

Introduction

1. L'absentéisme pour maladie constitue une des préoccupations majeures des employeurs. Les études révèlent qu'un travailleur s'absente de son travail pour cause de maladie en moyenne 15 jours par an, ce qui correspond à environ 6,5 % de son temps de travail¹. Depuis plusieurs années, on constate que le taux d'absentéisme est en augmentation². Le secteur public n'y échappe pas. Tordons néanmoins immédiatement le cou à certains « clichés » trop souvent véhiculés. Les agents publics ne sont pas plus souvent absents que les travailleurs du secteur privé. Les statistiques publiées par Medex révèlent une durée d'absence pour maladie pour l'ensemble des fonctionnaires fédéraux en 2018 de 15,2 jours par an en moyenne³. De manière globale, cette étude révèle d'ailleurs un taux d'absentéisme moins élevé chez les agents statutaires qu'au sein du personnel contractuel⁴.

La situation demeure néanmoins préoccupante. Comment en effet assurer la continuité du service aux usagers avec un personnel dont on sait – les chiffres l'attestent – que certains manqueront à l'appel ? Les chefs d'équipe sont nombreux qui, le matin, redoutent de recevoir l'appel d'un collaborateur qui ne se présentera pas au travail pour cause de maladie et qui le contraindra, une fois de plus, à revoir son planning. En présence d'absence de longue durée, le travail normalement effectué par le membre du personnel absent est généralement reporté sur le reste de l'équipe, ce qui est source de tensions, de surcharges, qui conduisent à leur tour trop souvent à un accroissement des incapacités au sein de l'équipe et, partant, à une exacerbation des difficultés.

(1) Les chiffres varient selon les études. Dans un rapport de 2019, SDWorx fait état d'un taux d'absentéisme annuel moyen en 2018 de 12,6 jours (5,81 %) tandis que Securex avance le chiffre de 17,6 jours par an (7,07 %).

(2) SDWorx, « Février, mois record pour les maladies – L'absentéisme pour cause de maladie continue d'augmenter en Belgique », 20 février 2020, disponible sur le site : sdworx.be (consulté le 16 juillet 2020) ; Acerta, « En 5 ans, l'absentéisme pour maladie de courte durée a augmenté de 14,4 % », 10 avril 2019, disponible sur le site acerta.be (consulté le 16 juillet 2020).

(3) Medex, « L'absentéisme pour maladie chez les fonctionnaires fédéraux 2018 », p. 9, disponible sur le site health.belgium.be (consulté le 16 juillet 2020).

(4) *Ibid.*, p. 19. L'étude de Medex révèle que les contractuels sont, en moyenne, presque trois (2,93) jours de travail plus absents que leurs collègues statutaires sur un an. Elle constate néanmoins d'importantes disparités en fonction des niveaux administratifs. Pour les niveaux A, B et C, les agents statutaires ont un taux d'absentéisme en moyenne plus élevé que leurs homologues contractuels. Le résultat global est donc essentiellement influencé par le personnel du niveau D, au sein duquel la proportion de contractuels est plus importante. Or, le taux d'absentéisme est plus important dans ce niveau. L'importance relative du nombre de femmes engagées sous contrat de travail dans la fonction publique (particulièrement dans le niveau D), dont l'étude indique qu'elles ont un taux d'absentéisme plus important que les hommes, constitue également un facteur explicatif dont il faut tenir compte.

La gestion de ces incapacités constitue une activité récurrente des services des ressources humaines. Cette gestion ne se limite cependant pas aux aspects organisationnels. S'y ajoute un important travail de gestion administrative de ces absences. C'est peu dire que la législation est devenue complexe en la matière, en particulier dans le secteur public où la coexistence d'agents statutaires et contractuels impose bien souvent à ces services de jongler avec deux systèmes qui, sur bien des aspects, diffèrent. Le développement de la législation en matière de prévention et de protection de la santé au travail – évolution dont il faut espérer qu'elle se poursuive afin que diminue enfin le nombre d'incapacités trouvant leur origine dans l'exécution du travail – ajoute à la complexité de ce système. On pense évidemment, à cet égard, à l'instauration en 2016 du trajet de réintégration, mais pas seulement. Outre le remplacement des absents, il faut à présent adapter les postes, trouver de nouvelles fonctions, ... le tout en concertation avec différents médecins, le travailleur, ses représentants. La gestion des incapacités devient inclusive et multidisciplinaire. Un sacré défi pour humaniser un peu plus les relations de travail et au travail.

