquement significative. Soulignons que 16 décisions concernent des recours dans lesquels le plaignant se déclare victime de discrimination liée à *plusieurs* critères protégés. Pour une plus grande finesse analytique, ces décisions ont été prises en compte dans le calcul du taux de succès de chacun des critères invoqués dans le recours, en tenant compte du fait que, dans certaines affaires, une discrimination a été constatée en lien avec un seul des critères invoqués.

Tableau n°2 : Taux de succès en fonction du critère de discrimination invoqué

Critère protégé	Constat de discrimination	Pas de constat de discrimination	Taux de succès	Total des occurrences
Genre	58	68	46,03%	126
Handicap	30	57	34,48%	87
Âge	12	35	25,53%	47
Orientation sexuelle	1	3	25,00%	4
Origine	5	19	20,83%	24
Conviction religieuse ou philo. ¹³	2	17	10,53%	19
Total	110	188	35,18%	307 ¹⁴

Le genre étant le critère le plus fréquemment invoqué dans le contentieux examiné – représentant 41,04% des occurrences d'un motif de discrimination –, il pèse de façon particulièrement prononcée sur les résultats globaux. Or, si l'on exclut les décisions relatives

¹³ Nous n'avons identifié qu'une seule décision concernant une allégation de discrimination liée à la conviction philosophique, laquelle a été déclarée non fondée.

¹⁴ Les décisions dans lesquelles plusieurs critères de discrimination (parmi les critères pris en compte dans cette recherche) sont invoqués ont été comptabilisées pour chaque critère invoqué. Ceci explique que le nombre total des occurrences des différents critères de discrimination est supérieur au nombre total de décisions examinées (à savoir 294).

au genre du calcul, le taux de décisions favorables au plaignant chute de 35,18% à 23,27% (Tableau n°4).

Mais le critère du genre lui-même masque d'autres différences : dans plus de trois quart des cas dans lesquels ce critère est en jeu (99 cas sur 126, soit 78,57%), la plaignante se plaint d'une discrimination liée à la grossesse ou à la maternité. Une large majorité de ces recours se fonde sur la loi du 16 mars 1971 sur le travail, dont l'article 40 organise un dispositif de protection des travailleuses enceintes ou ayant récemment accouché contre le risque de licenciement. Or, cette loi prévoit un régime de preuve plus favorables pour les plaignantes que le mécanisme de la charge de la preuve établi par les lois générales relatives à la non-discrimination (voy. *infra* section II). L'effet s'en ressent sur le taux de succès qui est nettement plus élevé que la moyenne : parmi les décisions fondées sur la loi de 1971, 54,68% sont favorables à la plaignante. Les plaignantes s'estimant discriminées en raison de leur grossesse ou maternité peuvent également s'appuyer sur la législation interdisant la discrimination entre les femmes et les hommes, en particulier la loi dite « loi genre » adoptée en 2007 au niveau fédéral¹⁵. Le taux de succès des plaignantes est cependant dans ce cas moins élevé lorsqu'elles se fondent sur la loi de 2007 que lorsque la loi de 1971 est appliquée, avec 38,29% de constats de discrimination. Enfin, les plaintes pour discrimination liée au sexe sans lien avec la grossesse ou la maternité sont beaucoup moins fréquentes (26 décisions sur 126) et connaissent un taux de succès plus bas, passant à 30,76 % de décisions positives (tableau n°3)¹⁶.

Tableau n°3 : Taux de succès des recours pour discrimination liée au genre – détail

Critère protégé	Constat de discrimination	Pas de constat de discrimination	Taux de succès	Total des occurrences
Grossesse/maternité – Loi 1971	35	29	54,68%	64
Grossesse/maternité – Loi genre 2007	18	29	38,29%	47
Sexe autre – Loi genre 2007	8	18	30,76%	26
Total	61	76	44,52%	137 ¹⁷

À noter également que si l'on évalue le taux de succès des recours pour l'ensemble des critères pris en compte en excluant les décisions basées sur la loi de 1971, on aboutit à une moyenne beaucoup plus basse, de 29,48% seulement (tableau n°4).

¹⁵ Dans certaines situations, les plaignantes ne peuvent bénéficier de la protection organisée par la loi de 1971, par exemple, parce qu'elles se situent en dehors de la période de protection ou parce qu'elles se plaignent d'avoir été discriminée en raison des suites d'une fausse couche ou après avoir entamé un traitement de fertilité mais avant d'être tombée enceinte. Elles ne peuvent alors invoquer que la loi genre de 2007, au risque de voir leur demande fondée sur la loi de 1971 déclarée irrecevable. Mais parfois, les deux lois peuvent être applicables à la même situation. Lorsque tel est le cas, certains cours et tribunaux, s'ils ont constaté une violation de la loi de 1971, estiment qu'il ne se justifie pas d'examiner aussi la demande relative à la loi genre de 2007.

¹⁶ Notre base de données comprend également 2 décisions, liées à la même affaire, dans laquelle le plaignant se dit discriminé parce que transgenre. En première instance comme en appel, cependant, le juge sursoit à statuer sur cet aspect du recours. Ces décisions n'ont donc pas été prises en compte dans le calcul du taux de succès.

¹⁷ Ce chiffre est supérieur au nombre total de décisions relatives au genre parce que dans certaines décisions, la loi de 1971 et la loi genre de 2007 sont invoquées simultanément. Ces décisions ont donc été prises en compte deux fois dans le calcul du taux de succès ou d'échec car la décision du juge peut être différente pour chaque loi. Pour la même raison, le taux de succès total diffère de celui indiqué plus haut pour le critère du genre pris globalement.

Tableau n°4 - Taux de succès moyen (tous critères confondus) selon que sont prises en compte ou non les décisions liées au genre et celles basées sur la loi de 1971

	Taux de succès moyens	Taux de succès sans la loi de 1971	Taux de succès sans le critère du genre
Taux de succès	35,18%	29,48%	23,27%

2. Taux de succès selon le type de discrimination alléguée

Nous avons pris en compte dans cette recherche les différentes formes de discrimination consacrées par le droit de l'Union européenne et la législation belge¹⁸ : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le refus d'accorder un aménagement raisonnable à un travailleur présentant un handicap, le harcèlement discriminatoire¹⁹ et les représailles suite à une plainte pour discrimination ou harcèlement²⁰.

La discrimination directe correspond à la vision la plus commune de ce qu'est une discrimination : c'est une distinction directe de traitement fondée sur un ou plusieurs critère(s) protégé(s) et qui ne peut être justifiée par l'une des causes de justification admises par la loi²¹. C'est le type de discrimination le plus souvent invoqué. Le taux de succès des recours dans lesquels un tel grief est soulevé se situe dans la moyenne générale (36,22% de décisions favorables). Le concept de discrimination indirecte vise quant à lui à saisir les mesures qui, bien que n'étant pas explicitement fondées sur un critère protégé, désavantagent en pratique les personnes présentant un tel critère (voy. aussi *infra* section II.3)²². Ce type de discrimination se révèle particulièrement difficile à faire reconnaître en justice : seules 11,32% des décisions relatives à des allégations de discrimination indirecte aboutissent à un constat de discrimination dans l'effectif étudié. Lorsqu'une discrimination est invoquée sans que la nature de celle-ci ne soit précisée, le taux de succès est également particulièrement faible (15,79%). Le contraste le plus franc concerne néanmoins les recours basés sur l'article 40 de la loi de 1971 pour

¹⁸ Au niveau fédéral belge, la législation générale sur la discrimination est répartie en trois lois : la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (dite « loi genre ») ; la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (dite « loi anti-racisme »), qui a été totalement refondue en 2007 et couvre les critères de la nationalité, d'une prétendue race, de la couleur de peau, de l'ascendance et de l'origine nationale ou ethnique et la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (dite « loi anti-discrimination »), qui porte sur tous les critères non visés par la loi genre et la loi anti-racisme. Les entités fédérées (Régions et Communautés) ont également adopté des législations interdisant la discrimination dans leurs domaines de compétence.

