



CONSEIL de l'Égalité des CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES  
RAAD VAN de GElijke KANSEN VOOR MANNEN EN VROUWEN  
RAT FÜR CHANCENGLEICHHEIT ZWISCHEN MÄNNER UND FRAUEN

**AVIS N° 113 DU 7 JUILLET 2006 DU CONSEIL POUR L'ÉGALITÉ DES CHANCES ENTRE  
HOMMES ET FEMMES, RELATIF A L'AVANT-PROJET DE LOI TENDANT A LUTTER  
CONTRE LA DISCRIMINATION ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, ENTERINE  
PAR LE CONSEIL LE 13 OCTOBRE 2006**

# AVIS N° 113 DU 7 JUILLET 2006 DU BUREAU DU CONSEIL POUR L'EGALITE DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES, RELATIF A L'AVANT-PROJET DE LOI TENDANT A LUTTER CONTRE LA DISCRIMINATION ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, ENTERINE PAR LE CONSEIL LE 13 OCTOBRE 2006

## 1. JUSTIFICATION

Le présent avis répond à la demande que le ministre fédéral chargé de l'Égalité des chances a adressé au Conseil, sur la base de l'arrêté royal du 4 avril 2003 qui le réorganise.

Le Conseil souligne immédiatement que compte tenu à la fois de sa mission et de sa composition, il est le seul organe consultatif qui puisse valablement rendre aux autorités un avis sur l'ensemble des aspects du projet de loi (ainsi que sur des futur amendements éventuels et sur des projets d'arrêtés d'exécution), sans préjudice des compétences plus limitées d'autres organes.

Le Conseil rappelle par ailleurs divers avis qu'il avait rendus antérieurement sur des questions voisines:

- recommandation du 25 juin 1998, concernant l'avant-projet qui devait devenir la loi du 7 mai 1999 (égalité de traitement entre hommes et femmes au travail);
- avis n° 31 du 7 avril 2000, concernant la proposition qui devait devenir la loi du 25 février 2003 (lutte contre la discrimination);
- avis n° 40 du 8 décembre 2000, concernant la proposition qui devait devenir la directive 2002/73/CE (modification de la directive 76/207/CEE);
- avis n° 83 du 12 mars 2004, concernant la proposition qui devait devenir la directive 2004/113/CE (biens et services);
- avis n° 95 du 11 mars 2005, recommandant l'élaboration d'un Code de l'égalité de genre;
- avis n° 112 du 9 juin 2006, concernant les avant-projets de loi et d'arrêté royal relatifs à la violence et au harcèlement moral et sexuel au travail.

## 2. CONSIDERATIONS GENERALES

### 2.1. Mérites de l'avant-projet

2.1.1. Le Conseil souscrit au **souci de clarté et de cohérence** qui a mené le gouvernement fédéral à proposer de restructurer les diverses législations qui visent à combattre les discriminations, en utilisant des concepts et dispositifs communs.

Il se félicite que le gouvernement fédéral ait admis qu'il fallait respecter la **spécificité de la problématique du genre** en y consacrant une loi particulière (voir l'avis n° 31). Celle-ci pourra constituer le deuxième élément du futur **Code de l'égalité de genre** (voir l'avis n° 95), dont le premier serait la loi du 6 mars 1996 qui donne suite aux résolutions de la Conférence mondiale des femmes et qui doit être prochainement renforcée (voir l'avis n° 109 du 7 avril 2006 relatif à l'avant-projet de loi).

Le Conseil se réjouit aussi que le gouvernement fédéral ait décidé de demander à l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'Etat un avis qui videra enfin le problème de la **répartition des compétences** à l'égard de la transposition des directives communautaires européennes.

2.1.2. Le Conseil reconnaît que l'avant-projet apporte des **avancées indiscutables** dans la réalisation de l'égalité de genre, en ce qui concerne tant la substance (intégration des régimes légaux de

sécurité sociale) que l'effectivité (indemnisation des victimes, action en cessation, protection des témoins).

