

# Loi antidiscrimination : tous égaux devant les inégalités, vraiment ?

**Nicolas Gougnard**

Responsable du service d'étude de la CNE, nicolas.gougnard@acv-csc.be

**La CNE et la LBC demandent l'annulation partielle de la nouvelle loi antidiscrimination (de 2007). Conscientes de jeter un pavé dans la mare, elles nous livrent ici leur argumentaire et appellent au débat « avec toutes les associations qui défendent des valeurs démocratiques ». Pour ces organisations syndicales, en présentant une liste fermée de critères de discrimination, la nouvelle loi réduit l'espace pour lutter contre toutes les autres formes possibles de discriminations. De ce même fait, elle facilite la vie des auteurs de discriminations. Enfin, et en particulier, le travail syndical pourrait aussi s'en trouver compliqué.**

Après 1945, des décennies de luttes sociales ont abouti à une lente réduction des inégalités, sans cesse remise en cause, particulièrement depuis le milieu des années 80.

C'est dans la foulée de cette lutte pour l'égalité que le besoin de combattre spécifiquement les **discriminations** est lentement apparu, sous la pression des syndicats et des diverses associations défendant les intérêts de groupes spécifiques : femmes, personnes étrangères, handicapés, jeunes, etc. Mais les gouvernements successifs n'ont que très rarement accepté de progresser sur ce sujet, et quand ils l'ont fait ce fut toujours pour régler des problèmes bien délimités (égalité hommes-femmes dans les années 70, loi contre le racisme et interdiction de la discrimination à l'embauche dans les années 80, etc...).

Les avancées décisives en matière de discriminations ont donc eu lieu au niveau international, dans les négociations collectives, et surtout dans la jurisprudence des tribunaux « supérieurs » (Cour de cassation, Conseil d'État et avant tout Cour d'arbitrage, devenue aujourd'hui Cour constitutionnelle).

C'est ainsi qu'à travers des actions dans la rue et dans les tribunaux, la Belgique s'est petit à petit do-

tée d'un principe d'interdiction des discriminations. Mais pour que le gouvernement fasse passer une loi, il faudra attendre une directive européenne et... le 21<sup>e</sup> siècle, avec une loi de 2003. Celle-ci posait le principe selon lequel toutes les discriminations étaient interdites, et prévoyait des règles particulières pour lutter contre certaines d'entre elles. Cette loi a cependant été (en partie) annulée par la Cour constitutionnelle. Elle donnait en effet des moyens particuliers pour lutter contre *certaines* formes de discriminations... mais pas toutes. La Cour, qui est la gardienne de l'égalité des citoyens devant la loi, a estimé que ce n'était pas normal et que toutes les discriminations devaient être traitées de la même façon.

## Un recul pour chaque citoyen !

Le gouvernement a donc revu sa copie en 2007, en adoptant une loi nouvelle. La différence avec la loi de 2003 ? **La disparition du principe général d'interdiction des discriminations.** Autrement dit, la loi de 2007 est **un recul très net** par rapport à celle de 2003, *mais aussi une menace très sérieuse pour la lutte contre les discriminations dans leur ensemble.* Ce qui est désormais effacé, c'est la possibilité de se battre contre les discriminations

en général, puisque seules certaines formes sont désormais visées par les textes.

## Egalité et discriminations

Un piège fréquent est de confondre le problème de l'égalité et celui des discriminations. Les deux problèmes sont liés, mais ne se mélangent pas. Ainsi, par exemple, il y a des gens qui gagnent en une heure ce que vous gagnerez dans toute votre vie. C'est certainement une inégalité mais, dans les systèmes juridiques concrets qui ont cours actuellement partout dans le monde, ce n'est pas une discrimination.

C'est à cause de cette différence qu'un pays comme les États-Unis est très en pointe dans la lutte contre les discriminations, et plutôt en retrait dans la lutte contre les inégalités. C'est une tendance générale de notre époque : la lutte contre les discriminations s'améliore globalement, alors même que les inégalités progressent.