¹⁹ On vise par là les cas de harcèlement lié à un critère de discrimination. Les trois lois citées à la note précédente renvoient, pour ce qui concerne le harcèlement discriminatoire dans les relations de travail, à la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, à laquelle renvoient les lois anti-discrimination.

²⁰ La législation interdit aussi l'injonction de discriminer mais nous n'avons identifié aucune affaire dans laquelle cette forme de discrimination est invoquée.

²¹ Voy. par exemple l'article 4, 7°, de la loi anti-discrimination.

²² La loi définit la discrimination indirecte 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 un ou plusieurs des critères protégés », à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but ne soient appropriés et nécessaires. Cf. not. Art. 4, 7° et 8°, et art. 9 de la loi anti-discrimination.

discrimination liée à la grossesse à de la maternité, dont le taux de succès (54,68%) est plus de cinq fois supérieur à celui de la discrimination indirecte (11,32%). On notera que le taux de succès des plaintes pour refus d'aménagement raisonnable est également supérieur à la moyenne mais de façon moins prononcée (39,62% de décisions favorables).

Tableau n°6 : Taux de succès en fonction du type de discrimination invoqué

Type de discrimination	Constat de discrimination	Pas de constat de discrimination	Taux de succès	Total
Violation art. 40 Loi 1971	35	29	54,68%	64
Refus aménagement raisonnable	21	32	39,62%	53
Discrimination directe	46	81	36,22%	127
Représailles	7	13	35%	20
Harcèlement discriminatoire	6	13	31,57%	19
Pas précisé	9	48	15,79%	57
Discrimination indirecte	6	47	11,32%	53
Total	136	264	34,00%	400²³

3. Taux de succès selon l'objet du litige

Les discriminations que dénoncent les plaignants peuvent porter sur différents aspects de la relation de travail. Les plaintes portant sur un licenciement ou une autre forme de rupture de la relation de travail sont de loin les plus fréquentes : en première instance, près de trois quarts des recours (72,33%) comportent une allégation de discrimination liée à ce motif²⁴. Le deuxième type de litige le plus récurrent est le refus d'aménagement raisonnable en faveur d'un travailleur présentant un handicap – grief soulevé dans 16,50% des recours²⁵. Les demandes de reconnaissance d'une discrimination à l'embauche paraissent très peu nombreuses, au regard des constats des études sur les pratiques discriminatoires dans le recrutement : elles ne sont soulevées que dans 8,25% des décisions de première instance examinées²⁶. Suivent les plainte pour harcèlement lié à un critère de discrimination (6,80%), discrimination dans les conditions

²³ Ce chiffre est supérieur au nombre de décisions prises en compte (294) parce qu'une même décision peut concerner plusieurs griefs relatifs à différents types de discrimination.

²⁴ Pour évaluer ici la fréquence des différents types de litige, nous nous appuyons uniquement sur les décisions de première instance. La prise en compte des décisions d'appel introduirait en effet un biais : les affaires qui, dans notre corpus, incluent une décision de première instance et une d'appel seraient comptabilisées deux fois. En revanche, le tableau n°5, reproduit ci-dessous, qui indique le *taux de succès des recours*, prend en compte les décisions de première et de deuxième instance. En première instance, 149 décisions ont trait à une allégation de discrimination dans la rupture de la relation de travail, sur nombre total d'occurrences d'un type de litige de 248. Ce dernier chiffre est supérieur au nombre de décisions examinées (196 décisions de première instance) parce que certains recours portent sur plusieurs types de litige.

²⁵ Avec 34 occurrences en première instance.

²⁶ Avec 17 occurrences en première instance.

de travail ou l'avancement de carrière (5,33%) et représailles suite à une plainte pour harcèlement ou discrimination (5,33%)²⁷. Les recours pour inégalités salariales sont particulièrement peu nombreux, avec à peine 9 décisions de première instance portant sur ce thème. Soulignons que dans de nombreuses affaires, les plaignants se disent discriminés en lien avec plusieurs aspects de la relation de travail.

La ventilation des résultats en fonction de cette variable met là aussi en lumière des différences importantes. Les affaires de discrimination à l'embauche frappent par leur taux de succès particulièrement élevé, atteignant 64%. À l'opposé, les (rares) recours pour discrimination salariale se soldent tous par un échec pour le plaignant. Le taux de réussite des plaintes pour refus d'aménagement raisonnable est le deuxième plus élevé après les discriminations à l'embauche (39,62% de décisions favorables), suivi des cas de rupture de la relation de travail (35,40% de décisions favorables), harcèlement (35%), et discrimination dans les conditions de travail ou l'avancement de carrière (26,66%). Il convient cependant d'être attentif au fait qu'un nombre conséquent de plaintes pour licenciement discriminatoire (60 cas) se fondent sur l'article 40 de la loi de 1971 qui, on l'a déjà mentionné, organise un régime particulièrement protecteur sur le plan de la preuve en faveur des femmes enceintes ou ayant récemment accouché. Si l'on exclut ces 60 cas du décompte, le taux de réussite des plaintes pour rupture de la relation de travail baisse à 25,67%.

Tableau n°5 : taux de succès selon l'objet du litige (1^{ère} et 2^{ème} instance)

Type de litige	Constat de discrimination	Pas de constat de discrimination	Taux de succès	Total
Embauche	16	9	64,00%	25
Refus d'aménagement raisonnable	21	32	39,62%	53
Rupture relation de travail ²⁸	74	135	35,40%	209
Représailles	7	13	35%	20
Harcèlement discriminatoire	6	13	31,57%	19
Conditions de travail ou avancement de carrière	4	10	26,66%	15
Autres	2	7	22,22%	9
Rémunération	0	10	0,00%	10
Total	134	231	36,71%	365

²⁷ Avec respectivement 14, 11 et 11 occurrences en première instance.

²⁸ Cette catégorie n'inclut pas les cas dans lesquels le plaignant allègue avoir été licencié en représailles suite à une plainte pour discrimination ou pour harcèlement. Ces situations ont été comptabilisées dans la catégorie « représailles », laquelle vise les cas où le plaignant se dit victime d'un traitement préjudiciable en raison d'une plainte pour discrimination ou harcèlement discriminatoire qu'il a soumise auprès d'une institution.

4. Taux de succès selon la présence ou non d'un « organisme égalité » à l'instance

La Belgique compte, au niveau fédéral, deux organismes de promotion de l'égalité : Unia, compétent pour tous les critères mentionnés dans la législation, à l'exception du genre et de la langue²⁹, et l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes (IEFH), chargé de veiller à la mise en œuvre de la législation interdisant la discrimination entre les femmes et les hommes. Ces deux organismes sont habilités, lorsqu'ils l'estiment pertinent, à introduire des actions en justice au nom ou aux côtés de la victime présumée d'une discrimination.

Le type de plaignant·e constitue un quatrième facteur-clef de variation des taux de succès : nos données indiquent sans équivoque qu'il existe une corrélation forte entre la participation de l'un de ces organismes, particulièrement Unia, à l'instance et un taux de succès élevé des recours. Le taux de succès grimpe en effet à 68,75% des décisions lorsque le plaignant bénéficie de la participation d'Unia à la cause, et à 42,86% lorsque l'IEFH est impliquée dans l'affaire.

