

A V I S N° 2.265

Séance du mardi 21 décembre 2021

Non-discrimination - Protection contre les mesures préjudiciables - Projets de loi et d'arrêté royal modifiant les lois anti-discrimination du 10 mai 2007, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs et le titre 3 du livre 1er du code du bien-être au travail concernant l'information de l'employeur relative à la protection contre les représailles dans le cadre de la procédure interne

x x x

3.253

A V I S N° 2.265

Objet : Non-discrimination - Protection contre les mesures préjudiciables - Projets de loi et d'arrêté royal modifiant les lois anti-discrimination du 10 mai 2007, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs et le titre 3 du livre 1er du code du bien-être au travail concernant l'information de l'employeur relative à la protection contre les représailles dans le cadre de la procédure interne

Par courrier du 5 juillet 2021, Monsieur P.-Y.DERMAGNE, Ministre de l'Économie et du Travail, et Madame S. SCHLITZ, Secrétaire d'État à l'Égalité des chances et la Diversité, ont saisi le Conseil national du Travail pour avis sur un projet de loi modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, pour ce qui concerne la protection contre les mesures préjudiciables.

Les modifications législatives proposées dans le projet de loi consistent à étendre le système de protection contre les représailles aux personnes qui expriment leur soutien à l'égard de la personne qui a déposé une plainte, fait un signalement ou a intenté une action en justice concernant une discrimination, ou qui prennent la défense de cette personne, en les faisant bénéficier également de la protection contre les mesures préjudiciables. Ces modifications sont motivées par le fait que le système de protection actuel a été jugé inadéquat par la Cour de justice (affaire C-404/18 « Hakelbracht ») et par la Commission européenne (procédure d'infraction 2015/2012) parce qu'il ne répond pas aux obligations imposées par les directives européennes.

Afin d'assurer une égalité de traitement, ce nouveau système de protection des lois anti-discrimination a également dû être étendu aux problématiques de comportements de harcèlement moral et de violence au travail discriminatoires et de harcèlement sexuel au travail. C'est pourquoi, la Loi Bien-être renvoie à l'application du système de protection des lois anti-discrimination pour ces problématiques. Et les lois anti-discrimination suppriment à leur tour le renvoi vers l'application de la Loi Bien-être sur ce point.

Parallèlement à la saisine du Conseil national du Travail, par lettre du 5 juillet 2021, le Ministre du Travail a saisi le Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail d'un projet d'arrêté royal modifiant le titre 3 du livre 1er du code du bien-être au travail concernant l'information de l'employeur relative à la protection contre les représailles dans le cadre de la procédure interne.

Ce point a été confié à la commission des relations individuelles du travail.

Sur rapport de celle-ci, le Conseil a émis le 21 décembre 2021, l'avis suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. INTRODUCTION

Par courrier du 5 juillet 2021, Monsieur P.-Y.DERMAGNE, Ministre de l'Économie et du Travail, et Madame S. SCHLITZ, Secrétaire d'État à l'Égalité des chances et la Diversité, ont saisi le Conseil national du Travail pour avis sur un projet de loi modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, pour ce qui concerne la protection contre les mesures préjudiciables.

Les modifications législatives proposées dans le projet de loi consistent à étendre le système de protection contre les représailles aux personnes qui expriment leur soutien à l'égard de la personne qui a déposé une plainte, fait un signalement ou a intenté une action en justice concernant une discrimination, ou qui prennent la défense de cette personne, en les faisant bénéficier également de la protection contre les mesures préjudiciables. Ces modifications sont motivées par le fait que le système de protection actuel a été jugé inadéquat par la Cour de justice (affaire C-404/18 « Hakelbracht ») et par la Commission européenne (procédure d'infraction 2015/2012) parce qu'il ne répond pas aux obligations imposées par les directives européennes.

Afin d'assurer une égalité de traitement, ce nouveau système de protection des lois anti-discrimination a également dû être étendu aux problématiques de comportements de harcèlement moral et de violence au travail discriminatoires et de harcèlement sexuel au travail. C'est pourquoi, la Loi Bien-être renvoie à l'application du système de protection des lois anti-discrimination pour ces problématiques. Et les lois anti-discrimination suppriment à leur tour le renvoi vers l'application de la Loi Bien-être sur ce point.