C'est pour cette raison que nous demandons l'annulation partielle de la loi nouvelle. D'autres que nous, à savoir l'extrême droite flamande, la demande également. L'extrême-

droite est en effet contre l'idée même de lutter contre les discriminations. C'est d'ailleurs déjà elle qui était derrière l'annulation de la loi de 2003, et elle peut s'en réjouir, puisque celle de 2007 est moins ambitieuse. Elle remet donc ça avec la loi nouvelle, espérant jeter encore un peu plus de confusion, et faire reculer encore un peu plus la lutte contre les discriminations.

Pour notre part, nous pensons que :

- ce n'est pas parce qu'une loi prétend lutter contre les discriminations qu'elle le fait vraiment ;
- ce n'est pas parce que l'extrême-droite attaque une loi que c'est forcément une loi progressiste.

Comme trop de débats de fond, celui-ci est organisé autour de slogans afin de passer par-dessus la tête des citoyens. Nous estimons au contraire que la question doit être débattue. C'est pourquoi nous avons introduit un recours afin de tenir ce débat devant une instance démocratique : la Cour constitutionnelle.

C'est aussi pourquoi nous vous invitons à mener ce débat avec nous : ce n'est pas une affaire d'experts, il s'agit de vos droits les plus fondamentaux. Voici nos principaux arguments.

## 1. Comment la loi de 2007 fait-elle reculer le droit ?

La loi de 2003 était intitulée « loi tendant à lutter contre la discrimination ». C'était une loi générale, mais elle visait spécialement certaines formes de discriminations, ce qui a suffi à provoquer son annulation.

La loi de 2007 s'intitule : « loi tendant à lutter contre *certaines formes* de discriminations ». Ce n'est clairement plus une loi générale : elle vise certains motifs de discrimination. Ce sont : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une

caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale. Si on ajoute la loi réprimant les discriminations entre les femmes et les hommes et celles réprimant le racisme et la xénophobie, voici la liste de ce qui est interdit en Belgique. Mais donc aussi la liste de ce qui est permis : tout le reste !

### Pour ceux qui aiment les experts...

Voici ce que dit le Conseil d'État à propos de cette question : « tout d'abord, il importe de souligner la différence fondamentale qui existe entre une « liste ouverte » et une « liste fermée » de critères. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article II-81 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, contiennent une « liste ouverte » de critères. (...) la reproduction des critères figurant dans la « liste ouverte » des [traités] dans la « liste fermée » dressée à l'article 3 du projet a des effets nettement plus décisifs. La protection de la loi ne pourra pas être invoquée contre une discrimination ne figurant pas dans la liste. Même si le législateur peut partir du principe que les critères figurant dans la liste sont importants et « les plus suspects », encore doit-il, dans sa justification, expressément prendre en compte les conséquences de l'inégalité de traitement qu'il instaure, notamment au regard du principe de proportionnalité » (CE, avis n°40.689 à 91. C'est nous qui soulignons.) Notre recours est bien au coeur du problème.

Le tour de passe-passe du gouvernement est très technique. La loi de 2003 a été annulée en référence à un principe général d'interdiction de toutes les discriminations. Pour que la loi de 2007 ait une chance de passer, le législateur a donc fait disparaître ce principe général !

Pour cela, il a fermé la liste des discriminations qui pouvaient donner lieu à une sanction. Hors la liste de la loi, point de salut.

## 2. Qu'est-ce qui fait problème avec la liste fermée ?

Le piège serait de croire que cette question est technique et sans importance, surtout si la liste, ouverte ou fermée, vise les motifs de discrimination les plus graves et les plus fréquents. Or, les conséquences d'une « liste fermée » sont sérieuses, et moins techniques qu'il n'y paraît. Elles relèvent du simple bon sens.

### A. La liste fermée prive ceux qui ne sont pas dans la liste de la protection de la loi.

C'est le problème le plus évident. Ceux qui sont victimes d'une injustice sur base d'un critère non repris dans la liste ne seront pas protégés par la loi. Autrement dit, il ne seront pas protégés du tout.

