

## **Discrimination dans l'emploi des personnes étrangères et d'origine étrangère : pour une action positive quantifiée et contraignante**

Par Ibrahim AKROUH, Juriste au MRAX

### **Introduction : actualité et permanence de la discrimination**

L'importance de l'emploi est largement reconnue comme élément structurant la construction d'une société solidaire. L'absence d'emploi est en effet un facteur déterminant dans les processus d'appauvrissement et d'exclusion, et participe donc largement à l'approfondissement des inégalités sociales. L'Organisation Internationale du Travail reconnaît ainsi l'obligation des états de réaliser la plénitude de l'emploi et l'élévation des niveaux de vie<sup>1</sup>.

Cependant, force est de constater que cet objectif a souvent été considéré comme irréaliste sur le plan théorique, et largement mis à mal sur le plan pratique.

Si des facteurs macro-économiques y contribuent au niveau de l'ensemble de la société, certains groupes de celle-ci voient leur situation aggravée du fait des discriminations à l'œuvre. La Belgique n'y fait malheureusement pas exception.

Déjà en 1997, le rapport Arriijn, Feld, & Nayer<sup>2</sup> objectivait l'existence en Belgique de la discrimination à l'embauche en raison de l'origine étrangère.

En 2005, Le rapport Martens & Ouali<sup>3</sup> confirme la persistance de la discrimination des étrangers et des personnes d'origine étrangère sur le marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale.

Le monitoring socio-économique réalisé par le SPF Emploi et le Centre interfédéral pour l'Égalité des Chances en 2013<sup>4</sup> puis en 2015<sup>5</sup> continue de constater cette persistance, relevant par ailleurs une stratification du marché du travail selon l'origine et l'historique migratoire des personnes.

Ainsi, vingt années de recherches confirment invariablement l'ampleur et la permanence de la discrimination basée sur l'historique migratoire.

### **A. Les mesures actuelles ne permettent pas de faire face au phénomène discriminatoire**

Si l'adoption de la législation antiracisme et anti-discrimination a été un événement salué par beaucoup de militants de l'égalité comme une étape nécessaire à l'avènement d'une société

---

<sup>1</sup> Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail, Annexe à la Constitution de l'OIT.

<sup>2</sup> ARRIJN, P., FELD, S. et NAYER, A. (1997) Discrimination à l'embauche, Bruxelles, SSTC.

<sup>3</sup> MARTENS, A. et OUALI, N. (dir.) (2005), Discriminations des étrangers et des personnes d'origine étrangère sur le marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale, ULB-KULeuven / ORBEM).

<sup>4</sup> « Monitoring socio-économique », SPF Emploi, Travail et Concertation sociale et Centre pour l'Égalité des chances et la Lutte contre le racisme, septembre 2013.

<sup>5</sup> « Monitoring socio-économique 2015 – marché du travail et origine », SPF Emploi, Travail et Concertation sociale et Centre pour l'Égalité des chances et la Lutte contre le racisme, novembre 2015.

plus juste, elle n'en est pas moins restée largement insuffisante. En effet, le recours au processus judiciaire nécessite que le justiciable développe une conscience du droit accrue et un rapport de confiance vis-à-vis des institutions judiciaires dans leur capacité à prendre au sérieux la question du racisme et de la discrimination. En outre, les obstacles inhérents au processus judiciaire participent également à sa relative inefficacité : frais de la procédure, difficulté de la preuve, surcharge des instances de poursuite ou encore longueur de la procédure.

C'est notamment dans ce cadre que diverses initiatives ont vu le jour, visant à inciter et sensibiliser les employeurs à adopter un regard différent sur la diversité, et revisiter les pratiques bien ancrées pouvant entraîner des discriminations même inconscientes.

Parmi celles-ci, et malgré des inquiétudes exprimées *ab initio*, les *plans et labels diversité* ont fait l'objet d'une large promotion de la part des pouvoirs publics bruxellois : toute entreprise qui en émet le souhait peut mettre en place un plan diversité focalisant l'attention sur l'origine, le handicap, l'âge et le genre, tant au niveau du recrutement, de la gestion du personnel que de la communication interne et externe. S'il est apprécié positivement après deux ans, le plan diversité ouvre le droit à l'octroi d'un label diversité.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Après moins d'une décennie d'existence, seules 21 entreprises bruxelloises ont fait le pas, sur plusieurs milliers d'entreprises qui ont leurs activités sur le territoire de la région de Bruxelles-Capitale. L'enthousiasme est donc loin d'être partagé par les employeurs.