- 2.1.3. En particulier, le Conseil approuve la disposition de l'article 25, § 5 de l'avant-projet, qui peut mettre fin à des hésitations quant à la **compétence du Conseil d'Etat** lorsque la discrimination résulte d'un acte administratif individuel voire réglementaire. Il estime toutefois que la disposition est mal placée, car les règles relatives à l'action en justice (art. 35), à la charge de la preuve (art. 32 et 33) et à la protection contre les représailles (art. 22) doivent pouvoir s'appliquer aussi dans une procédure devant le Conseil d'Etat, comme c'est le cas pour la loi du 7 mai 1999.

## 2.2. Faiblesses de l'avant-projet de loi

- 2.2.1. Le Conseil ne peut admettre que l'avant-projet recoure à une notion de **distinction**, définie comme produisant des effets favorables ou défavorables, et qui n'aboutit pas nécessairement à une discrimination. Il s'agit d'une construction intellectuelle dont la cause réelle est que le troisième avant-projet de loi (discriminations diverses), persiste à admettre qu'à l'égard des critères non visés par le droit communautaire, la discrimination directe puisse être justifiée par des raisons objectives.

Le concept de distinction ne serait utile à introduire que pour expliquer qu'il existe des différences naturelles (dans le cas du genre, dues à la morphologie et la physiologie) qui rendent les situations non comparables.

Pour le surplus, le droit communautaire n'utilise que le concept de discrimination, par définition illégale mais qui, si elle est indirecte, peut se justifier à des conditions strictes. **De manière limitée**, la règle communautaire désigne des exceptions qui ne sont pas constitutives de discriminations. Même si l'on constate que les directives 2002/73 et 2004/113 ont laissé aux Etats membres une grande liberté dans l'application de certaines de ces exceptions, rien n'indique que le Conseil européen, et surtout la Cour de Justice, aient entendu s'écarter du schéma rappelé ci-dessus.

Par conséquent, l'introduction du concept de distinctions va obliger le gouvernement fédéral à justifier laborieusement devant la Commission européenne qu'elle n'a pas de conséquence sur la transposition des normes communautaires. Et surtout, par sa seule existence il est créateur d'une insécurité juridique majeure pour tous les acteurs sociaux et judiciaires qui devront mettre en œuvre la nouvelle législation. Le Conseil ne peut donc que **recommander son abandon**, et le **maintien des seuls concepts qui figurent dans la loi du 7 mai 1999 (discrimination directe ou indirecte et exceptions)**.

- 2.2.2. Le Conseil constate un grave **défaut de structure** dans l'avant-projet. En effet, les directives communautaires qui concernent l'égalité professionnelle entre femmes et hommes découlent, directement ou indirectement, de l'ancien article 119 CEE (aujourd'hui 141 CE); elles ne visaient originellement que les employeurs et les travailleurs en situation de subordination, puis se sont étendues aux travailleurs indépendants et, dans le cas de la directive 79/7/CEE, à la population active. Par contre, prise sur la base de l'article 13 CE, la directive 2004/113 vise tous les fournisseurs de biens et de services et toutes les personnes de sexe féminin ou masculin en tant que consommateurs.

Dès lors, il apparaît indispensable de consacrer des **chapitres distincts** de la loi à ces deux aspects, même si elle comporte par ailleurs des concepts et dispositions communs.

- 2.2.3. A la lumière de près de 30 ans de législation relative à l'égalité professionnelle des femmes et des hommes, le Conseil estime que la **dimension pédagogique** des textes légaux doit être renforcée et non supprimée comme le fait l'avant-projet. Ainsi, il n'admet pas l'abandon de

dispositions comme les articles 8 et 13 de la loi du 7 mai 1999, qui indiquent de manière non limitative dans quels aspects des relations de travail l'égalité doit être assurée; **cet abandon constitue un véritable affaiblissement de la législation.**

De même, le Conseil avait critiqué (avis n° 83) la future directive 2004/113 parce qu'elle ne donne pas de substance au principe d'égalité dans l'accès aux biens et aux services. Il est convaincu que, dans un domaine de la vie collective où jusqu'à présent on s'est très peu préoccupé d'égalité, le législateur national doit remédier à la carence de la norme communautaire.