Pour éviter ce problème, le gouvernement a adopté une liste très large, avec des critères d'ailleurs très vagues... Certains ne veulent presque rien dire, comme « l'état de santé futur » ou encore « la fortune ».

Et, bien entendu, certains motifs de discrimination sont oubliés, les plus évidents étant ceux liés à l'appartenance et à l'activité syndicale. Le gouvernement estime que le syndicalisme est visé à travers les convictions politiques, religieuses ou philosophiques. C'est une vision sympathique et optimiste, mais qui a peu de chances de tenir devant un tribunal.

Mais il y a d'autres exemples. Ainsi, si en Belgique un médecin refusait de soigner un fumeur, comme le cas s'est présenté en Angleterre, eh bien le fumeur en question ne pourra pas se prévaloir de la loi. C'est dans l'air du temps. Mais ce n'est pas normal. Faites vous-même cet autre exercice : supposons que les usagers des transports en commun soient désavantagés par rapport à ceux qui roulent en voiture. Voici le test : à quel critère de la liste pourront-ils se rattacher pour se plaindre ? Réponse : aucun...

Avec la liste fermée, la phrase célèbre devient ainsi réalité : tous les hommes sont égaux, mais certains (qui relèvent d'un critère de la liste et sont protégés par la loi) sont plus égaux que d'autres (qui ne sont pas dans la liste et ne peuvent donc s'adresser au tribunal).

C'est grave. Et pourtant, cet aspect est loin d'être le plus grave !

## **B. La liste fermée diminue la protection de la loi même pour ceux qui relèvent des critères légaux.**

### **Concrètement : un alourdissement de la charge de la preuve**

Avec la loi de 2007, il ne suffit plus de montrer que l'on est désavantagé par rapport à une autre personne alors qu'on est dans une situation comparable. Ça, ça fonctionne dans les listes ouvertes, parce que, de toute façon, toutes les discriminations sont interdites. Donc peu importe de savoir, par exemple, si on vous paie moins bien parce que vous êtes une femme, un juif, un vieux ou un homo.

Dans la liste fermée, par contre, ce lien doit être démontré. Vous devez donc **apporter une preuve supplémentaire**, et une preuve très difficile, parce que vous devez démontrer une situation qui ne dépend absolument pas de vous.

Mais ce qui va avoir le plus de conséquences, **c'est que l'auteur du traitement différencié, lui, va pouvoir s'en sortir beaucoup plus facilement**, parce qu'il lui suffira de prouver qu'il n'a pas utilisé un critère interdit. Et comme en plus le doute va, en toute logique, jouer en sa faveur, sa situation sera beaucoup plus facile que par le passé.

### **Un siècle en arrière...**

La conséquence concrète ? Un retour en arrière de 100 ans.

Exemple : il est statistiquement démontré que les femmes ont moins souvent de l'avancement que les hommes.

Il est également vrai que les femmes sont plus souvent à temps partiel que les hommes.

Comparons maintenant la situation d'un employeur sexiste dans le système ouvert et dans le système fermé. Dans les deux systèmes, il est interdit de discriminer les femmes, et l'employeur le sait. S'il veut malgré tout les désavantager, il n'utilisera donc pas le critère du sexe pour donner de l'avancement à ses travailleurs. Mais il peut par contre remplir son objectif en édictant une règle selon laquelle l'avancement n'est ouvert qu'aux travailleurs à temps plein<sup>1</sup>. Mécaniquement, il donnera donc moins de promotions aux femmes.

Le gouvernement se défend aujourd'hui dans ses communiqués en disant que la loi comprend des dispositifs destinés à alléger la charge de la preuve. Mais ces dispositifs existaient déjà. Et, avec la liste fermée, la loi enlève d'une main beaucoup plus que ce qu'elle donne de l'autre.

En dehors des communiqués de presse, le gouvernement le reconnaît : dans son exposé au parlement, il indique clairement que la liste fermée a pour but de diminuer les possibilités de recours et donc d'améliorer la « sécurité juridique », c'est-à-dire, en clair, la tranquillité de ceux qui pourraient commettre des discriminations.