2. Comme son titre l'indique, le présent ouvrage traite de la gestion des incapacités de travail dans le secteur public. On peut en effet constater que la thématique a été plusieurs fois traitée par d'éminents auteurs par rapport à la situation des

travailleurs dans le secteur privé¹ mais qu'il manquait encore, dans les rayonnages des bibliothèques, un ouvrage francophone envisageant spécifiquement celle du personnel dans le secteur public. La présence massive des gestionnaires RH du secteur public lors d'événements traitant de cette problématique devait finir de nous convaincre de l'intérêt d'un tel projet. Constat partagé par notre éditeur qui nous a rapidement offert de publier la présente contribution. Nous profitons de l'occasion pour remercier les éditions Kluwer Wolters ainsi que le comité de rédaction de la collection des *Etudes pratiques de droit social*, et en particulier notre ami et

(1) M. DAVAGLE, *Incapacité de travail et inaptitude au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur*, Liège, Kluwer, 2021 ; M. DELLISSE, *Le salaire garanti – les incidences financières et les contours administratifs*, Liège, Kluwer, 2020 ; M. DAVAGLE, *Incapacité de travail*, Bruxelles, Larcier, 2020 ; S. DEMEESTERE, et K. DE SCHOENMAKER, *Arbeidsongeschiktheid. Rechtsgevolgen voor de werkgever en werknemer*, Malines, Wolters Kluwer, 2017 ; M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Bruges, La Chartre, 2017 ; K. DELLA SELVA, A. GUERIT, C. LEFLOT, C. MERLA et S. STENUICK, *La reprise du travail après une période d'incapacité de travail*, Waterloo, Kluwer, 2017 ; M. DAVAGLE (dir.), *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes*, Actes du colloque de l'AJPS organisé à Bruxelles le 25 avril 2013, Limal, Anthemis, 2013 ; A. VANDERSCHAEGHE, *Arbeidsongeschiktheid door ziekte : verplichtingen werkgever en rechten werknemer*, Malines, Kluwer, 2013 ; N. BETSCH, « Gezondheid, arbeids(on)geschiktheid en onderneming » in F. HENDRICKX et D. SIMOENS (éd.), *Arbeids- en socialezekerheidsrecht*, Bruges, La Chartre, 2010, 47-82. M. VANHEGEN, « Re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers in het arbeidsrecht : een conceptuele benadering », *R.D.S.-T.S.R.*, 2020, liv. 2, pp. 215-268 ; D. DI FIORE, « Le retour au travail des travailleurs en incapacité : état de la réglementation et perspectives », *Orientations*, 2020, liv. 6, pp. 16-26 ; A. SQUIFFLET et S. GILSON (dir.), *La souffrance au travail – Dialogue interdisciplinaire autour du burn-out*, Limal, Anthemis, 2019 ; S. REMOUCHAMPS, « Quels droits pour le travailleur ayant perdu une partie de sa capacité de travail ? Réflexions critiques autour du trajet de réintégration », *Chron. D.S.*, 2018, pp. 134-156 ; D. CACCAMISI, « Le trajet de réintégration des travailleurs en incapacité de travail : un aperçu de la réforme et de ses conséquences sur la force majeure médicale », *Orientations*, 2018, liv. 1, pp. 2-27 ; L. VERMEULEN, « Ontslag na ziekteperiodes – Discriminatie », *J.T.T.*, 2018, liv. 1322, pp. 461-462 ; I. VAN PUYVELDE et V. VERVLIET, « Van kaart van medisch toezicht tot re-integratietraject : geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk », *R.D.S.-T.S.R.*, 2018, liv. 4, pp. 635-662 ; A. MORTIER, « La cessation du contrat de travail causée par l'état de santé du travailleur », *J.T.T.*, 2017, 1^{re} partie : liv. 1267, pp. 33-42, 2^e partie : liv. 1268, pp. 49-59 ; A. MORTIER, « La réforme tendant à faciliter la réintégration des travailleurs en incapacité de travail », *Rev. dr. ULg.*, 2017, liv. 2, pp. 357-378 ; E. ANKAERT et I. PLETS, « Nieuwe regels rond re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers », *Or.*, 2017, liv. 3, pp. 20-31 ; K. DE SCHOENMAEKER et S. DEMEESTERE, *Arbeidsongeschiktheid - Rechtsgevolgen voor werkgever en werknemer*, Malines, Kluwer, 2017 ; F. LAMBINET, « Le (nouveau) sort des travailleurs inaptes : que cache le trajet de réintégration ? Entre processus volontaire de remise au travail et exclusion forcée », in M. VERWILGHEN, *La réforme du droit du travail – Commentaires des nouveautés*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 23-64 ; M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Bruges, die Keure, 2017 ; pour le secteur public, voir I. DE WILDE et R. JANVIER, « Re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden in overheidsdienst. Een hindernissenparcours van formaat », *R.D.S.-T.S.R.*, 2018, liv. 4, pp. 663-689 ; I. DE WILDE et R. JANVIER, « Nieuwe regelgeving voor de re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden – Toelichting en kanttekening bij de toepassing op het (lokaal) overheidspersoneel », *T. gem.*, 2017, liv. 2, pp. 90-106 ; S. AERTS et R. JANVIER, « Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren », *R.D.S.-T.S.R.*, 2015, liv. 1-2, pp. 101-179.

collègue Charles-Eric Clesse qui en assure la supervision, pour la confiance qu'ils nous ont témoignée mais également de leur patience.