Le projet de loi se propose également d'améliorer la Loi Bien-être sur d'autres points, tels que la clarification :

- des juridictions compétentes pour octroyer l'indemnité forfaitaire ;
- de la protection contre les représailles (entre autres, la 'notion de motifs étrangers') ;
- de la protection des travailleurs domestiques ;
- des arrêts transmis à l'administration par le Conseil d'État.

Parallèlement à la saisine du Conseil national du Travail, par lettre du 5 juillet 2021, le Ministre du Travail a saisi le Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail d'un projet d'arrêté royal modifiant le titre 3 du livre 1er du code du bien-être au travail concernant l'information de l'employeur relative à la protection contre les représailles dans le cadre de la procédure interne.

Le présent avis porte en conséquence sur les propositions de modifications législatives qui lui ont été soumises. Cet avis comporte un certain nombre de considérations unanimes du Conseil. Toutefois, sur un certain nombre de points, il n'a pas été possible de trouver un consensus en son sein et les positions respectives des représentants sont reprises au sein des différents points susvisés. Il abordera tout d'abord certaines considérations préalables avant de formuler des remarques sur certains points particuliers du texte soumis pour avis. Sur les questions relatives à cet arrêté royal, il est renvoyé à l'avis qui sera émis par le Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail dans le cadre de la saisine qui lui a été adressée.

II. POSITION DU CONSEIL

A. Considérations préalables

Le Conseil partage la nécessité de réaliser une transposition correcte des directives européennes en matière de non-discrimination et de protection des témoins, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice dans son arrêt « Hakebracht » (affaire C-404/18), sans aller nécessairement au-delà de ce qui est requis dans cet arrêt et en tenant compte également de la procédure d'infraction qui a été introduite par la Commission européenne à l'encontre de la Belgique (procédure d'infraction 2015/2012).

Il juge essentiel, pour la bonne compréhension des règles applicables en la matière, que cet exercice de transposition soit réalisé en assurant la nécessaire cohérence entre les différents niveaux de pouvoirs compétents : européen, fédéral, et celui des entités fédérées.

Il tient enfin à souligner l'importance du rôle de la concertation sociale au niveau de l'entreprise sur les questions de non-discrimination et d'égalité de traitement pour prévenir les discriminations et éviter une judiciarisation systématique des conflits.

B. Remarques particulières

1. Contours de la protection élargie

Le Conseil relève que l'avant-projet de loi étend la protection accordée actuellement aux témoins par les lois anti-discrimination aux « personnes qui, **de bonne foi**, interviennent comme témoin ou ont introduit une plainte ou un signalement, au bénéfice de la personne concernée par la violation alléguée, ainsi qu'à toute personne qui donne des conseils ou apporte aide ou assistance à cette personne, et à toute personne qui invoque la violation de cette loi. La protection s'applique également à la personne au bénéfice de laquelle ces actes sont accomplis. »

Si, selon l'exposé des motifs, ces ajouts visent à garantir la protection de toute personne agissant pour remédier à une discrimination et faire en sorte que les personnes qui devraient être protégées selon l'esprit de la loi ne soient pas privées de protection en raison d'une formulation trop restrictive, le Conseil estime toutefois que les contours de cette protection ne sont pas suffisamment définis et devraient être précisés.

- Quant à la nature du rôle de la personne protégée

Le Conseil lit dans l'avant-projet de loi que la protection s'applique à « toute personne qui donne des conseils ou apporte aide ou assistance à [la personne concernée par la violation alléguée], et à toute personne qui invoque la violation de cette loi ». Il propose de supprimer cette partie de phrase de l'avant-projet de loi et de la remplacer par le texte littéral de l'arrêt Hakelbracht, à savoir les personnes qui soutiennent, de manière formelle ou informelle, la présumée victime.

Le Conseil estime que la protection devrait être réservée aux personnes qui jouent un rôle actif, ou qui peut être perçu comme tel, dans le cadre du dépôt d'une plainte, d'un signalement ou d'une action en justice en vue de remédier à une discrimination.

