



CONSEIL DE L'EGALITÉ DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES  
RAAD VAN DE GELIJKE KANSEN VOOR MANNEN EN VROUWEN  
RAT FÜR CHANCENGLEICHHEIT ZWISCHEN MÄNNER UND FRAUEN

**AVIS N° 117 DU 12 JUIIN 2009 DU CONSEIL DE L'EGALITE DES CHANCES  
ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES, RELATIF A LA PROPOSITION DE  
DIRECTIVE PORTANT MODIFICATION DE LA DIRECTIVE 92/85/CEE  
CONCERNANT LA PROTECTION DE LA MATERNITE DES TRAVAILLEUSES**

# **AVIS n° 117 du 12 juin 2009 du Conseil de l'Égalité des Chances entre Hommes et Femmes, relatif à la proposition de directive portant modification de la directive 92/85/CEE concernant la protection de la maternité des travailleuses**

## **1. JUSTIFICATION**

En octobre 2008, la Commission européenne a fait connaître un ensemble de propositions destinées à améliorer la conciliation de la vie familiale avec l'activité professionnelle. Parmi celles-ci, deux concernent des amendements à la législation communautaire; l'une vise à remplacer la directive 86/613/CEE relative à l'égalité de traitement entre les travailleurs indépendants, l'autre à amender la directive 92/85/CEE concernant la protection de la maternité des travailleuses.

Le Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes porte, depuis sa création, la plus grande attention à la question de la conciliation (voir ainsi ses avis n° 1 et 87). Il consacre donc le même intérêt à l'ensemble des propositions que formule la Commission européenne; cependant, il considère devoir contribuer, par priorité compte tenu du calendrier des institutions européennes, à l'examen des deux propositions de directives. Le présent avis, rendu d'initiative, concerne la protection de la maternité; un autre avis traitera de l'égalité entre les indépendants.

## **2. APPROCHE GENERALE**

**2.1.**L'article 17 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes dispose que les règles protectrices de la grossesse et de la maternité ne constituent pas une dérogation au principe d'égalité entre travailleurs féminins et masculins, mais une condition de réalisation de ce principe. La disposition a été reprise de la loi du 7 mai 1999 relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les conditions de travail, où elle avait été insérée sur la recommandation du Conseil.

Par conséquent, le Conseil ne peut qu'approuver une initiative qui vise à améliorer la protection légale de la maternité ; toutefois, il souligne qu'une telle intention ne peut être détachée de deux autres considérations essentielles.

**2.2.**Tout d'abord, l'accueil d'un enfant dans la famille (à la suite de sa naissance comme de son adoption) et les soins qu'il requiert ne peuvent rester la charge de la seule mère. L'intérêt de la société tout entière exige qu'aucun effort ne soit négligé pour encourager l'usage du congé de paternité, ainsi que l'utilisation du congé parental par chacun des parents.

Dans ces deux domaines, la Commission européenne s'en remet provisoirement au dialogue social européen. Toutefois, rien n'empêche les Etats membres de renforcer sans attendre leurs propres dispositifs.

Ainsi, le Conseil rappelle que le régime belge de congé de paternité n'est pas conforme à la directive 2006/54/CE relative à l'égalité entre hommes et femmes en matière de travail et d'emploi ("refonte"), puisque les utilisateurs du congé ne sont pas protégés contre le licenciement ni contre d'autres effets négatifs pour leur carrière. Par ailleurs, vu l'évolution du droit civil et des pratiques sociales, le Conseil ne voit pas ce qui empêche d'ouvrir le

congé à "la personne avec qui la mère vit en couple", comme c'est déjà le cas dans certains services publics.

Quant au congé parental, la tendance qu'ont suivie les autorités depuis son institution (assouplissement des conditions d'utilisation, amélioration de l'indemnisation) doit certainement se poursuivre. Il importe aussi de mettre fin à la réapparition chronique de décalages entre le secteur privé et les divers services publics.