*La charte de la diversité* a, quant à elle, vu le jour en 2005 sous l'impulsion du Ministre bruxellois de l'Economie, en collaboration avec certaines organisations d'employeurs. Il s'agit d'une déclaration unilatérale non contraignante formulant l'intention de respecter un certain nombre de principes pour promouvoir la diversité en entreprise.

Depuis 10 ans, seules 163 entreprises ont signé cette charte, sur plusieurs milliers d'entreprises que compte la région bruxelloise. Le fait que si peu d'entreprises aient signé cette charte alors même qu'elle ne constitue qu'une déclaration d'intention sans effets contraignants, indique à quel point la préoccupation de la gestion de la diversité et de la lutte contre les discriminations n'a pas été intégrée à suffisance dans la culture du monde du travail.

Ces exemples illustrent le fait que les mesures prises depuis une quinzaine d'années n'ont pas permis d'endiguer le phénomène discriminatoire.

## **B. L'action positive : un concept neuf sous-tendu par une logique juridique déjà ancienne**

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations définit l'action positive comme l'ensemble des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les

MRAX ASBL

37, Rue de la Poste ▪ BE-1210 Bruxelles ▪ Tél. : +32 (0)2 209 62 50 ▪ Fax : +32 (0)2 218 23 71

Courriel : [mrax@mrax.be](mailto:mrax@mrax.be) ▪ Website : [www.mrax.be](http://www.mrax.be)

désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique.

Le concept d'action positive a été de longue date l'objet de discussion et l'est encore actuellement. Suivant une lecture répandue que l'on peut qualifier d'*abstraite*, le principe d'égalité est d'abord un énoncé juridique formulé *a priori*. En effet, il renvoie à l'idée suivant laquelle l'égalité est un droit dont l'humain est titulaire par essence, indépendamment de toute *modalité* d'existence. En ce sens, l'identité de traitement participe donc de l'essence même de l'égalité. Par conséquent, toute entorse à l'identité de traitement est immédiatement interprétée comme une discrimination.

Appliqué à l'espèce, l'action, même positive, est d'abord perçue comme une discrimination, parce qu'elle appelle un traitement spécifique plus favorable à l'endroit d'un groupe, et par conséquent un traitement distinctif vis-à-vis du reste de la population.

Face à cette lecture, un autre courant, tenant du principe de l'égalité considéré de manière *concrète*, observe que l'énoncé du principe de manière abstraite est une étape nécessaire mais non suffisante, dans la mesure où la réalité révèle des situations d'inégalités concrètes que le simple énoncé juridique ne suffit pas à éteindre.

Indépendamment du bien-fondé de la lecture philosophique *abstraite* et de sa traduction juridique, il nous paraît important de montrer que l'état actuel du droit ne correspond déjà plus, et depuis longtemps, à cette lecture.

Le cas du développement du droit du travail est à cet égard emblématique.

En effet, depuis des décennies, le droit du travail s'est développé en réaction à la logique d'égalité abstraite telle que formulée par le code civil suivant laquelle le travailleur est juridiquement l'égal de son employeur. Or, la réalité démontre que l'employeur avait sur le travailleur un ascendant certain et lui conférait un pouvoir notamment économique qui rend illusoire la liberté de consentement du travailleur. C'est donc précisément pour pallier à l'inégalité structurelle entre le travailleur et l'employeur que des mécanismes très importants en droit du travail ont été intégrés : normes impératives protectrices du travailleur, représentation des travailleurs au niveau du tribunal de travail par la nomination d'un juge social, possibilité pour le syndicat de représenter le travailleur devant le tribunal de travail, délais de préavis différenciés, ...

Toutes ces règles, aujourd'hui largement intégrées au droit commun, visent en réalité à pallier à l'inégalité factuelle entre l'employeur et le travailleur, quoiqu'ils soient considérés abstraitement comme égaux.

Le régime linguistique en Belgique ne manque pas, lui non plus, d'interpeller.

MRAX ASBL

37, Rue de la Poste ■ BE-1210 Bruxelles ■ Tél. : +32 (0)2 209 62 50 ■ Fax : +32 (0)2 218 23 71

Courriel : [mrax@mrax.be](mailto:mrax@mrax.be) ■ Website : [www.mrax.be](http://www.mrax.be)

En effet, en droit de la fonction publique, l'existence d'un cadre linguistique répartissant les postes de l'administration sur une base statistique entre, d'une part, les francophones et, d'autre part, les néerlandophones, participe également de l'existence d'un traitement différencié en fonction d'un critère linguistique, et non celui du mérite.

On le voit donc, le traitement juridique différencié pour pallier à des inégalités produites par les réalités sociales ou pour des considérations socio-politiques n'est pas neuf et participe pleinement de la logique juridique la plus traditionnelle.