Le « rôle actif » couvre notamment le dépôt d'une plainte ou d'un signalement dans le cadre desquels le travailleur assure la défense ou la représentation ou apporte un témoignage en faveur de la victime, en vue de remédier à la discrimination. Il en va de même lorsqu'une personne apporte un soutien visible à une personne qui prétend avoir fait l'objet de discrimination. Le soutien sans rôle actif risque d'avoir pour conséquence que l'employeur ne sache pas, ou n'ait pas raisonnablement pu savoir, que le travailleur agissait en faveur de la victime. Le risque qui en découle est que l'employeur n'ait pas connaissance de l'identité des travailleurs qui peuvent se prévaloir d'une protection.

Ces éléments devraient être précisés dans la loi et illustrés par des exemples dans l'exposé des motifs.

- Quant à la protection des tiers

Le Conseil relève que, selon l'exposé des motifs, les nouveaux contours de la protection légale couvrent également « toute personne qui invoque la violation de cette loi, même s'il n'y a pas encore de personne touchée par la violation, par exemple les lanceurs d'alerte. »

Selon lui, la référence aux lanceurs d'alerte risque d'introduire une confusion avec les mécanismes de protection mis en place dans le cadre de la transposition de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. Il suggère en conséquence que cette référence aux lanceurs d'alerte ne soit pas reprise dans l'exposé des motifs.

Le Conseil demande de préciser la définition de « tiers » qui figure dans l'avant-projet de loi et indique également qu'il n'est pas possible de bénéficier d'une protection si personne n'a encore fait l'objet d'une discrimination. L'existence d'une personne victime de discrimination est un élément important afin de pouvoir bénéficier de la protection.

2. Portée de la protection

Le Conseil relève que des modifications sont proposées dans les lois anti-discrimination et dans la loi sur le bien-être afin que désormais, il ne soit plus possible de prendre des mesures à l'égard de la personne concernée, que pour des raisons qui ne sont pas liées au dépôt ou au contenu du signalement, de la plainte ou de l'action en justice.

Selon le Conseil, l'interdiction de prendre des mesures à l'égard de la personne concernée pour des raisons liées au contenu du signalement, de la plainte ou de l'action en justice devrait être mieux définie.

Il considère que les éléments de contenu d'une plainte qui relèvent d'un critère protégé par les lois anti-discrimination, par exemple la maternité, ne pourront pas être invoqués par l'employeur pour prendre une mesure à l'égard du travailleur. Il estime également que cette interdiction doit être interprétée à la lumière du principe de bonne foi dans l'utilisation des procédures par les personnes qui revendiquent la protection. Toutefois, les représentants des organisations d'employeurs et les représentants des organisations des travailleurs n'ont pas pu dégager de position unanime sur un certain nombre de points qui sont exposés ci-dessous :

- Les membres représentant les organisations de travailleurs rappellent une certaine jurisprudence qui admet que le travailleur qui est victime de discrimination et qui a introduit une plainte à cet effet peut malgré tout encore être licencié sur la base de faits allégués dans cette plainte ou ce signalement. Ils indiquent que cela a pour conséquence de réduire très fortement la protection du travailleur et de porter ainsi atteinte à l'objectif principal de cette protection. Il est dès lors évident qu'il faut pouvoir garantir la protection de la liberté pour le travailleur de parler de son vécu au travail en osant dénoncer des comportements qui, selon lui, sont constitutifs de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail. Dès lors qu'il risque d'être licencié pour les faits qu'il dénonce, il ne va plus oser entreprendre ces démarches qui ont précisément pour but de mettre fin à ces comportements. L'effectivité de tout le dispositif légal est ainsi mise à mal ; c'est pourquoi les membres représentant les organisations de travailleurs indiquent que les faits, événements et motifs allégués dans la plainte ou le signalement ne peuvent pas être utilisés à des fins de représailles ou pour procéder au licenciement du plaignant ou de l'auteur du signalement.

En ce sens, ils soutiennent pleinement les modifications légales soumises pour avis.