**2.3.** Ensuite, toutes les formules de congés, si égalitaires qu'elles soient, impliquent toujours qu'individuellement, la travailleuse ou le travailleur se retire pour une période plus ou moins longue de l'activité professionnelle. La solution structurelle aux difficultés de la conciliation réside toutefois dans le développement des équipements collectifs d'accueil, dont la responsabilité revient aux diverses autorités.

A cet égard, le bon classement qu'obtient la Belgique dans le rapport de la Commission relatif à la mise en œuvre des "objectifs de Barcelone concernant les structures d'accueil pour les enfants en âge préscolaire" constitue un encouragement, mais non un satisfecit. Des efforts continus restent indispensables, qu'il s'agisse de la qualité de l'accueil et des conditions de travail (voir ainsi l'avis n° 42 du Conseil relatif aux gardiennes encadrées), de la prise en charge des enfants d'âge scolaire, mais aussi des équipements destinés aux autres membres de la famille que les enfants.

### **3. EXAMEN DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE**

#### **3.1. Préalable**

L'analyse qui suit s'attache principalement à montrer quelles incidences aurait la proposition sur la législation belge en vigueur si elle était adoptée telle quelle.

Néanmoins, le Conseil rappelle que dans son avis n° 84 relatif aux congés qui facilitent l'articulation entre la vie familiale et professionnelle, daté du 1<sup>er</sup> octobre 2004, il avait formulé de nombreuses recommandations en vue de l'amélioration du régime de protection de la maternité. Certaines correspondent à des questions abordées par la proposition, la plupart lui sont étrangères.

Le Conseil estime que l'élaboration puis la transposition d'une directive modifiant la 92/85/CEE doit donner l'occasion d'un réexamen général de la législation belge en vigueur. Il invite donc toutes les autorités à porter attention à son avis n° 84, dont pratiquement tous les aspects restent d'actualité.

De manière immédiate, le Conseil souligne les deux éléments suivants:

- rien n'explique pourquoi, huit ans plus tard, la Belgique n'a toujours pas ratifié la Convention n° 183 de l'Organisation internationale du Travail relative à la protection de la maternité, qui se combine utilement avec la directive 92/85/CEE et donne à la problématique une portée mondiale;
- toute modification de la législation sociale générale, qu'elle réponde ou non à l'obligation de transposer une directive, implique que chacune des autorités publiques y adapte les règles applicables à son personnel statutaire; une concertation préalable de

ces autorités est donc indispensable pour éviter que le processus d'adaptation prenne des années et entraîne, pour les personnes concernées, de multiples difficultés.

### **3.2. Analyse des articles**

#### *Article premier*

##### *1. Nouvel article 8 de la directive 92/85*

§1<sup>er</sup>: L'allongement de la durée minimale du congé à 18 semaines constitue l'aspect de la proposition que les media ont commenté le plus abondamment. En Belgique, il entraînerait une augmentation de 3 semaines de la durée normale.

§2: La répartition du congé entre repos pré- et postnatal ne crée pas de difficulté.

§3: La prolongation du congé en cas d'accouchement tardif est réglée en Belgique.

§4: La législation belge prévoit des suppléments aux repos pré- et postnatal en cas de grossesse multiple et de maintien du nouveau-né en hospitalisation.

Par contre, au regard de la proposition de directive, la perte des 7 jours de repos prénatal obligatoire lorsque l'accouchement survient prématurément semble indéfendable.

En outre, la législation belge n'accorde aucun supplément de congé en cas de naissance d'un enfant handicapé dont l'état ne nécessite pas son maintien en hospitalisation. Une modification de l'article 39 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail apparaît indispensable, puisque le commentaire des articles insiste sur la nécessité d'aider la mère à se remettre du stress dû à la naissance d'un enfant prématuré, malade ou handicapé.

§5: L'incidence sur le congé de maternité d'une incapacité de travail liée à la grossesse est particulièrement délicate à aborder en Belgique. En effet, actuellement le régime général (loi du 16 mars 1971 et loi coordonnée le 14 juillet 1994) n'assimile aucun jour d'incapacité de travail, quelle qu'en soit la cause, à une journée travaillée qui donne droit à la prolongation du repos postnatal. Par contre, la réglementation statutaire de certains services publics aborde la question autrement (report des absences étrangères à la grossesse, ou au contraire prolongation du repos en cas d'affection due à celle-ci).