La rédaction du présent ouvrage s'est en effet avérée plus ardue que ce que nous avions projeté. La complexité du paysage institutionnel belge, couplée à l'extension qui apparaît aujourd'hui inexorable de l'engagement contractuel, a en effet conduit à une démultiplication des statuts applicables au personnel dans le secteur public. Très vite, il a fallu se rendre à l'évidence qu'il ne serait pas possible d'aborder les particularités propres à chaque administration, collectivité, service, etc. Nous nous sommes dès lors essentiellement concentrés sur les principes et dispositions d'application générale, en distinguant – chaque fois que cela a été nécessaire – les règles qui concernent uniquement les contractuels ou les agents statutaires. Pour les problématiques régies spécifiquement par les statuts administratifs et pécuniaires, nous avons privilégié l'analyse des dispositions applicables aux personnels de l'Etat fédéral et des entités fédérées, qui demeurent généralement les textes servant de référence aux autres entités lorsque celles-ci n'y font pas directement référence dans leurs statuts.

Nous avons par ailleurs dû abandonner l'idée d'intégrer dans cet ouvrage certaines dimensions, pourtant importantes, de la problématique de la gestion des incapacités de travail. Nous avons ainsi rapidement exclu de l'objet de notre étude – par manque de temps mais également parce que le sujet avait déjà été traité par ailleurs par d'éminents auteurs¹ – la question de la gestion des incapacités de travail trouvant leur origine dans un accident (sur le chemin) du travail ou une maladie professionnelle. De manière plus générale, notre formation et notre expérience professionnelle nous ont amené à n'aborder le sujet que sous le prisme – très réducteur – du droit. Cette approche, un peu froide, de la problématique ne devra pas faire oublier aux lecteurs que derrière chaque cas évoqué ou traité se trouve une – souvent plusieurs – personne en souffrance. Il est évident – mais c'est encore mieux de l'écrire – que les règles que nous allons exposer, plus que toutes autres, doivent être appliquées avec humanité, ce qui implique une sérieuse dose d'empathie mais aussi de souplesse, voire d'imagination.

3. Il nous a fallu ensuite construire la structure de notre ouvrage, autre source de difficulté. Après bien des atermoiements, nous avons dû abandonner notre souhait initial d'offrir au lecteur une étude construite de manière purement cartésienne, à l'image de ces codes où sont abordés – dans l'ordre – le champ d'application des dispositions, le corps des règles et leur sanction. La multiplicité des textes et leur

(1) En ce qui concerne les accidents du travail, tout ou presque a été écrit dans l'excellent ouvrage de Ria Janvier (*Les accidents du travail dans le secteur public*, 583 p.) paru en version française en 2018, auprès des éditions La Charte.

imbrication ne nous ont pas permis d'aboutir dans cette voie et nous ont poussé à adopter une position plus pragmatique qui consiste à suivre peu ou prou le fil de la carrière des membres du personnel du stade du recrutement à celui de la cessation des relations de travail.

En cours de rédaction, nous nous sommes cependant aperçus que certaines problématiques apparaissaient de manière régulière à différents stades de notre étude, telles les questions de discrimination, la surveillance de la santé des travailleurs et la gestion des données personnelles des travailleurs. Pour des raisons pédagogiques autant que pour éviter les répétitions, nous avons finalement décidé de les traiter dans un **chapitre 1** sous l'intitulé « règles transversales ». Dans la même logique, nous avons pensé utile, compte tenu de la confusion qui règne parfois à ce sujet, de reprendre dans le **chapitre 2** une description des instances amenées à intervenir aux côtés de l'autorité employeuse dans les procédures que nous décrirons par la suite. C'est ainsi que finalement notre cheminement suivant le fil de la carrière ne commence qu'au troisième chapitre qui traite fort logiquement de l'engagement.

Dans ce **chapitre 3**, nous abordons pêle-mêle la possibilité d'évoquer l'état de santé du candidat durant la procédure de sélection, le contrôle de l'aptitude à l'emploi et la discrimination à l'embauche pour des raisons liés à l'état de santé dans ses versants négatif et positif. L'étape de l'engagement franchie, le membre du personnel entame en principe l'exercice de ses fonctions. Il pourrait néanmoins, pour une période plus ou moins longue, être contraint de s'absenter en raison d'une incapacité résultant d'un accident ou d'une maladie.

Dans le **chapitre 4**, nous abordons les obligations qui lui incombent en termes de déclaration (certificat médical) ainsi que l'incidence qu'aura son absence, selon le cas, sur son contrat de travail ou sa position administrative. La question du pouvoir que détient l'autorité de faire contrôler la régularité de la justification de ces absences et des sanctions auxquelles le travailleur s'expose dans le cas où il s'abstient de déclarer correctement son incapacité ou en cas de déclaration frauduleuse. Lorsque l'incapacité de l'agent est partielle, l'autorité a la possibilité – dans certains cas l'obligation – d'envisager un aménagement des conditions de travail de l'agent. Celui-ci peut consister dans un aménagement du poste de travail, de l'horaire voire un changement d'affectation. Ce point sera examiné dans le **chapitre 5**.