Tableau 7 : taux de succès en fonction du type de plaignant·e

Type de requérant	Constat de discrimination	Pas de constat de discrimination	Taux de succès	Total
Victime et Unia	11	5	68,75%	16
Victime et IEFH	12	16	42,86%	28
Victime(s)	61	149	29,04%	210
Total	84	170	31,81%	264

II. Disparités de taux de succès et d'échec des recours : trois facteurs explicatifs

Comment expliquer les variations de taux de succès des recours pour discrimination mises en lumière par notre analyse statistique ? L'examen du contenu des décisions, complétée par les entretiens menés avec des professionnels du droit, nous a conduits à identifier trois ensembles de facteurs qui permettent d'expliquer l'incidence des différentes variables examinées – critère de discrimination allégué, type de discrimination, objet du litige et parties à l'instance – sur les chances des plaignants en discrimination d'obtenir gain de cause. Nous examinerons tour à tour le rôle joué par des caractéristiques factuelles liées à certaines de ces variables (II.1), celui joué par les différences tenant au droit applicable aux diverses situations dénoncées en justice (II.2) et l'impact des divergences d'interprétation du droit anti-discrimination par les juges (II.3).

II.1. L'impact des caractéristiques du litige : les enjeux de preuve et d'expertise

Les spécialistes du droit anti-discrimination observent de façon récurrente qu'apporter la preuve en justice d'une discrimination reste souvent ardu pour les plaignants. Notre analyse systématique de contenu des décisions, réalisé à l'aide du logiciel NVivo, confirme cette observation : le manque de preuve se révèle, dans notre corpus, le motif le plus fréquemment

²⁹ Jusqu'en 2023, Unia était compétent dans les domaines relevant de l'État fédéral et de toutes les entités fédérées. Depuis lors, la Région et la Communauté flamandes ont mis fin à leur collaboration avec Unia.

cité par les juges pour rejeter une demande en discrimination. Il fonde 62,82% des décisions se soldant par un échec pour le plaignant.

La preuve demeure donc un enjeu de taille dans le contentieux de la discrimination et ce, malgré le fait que la réforme du droit anti-discrimination du début des années 2000 ait visé à faciliter la tâche des plaignants en instaurant un mécanisme de partage de la charge de la preuve. Alors qu'en règle, dans les procédures civiles, la preuve des faits allégués repose entièrement sur le requérant, le droit anti-discrimination prévoit un mécanisme qui tend à partager la charge de la preuve entre les parties à travers un système de présomption. Selon ce dispositif, lorsqu'un plaignant établit des faits qui, sans établir avec certitude un traitement discriminatoire, permettent de *présumer* une discrimination, la charge de la preuve se déplace vers le défendeur auquel il appartient de prouver qu'il n'y a pas discrimination³⁰.

Or, notre analyse de contenu des décisions nous a permis de constater une corrélation entre la nature du critère protégé invoqué et le mode de preuve – plus ou moins solide – dont disposent les plaignants (II.1.1.). Nous avons également observé une corrélation similaire entre l'objet du litige et les modalités probatoires (II.1.2.). Compte tenu de l'importance de l'enjeu de la preuve dans les affaires de discrimination, ce lien peut contribuer à expliquer certaines des variations constatées dans les taux de succès.

Par ailleurs, le taux de réussite nettement plus élevé des actions auxquelles un organisme de promotion de l'égalité est partie renvoie notamment, de façon plus évidente, à des enjeux d'expertise (II.1.3.).

II.1.1. L'interaction entre les critères protégés et les modalités de preuve

Afin de mieux comprendre les difficultés éprouvées par les plaignants à prouver une discrimination, nous avons, dans le cadre de notre analyse de contenu, pour toutes les décisions relatives à une allégation de discrimination directe ou indirecte, systématiquement relevé les types de preuves dont disposaient les plaignants dans les différentes affaires. Nous avons opéré une distinction entre deux catégories de preuve que nous avons qualifiées d'*explicites* et d'*implicites*. Par *preuve explicite*, nous visons les éléments qui indiquent de façon explicite que le traitement dénoncé se fonde sur un critère prohibé. Il peut s'agir d'un document écrit (tel qu'une lettre de licenciement, un contrat ou un règlement de travail), de l'enregistrement d'une conversation, d'un témoignage, d'un rapport d'enquête d'une instance officielle ou de faits reconnus par le défendeur. Par *preuves implicites*, nous entendons des faits établis mis en avant par le plaignant dont il soutient qu'on peut *déduire* que la mesure contestée est liée au critère protégé et qu'ils permettent à tout le moins d'établir une présomption de discrimination. Elles peuvent consister notamment en un faisceau d'indices (c'est le cas le plus fréquent) ou en un élément unique censé démontrer le caractère suspect de la mesure, par exemple, dans le cas des recours alléguant une discrimination indirecte en raison d'une interdiction du port de signes religieux, le fait que la pratique consistant pour les femmes à revêtir un foulard soit propre à la religion musulmane. Les données statistiques constituent un autre exemple de preuve implicite : elles peuvent être invoquées en particulier pour démontrer qu'une mesure désavantage en pratique de façon disproportionnée un groupe protégé, tel que les femmes ou les personnes de plus de d'un certain âge.

³⁰ Voy. not. l'art. 28, §1^{er}, de la loi anti-discrimination. Cette règle a été établie par le droit de l'Union européenne.

Nous avons ensuite évalué l'incidence du type de preuve invoqué sur l'issue des recours³¹. Celle-ci apparaît très nette : parmi les décisions dans lesquelles une preuve *explicite* est invoquée, 9,67% d'entre elles débouchent sur un constat de manque de preuve de la part des juges³². En revanche, 75,40% des décisions faisant référence à une preuve *implicite* se soldent par un échec motivé par l'insuffisance des éléments probatoires³³.

Or, l'examen des décisions révèle que la mise en avant d'une preuve explicite plutôt qu'implicite par le plaignant est plus fréquente lorsque certains critères protégés, plutôt que d'autres, sont en jeu. Pour trois types de critère, dans une majorité des décisions portant sur une discrimination directe potentielle, il apparaît qu'une preuve explicite a été produite par le plaignant : le handicap (70,27 % des décisions pertinentes (26 décisions sur un total de 37)), l'âge (67,74 % (21 cas sur 31)) et la conviction religieuse (58,33 %, (7 cas sur 12)). En revanche, on ne trouve mention d'une preuve explicite dans presque aucune décision relative à l'origine (2 décisions liées à la même affaire, sur un total de 11 décisions) et dans une minorité de décisions relatives à des discriminations fondées sur le genre (9 sur 36, soit 25 %)³⁴.

Ces constats permettent de poser l'hypothèse que le taux de succès particulièrement bas des recours pour discrimination liée à l'origine (20,83% de décisions favorables) – comparé à celui des actions pour discrimination fondée sur l'âge (25,53% de décisions favorables) et surtout sur le handicap (34,48% de décisions favorables) – a partie liée avec la rareté des situations dans lesquelles les victimes potentielles sont en mesure de s'appuyer sur une preuve explicite du lien entre le traitement subi et leur origine raciale ou ethnique. Cet état de fait pourrait également contribuer à expliquer le faible nombre de recours en la matière : en première instance, à peine 6,45% des allégations de discrimination identifiées ont trait au critère de l'origine. Ce résultat, de même que le faible taux de succès de ces recours, contraste avec l'importance des discriminations liées à l'origine constatées à travers des études empiriques comme celles fondées sur des tests de situation³⁵. On peut supposer que de nombreuses personnes confrontées à une possible discrimination liée à leur origine renoncent à agir en justice faute d'éléments probatoires suffisamment tangibles.

Il est notable que les deux critères pour lesquels les preuves explicites sont les moins fréquentes sont ceux à propos desquels l'interdiction de discriminer est la plus ancienne : les premières lois prohibant la discrimination liée au sexe et à l'origine en Belgique datent respectivement de 1978³⁶ et de 1981³⁷. En revanche, l'interdiction de discriminer à raison de la conviction, du

³¹ Pour un exposé plus complet de nos analyses de la question de la preuve, voy. notre article : J. Ringelheim, O. Struelens et J. Vrieling, « L'enjeu de la preuve dans le contentieux de la discrimination au travail : une analyse systématique de cinq années de jurisprudence des juridictions du travail », à paraître dans la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*.