A première vue, la solution proposée par la Commission risque de provoquer un contentieux relatif à la preuve que l'incapacité de travail est réellement liée à la grossesse.

Le Conseil recommande un réexamen de toute la problématique. En particulier, l'hypothèse de l'incapacité temporaire due à un accident du travail nécessite un traitement différent de celle de l'incapacité "de vie privée".

## 2. *Nouvel article 10 de la directive 92/85*

§1<sup>er</sup>. L'article 40 de la loi du 16 mars 1971 est suffisant pour interdire le licenciement lié à la grossesse. Cependant, compte tenu de l'arrêt *Paquay*, C-460/06, mieux vaudrait mentionner aussi les actes préparatoires au licenciement.

§2. La proposition étend jusqu'à 6 mois après la fin du congé de maternité l'obligation qu'a l'employeur de communiquer par écrit à la travailleuse qui le demande les motifs de licenciement. Cette formulation suscite deux questions.

- D'abord, le texte vise le congé de maternité "visé à l'article 8, §1<sup>er</sup>", c'est-à-dire sans les prolongations qui font l'objet de l'article 8, §4 (ci-dessus). La période de 6 mois court-elle à partir de la fin du congé "normal" de 18 semaines, ou du congé éventuellement prolongé ?
- Ensuite, selon l'exposé des motifs, "cette disposition ne vise pas à modifier les règles en matière de licenciement individuel ou collectif". Cependant, le §3 (ci-dessous) exige que la protection s'applique en cas de licenciement illégal "en vertu des §§ 1<sup>er</sup> et 2". Donc, faudrait-il modifier l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 seulement pour porter à 6 mois après la fin du congé la période durant laquelle l'employeur doit fournir les motifs de licenciement, ou bien faudrait-il porter à la même durée l'application des sanctions du licenciement illégal ?

§3. Cet aspect doit se combiner avec l'article *12quater* nouveau, selon lequel les sanctions qui prennent la forme d'indemnités ne peuvent être limitées par un plafond et doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Il apparaît aussitôt que la sanction prévue par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 (l'indemnité forfaitaire égale à 6 mois de rémunération) ne satisfait pas à la proposition; au minimum, la travailleuse devrait être autorisée à démontrer que le préjudice qui résulte du licenciement illégal est supérieur au montant forfaitaire.

Ensuite, vu la fréquence des litiges, on doit mettre en doute que ce montant ait un caractère effectif et dissuasif.

Encore, la deuxième sanction qui figure à l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 (nullité du préavis notifié en contravention à l'article 40 de la loi du 16 mars 1971) suscite actuellement une controverse en jurisprudence dans le cas où la travailleuse a été occupée durant le délai de préavis irrégulier. Le Conseil recommande une clarification de l'article 39.

Enfin, les propositions d'articles 8, § 3 et *12quater* sont calquées sur celles de la directive 2006/54/CE. Celle-ci est mise en œuvre, au plan fédéral, par la loi "genre" du 10 mai 2007. Cette loi prévoit que la victime d'une discrimination peut non seulement demander une indemnisation, mais aussi inviter le tribunal à ordonner que l'auteur de la discrimination y mette fin, y compris lorsque la discrimination consiste en un licenciement. Dès lors, n'y a-t-il pas lieu de prévoir aussi dans la loi du 16 mars 1971 que la travailleuse peut demander la cessation du licenciement lié à sa grossesse ou sa maternité ? Le Conseil recommande un examen de cette question.

§4: La disposition reproduit celle qui figure dans la directive 2006/54, mais elle est rédigée de manière trop sommaire pour résoudre des questions qui ont été soumises à la Cour de Justice comme dans l'affaire *McKenna*, C-101/03: par exemple, une incapacité de travail due à la grossesse ou à l'accouchement peut-elle être traitée comme n'importe quelle incapacité de travail ? Le texte proposé devrait donc être plus explicite. De même, en droit belge, les dispositions légales (par ex., l'article 4, § 1<sup>er</sup> de la loi "genre" du 10 mai 2007) qui ne sont pas plus détaillées.