Au détriment, donc, de ceux qui les subissent.

Si par contre cet employeur utilise le critère du temps partiel, dans un système ouvert il va devoir prouver qu'il a une raison objective de ne donner de l'avancement qu'aux travailleurs à temps plein. Il va donc devoir se justifier en montrant en quoi, objectivement, il n'est pas raisonnable de promouvoir un(e) travailleur(euse) à temps partiel. Il y a gros à parier qu'il devra au moins revoir sa politique. Les chances des travailleurs à temps partiel vont ainsi s'améliorer, et celles des femmes également.

Dans un système fermé comme celui de la loi de 2007, par contre, **le fait d'être à temps partiel ou non ne fait pas partie des critères protégés**. Il faudra donc que les personnes désavantagées prouvent que la vraie raison pour laquelle elles n'ont pas eu d'avancement n'est pas le temps partiel. En l'occurrence, **elles vont devoir démontrer que l'intention cachée de l'employeur est de promouvoir des hommes plutôt que des femmes**. Et celui-ci répondra tout simplement en disant que son critère est celui du temps partiel, que ce critère est autorisé et qu'il n'y peut rien si ce sont des femmes qui sont à temps partiel.

Non seulement il y a des chances réelles pour que cet argument fonctionne tel quel auprès du juge, qui ne peut rien faire d'autre que d'appliquer la loi sans rien y ajouter, mais en plus, si l'employeur a pris la précaution de promouvoir au moins une femme à temps plein et d'avoir au moins un homme à temps partiel dans son personnel, il sera pratiquement hors d'atteinte dans le cadre de la nouvelle loi, telle que notre gouvernement l'a défendue.

Ceci correspond bien à la réalité concrète d'aujourd'hui en matière de non-discrimination : des symboles autour desquels on communique pour se donner bonne conscience, mais des progrès concrets très lents sur les discriminations, tandis que les inégalités augmentent (voir aussi encadré page suivante).

### **C. Ceux de Renault...**

Vue de l'esprit ? Raisonement théorique ? Hélas non. Ce que nous décrivons est très exactement ce qui est arrivé en France dans une affaire de discrimination raciale. Six travailleurs africains de Renault ont constaté qu'ils avaient eu une moins belle carrière que leurs collègues, avec les conséquences financières qui s'ensuivent, y compris au niveau de leur pension...

Ils ont saisi le tribunal, qui a désigné un expert pour comparer leur situation avec celle des autres travailleurs. La conclusion a été très

## Les avatars de la liste fermé

La liste fermée a encore d'autres conséquences qui font reculer notre idée d'une justice égale pour tous. Le fait que désormais la victime d'une discrimination doit établir son appartenance à une catégorie protégée va ainsi créer deux situations très spéciales :

1. les victimes vont devoir se discriminer elles-mêmes. Puisque, pour avoir accès à la justice, il faudra prouver que l'on relève d'une catégorie protégée, il va falloir faire état publiquement et officiellement du critère dont on prétend relever. Pour certains, ce n'est pas un problème. Il est même des gens qui croient qu'il est indispensable de pouvoir affirmer sa différence sans en avoir honte. Mais ce ne sera pas l'avis d'un handicapé qui a consacré des efforts surhumains pour faire reconnaître qu'il est comme les autres malgré son handicap, et qui va devoir aller trouver le juge en brandissant ce handicap ! Ni pour un Belge d'origine étrangère qui veut se battre pour qu'on dise enfin qu'il est un Belge tout court et qui va devoir demander justice non pas au nom de sa citoyenneté belge, mais à cause de son origine étrangère ! Eux, parmi bien d'autres, pourront nous expliquer en quoi un système où il faut être différent pour avoir le droit d'être traité comme les autres est un système anormal et stupide !