La situation générée par l'incapacité de travail ne permet pas toujours le reclassement du travailleur et/ou engendre des difficultés telles au sein de l'organisation du service que l'autorité – parfois en accord avec le travailleur – doit se résoudre à mettre un terme à la relation de travail. Nous verrons, dans le **chapitre 6** de cet ouvrage, que sur ce point la situation des contractuels (licenciement/rupture pour

force majeure médicale) diffère fondamentalement de celle des agents statutaires (mise à la pension prématurée).

4. Il s'agit de la première édition de cet ouvrage. Nous caressons l'espoir qu'il permettra à celles et ceux qui seront confrontés à des difficultés en lien avec l'état de santé d'un travailleur de mieux comprendre la réglementation qu'il leur faudra mettre en œuvre ou – mieux – une formule, juridiquement acceptable, susceptible de solutionner les problèmes concrets auxquels ils sont confrontés.

CHAPITRE 1^{er}. RÈGLES D'APPLICATION TRANSVERSALE

SECTION 1^{re}. DISCRIMINATION SUR LA BASE DU HANDICAP OU DE L'ÉTAT DE SANTÉ

5. La réglementation anti-discrimination a connu un tel essor ces vingt dernières années, qu'il ne nous est plus paru possible d'étudier la question des incapacités de travail sans avoir au préalable abordé ce point. Le droit contraint aujourd'hui les employeurs à revoir en profondeur leurs modes de fonctionnement afin que les problèmes de santé ne soient plus une cause d'exclusion, y compris du monde du travail. D'une obligation négative de ne pas discriminer, nous sommes en effet passés à une obligation positive d'inclusion, imposant aux employeurs la mise en place d'aménagements raisonnables en faveur des personnes en situation de handicap.

Nous aborderons, dans cette section, les principales sources du droit anti-discrimination (I), les notions de « handicap » et d'« état de santé » et de « caractéristique physique ou génétique » utilisées par ces dispositions (II) ainsi que les formes de discrimination et les obligations qui s'imposent à l'auteur de la mesure litigieuse (III). L'objectif est, à ce stade, de fournir au lecteur les concepts clés. Nous en évoquerons les applications concrètes dans les chapitres suivants.

I. Sources

6. De nombreux instruments internationaux et régionaux ont été adoptés en vue de prohiber les discriminations et de promouvoir l'inclusion des personnes en situation de handicap ou, plus largement, des personnes confrontées à des problèmes de santé notamment dans la sphère du travail¹. La Belgique a notamment ratifié la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006² qui consacre d'importants droits en faveur des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont la non-discrimination, l'égalité des chances, l'accessibilité et la participation et l'intégration pleine et effective à la société³. Elle impose également une série d'obligations à

(1) Voir notamment la Convention ONU du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées ; Convention OIT n° 159 et la recommandation n° 168 du 20 juin 1983 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées ; BIT, *La gestion du handicap sur le lieu de travail*, Recueil de directives pratiques du BIT, 2002, 59 p. ; Charte sociale européenne révisée en 1996, spéc. art. 9, 19 et 15.2.

(2) Loi du 13 mai 2009 portant assentiment aux Actes internationaux suivants : Convention relative aux droits des personnes handicapées, Protocole facultatif se rapportant à la convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptés à New York le 13 décembre 2006, *M.B.*, 22 juillet 2009.

(3) Art. 3 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée à New York le 13 décembre 2006.

charge des Etats en vue d'assurer cette inclusion dans les différents pans de la vie sociale, économique et culturelle. Les dispositions consacrées au travail et à l'emploi sont reprises dans l'article 27. Cette disposition prescrit notamment aux Etats d'interdire la discrimination fondée sur le handicap dans tout ce qui a trait à l'emploi (recrutement, maintien dans l'emploi l'avancement, la rémunération, droits syndicaux, ...), de faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail, promouvoir des programmes de réadaptation technique et professionnelle, de maintien dans l'emploi et de retour à l'emploi pour les personnes handicapées. Les Etats se sont aussi engagés à « employer des personnes handicapées dans le secteur public »¹.

La reconnaissance de ces droits a été renforcée par l'ajout, en 2021, d'un article 22^{ter} dans notre Constitution qui dispose que « Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables »². Cette disposition a un effet direct limité, dans la mesure où l'alinéa 2 charge la loi, le décret ou l'ordonnance d'en garantir la protection. Elle n'est cependant pas dénuée d'effet dans la mesure où l'article 22^{ter} – comme du reste avant lui la Convention relative aux droits des personnes handicapées³ – contraint les autorités publiques à une obligation de réalisation progressive de l'objectif d'inclusion en les invitant à adopter des mesures supplémentaires et leur interdit de revoir à la baisse le degré de protection dont bénéficient les personnes en situation de handicap, sauf pour des motifs d'intérêt général (effet « *standstill* »)⁴.