³² À noter que ce chiffre n'équivaut pas au taux de succès de ces affaires : parmi les décisions faisant référence à une preuve explicite invoquée par le plaignant, 50% se soldent par une issue favorable au plaignant (31 sur 62). Mais lorsque la décision est défavorable, dans 6 cas seulement, l'échec est motivé par un manque de preuve.

³³ À noter que le taux d'échec global des plaignants s'appuyant sur une preuve implicite est de 86,88 % (53 décisions sur 61). Dans 7 décisions, cet échec est motivé par les juges par un autre facteur que le manque de preuve.

³⁴ Notons que dans 5 décisions, les plaignants alléguaient une discrimination liées à plusieurs critères de discrimination. Lorsqu'un même élément de preuve – qu'il soit explicite ou implicite – concernait les différents critères en jeu, il a été pris en compte pour le calcul des types de preuve liés à chacun de ces critères.

³⁵ [Ajouter références].

³⁶ Titre V de la Loi du 4 août 1978 sur la réorientation économique.

³⁷ Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

handicap ou de l'âge n'a été introduite dans la législation fédérale belge qu'en 2003³⁸. On peut supposer qu'en raison de son antériorité, l'illégalité de la discrimination liée à l'origine et au sexe est mieux connue des employeurs qui sont donc particulièrement attentifs à ne pas divulguer la motivation de leur décision lorsque celle-ci est liée à une telle caractéristique.

Un autre facteur pouvant contribuer à expliquer ces variations tient aux spécificités des usages sociaux se rapportant aux différents motifs de discrimination. L'âge, bien qu'inclus dans la liste des critères protégés, reste un fondement de distinction considéré comme légitime dans de nombreuses politiques publiques, comme l'organisation du régime des retraites ou l'octroi de certaines aides à l'emploi. Le handicap, lorsqu'il se traduit par des restrictions des capacités physiques ou psychiques d'un individu, peut avoir des répercussions sur la façon dont un travailleur s'acquitte de ses missions et, à ce titre, faire l'objet de discussions dans le cadre des relations de travail. La conviction religieuse peut susciter des situations comparables lorsque la pratique d'un culte interfère avec les obligations professionnelles d'un travailleur, comme dans le cas d'un chauffeur de confession musulmane qui demande à être dispensé de transporter de l'alcool. Pour ces différentes raisons, on peut supposer que la prise en compte des critères de l'âge, du handicap et à certains égards de la conviction religieuse, n'est pas frappée du même sceau d'illégitimité aux yeux des employeurs que celle de l'origine ou du sexe. De façon significative, la seule affaire de notre échantillon dans laquelle un plaignant se disant discriminé en raison de son origine peut se prévaloir d'une preuve explicite porte sur un cas dans lequel un courrier électronique lui a été envoyé *par erreur* : « encore un de ces noms étrangers », écrit la responsable d'une entreprise à propos de la candidature du plaignant à un emploi, avant d'enjoindre à son employé de la refuser³⁹.

À l'inverse, dans les affaires relatives au handicap, une proportion élevée de plaignants fait état d'un écrit révélant le lien entre le traitement dénoncé et l'affection physique ou psychique qu'ils présentent (26 sur 37). Dans de nombreux cas, il s'agit d'une lettre de licenciement dans laquelle la rupture du contrat de travail est justifiée soit par des absences répétées pour raisons médicales, soit par l'incapacité du travailleur, selon l'employeur, d'exercer l'emploi pour lequel il a été engagé ou un autre poste dans l'entreprise en raison d'un handicap physique ou psychique⁴⁰.

En matière d'âge, le traitement dénoncé est le plus souvent lié à une limite d'âge fixée par la loi, par contrat ou par le règlement de l'organisation concernée, comme l'âge maximal des médecins pouvant exercer dans un hôpital. Dans quelques affaires, cependant, l'employeur, dans sa lettre de refus d'une candidature à un emploi, cite expressément l'âge du candidat comme motif de rejet. Un cas jugé par le tribunal du travail de Gand est particulièrement parlant. L'entreprise avait répondu à un homme qui postulait à un poste de vendeur de cuisines : « vous avez le profil parfait, si ce n'est votre âge »⁴¹.

En revanche, dans le cas des recours pour discrimination liée à la conviction religieuse, bien que les décisions indiquant une preuve explicite sont majoritaires, le taux de succès est extrêmement faible (10,53% de décisions favorables). Au sein de notre corpus, toutes les

³⁸ 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 loi a été abrogée en 2007 par la loi anti-discrimination.

³⁹ Trib. trav. Turnhout, 11 septembre 2017, et Cour du travail d'Anvers, 16 janvier 2019, RG n°2017/AA/581 et 582.

⁴⁰ Dans quatre décisions, c'est à propos d'un refus d'embauche que le plaignant produit un écrit attestant du lien entre le traitement dénoncé et son handicap.

⁴¹ Trib. trav. Gand, 2 mai 2016.

affaires liées à ce critère dans lesquelles une preuve explicite est invoquée concernent une interdiction du port de signes religieux, qui est soit inscrite dans le règlement de travail, soit reconnue par l'employeur durant la procédure. À une exception près, toutes ces décisions se soldent par un échec pour la plaignante, lequel n'est pas motivé par un manque de preuve mais par le fait qu'aux yeux des juges, un motif de justification est rencontré.

Le caractère minoritaire des preuves explicites dans les affaires liées au genre ne semble pas non plus avoir d'incidence sur le taux de succès, qui est, comme on l'a vu, nettement plus élevé que la moyenne. Ce constat tient tout d'abord au fait, déjà souligné, qu'une large partie de ces recours s'appuient sur l'article 40 de la loi de 1971 sur le travail. En vertu de celui-ci, il suffit, pour établir une présomption de discrimination, que la plaignante établisse qu'elle a informé son employeur de sa grossesse et qu'elle a été licenciée durant la période de protection fixée par la loi. En outre, une part importante des recours fondés sur la loi genre de 2007 concernent également une discrimination liée à la grossesse ou à la maternité. Or, ce motif a ceci de particulier qu'il émerge à un moment déterminé dans le temps, permettant de comparer l'attitude de l'employeur avant et après avoir eu connaissance de cette situation. Quoique constituant une preuve implicite et non explicite, cet aspect chronologique facilite, dans un certain nombre de cas, la mise en lumière d'un lien entre le traitement dénoncé et la caractéristique en cause.

II.1.2. L'interaction entre l'objet du litige et les modalités de preuve

L'incidence du type de preuve auxquelles ont accès les plaignants peut également contribuer à expliquer certaines variations de taux de succès en fonction de l'objet du litige.

Dans les affaires relatives à un refus allégué d'aménagement raisonnable, lesquelles connaissent un taux de succès supérieur à la moyenne (39,62% de décisions favorables), la preuve de l'existence d'une demande d'aménagement apparaît rarement problématique. Les plaignants présentent généralement des rapports ou courriers du médecin du travail attestant des troubles physiques ou psychiques dont ils souffrent et comportant des demandes d'ajustement. De même, le refus opposé par l'employeur ressort souvent d'un document écrit ou n'est pas contesté par ce dernier. Dans ces affaires, la question centrale en jeu porte généralement soit sur la question de savoir si le plaignant est bien atteint d'un handicap, soit sur le caractère justifié ou non du refus, plutôt que sur la preuve des faits dénoncés.