### **C. Efficacité de l'action positive : pour une approche intégrée**

L'illustration à partir du droit du travail permet également de retenir que l'intégration du mécanisme d'action positive au cœur du système juridique, non à la marge de celui-ci, facilite sa normalisation.

Or, suivant la loi du 10 mai 2007 précitée<sup>6</sup>, une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes :

- il doit exister une inégalité manifeste;
- la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir;
- la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint;
- la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

La lecture de ces conditions met bien en évidence le caractère conçu comme exceptionnel de l'action positive, qui tranche pourtant avec le caractère permanent et structurel des discriminations décrites. Le caractère exceptionnel promu par le législateur est probablement lié au fait que la discrimination est perçue par lui comme se rapportant d'abord aux groupes discriminés connus dans l'histoire migratoire belge : Italiens, Marocains, Turcs, Congolais, ... Cette discrimination est donc supposée nécessairement s'arrêter chemin faisant.

L'exemple de la question noire aux Etats-Unis montre cependant que malgré une présence très ancienne, les Noirs américains continuent d'être les victimes de ségrégation et de discrimination, et ce de manière massive. Ce cas emblématique interroge par conséquent l'évidence suivant laquelle les mesures d'action positive doivent nécessairement être temporaires.

Sous un autre angle, s'il existe une évolution dans le temps des groupes concernés par les migrations, et par conséquent par les discriminations qui s'y rattachent, en revanche, le phénomène migratoire est, lui, (devenu) permanent. Cette distinction doit donc amener à

---

<sup>6</sup> Ces conditions sont reprises dans toutes les législations équivalentes édictées par les autres niveaux de pouvoir.

considérer que si les groupes concernés par l'action positive peuvent évoluer avec le temps (les personnes d'origine italienne ne subissent probablement plus la discrimination qu'ils subissaient en 1930), le principe et le cadre de l'action positive doit avoir la permanence que la constance du phénomène migratoire impose.

Par conséquent, il y a donc lieu de repenser l'ensemble du droit commun en général, et du droit commun du travail en particulier, pour y normaliser les conséquences de la permanence du processus migratoire, notamment en termes d'action positive.

Dans l'attente, dès lors que pour l'essentiel, d'une part les personnes qui sont touchées par la discrimination sur la base de la trajectoire migratoire correspondent *ratione personae* et *ratione loci* à celles qui sont touchées tant par le chômage que par la ségrégation spatiale, et que, d'autre part la réussite d'un programme d'action positive est fonction de l'adhésion du maximum d'acteurs impliqués dans le programme, une approche intégrée socio-économique de l'action positive basée sur une mise en œuvre territoriale nous paraît être la meilleure voie à adopter.

#### **D. L'action positive : incitative ou contraignante ?**

Dans une société fondée sur le principe de liberté, le recours à la contrainte ne se justifie que par la nécessité. Ainsi, l'action positive contraignante ne doit être envisagée qu'en cas d'échec d'un programme incitatif.

En Belgique, l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise, aussi communément appelée Ordonnance *Madrane*, est probablement celle qui a poussé la logique de l'action positive incitative le plus loin.

En vertu de cette ordonnance, des subventions sont accordées aux administrations locales qui auront engagé, dans des emplois contractuels, et au cours de l'année civile, au moins 10% de demandeurs d'emploi issus des quartiers de la Région de Bruxelles-Capitale dont le taux de chômage de la population est égal ou supérieur à la moyenne régionale.

Il s'agit donc bien d'une logique d'action positive, conçue cependant dans une optique incitative non contraignante, puisque laissée à l'appréciation de l'administration publique locale.

Du fait d'une mise en œuvre tardive, cette ordonnance n'a pas encore fait l'objet d'une évaluation précise. Par ailleurs, à ce stade, rien ne permet d'isoler l'effet réel de ce dispositif de l'« effet d'aubaine », soit du bénéfice statistique des engagements déjà prévus par les administrations locales, et qui n'ont donc pas été effectués du fait du fait du dispositif d'action positive prévu par cette ordonnance. Pour le surplus, la portée de cette ordonnance est quantitativement (nombre d'administrations concernées) et qualitativement (attractivité de l'incitant) limitée.

MRAX ASBL

37, Rue de la Poste ■ BE-1210 Bruxelles ■ Tél. : +32 (0)2 209 62 50 ■ Fax : +32 (0)2 218 23 71

Courriel : [mrax@mrax.be](mailto:mrax@mrax.be) ■ Website : [www.mrax.be](http://www.mrax.be)

S'agissant du secteur privé, eu égard au principe de liberté de choisir ses travailleurs, les méthodes incitatives sont tributaires de l'évolution des mentalités, laquelle est loin d'être acquise. Ainsi, dans le secteur privé, le peu de succès des labels et chartes de la diversité a montré à suffisance que les méthodes incitatives ne produisent pas l'effet escompté en termes de diversification du personnel.