- Les membres représentant les organisations d'employeurs relèvent que cette modification n'est pas visée par l'arrêt Hakebracht ni par la procédure d'infraction lancée par la Commission européenne. Ils constatent à cet égard que l'avant-projet de loi va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de Cassation (Cass., 20 janvier 2020, n° S.19.0019.F, et encore confirmé dans Cass., 15 juin 2020, n° 19.0041.N). Cette jurisprudence démontre correctement que l'employeur doit toujours avoir la possibilité d'invoquer des raisons qui, bien que figurant formellement dans le contenu du dossier, sont en réalité indépendantes de toute discrimination et sont liées, par exemple, à l'occupation du travailleur. Les membres représentant les organisations d'employeurs souhaitent dès lors que, contrairement à l'avant-projet de loi, il soit tenu compte du contenu de la plainte, du signalement ou de l'action en justice.

3. Information sur la procédure

Le Conseil constate que les exigences formelles pour le dépôt d'une plainte ont disparu de l'avant-projet de loi. Il souligne l'importance du fait que la plainte parvienne à la bonne personne au sein de l'entreprise, de sorte que l'employeur ait connaissance ou ait pu raisonnablement avoir connaissance de la plainte, sans pour autant que les personnes qui devraient être protégées selon l'esprit de la loi ne soient privées de protection en raison d'exigences formelles trop restrictives.

Le Conseil souhaite encore souligner qu'il est important d'apporter suffisamment de clarté quant à la manière dont cette procédure doit se dérouler, tant pour les personnes qui introduisent (veulent introduire) une plainte ou un signalement, qui représentent ou défendent la victime ou témoignent en sa faveur, que pour les personnes ayant pris les mesures préjudiciables. L'avant-projet de loi est encore (trop) imprécis quant à la manière dont cette sécurité juridique sera garantie.

4. Point de départ du délai de protection

Le Conseil relève que l'avant-projet de loi prévoit, en ce qui concerne le renversement de la charge de la preuve dans le cadre des lois anti-discrimination, que le délai de protection (douze mois) débute après que la personne qui prend la mesure préjudiciable ait eu connaissance de la plainte ou du signalement.

Toutefois, dans le cadre de l'article 32 terdecies, §2, ce délai débute dans les douze mois qui suivent le dépôt de la demande d'intervention, le dépôt d'une plainte ou la déposition d'un témoignage (et non pas le moment où la personne qui prend la mesure a connaissance de ces éléments).

Le Conseil estime que le point de départ de la protection devrait être le moment où la personne qui prend la mesure préjudiciable a eu connaissance ou a pu raisonnablement avoir connaissance des éléments en cause.

5. Bonne foi et abus de procédure

Le Conseil relève que l'avant-projet de loi prévoit que la protection contre les mesures préjudiciables ne s'applique pas en cas d'abus des procédures.

Il constate toutefois que la notion de bonne foi, présumée en l'espèce, qui figure dans le tableau de concordance des textes transmis concernant la protection accordée aux témoins, n'est pas reprise dans le dispositif des articles introduits de l'avant-projet de loi. Il suggère de reprendre cette référence à la bonne foi en prévoyant dans le dispositif de la loi que la protection est également d'application aux personnes qui, de bonne foi (celle-ci étant présumée), interviennent au bénéfice de la personne discriminée dans les conditions fixées par la loi.

6. Cumul des indemnités

Le Conseil prend note de ce que l'article 14, 6° du projet insère un nouveau paragraphe dans l'article 32 terdecies de la Loi Bien-être qui a pour objet, selon l'exposé des motifs, de « distinguer la réparation du dommage découlant du comportement de violence ou de harcèlement (visée à l'article 32 decies, § 1er/1) de la réparation du dommage découlant des repréailles de l'employeur (visée à l'article 32 terdecies) et à clarifier que le cumul des deux indemnités est donc tout-à-fait envisageable dès lors qu'elles ne réparent pas le même dommage ».

Les représentants des organisations d'employeurs et les représentants des organisations de travailleurs n'ont pu dégager de position unanime sur ce point. Leurs points de vue respectifs sont présentés ci-dessous :

- Les membres représentant les organisations de travailleurs soulignent que les dommages et intérêts visés ont une autre origine et une autre finalité, qu'ils doivent indemniser un autre dommage et qu'ils doivent donc pouvoir être cumulés. Par conséquent, ces membres soutiennent les modifications légales soumises pour avis.