Plus surprenant, on observe dans le contentieux de la discrimination à l'embauche une surreprésentation des cas dans lesquels le plaignant s'appuie sur une preuve explicite. Elle consiste le plus souvent en un écrit, par exemple, une lettre de rejet de candidature faisant référence à l'âge, au sexe ou encore au handicap du candidat. De fait, la totalité des décisions se soldant par un succès pour le plaignant en matière d'embauche, renvoient à une preuve de ce type. Ce constat éclaire le taux de succès particulièrement élevé (64% de décisions favorables) des recours portant sur une discrimination dans le recrutement. Indirectement, il apporte également un éclairage sur l'une des causes probables du très faible nombre de recours en justice pour ce motif (8,25% des décisions de première instance). Il est rare en effet qu'une personne, qui n'a eu d'autre contact avec un employeur que l'envoi d'une candidature pour un poste ou le passage d'un entretien d'embauche, dispose d'éléments solides permettant d'établir une discrimination dans un processus de recrutement. À l'inverse, un travailleur licencié au terme d'une relation de travail qui s'est étendue dans la durée, est plus susceptible de disposer de documents ou de témoignages – explicites ou implicites – permettant d'appuyer une allégation de discrimination. On peut donc faire l'hypothèse que joue là aussi un effet de

sélection : les personnes qui pensent avoir été discriminées à l'embauche n'iraient en justice, pour la plupart d'entre elles, que lorsqu'elles ont un dossier très solide. Il est probable que cet effet de sélection est renforcé par une différence de motivation : plusieurs des avocats que nous avons interrogés font observer que la perte d'un emploi est vécue beaucoup plus douloureusement par les individus que le rejet d'une candidature à un poste, ce qui influencerait la détermination à se lancer dans une procédure en justice. En outre, à la différence des personnes confrontées à un non-recrutement, les individus qui entendent contester un licenciement disposent généralement de plusieurs fondements juridiques possibles, la discrimination étant souvent invoquée conjointement à d'autres griefs dans ce type d'affaires, augmentant la probabilité d'obtenir gain de cause sur un point au moins. [cf. Ajouter référence entretiens].

II.1.3. L'enjeu de la participation d'un « organisme égalité » à l'instance

La différence entre le taux de succès des recours auxquels Unia ou l'IEFH est partie et celui des actions portées uniquement par une ou plusieurs victimes présumées est particulièrement significative : 68,75% et 42,86% de décisions favorables contre 29,04%.

Ce résultat s'explique certes en partie par la sélection opérée par ces deux organismes : ceux-ci ne s'engagent dans une procédure en justice que lorsqu'ils estiment que le dossier présente des chances suffisantes de succès. La vaste majorité des recours sont introduits par des victimes agissant seules : les décisions portant sur une affaire à laquelle Unia et l'IEFH est partie ne représentent respectivement que 6% et 10,60% de l'ensemble de la jurisprudence identifiée.

Mais ce taux de succès élevé peut aussi être attribué pour partie à l'expertise toute particulière dont disposent ces organismes et qu'ils peuvent mettre au service des causes qu'ils décident de porter en justice. Cette expertise ne tient pas seulement à leur maîtrise formelle du droit. La longue expérience du contentieux qu'ils ont accumulée leur a permis de nouer des liens privilégiés avec des avocats spécialisés et d'acquérir une connaissance étroite des codes et des habitudes du monde judiciaire en lien avec la problématique des discriminations, ce qui leur permet de construire des stratégies et d'anticiper certaines difficultés. Ces qualités de « *repeat player* » (joueur répété), selon la notion forgée par le sociologue du droit américain Marc Galanter⁴², accroissent leurs chances de succès en justice.

[Ajouter références aux entretiens avec Unia, l'IEFH et les juges].

II.2. L'impact du droit [à compléter]

Le droit de la non-discrimination est un ensemble de normes multiples et complexes. La loi reconnaît plusieurs catégories de discrimination. Des règles de preuve spécifiques s'appliquent également à certains types de discrimination (II.2.1.). Des causes de justification différentes sont susceptibles de justifier une distinction de traitement selon qu'elle est directe ou indirecte, le critère protégé en jeu et le domaine concerné (relations de travail, accès aux biens et services, etc.) (II.2.2). Notre analyse de contenu démontre que ces différences ont un impact sur l'issue des recours. À plusieurs égards, il apparaît que le caractère plus ou moins strict des normes énoncées influe sur l'issue des recours. En outre, s'agissant de normes issues du droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne est chargée d'assurer l'uniformité de

⁴² M. Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, 1974, vol. 9, no. 1, p. 95-160.

l'interprétation de ce droit. Notre étude montre que la jurisprudence de cette Cour est largement prise en compte par les juges nationaux. Lorsqu'elle conforte les règles de non-discrimination par des normes interprétatives précises et circonstanciées, elle contribue à augmenter les chances de succès des plaignants.

II.2.1. *L'impact des règles de preuve*

La législation anti-discrimination générale prévoit, on l'a vu, un mécanisme de partage de la charge de la preuve. En vertu de celui-ci, dès lors lorsqu'un plaignant « invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur un ou plusieurs des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination »⁴³. Cette disposition laisse cependant ouverte la question de savoir comment déterminer si un fait est de nature à faire présumer une discrimination. Malgré les exemples fournis par la loi, elle est souvent l'enjeu de débat dans le contentieux.

Comparé à ce dispositif, l'article 40 de la loi de 1971 sur le travail établit un régime sensiblement plus favorable au plaignant sur le plan de la preuve. Il prévoit que dès lors qu'une travailleuse établit qu'elle a été licenciée pendant la période légale de protection et qu'elle avait informé son employeur de sa grossesse, le licenciement est présumé être motivé par sa grossesse ou sa maternité. Il appartient à l'employeur de démontrer qu'il se fonde en réalité sur un autre motif. Or, le taux de succès des recours fondés sur la loi de 1971 est nettement plus élevé que ceux fondés sur la législation anti-discrimination générale.

II.2.2. *L'impact de la définition des motifs de justification*

Les motifs admis par la loi comme pouvant justifier une distinction directe ou indirecte de traitement varient en fonction de plusieurs critères. Dans le cas d'une distinction indirecte de traitement, un seul type de justification est d'application : pour qu'une mesure susceptible de générer un désavantage particulier pour les membres d'un groupe protégé ne soit pas considérée comme une discrimination, il doit être établi que celle-ci est objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. Cette justification est également admise comme pouvant légitimer une distinction directe de traitement fondée sur l'âge dans les relations de travail⁴⁴.

Dans l'hypothèse d'une distinction directe dans les relations de travail liée aux critères du sexe, de l'origine, du handicap ou de l'orientation sexuelle, en revanche, la personne accusée devra, pour échapper à une condamnation pour discrimination, prouver que la mesure se justifie par « une exigence professionnelle essentielle et déterminante »⁴⁵.

Cette deuxième cause de justification est définie par la loi de façon beaucoup plus stricte que la première. Les résultats de notre analyse de contenu de la jurisprudence semblent indiquer que ces différences ont un impact sur la jurisprudence. Les décisions dans lesquelles des juges ont conclu qu'il y avait objectif légitime mis en œuvre par des moyens appropriés et nécessaires

⁴³ Cf. not. art. 28, § 1, de la loi anti-discrimination.

⁴⁴ Art. 12, § 1 de la loi anti-discrimination.