2. les minorités visibles seront mieux protégées que les autres. Car la première défense du « discriminateur », dans le système fermé, sera tout simplement de dire qu'il ignorait qu'il avait affaire à une catégorie protégée. Et à part pour les femmes, certains handicapés et quelques personnes d'origine étrangère, ce sera facile : comment, par exemple, un homosexuel, un tsigane ou un juif vont-ils prouver que celui qui les maltraite les a reconnus comme homosexuel, tsigane ou juif ? Que devront-ils donc se coudre sur leur veste pour faire reconnaître leur situation juridique particulière ?

claire : les travailleurs « de souche locale » ont effectivement eu plus de promotions, et plus vite.

Il n'y a aucune autre explication possible que leur origine : le cas le plus caricatural était probablement celui de cet Algérien qui formait ses collègues dans le cadre d'une promotion à laquelle lui-même n'a jamais eu accès !

L'expert a ainsi confirmé « scientifiquement »... ce que pouvait d'ailleurs voir n'importe quel observateur doué de bon sens et d'honnêteté. Renault a-t-elle été condamnée pour autant ? Non. Le tribunal a en effet estimé que l'employeur ne pouvait être condamné, parce qu'il n'était pas prouvé qu'il aurait mis en oeuvre un système dont l'objectif était de discriminer les travailleurs en fonction de leur origine.

En clair : ces travailleurs ont été victimes d'un crime... sans coupable.

La justice reconnaît l'injustice sans la réparer.

### **D. Non aux discriminations : toutes, toujours, partout.**

Cette décision pour Renault est caractéristique d'un système fermé. On constate les inégalités parce qu'il est impossible de faire autrement, mais personne n'en est responsable.

Tout système juridique cache un message politique. Celui de la liste fermée est très clair : il y a des inégalités ; comme pour ceux de Renault, il faut en accepter la plupart parce qu'elles sont dans l'ordre des choses. Seuls ceux qui font des différences pour des raisons qui ne sont pas tolérées aujourd'hui, en fonction de nos modes, sont punissables.

La loi semble superficiellement aller dans le sens de tous ceux qui se battent pour réduire les inégalités. C'était bien le cas de la loi de

2003, mais la nouveauté de 2007 ne s'adresse pas aux progressistes, qui n'ont évidemment jamais demandé qu'on ferme la liste. **La nouveauté est destinée aux responsables des inégalités.** En fermant la liste, le gouvernement dit à ceux-là : voici les quelques limites très formelles à ne pas dépasser. À l'intérieur de ces limites, faites ce que vous voulez : désormais, le fait que tous les hommes et femmes sont égaux en droits signifie simplement qu'ils doivent être égaux devant les inégalités. C'en est fini de l'égalité des chances : vive l'égalité des malchances !

**Notre recours contre la loi de 2007 est l'affirmation de notre refus d'une loi voulue non seulement pour donner bonne conscience à un système qui redevient chaque jour plus injuste, mais même pour protéger les auteurs d'injustice dès lors qu'ils évitent certains excès.**

### **3. Un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès. Sauf si c'est sur votre dos.**

La loi est, comme toujours, un texte de compromis. Elle a toutes les apparences d'un texte progressiste, et le fait que l'extrême droite la critique suffit à certains pour en faire une « bonne » loi. Il faut également rajouter que tout le monde y trouve un peu de grain à moudre. Le gouvernement a donc verrouillé le système avec beaucoup d'intelligence politique : à part à l'extrême droite, les non-progressistes n'ont aucun intérêt à attaquer une loi qui va dans le bon sens en ce qui les concerne. Tandis que c'est une démarche difficile à justifier pour les progressistes, d'autant que, si la loi représente un recul de principe, elle ne signifie pas la fin de toute action contre les discriminations. Celle-ci va changer de nature et perdre sa portée, mais il restera du travail.

Alors, comme d'habitude dans ce genre de compromis, chacun se dit « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras ». Et c'est comme ça que tout le monde laisse passer le délai de

six mois en espérant que personne ne va bouger. Alors pourquoi ça n'a pas marché avec nous ? Reconnaissons d'abord humblement que nous avons beaucoup hésité. C'est notre expérience dans la défense des employés qui nous a convaincus que nous manquerions à nos responsabilités en restant au balcon, position bien confortable que personne ne nous aurait reprochée.