7. Au niveau de l'Union européenne, une Directive 2000/78/CE adoptée par le Conseil le 27 novembre 2000 fixe un cadre général contraignant à l'égard des Etats en vue de lutter contre la discrimination fondée sur une liste de critères protégés, au nombre desquels figure le handicap⁵. Le champ d'application personnel de cette directive est extrêmement large, puisqu'elle s'applique à « toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics »⁶. Dans l'arrêt *Milkova*⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé à cet

(1) Art. 27, g, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée à New York le 13 décembre 2006.

(2) *M.B.*, 30 mars 2021.

(3) V. GHESQUIERE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », in J. Ringelheim et P. Wautelet (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, CUP, Liège, Anthemis, 2018, p. 80.

(4) Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 2019-2020, n° 7-169/2, p. 7.

(5) Art. 1^{er} de 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, *J.O.*, L3030 du 2 décembre 2000, p. 16.

(6) Art. 3.1 de la directive.

(7) C.J.U.E., 9 mars 2017, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sled-privatizatsionen control*, aff. C-406/15, EU:C:2017:198, points 69 et 70.

égard que les fonctionnaires devaient pouvoir bénéficier du même niveau de protection que les salariés du secteur privé.

Cette directive a été transposée en droit interne, par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination¹. Cette loi s'applique aux relations de travail, tant dans le secteur privé que public, entendu dans le sens le plus large, de l'offre d'emploi jusqu'à la cessation de la relation de travail², et met en place de nouveaux moyens d'action destinés à accroître l'effectivité de l'interdiction de discrimination qu'elle consacre (voir *infra* n° 21 et s.). La loi va au-delà d'une simple transposition de la directive 2000/78/CE puisqu'elle s'applique également en dehors du domaine de la relation de travail et étend la liste des critères protégés (voir *infra* n° 9 et s.)³. L'Etat fédéral ne pouvait cependant empiéter sur les compétences dévolues aux Communautés et aux Régions. En effet, la section de législation du Conseil d'Etat allait lui rappeler que « [l]es droits fondamentaux définis par des normes juridiques supérieures ne sont pas des matières en soi, mais des principes qui doivent être respectés par les différentes autorités pour régler les matières qui leur sont attribuées. Lorsque la mise en œuvre d'un droit fondamental de l'espèce requiert une réglementation complémentaire, ou lorsqu'il est estimé nécessaire de concrétiser la portée de pareil droit fondamental concernant une matière déterminée, c'est à l'autorité compétente pour cette matière qu'il appartient d'édicter les règles nécessaires »⁴. Aussi, le champ d'application de la loi du 10 mai 2007 est-il limité aux seules sphères de compétences relevant de l'Etat fédéral, à l'exclusion des matières relevant des Communautés et des Régions⁵. Pour les matières relevant des Communautés (ex. l'enseignement, politique de santé, ...) et des Régions (ex. la politique d'emploi, placement des travailleurs, les ALE, ...), il convient de se tourner vers les différents instruments élaborés au niveau des entités fédérées. Certaines organisations ou emplois subsidiés par une entité fédérée tombent, de la même manière, dans le champ d'application de ces instruments.

8. L'autonomie dont dispose chacune des entités fédérées dans la gestion de son personnel a également conduit à un éclatement de la réglementation en matière de discrimination au sein de la fonction publique. On sait en effet que les Communautés et les Régions disposent de la compétence pour fixer le statut du personnel de leur administration⁶ ainsi que des organismes publics dépendant d'elles⁷. De même,

(1) M.B., 30 mai 2007.

(2) Art. 5, § 2 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

(3) A. MORTIER et M. SIMON, « Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », *J.T.T.*, 2018, p. 81.

(4) C.E. (sect. légis.), avis L.28.197/1, 16 février 1999, pp. 30-31.

(5) Art. 5, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

(6) Art. 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

(7) Art. 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

les Communautés ont été habilitées à adopter le statut du personnel enseignant sur la base de l'article 127, § 1^{er} de la Constitution¹. Quant aux Régions, elles sont en outre compétentes en matière de composition, d'organisation et de fonctionnement des institutions provinciales et communales, y compris pour prendre des mesures encadrant le statut de leur personnel si elles le jugent utile. Ces matières échappent donc *de jure* au champ d'application de la loi fédérale du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination². Cette autonomie a conduit les entités fédérées à adopter des législations anti-discrimination particulières pour leur propre personnel, le personnel enseignant ainsi que celui des entités locales et provinciales (voir le tableau ci-dessous). Ces réglementations sont le plus souvent calquées sur les dispositions de la loi du 10 mai 2007 mais diffèrent sur certains aspects dont certains seront relevés dans la suite de notre exposé.