⁴⁵ Aux termes de la législation, il ne peut être question d'une telle exigence que lorsque « une caractéristique déterminée liée [à un handicap] est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci. » (art. 8, § 2 de la loi anti-discrimination).

sont deux fois plus nombreuses (au nombre de dix⁴⁶) que celles dans lesquelles ils ont estimé qu'une mesure se justifiait par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (au nombre de cinq). Soulignons que les décisions dans lesquelles une telle exigence a été considérée comme établie par les juges concernent, pour quatre d'entre elles, une allégation de discrimination liée au handicap et, dans un cas, à l'âge. Dans tous ces cas, ce sont des aptitudes physiques ou intellectuelles qui ont été considérées comme constitutives d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

II.2.3. *L'impact de la jurisprudence de la Cour de justice*

- La définition du handicap

Le droit anti-discrimination envisage la notion de handicap de façon plus large qu'elle n'était entendue traditionnellement en droit belge, adoptant une conception sociale, plutôt que médicale, du handicap. La définition ancienne du handicap demeure toutefois celle prise en compte par la législation sur la société sociale, qui accorde des allocations spécifiques aux personnes handicapées.

Les juges se trouvent donc confrontés, dans les affaires de discrimination, à des personnes qui se disent handicapées alors qu'elles ne seraient pas considérées comme telles au regard de la vision traditionnelle de ce concept. Il est très fréquent dans ces affaires que la partie adverse conteste que le plaignant soit réellement atteint d'un handicap. Les magistrats qui ne sont pas familiers du droit anti-discrimination pourraient avoir tendance à écarter ces demandes.

La CJUE, à travers plusieurs arrêts, a apporté des précisions importantes sur la notion de handicap. S'appuyant notamment sur la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées, elle donne à cette notion une portée large. Or, on constate que dans la majorité de ces affaires, les juges s'appuient sur cette jurisprudence pour déterminer comment appréhender la notion de handicap, ce qui les conduit, dans bien des cas, à écarter les arguments du défendeur basés sur une conception traditionnelle du handicap [Ajouter exemples].

- La discrimination de genre

- Contre-exemple : l'interdiction du port de signes religieux au travail

II.3. *L'impact du juge*

Le droit de la non-discrimination est étroitement lié au concept d'égalité, un principe tant politique que juridique qui est au cœur de l'idéal de justice sur lequel repose les démocraties contemporaines. Si le caractère central de ce principe d'égalité en tant que norme démocratique est largement accepté, la question de ses implications concrètes suscite de vives discussions en théorie politique comme dans le débat public. Certaines des problématiques soulevées dans le cadre des procédures judiciaires pour discrimination font écho à ces débats. Les arguments échangés par les parties renvoient parfois à « des standards moraux », des « grammaires du juste ou de l'injuste » mobilisés, de façon explicite ou implicite, pour appuyer leurs positions respectives⁴⁷. De même, les raisonnements des juges, les choix qu'ils posent dans

⁴⁶ Cinq de ces affaires concernent une allégation de discrimination indirecte résultant de l'interdiction du port de signes religieux sur le lieu de travail ; l'une sur le refus d'un chauffeur de transporter une cargaison d'alcool pour motif religieux et quatre portent sur des distinctions directes liées à l'âge.

⁴⁷ Voy. V.-A. Chappe, *op. cit.*, p. 15-16.

l'interprétation du droit, traduisent parfois des positionnements sur le sens des notions d'égalité et de justice. Or, dans certains cas, les prises de position de certains juges peuvent se révéler en porte-à-faux par rapport à l'orientation que les auteurs des textes législatifs ont voulu donner aux lois anti-discrimination. On constate ainsi des résistances d'une partie des magistrats à l'encontre de la conception de l'égalité qui sous-tend la notion de discrimination indirecte (II.3.1.). Une deuxième thématique qui soulève un conflit entre plusieurs conceptions de la justice réside dans l'appréhension des cas de licenciement d'un travailleur pour cause d'absences répétées motivées par des raisons médicales (II.3.2.).

II.3.1. Résistances envers la notion de discrimination indirecte

Notre analyse statistique révèle un taux de succès particulièrement faible des recours pour discrimination indirecte, avec à peine 11,32% de décisions favorables. L'analyse de contenu des décisions révèle que ce résultat s'explique en partie par une difficulté, pour certains magistrats, à appréhender ce concept⁴⁸. Cette difficulté doit se comprendre au regard de l'évolution qui a conduit à la consécration de cette notion par le droit. Historiquement, la discrimination a d'abord été comprise comme visant uniquement le fait de traiter une personne de façon *différente*, et moins favorable, d'une autre, en raison d'un critère protégé – ce qu'on qualifie désormais de discrimination directe. Aujourd'hui encore, c'est ainsi que la notion de discrimination reste généralement perçue par les non-spécialistes. La discrimination indirecte s'écarte de cette vision en postulant qu'un traitement *identique* peut, dans certains contextes, générer une inégalité. Elle requiert de ne pas s'arrêter au contenu ou à la formulation de la mesure, règle ou pratique en cause, mais de prendre en compte ses *effets*. Autre source de complexité, la discrimination indirecte suppose de passer du plan individuel au niveau collectif. Pour constituer une telle discrimination, la mesure doit être susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les personnes caractérisées par un critère protégé. Pour identifier ce désavantage, il convient de ne pas s'en tenir à la situation du seul plaignant, mais de prendre en compte l'impact de la mesure sur l'ensemble des personnes présentant le critère en jeu, en le comparant à ses effets sur les autres individus. Pour qu'il y ait désavantage particulier, cependant, il n'est pas requis de démontrer que *tous* les membres du groupe protégé sont pénalisés par la mesure mais un *nombre significativement plus élevé* d'entre eux comparé au reste de la population.

Les motifs invoqués dans certaines décisions pour rejeter le grief de discrimination indirecte suggère une réticence de certains juges à accepter l'idée que l'égalité puisse aller au-delà de l'exigence d'un traitement identique. Dans plusieurs cas, alors que le plaignant allègue une discrimination indirecte, il lui est reproché de ne pas avoir prouvé qu'il ou elle avait été traité *différemment* d'autres travailleurs. Un jugement de 2017 du tribunal du travail francophone de Bruxelles en fournit une illustration. Une femme, représentante de commerce et travaillant à temps partiel, avait été licenciée en raison de résultats de vente jugés insuffisants. Elle dénonçait le fait que des objectifs de vente identiques étaient assignés aux travailleurs à temps plein et à temps partiel. Soulignant que les femmes étaient nettement plus nombreuses que les hommes à travailler à temps partiel, elle se disait victime de discrimination indirecte. Le tribunal lui répond qu'il ne peut être question de discrimination fondée sur le sexe dans la mesure où les travailleurs

⁴⁸ Pour une discussion approfondie des questions soulevées par la notion de discrimination indirecte, voy. H. Collins and T. Khaitan (eds), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford and Portland, Bloomsbury, 2018.

masculins et féminins sont traités de manière identique par l'entreprise, tous les travailleurs ayant réduit leur temps de travail se voyant imposer des objectifs de vente similaires⁴⁹.

Dans une autre affaire, une travailleuse licenciée alors qu'elle avait réduit son temps de travail pour prendre soin d'un enfant de moins de 8 ans, utilisant le mécanisme dit du « crédit-temps », dénonçait les conséquences défavorables de ce statut sur le calcul de son indemnité de préavis. Elle se disait discriminée à raison de son sexe, citant à l'appui des statistiques selon lesquelles les demandes de crédit-temps émanent très majoritairement de femmes. La Cour du travail de Mons affirme cependant qu'il ne peut y avoir discrimination dans ce cas de figure puisque « tant les hommes que les femmes peuvent avoir recours au système du crédit-temps » et que « les règles sont les mêmes pour les deux catégories. »⁵⁰. Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation, qui pointe une application incorrecte de la notion de discrimination indirecte⁵¹.

La Cour du travail de Mons, comme le tribunal du travail de Bruxelles dans l'affaire précédente, semblent ne pas concevoir qu'un traitement identique puisse générer une discrimination. En rejetant la demande au motif que les règles appliquées sont identiques pour les hommes et les femmes, ils refusent d'avoir égard à l'impact de la mesure en termes de genre. Ils méconnaissent ainsi le sens même de la discrimination indirecte.