### 3. *Modification de l'article 11 de la directive 92/85*

§1<sup>er</sup> bis nouveau: cette disposition ne vise qu'à régler une question qui avait été soumise à la Cour de Justice (affaire *Høj Pedersen*, C-66/96). On n'imagine pas comment elle pourrait se poser en droit belge.

§2, c) nouveau: c'est le même texte qu'à l'article 15 de la directive 2006/54 (garantie des droits après le retour de congé de maternité), qui n'est pas transposé; il y a lieu de combler sans retard cette lacune (chaque autorité pour ce qui la concerne).

§3, nouvelle rédaction: le texte proposé est très faible. Comme tel, il n'a pas d'incidence en droit belge. Cependant, le Conseil renvoie à son avis n° 84, dans lequel il formulait des propositions d'amélioration des divers congés liés à la protection de la maternité et mettait en évidence des situations constitutives de discriminations de genre.

§5 nouveau: la disposition qui concerne le droit de demander un aménagement des "rythme et horaire de travail" paraît bien intentionnée, mais très faible. Quant à sa mise en œuvre, le Conseil ne peut que recommander un débat entre représentants des employeurs et des travailleurs, dans le secteur privé comme dans le secteur public, et se déclarer disponible pour y contribuer.

### 4. *Article 12bis nouveau de la directive 2/85*

L'article 40 de la loi du 16 mars 1971 paraît suffire à la transposition puisqu'il transfère déjà à l'employeur la totalité de la charge de la preuve.

### 5. *Article 12ter nouveau de la directive 92/85*

Cette proposition implique un effort de transposition considérable puisqu'il s'agit de protéger la travailleuse non pas contre un licenciement lié à sa maternité, mais contre des représailles exercées par l'employeur parce qu'elle a protesté contre une violation de la législation (par exemple: en raison de risques pour sa santé ou celle du fœtus, la travailleuse est écartée de ses tâches habituelles et l'employeur refuse de l'affecter à d'autres activités alors qu'il en a la possibilité).

Le Conseil ne trouve à recommander qu'une copie des dispositions de la loi "genre" du 10 mai 2007 relatives à la protection contre les représailles, mais il répète ses réserves quant au caractère dissuasif de l'indemnité égale à 6 mois de rémunération.

6. *Article 12quater nouveau de la directive 92/85*

Voir ci-dessus, Article 10 nouveau, § 3.

7. *Article 12quinquies nouveau de la directive 92/85*

La proposition est évidente et très facile à transposer puisqu'il suffit de compléter l'article 4 , al. 1<sup>er</sup>, 6° de la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

### **3.3. Deux lacunes de la proposition de directive**

Le Conseil estime que la proposition aiderait les Etats membres si elle abordait les deux questions suivantes:

- tout d'abord, le conflit éventuel entre le principe d'égalité de genre et la nécessité de protéger les travailleuses enceintes ou allaitantes. Il existe en effet un nombre limité de situations dans lesquelles l'interdiction d'exposer ces travailleuses à des risques de santé rend impraticable leur recrutement. Or, la jurisprudence de la Cour de Justice n'a jusqu'à présent apporté que des réponses abstraites à ces cas concrets (en particulier *Mahlburg*, C-207/98)
- ensuite, la définition de début et de la fin de la grossesse. A cet égard, la directive 92/85, modifiée ou non, s'en remet aux Etats membres. Or, en ce qui concerne la procréation médicalement assistée, l'arrêt *Mayr*, C-506/06, invite à une réflexion sur la situation de la travailleuse qui se soumet à un processus de fécondation *in vitro*. Et quant aux cas dans lesquels la grossesse prend fin autrement que par un accouchement, le Conseil estime que s'il en résulte une incapacité de travail, la protection de la maternité devrait rester applicable.

## **4. TRAITEMENT DE LA PROTECTION DE DIRECTIVE ET REFORME DE LA LEGISLATION BELGE**

Le Conseil se tient à la disposition des autorités pour poursuivre les réflexions qu'il espère avoir suscitées.