Si les entités fédérées sont clairement compétentes pour régler la matière pour leur personnel statutaire, cette compétence apparaît moins certaine vis-à-vis du personnel engagé sous contrat de travail³. Le droit du travail reste en effet une compétence fédérale⁴. Il est admis que l'Etat fédéral puisse intervenir dans cette sphère, même si ces dispositions affectent des situations dans lesquelles les entités fédérées se voient reconnaître la compétence de prendre des mesures⁵. Nous avons vu que la loi du 10 mai 2007 a vocation à s'appliquer de manière générale à l'ensemble des travailleurs, tant pour le secteur privé que pour le secteur public, sauf les matières réservées aux Communautés et aux Régions⁶. Certaines entités fédérées ont cependant inclus dans le champ d'application de leur dispositif le personnel contractuel. Les contractuels des entités fédérées ou locales peuvent donc s'en prévaloir, mais uniquement – à notre sens – lorsque la situation en litige porte non pas sur l'application de dispositions de droit du travail mais sur des dispositions spécifiques prévues par leur statut⁷. Bien que cette solution soit contestable dans son principe, il nous faut bien observer qu'il arrive fréquemment que les juridictions du travail appliquent aux contractuels concernés les deux dispositifs de manière combinée.

(1) Pour un cas d'application, voir C.E., 3 mai 2015, n° 230.377, Schurgers.

(2) Voir *mutatis mutandis* C.E. (sect. légis.), avis L.28.197/1, 16 février 1999, pp. 32.

(3) Voir à ce sujet J. JACQMAIN, « Les lois antidiscriminations, service public compris », in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, La Chartre, 2008, pp. 612 et s.

(4) Art. 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Voir à ce propos C.E. (sect. législ.), ass. gén., avis n° 40.689/AG 40.690/AG 40.691/AG du 11 juillet 2006, pp. 15-16.

(5) O. DE SCHUTTER, « La loi belge tendant à lutter contre certaines discriminations », *J.T.*, 2003, p. 847.

(6) Art. 5, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

(7) Voir C.E. (sect. législ.), avis n° 30.462/2 16 novembre 2000, p. 5.

Dans le tableau repris ci-dessous, nous reprenons les différents instruments applicables au personnel public en précisant leur champ d'application :

Législation	Champ d'application
Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination	– Les travailleurs sous contrat de travail – Le personnel de la fonction publique fédérale (OIP dépendant du fédéral, SPF, SPP, ...)
Décret flamand du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement ¹	Le décret vise « les matières attribuées à la Région flamande et à la Communauté flamande », en ce compris les instances publiques². On en déduit qu'il s'applique à tout le moins au personnel statutaire³ : – des services du Gouvernement flamand ; – des personnes morales de droit public flamandes ; – des entités autorités locales et provinciales flamandes ; – des établissements d'enseignement en Flandre.
Décret wallon du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination ⁴	Le personnel statutaire et contractuel : – des services du Gouvernement wallon (SPW) ; – des personnes morales de droit public dépendant de la Région wallonne ; – des autorités locales et provinciales wallonnes (communes, CPAS, intercommunales, associations chapitre XII, etc.)⁵.
Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination ⁶	Le personnel statutaire : – des services du Gouvernement de la Communauté française ; – des personnes morales de droit public dépendant de la Communauté française ; – des établissements d'enseignement, tous réseaux confondus, en Communauté française⁷.

(1) M.B., 23 septembre 2008.

(2) Art. 20 du décret du 10 juillet 2008.

(3) Les auteurs du projet de décret précisait que la compétence en matière de droit du travail demeurerait essentiellement fédérale et que donc la Communauté ne disposait à l'égard des contractuels de sa propre administration que d'une compétence restreinte. Ils estimaient par contre que la Communauté disposait d'une large compétence pour régler la question à l'égard du personnel relevant de l'enseignement, qu'il soit statutaire ou contractuel, sur la base de l'article 127, § 1^{er}, 2^o de la Constitution (Commentaires des articles, *Doc.*, Parl. fl., 2007-2008, n° 1587/1, p. 12).

(4) M.B., 19 décembre 2008.

(5) Art. 5, § 2 du décret du 6 novembre 2008.

(6) M.B., 13 janvier 2009.

(7) Art. 8 du décret du 12 décembre 2008.

Législation	Champ d'application
Ordonnance bruxelloise du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise ¹	Le personnel statutaire et contractuel : – du SPRB ; – des OIP et des institutions pararégionales dépendant de la Région, ainsi que de leurs filiales opérationnelles – des ASBL créées à l'initiative du Gouvernement².
Ordonnance-cadre bruxelloise du 25 avril 2019 visant à assurer une politique de diversité et de lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise ³	Le personnel statutaire et contractuel des administrations locales bruxelloises, c.-à-d. : – des communes ; – des intercommunales ; – des régies communales ; – des ASBL communales⁴.
Décret de la COCOF du 9 juillet 2010 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité du traitement ⁵	Le personnel contractuel et statutaire : – des services du Collège de la COCOF ; – des OIP et des institutions de droit public ou d'intérêt public créées par la COCOF ; – les associations sans but lucratif créées à l'initiative du Collège⁶.
Décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination ⁷	Les relations de travail pour lesquelles la Communauté germanophone est compétente, à l'égard : – des services administratifs de la Communauté germanophone ; – des personnes morales de droit public dépendant de la Communauté germanophone ; – des établissements d'enseignement de tout type et tous réseaux confondus en Communauté germanophone.