Un autre facteur contribue au faible taux de succès des recours pour discrimination indirecte : on observe une réticence des juges à prendre en compte des données statistiques à titre de preuve d'une discrimination potentielle. Les statistiques constituent pourtant, dans de nombreux cas, un instrument-clé pour démontrer qu'une mesure en apparence neutre génère en pratique un désavantage pour les femmes ou d'autres groupes protégés. Dans notre corpus, sur les 6 décisions dans lesquelles des données statistiques étaient en jeu, aucune ne leur reconnaît de valeur probante. Certaines décisions nient la pertinence même de données statistique en tant qu'élément probatoire d'une discrimination potentielle. À une femme qui soutenait avoir été licenciée parce qu'elle avait demandé la prolongation de son congé parental à mi-temps et qui alléguait une discrimination indirecte à raison du sexe en invoquant des données statistiques montrant que les femmes étaient nettement plus nombreuses que les hommes à solliciter un tel congé, le tribunal du travail du Hainaut répond que :

« le fait que, selon les statistiques générales, il existerait une surreprésentation des femmes parmi les travailleurs bénéficiant d'un congé parental, ne suffit pas à démontrer qu'un licenciement qui a pu être influencé par l'exercice d'un tel congé par une travailleuse constituerait en lui-même la démonstration d'une discrimination fondée sur le sexe. »⁵².

Dans d'autres cas, les juges ne rejettent pas le principe de la preuve par statistiques mais estiment que les chiffres produits ne sont pas adéquats pour établir un désavantage particulier.

⁴⁹ Trib. trav. fr. Bruxelles, 4 septembre 2017 (RG n°15/12774/A). Le tribunal ignore la jurisprudence de la Cour de justice qui a établi, dès la fin des années 1980, que lorsqu'un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes travaillent à temps partiel, le fait de traiter moins favorablement les travailleurs à temps partiels crée une discrimination fondée sur le sexe, à moins que cette mesure ne puisse être justifiée par des facteurs objectifs excluant toute discrimination (cf. not. C.J.U.E., arrêt *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 13 octobre 1986, aff. C-170/84, point 29 et C.J.U.E., arrêt *Helga Nimz*, 7 février 1991, aff. C-184/89, point 12).

⁵⁰ Cour trav. Mons, 23 novembre 2018 (RG n°201/AM/364). Cet arrêt confirme, sur la base des mêmes arguments, le jugement du tribunal du travail du Hainaut (div. Charleroi) du 29 juin 2017, RG n°15/4769/A).

⁵¹ C. cass., arrêt du 22 juin 2020, n°s.19.0031.F., *P.S. et Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes c. Ogeda*.

⁵² Trib. trav. Hainaut (div. Charleroi), 23 janvier 2017 (RG n°15/4556/A).

Mais les raisons avancées pour considérer comme non pertinents les chiffres cités par certains plaignants sont parfois contestables. Dans une affaire tranchée par le tribunal du travail néerlandophone de Bruxelles, une femme se plaignait des conséquences négatives de la prise d'un congé parental sur le calcul de ses jours de congé annuel. Elle se disait victime de discrimination indirecte liée au sexe, citant des statistiques selon lesquelles environ deux tiers des travailleurs prenant un tel congé étaient des femmes. Le tribunal estime néanmoins que ces statistiques ne suffisent pas à établir un désavantage particulier au détriment des femmes car le nombre d'hommes prenant un congé parental aurait augmenté au cours des quinze dernières années et que, les conditions d'accès à ce congé ayant été assouplies, il faudrait s'attendre à ce que cette augmentation se poursuive dans les années à venir⁵³. Le tribunal écarte ainsi des statistiques reflétant la situation prévalant au moment où les faits se sont produits, au nom d'une hypothétique évolution des pratiques dans l'avenir⁵⁴.

Cette jurisprudence négative en matière de discrimination indirecte témoigne également d'une difficulté de certains juges à reconnaître et prendre en compte des inégalités structurelles entre les genres qui perdurent dans les faits, bien que les femmes et les hommes soient reconnus comme égaux par le droit. Le désavantage particulier qu'une mesure peut générer au détriment des femmes procède dans certains cas du fait que la disposition en cause renforce une inégalité préexistante, produite par les pratiques sociales. En particulier, la persistance d'une répartition inégale des tâches familiales et domestiques au sein des couples explique qu'un nombre plus important de femmes que d'hommes réduisent leur temps de travail ou suspendent temporairement leur activité professionnelle pour raisons familiales⁵⁵. Les mesures qui défavorisent les travailleurs à temps partiel ou en congé parental pénalisent dès lors tout particulièrement les femmes, creusant ainsi un peu plus les inégalités de genre. Cette réalité est ignorée par la Cour du travail de Mons dans l'arrêt précité. Celle-ci déclare que la décision de la plaignante de réduire son temps de travail relevait de sa vie privée et qu'elle « aurait pu convenir avec son mari (...) que celui-ci prenne sa part de responsabilité dans l'éducation de leur enfant ». Elle renvoie ainsi la problématique dénoncée par la plaignante à une question de choix individuel, ignorant les dynamiques sociales et les contraintes structurelles qui font que les femmes sont plus souvent que les hommes amenées à sacrifier leur carrière professionnelle pour leurs responsabilités parentales.

II.3.2. *Licenciements en raison d'absences répétées pour motif de santé*

Plusieurs des affaires relatives au handicap concernent une même problématique : un travailleur est licencié au motif – expressément mentionné dans la lettre de congé – qu'il a été absent à de trop nombreuses reprises pour raisons médicales. La jurisprudence est divisée sur la question de savoir si un licenciement pour ce motif peut être qualifié de discrimination fondée sur le

⁵³ Trib. trav. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2019 (RG n°18/1600/A).

⁵⁴ Dans l'arrêt précité de 2018 de la Cour du travail de Mons, la Cour refuse également de prendre en compte les statistiques citées par la plaignante et par l'IEFH, partie à l'affaire, en affirmant qu'elles seraient imprécises (arrêt du 23 novembre 2018, RG n°201/AM/364). Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation : C. cass., arrêt du 22 juin 2020, n°s.19.0031.F., *P.S. et Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes c. Ogeda*.

⁵⁵ Voy. not. M. Nautet et C. Piton, « How does parenthood affect the careers of women and men ? », *NBB Economic Review*, 2021, https://www.nbb.be/doc/ts/publications/economicreview/2021/ecoreviii2021_h7.pdf ; IEFH, *Organisation des responsabilités professionnelles et familiales et combinaison de celles-ci chez les femmes et les hommes en Belgique*, 2016, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/96_-_organisation_des_responsabilites_professionnelles_et_familiales.pdf. Voy. aussi les statistiques publiées par l'European Institute for Gender Equality sur le temps consacré à des tâches familiales ou domestiques par les femmes et les hommes dans les différents pays de l'Union (https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/browse/ta/ta_timeuse/ta_timeuse_wktime).

handicap. Un certain nombre de décisions concluent par la négative. Dans plusieurs cas, les juges justifient cette conclusion en affirmant que ce ne serait pas le handicap du travailleur qui aurait causé son licenciement mais ses absences, qui désorganiseraient le travail au sein de l'entreprise, justifiant dès lors la décision de l'employeur⁵⁶. Le tribunal du travail francophone de Bruxelles observe en particulier :

« assimiler purement et simplement le licenciement d'un travailleur ayant connu de nombreuses et répétées périodes d'incapacité de travail temporaire à une discrimination directe ou indirecte sur la base de l'état de santé revient à perdre de vue que l'aptitude d'un employé à effectuer ses prestations professionnelles est au cœur de la relation de travail, et que ses absences sont de nature à désorganiser le travail au sein des services de l'emploi »⁵⁷.