Par conséquent, les résultats insuffisants nous poussent à considérer l'action positive sous sa forme contraignante.

L'action positive en vue de rétablir l'égalité hommes femmes est à cet égard inspirante. A titre exemplatif, la loi du 28 juillet 2011 visant à garantir la présence de femmes au sein des conseils d'administration des sociétés cotées et de certaines entreprises publiques impose une présence d'au moins un tiers de chaque sexe au sein des conseils d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale.

Le 25 janvier 2016, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes a dressé un premier bilan de la mise en œuvre de cette loi. Suivant le directeur de l'Institut, l'approche contraignante fonctionne. En effet, en 6 ans, la représentation des femmes au sein des conseils d'administration des entreprises étudiées a doublé, même si l'objectif minimal n'est pas encore atteint.

Le MRAX est donc conforté dans l'idée qu'il est nécessaire d'adopter une optique volontariste en matière de lutte contre les discriminations. Dans le secteur privé, cela passe par l'instauration d'une action positive contraignante dans l'emploi.

Il n'est cependant pas possible de prévoir une telle mesure contraignante dans le secteur privé sans d'abord l'exiger de la part du secteur public, lequel est titulaire d'un devoir d'exemplarité vis-à-vis des citoyens et du secteur privé.

Le MRAX appelle par conséquent à une mesure d'action positive unique applicable tant dans le secteur privé que le secteur public.

## **E. Une proposition d'action positive contraignante dans l'emploi**

Le MRAX soumet donc la proposition suivante.

**1. Représentation socio-économique proportionnelle** – Chaque entreprise publique ou privée doit employer un pourcentage minimal de travailleurs issus d'un quartier dont le taux de chômage est au-dessus de la moyenne régionale.

MRAX ASBL

37, Rue de la Poste ▪ BE-1210 Bruxelles ▪ Tél. : +32 (0)2 209 62 50 ▪ Fax : +32 (0)2 218 23 71

Courriel : [mrax@mrax.be](mailto:mrax@mrax.be) ▪ Website : [www.mrax.be](http://www.mrax.be)

2. **Groupes vulnérables** – Pour atteindre le pourcentage minimal requis, le poids relatif des travailleurs issus de groupes considérés comme vulnérables par le monitoring socio-économique doit être augmenté au moyen d'un coefficient dit « de régulation » à déterminer.

3. **Lutte contre l'ethnostratification** – Par ailleurs, en vue de lutter contre le phénomène d'ethnostratification, le pourcentage minimal requis doit être applicable à tous les niveaux de responsabilité dans l'administration ou l'entreprise publique ou de l'entreprise privée.

4. **Nominations publiques** – Les nominations publiques d'une personne physique au sein d'un organe de gestion d'une personne morale doivent respecter le pourcentage minimal requis.

5. **Subventions publiques** – Pour les niveaux de pouvoirs qui ne sont pas compétents principalement et directement en matière d'emploi, les subventions publiques directes et indirectes qu'ils octroient doivent être conditionnées par le respect par l'entreprise bénéficiaire des subventions du pourcentage minimal requis au sein de son personnel.

6. **Marchés publics** – Dans le domaine des marchés publics, chaque pouvoir adjudicateur ou entreprise publique est tenu d'insérer une clause éthique par laquelle il conditionne la passation d'un marché public au respect par le soumissionnaire du pourcentage minimal requis au sein de son personnel.

7. **Arrêtés d'exécution** – Suivant l'article 10, § 3 de la loi fédérale du 10 mai 2007 précitée, le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, est chargé de déterminer les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

Près de dix années après l'entrée en vigueur de cette loi, aucun arrêté royal n'a encore été pris, malgré les appels répétés d'UNIA (ex-Centre Interfédéral pour l'Égalité des chances), et des associations spécialisées en la matière.

Cette même carence peut être constatée à d'autres niveaux de pouvoir, même si la condition d'un arrêté d'exécution n'est, selon nous, pas obligatoire pour la mise en place d'un programme d'action positive en Région de Bruxelles-Capitale.

Le MRAX réitère cependant sa demande insistante, adressée aux gouvernements des différentes entités concernées, de prendre leurs responsabilités en édictant les arrêtés d'exécution attendus.

MRAX ASBL

37, Rue de la Poste ▪ BE-1210 Bruxelles ▪ Tél. : +32 (0)2 209 62 50 ▪ Fax : +32 (0)2 218 23 71

Courriel : [mrax@mrax.be](mailto:mrax@mrax.be) ▪ Website : [www.mrax.be](http://www.mrax.be)