Dans la suite de notre exposé, nous nous baserons essentiellement sur les dispositions de la loi du 10 mai 2007. Nous tâcherons néanmoins de mettre en relief les particularités les plus marquantes des législations des entités fédérées.

(1) *M.B.*, 16 septembre 2008.

(2) Art. 4, 2° et 12° de l'ordonnance du 4 septembre 2008.

(3) *M.B.*, 24 mai 2019.

(4) Art. 4, 1° et 10° de l'ordonnance-cadre du 25 avril 2019.

(5) *M.B.*, 3 septembre 2010.

(6) Art. 5, 9° et 19° du décret du 9 juillet 2010.

(7) *M.B.*, 5 juin 2012.

II. Critères protégés

9. La Directive n° 2000/78/CE fixe un cadre général en vue de lutter contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail. Elle est basée sur une liste de critères protégés. Elle ne traite que des discriminations fondées de manière directe ou indirecte sur un de ces critères. Dans les lignes qui suivent, nous tenterons de mieux circonscrire la notion de « handicap » qui apparaît centrale pour notre propos (A). Les législations anti-discrimination belges ont cependant étendu la liste des critères protégés à d'autres critères, notamment celui de l'« état de santé actuel et futur », de l'« état de santé » ou des « caractéristiques physiques ou génétiques » que nous aborderons ensuite (B).

A. Handicap

10. La notion de « handicap » n'est pas définie dans la Directive n° 2000/78/CE. La Cour de justice de l'UE a néanmoins jugé, dans l'arrêt *Chacón Navas*¹, qu'il convenait de donner à cette notion une interprétation autonome et uniforme dans le cadre de la directive. Elle définissait le handicap comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle »². Elle déduisait de l'importance conférée par les auteurs de la directive aux mesures destinées à aménager le poste de travail, que l'entrave à la participation à la vie professionnelle doit probablement être de longue durée³. La Cour relevait cependant que, compte tenu de la terminologie choisie, cette notion ne pouvait pas être assimilée purement et simplement à celle de maladie⁴. Et la Cour de conclure qu'une personne ayant été licenciée exclusivement en raison d'une maladie quelconque ne tombait pas dans le cadre de la protection offerte par la directive.

La Cour de justice a adapté la définition précitée dans son arrêt *HK Danmark*⁵, afin de l'aligner sur la définition reprise à l'article 1^{er} de la Convention onusienne relative

(1) C.J.U.E. (gde ch.), 11 juillet 2006, *Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, aff. C-13/05, EU:C:2006:456, points 39 à 42.

(2) *Ibid.*, point 43.

(3) *Ibid.*, point 45.

(4) *Ibid.*, points 44.

(5) C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. jtes C-335/11 et C-337/11, EU:C:2013:222 ; dans le même sens, C.J.U.E. (gde ch.), 18 mars 2013, *Z. c. A Government Department and the Board of management of a community school*, C-363/12, EU:C:2014:159 ; C.J.U.E., 18 janvier 2018, *Ruiz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares SA et Ministerio Fiscal*, C-270/16, EU:C:2018:17 ; C.J.U.E., 11 septembre 2019, *DW c. Nobel Plásticos Ibérica SA*, aff. C-397/18, EU:C:2019:703.

aux droits des personnes handicapées que l'Union européenne avait entretemps ratifiée. Depuis lors, la notion de handicap est définie comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentale ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur base de l'égalité avec les autres travailleurs »¹. Ce faisant, elle intègre le handicap dans sa dimension sociale. Elle admet par ailleurs qu'une maladie peut être à l'origine d'une situation de handicap, pour autant qu'elle soit de longue durée et qu'elle entraîne une limitation de la participation de la personne à la sphère professionnelle².

11. Pour faire bref, la notion de handicap requiert trois éléments. Le premier est d'ordre *médical* : il faut que la personne présente une atteinte physique, mentale ou psychique. L'origine de cette pathologie importe peu. Elle ne doit pas être congénitale. Elle peut être la conséquence d'un accident ou d'une maladie, voire même la conséquence du vieillissement de la personne³. La Cour de justice a admis qu'une situation d'obésité importante pouvait constituer, par elle-même, une telle atteinte et ce, quelle que soit son origine médicale (génétique, physiologique, ...) ou non. Ainsi, pour la Cour, « la notion de 'handicap', au sens de la Directive 2000/78, ne dépend pas de la question de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de son handicap »⁴. Le handicap doit cependant également être appréhendé sous l'angle *social*. Du fait de sa situation particulière, la personne rencontre des obstacles à une pleine inclusion dans la vie professionnelle. Si l'obstacle doit, à notre sens, revêtir une certaine importance⁵, il n'est pas nécessaire qu'il entraîne une exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle⁶. Le fait que la personne soit apte à travailler à mi-temps n'exclut pas l'existence d'un handicap⁷. Une personne diagnostiquée HP pourrait également entrer dans cette définition⁸. Il faut mais il suffit que la situation médicale de la personne entraîne une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle. Enfin, cet obstacle ne doit pas nécessairement être définitif. Il doit néanmoins être *durable*. Dans l'arrêt *Daouidi*, la Cour de justice a admis en ce sens que la luxation d'un coude à la suite d'un accident du

(1) *Ibid.*, point 38.