En dissociant ainsi, de façon quelque peu artificielle, les absences du travailleur du handicap qui les a causées, les juges peuvent conclure que le traitement dénoncé n'est pas lié à un critère protégé, ce qui suffit à écarter l'hypothèse de la discrimination. Reconnaître l'existence d'une distinction de traitement fondée sur le handicap n'implique pourtant pas forcément de constater une discrimination mais oblige l'employeur à démontrer, à l'aide d'éléments concrets, que le licenciement est justifié par une cause admise par la loi anti-discrimination⁵⁸. En affirmant au contraire qu'aucun critère protégé par la loi anti-discrimination n'est en cause, les juges dispensent l'employeur de tout effort de justification.

Ces décisions s'inscrivent dans une controverse plus vaste qui concerne aussi des affaires dans lesquelles une discrimination liée à l'état de santé ou un licenciement manifestement déraisonnable sont allégués⁵⁹ – de tels griefs étant d'ailleurs souvent soulevés conjointement à une discrimination pour cause de handicap. Les divergences entre les juges à ce sujet reflètent une opposition entre deux conceptions de la justice dans les rapports d'emploi. Elles renvoient à des régimes de légitimité différents, qu'on peut saisir par la notion de « cités » développée par les sociologues Luc Boltanski et Laurent Thévenot⁶⁰, induisant des visions antagonistes de ce que signifie un traitement non discriminatoire des travailleurs.

Selon la vision du droit du travail classique, le travailleur a été recruté pour réaliser des prestations déterminées, prévues par contrat, et s'il n'est pas en mesure de s'en acquitter à la satisfaction de son employeur, son contrat peut être rompu, même si cette incapacité est liée à des raisons de santé. Dans cette optique, c'est au travailleur de s'adapter aux besoins de l'entreprise. Cette approche évoque la cité industrielle théorisée par Boltanski et Thévenot, qui correspond à un monde dont l'ordonnance « repose sur l'efficacité des êtres, leur *performance*, leur *productivité*, leur *capacité* à assurer une *fonction normale*, à répondre utilement aux

⁵⁶ Voy. Trib. trav. fr. Bruxelles, 16 juin 2017 (RG n°15/13473/1) (femme occupant un poste d'adjointe administrative dans une commune et souffrant d'une maladie chronique) et trib. trav. Hainaut, 19 juin 2017 (RG n°15/5574/A) (ouvrier ayant perdu l'usage d'un œil suite à un accident de travail).

⁵⁷ Le tribunal du travail francophone de Bruxelles réitère cette affirmation dans un jugement du 30 juin 2017 (RG n°15/453/A). Voy. aussi trib. trav. fr. Bruxelles, 13 septembre 2017, RG n°16/8902/A : le tribunal tient le même raisonnement que celui exposé ci-dessus concernant une allégation de discrimination liée à l'état de santé (affirmant par ailleurs que le plaignant n'est pas atteint d'un handicap). D'autres décisions, cependant, concluent en sens opposé. Voy. not. trib. trav. fr. Bruxelles, 1er avril 2019 (RG n°17/4606/A).

⁵⁸ En l'occurrence, une exigence professionnelle essentielle et déterminante (cf. art. 8 de la loi anti-discrimination).

⁵⁹ Voy. not. A. Mortier et M. Simon, « Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », *J.T.T.*, 2018, n°1300, pp. 85-90 et A. Mortier, « La cessation du contrat de travail causé par l'état de santé du travailleur », *J.T.T.*, 2017, n°1267, pp. 33-42 et *J.T.T.*, 2017, n°1268, pp. 49-59.

⁶⁰ L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *De la justification - Les économies de la grandeur*, op. cit.

besoins »⁶¹. Sont valorisées, dans cette perspective, les individus qui se montrent « fonctionnels, opérationnels ou professionnels » et démontrent leur « capacité à s'intégrer dans les rouages ou les engrenages d'une organisation en même temps que leur prévisibilité [et] leur fiabilité »⁶². Les juges qui s'inscrivent dans cette approche mettent également en avant une conception limitée de leur rôle : ils insistent sur le fait qu'ils n'ont pas à s'immiscer dans la gestion interne de l'entreprise ni à juger de l'opportunité des décisions de l'employeur. Ils considèrent dès lors que le fait qu'un travailleur ait été absent de façon répétée suffit pour établir que l'entreprise s'en trouve désorganisée si l'employeur affirme que c'est le cas.

Selon une vision opposée, également discernable dans la jurisprudence, il convient d'être attentif à l'importance sociale et économique que revêt pour les travailleurs le fait de disposer d'un emploi. Le pouvoir de licencier dont dispose l'employeur doit être encadré pour éviter qu'il n'abuse de sa position de force. Dans cette optique, un licenciement n'est valable que s'il se fonde sur un motif lié soit à l'aptitude ou au comportement du travailleur, soit sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Le fait qu'un travailleur soit temporairement absent pour raisons de santé, même à plusieurs reprises, n'est pas en soi un motif suffisant : l'employeur doit démontrer que cette situation a des répercussions négatives qui entravent de façon majeure le bon fonctionnement de son entreprise⁶³. Le droit de la non-discrimination renforce cette approche : il implique que lorsqu'un traitement défavorable est appliqué à un travailleur en raison d'un critère protégé, il nécessite une justification répondant aux exigences fixées par la loi, sans quoi il sera considéré comme une discrimination et donc comme illicite. Lorsqu'un tel traitement est motivé par un handicap, il ne peut être légitimé que par une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »⁶⁴. La législation anti-discrimination impose en outre une obligation d'aménagement raisonnable : les employeurs sont tenus d'apporter des adaptations au contenu, à l'organisation ou à l'environnement de travail lorsque celles-ci sont nécessaires pour permettre à une personne présentant un handicap d'accéder, de participer ou de progresser dans l'emploi, pour autant que ces mesures ne leur imposent pas une charge disproportionnée⁶⁵. Un employeur qui entend licencier un travailleur parce qu'il estime que ses absences pour raisons médicales désorganisent l'entreprise devrait par conséquent non seulement démontrer que cette situation entraîne des perturbations majeures dans son entreprise mais aussi qu'aucun aménagement raisonnable n'était possible pour maintenir ce travailleur dans l'emploi. Cette approche peut être mise en lien avec la « cité civique » distinguée par Boltanski et Thévenot dans la mesure où le régime de légitimité sur lequel elle repose est inspiré par la volonté d'inclure, dans le collectif de travail, l'ensemble des membres actifs de la société, y compris les travailleurs fragilisés ou marginalisés. Dans cette optique, on considère qu'il n'appartient pas seulement au travailleur de se plier aux contraintes du contexte de travail, il revient également à l'entreprise d'adapter ses structures et ses modes opératoires pour permettre l'accès et le maintien dans l'emploi de tous, même ceux qui rencontrent des difficultés médicales ou présentent des besoins particuliers⁶⁶.

⁶¹ L. Boltanski et L. Thévenot, *op. cit.*, p. 254.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Sur la jurisprudence belge en ce sens, voy. A. Mortier, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁴ Aux termes de la loi, il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque « une caractéristique déterminée liée [à un handicap] est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci. » (art. 8, § 2 de la loi anti-discrimination).

⁶⁵ Art. 4, 12° de la loi anti-discrimination.

⁶⁶ Voy. J. Ringelheim, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », le *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, Vol. 1, No. 1, pp. 57-82 ; H. Collins, « Discrimination, Equality and Social Inclusion », *Modern Law Review*, Vol. 66, 2003, p. 16-43 et O. De Schutter,

Bien que cette dernière approche soit sous-jacente au droit de la non-discrimination, la jurisprudence citée plus haut montre que la première conception continue d'influencer les modes d'interprétation de certains juges, même lorsqu'ils appliquent la législation anti-discrimination.

Conclusion

[A compléter].