Ainsi notre centrale, majoritairement féminine, est en pointe pour la lutte en faveur de l'égalité hommes/femmes - à la fois sur le terrain et dans sa structure. Cela nous a appris que dans ces domaines, il faut aller très au fond des choses pour obtenir des progrès réels. Il ne suffit pas de prendre des mesures spécifiques pour les femmes, mais il faut s'attaquer à des problèmes liés : le temps partiel, la politique salariale, l'interruption des carrières, etc. Toutes choses dans lesquelles nous voyons bien que la liste fermée va nous affaiblir.

Mais surtout, les dossiers très concrets des dernières années nous ont clairement appris les dangers de la question des discriminations. Trois exemples, très brièvement :

- **les pensions complémentaires** : en la matière, la loi interdisait les discriminations, sur base d'une liste ouverte. C'est sur cette base que nous revendiquons le plus souvent possible des assurances-groupes équitablement réparties entre tous. Avec la loi de 2007 qui consacre la liste fermée, notre position est considérablement affaiblie ;

- **les barèmes à l'âge** : l'âge est un critère protégé. Or, en Belgique, c'est un critère très utilisé pour la

fixation des salaires des employés. Au nom de la liste des critères, il va donc falloir corriger nos systèmes salariaux, qui vont ainsi s'aligner sur ceux de nos voisins. Un progrès ? Sur le papier, oui. Mais dans les faits, si on compare la Belgique à ses voisins européens (et en fait à presque tous les autres pays d'Europe), c'est chez nous que l'égalité salariale entre les âges est la plus grande. Pourquoi ? Parce que l'âge, critère effectivement choquant en principe, est un critère plus objectif que les systèmes utilisés ailleurs par les employeurs pour fixer les salaires.

Cherchez donc l'erreur : en Belgique, il y a moins de discriminations, mais un mot qui dérange. En France, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Angleterre, il n'y a pas le mot qui dérange, mais il y a plus de discriminations. Devinez qui doit revoir sa copie, selon les amis de la liste fermée...

- **les préavis** : c'est au nom de la lutte contre les discriminations que tout le monde fait pression pour un alignement des préavis des employés et des ouvriers. Cela n'est pas un problème pour nous : il suffit d'aligner les préavis des ouvriers sur ceux des employés, et il n'y aura plus de discriminations. Mais ce n'est évidemment pas le point de vue des employeurs, qui viennent d'ailleurs de l'exprimer très clairement : leur véritable objectif, ce n'est pas la disparition d'une discrimination. C'est la réduction drastique du préavis des employés.

Voilà quelques exemples qui nous ont rendus particulièrement attentifs au fait que la question des discriminations pouvait être utilisée dans le

sens du progrès social, mais qu'elle l'était aussi, très souvent, dans le sens de la régression. C'est dans cette direction que va la loi de 2007 et sa liste fermée. Il était donc normal que nous soyons en première ligne pour nous y opposer.

**Nous [la CNE et la LBC] sommes très désireux de poursuivre le débat avec toutes les associations qui défendent des valeurs démocratiques. En cas de désaccord entre nous, nous sommes sûrs qu'ils entendront nos arguments comme nous essaierons de comprendre les leurs. Chacun est donc libre de ne pas partager notre avis. Mais ceux qui critiquent notre démarche devraient d'abord s'interroger sur leur propre conception du débat démocratique. Il est clair qu'en aucun cas les droits des citoyens et des travailleurs n'auront à pâtir de notre recours.**

*Le seul risque que nous prenons est donc celui d'améliorer les droits des citoyens et des travailleurs victimes de discriminations. Nous l'assumons totalement.*

(1) Impossible, dirons les mieux informés : il existe en plus de la loi de 2007 une loi spéciale qui protège également les travailleurs à temps partiel. Eh bien justement : la loi de 2007 modifie également cette loi, en précisant explicitement que, désormais, les différenciations interdites pour les travailleurs à temps partiel sont celles de la liste fermée. Nous attaquons évidemment aussi cette disposition spécifique.