- Les membres représentant les organisations d'employeurs remarquent que cette modification n'est pas visée par l'arrêt Hakebracht ni par la procédure d'infraction lancée par la Commission européenne. Ces membres s'opposent à la disposition prévue en matière de cumul. Ils ne peuvent y souscrire pour les raisons suivantes :
- 1) Il faut éviter une judiciarisation systématique des conflits et, à terme, la perspective d'en arriver à des situations indésirables de cumul des indemnités de protection.
 - 2) Une telle normalisation du cumul de différentes indemnités spécifiques de protection serait désastreuse pour le climat social au sein de l'entreprise car elle encouragerait la judiciarisation des relations de travail.
 - 3) Un cumul de plusieurs indemnités de protection spécifiques pour indemniser le même dommage va complètement à l'encontre du principe de proportionnalité, d'autant plus que certaines situations visées ont déjà un régime de protection spécifique propre.
 - 4) Traditionnellement, de tels cumuls ont même été exclus par la loi comme par exemple, l'article 63 al. 4 de la loi du 3 juillet 1978 qui, par le truchement de l'article 39 §3 de la même loi, a empêché le cumul de l'indemnité pour licenciement abusif d'ouvrier avec l'indemnité liée à la protection de la maternité.
 - 5) Une telle règle légale réduirait aussi à néant la règle anti-cumul de l'art. 9, CCT 109 telle que voulue par les partenaires sociaux. Le cumul légal (ou la suppression des règles légales anti-cumul) donnerait carte blanche aux tribunaux pour indemniser plusieurs fois le même dommage, ce qui serait abusif et insoutenable financièrement pour les entreprises, confrontées à des litiges plus nombreux et à des condamnations plus lourdes.

7. Demande de réintégration

Le Conseil relève qu'une modification apportée aux lois anti-discrimination, dans le contexte des relations de travail, concerne la demande de réintégration. Actuellement, une telle demande est obligatoire. Il est prévu dans l'avant-projet de loi qu'une telle demande deviendra optionnelle pour bénéficier de la protection.

Sur ce point, les représentants des organisations d'employeurs et les représentants des organisations de travailleurs n'ont pu dégager de position unanime.

- Les membres représentant les organisations de travailleurs soutiennent pleinement les modifications légales proposées, en ce sens qu'une demande obligatoire de réintégration n'est pas une bonne chose et ne devrait donc plus être introduite pour pouvoir avoir droit aux dommages et intérêts. Cette proposition rencontre la préoccupation des organisations des travailleurs de réduire les exigences de formalisme en matière de protection contre les discriminations. Cette préoccupation se retrouve également au cœur de l'arrêt Hakelbracht
- Les membres représentant les organisations d'employeurs remarquent que cette modification n'est pas visée par l'arrêt Hakelbracht ni par la Commission européenne dans le cadre de la procédure d'infraction qui a été initiée à l'encontre de la Belgique.

Par ailleurs, ils jugent qu'il n'est pas opportun d'adapter les règles relatives à la réintégration du travailleur. Dans l'avant-projet de loi, la réintégration devient facultative, et Unia et l'IEFH peuvent également introduire la demande de réintégration.

Ils rejettent catégoriquement le fait que des dommages et intérêts soient prévus même si aucune réintégration n'est demandée ou accordée, tout comme le fait qu'un cumul soit également prévu avec les dommages et intérêts pour la discrimination. De telles propositions ignorent la réalité sur le lieu de travail.

8. Groupements d'intérêts

Le Conseil constate que l'avant-projet de loi étend la protection aux personnes qui introduisent un signalement ou une plainte auprès de groupement d'intérêt, ce qui vise, selon l'exposé des motifs, d'autres associations de défense des intérêts telles que Test-Achats. Le Conseil rappelle sur ce point son souci de ne pas encourager une judiciarisation des relations de travail et d'encourager la concertation sociale au niveau de l'entreprise, sans préjudice du droit pour les travailleurs de faire appel à de telles organisations.