(2) *Ibid.*, point 43.

(3) J-Fr. NEVEN, « Le droit européen de la non-discrimination : un impact décisif en faveur d'une obligation généralisée de reclassement professionnel ? », J. Davagle (dir.), *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes*, Limal, Anthemis, 2013, p. 41.

(4) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Karsten Kaltoft c. Billund Kommune*, aff. C-354/13, EU:C:2014:2463, point 56 ; voir aussi C. trav. Liège, div. Namur, 12 octobre 2017, R.G. n° 2016/AN/169, www.stradalex.be.

(5) Voir en ce sens C. trav. Liège, 18 juillet 2017, *J.L.M.B.*, 2018/39, p. 1844 : la Cour juge qu'une incapacité permanente de 6 pour cent ne fait pas obstacle à la pleine et effective participation à la vie professionnelle.

(6) *Ibid.*, point 43.

(7) *Ibid.*, point 44.

(8) Voir C.E., 30 juin 2020, n° 247.958, *Lamaudrière*.

travail entraînant une incapacité « temporaire » prolongée puisse relever potentiellement de la notion de handicap¹. De même, la Cour du travail de Bruxelles a admis qu'un cancer² puisse être à l'origine d'une situation de handicap. A l'inverse, la Cour du travail de Liège a jugé qu'une fracture de la malléole externe ne présentait pas, dans le chef d'un ouvrier travaillant sur chantier, un caractère de durabilité suffisant pour constituer un handicap alors même que celui-ci avait été reconnu en incapacité temporaire totale de travail pendant un peu plus de 1 an. L'appréciation du caractère « durable » de l'incapacité est donc très variable d'un juge à l'autre, de sorte qu'il n'est pas possible de fixer un seuil *a priori*. Il se déduit cependant de la jurisprudence que l'incapacité doit durer à tout le moins plusieurs mois. Il convient également, dans l'appréciation de cette durée, d'avoir égard à l'objectif de la directive qui est de prévoir à l'égard de l'intéressé des aménagements raisonnables.

B. Autres critères liés à l'état de santé

12. L'article 4, 4° de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination a ajouté à la liste des critères protégés celui de l'« état de santé actuel ou futur ». La portée exacte de ce critère fait l'objet d'importantes discussions. Certains juges ont considéré que lorsqu'un travailleur était licencié en raison du nombre important de jours d'absence pour maladie, le licenciement pouvait être considéré *a priori* comme une discrimination basée sur l'état de santé actuel et futur du travailleur, dans la mesure où la décision de l'employeur est dictée par la crainte que lui inspire l'état de santé de son travailleur, qui lui fait redouter que celui-ci soit de nouveau absent dans le futur³. D'autres juridictions font néanmoins une lecture beaucoup plus stricte du critère. Elles relèvent que le législateur, en intégrant ce critère dans la loi du 25 février 2003, a seulement eu l'intention d'interdire les tests génétiques prédictifs ou la prise en compte systématique de l'hérédité comme motif de refus d'embauche. Il s'agissait concrètement de protéger les personnes atteintes d'une maladie dégénérative, dont le diagnostic existe au moment de l'embauche, mais dont l'évolution à ce moment ne le rend pas inapte à l'exercice de la fonction postulée⁴. Le but de ce nouveau critère était de prohiber l'usage de tests génétiques prévisionnels et d'autres types d'examens médicaux⁵. Pour ces juridictions, un

(1) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2016, *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus SL e.a.*, aff. C-395/15, EU:C:2016:917, point 52.

(2) C. trav. Bruxelles, 20 février 2018, R.G. n° 2016/AB/959, www.terralaboris.be.

(3) Trib. trav. Brabant wallon, div. Wavre, 8 octobre 2019, www.unia.be.

(4) Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 1999, 2-12/15, pp. 107 et 121-122.

(5) Trib. Trav. Liège, div. Liège, 13 novembre 2018, R.G. n° 16/7336/A, inédit ; Trib. Trav. Hainaut, div. La Louvière, 28 septembre 2018, R.G. n° 16/2436/A, www.terralaboris.be ; Trib. Trav. Hainaut, div. Charleroi, 19 juin 2017, R.G. 15/5574/A, www.unia.be ; Trib. Trav. Bruxelles, 31 octobre 2016, R.G. n° 14/13642/A, inédit.