2.2.4. Le Conseil constate que l'avant-projet ne reprend pas **certaines dispositions de la loi du 7 mai 1999**, dont l'absence peut constituer un défaut de transposition du droit communautaire, ou au moins une régression contraire à celui-ci, ou encore affaiblir l'effectivité de la législation:

- l'avant-projet ne vise pas les personnes qui diffusent des offres d'emploi ou des annonces relatives à l'emploi (art. 7 de la loi du 7 mai 1999);
- l'avant-projet supprime la possibilité de désigner par arrêté royal des organes spécialisés auxquels la juridiction saisie d'un litige relatif à l'égalité peut demander un avis (art. 22 de la loi du 7 mai 1999): même si jusqu'à présent cette faculté n'a connu que fort peu d'applications, elle conserve son utilité;
- l'avant-projet ne contient pas de disposition relative à la prescription de l'action civile naissant de l'infraction. A cet égard, l'article 30 de la loi du 7 mai 1999 était mal conçu, mais si l'avant-projet se réfère implicitement au droit commun, il y a lieu de le préciser dans l'exposé des motifs.

2.2.5. Enfin, le Conseil regrette que l'avant-projet manque l'occasion de renforcer l'effectivité des législations qu'ont adoptées ou pourraient adopter les Communautés en matière de **genre des dénominations de fonctions et professions** (voir les avis n° 2 du 9 décembre 1994 et n° 103 du 14 octobre 2005); le législateur fédéral pourrait en effet imposer l'application de ces législations dans des domaines qui échappent à la compétence décrétole, par exemple les services publics relevant de l'autorité fédérale. Cette démarche contribuerait évidemment à la promotion du "gendermainstreaming" (loi du 6 mars 1996, en cours d'amendement).

### 2.3. Transposition de la directive 2002/73/CE

Le délai de mise en œuvre ayant expiré le 5 octobre 2005, la Belgique se trouve en défaut de transposition de la directive 2002/73 et l'avant-projet se préoccupe de remédier au passage à cette carence. Cependant, il laisse **sans exécution plusieurs dispositions de la directive 76/207/CEE**, telles que la directive 2002/73/CE les a modifiées. Dans certains cas, ce sont d'autres législations qui devraient être complétées à cet effet, mais le Conseil doit souligner que la transposition reste défectueuse quant aux aspects suivants:

- il n'existe pas de disposition générale qui garantisse spécifiquement que le **congé de maternité** n'ait pas d'effet négatif sur la carrière (art. 2, § 7, al. 2 de la directive 76/207/CEE);
- il n'y a pas de garantie du maintien des droits ni de protection contre le licenciement en cas d'utilisation du **congé de paternité** (art. 2, § 7, al. 4 de la directive);
- à cause de ses formulations trop générales (ci-dessus, 2.2.3.), l'avant-projet ne garantit pas le principe d'égalité dans le fonctionnement des entreprises constituées par des associations de **travailleurs indépendants** (art. 3, § 2, b de la directive; voir l'avis n° 96 du 15 avril 2005 relatif aux femmes exerçant des professions libérales);
- bien que la question soit très délicate à aborder, l'égalité de traitement dans les règles régissant les **organisations de travailleurs et d'employeurs** (art. 3, § 2, b de la directive) n'est pas évoquée dans l'avant-projet. Si le gouvernement fédéral estime qu'aucune mesure n'est

nécessaire, chacune des organisations concernées veillant à l'application du principe, il doit en faire mention dans l'exposé des motifs. En outre, le Conseil croit devoir demander si, après la signature de la Charte du gendermainstreaming par les trois confédérations syndicales, le gouvernement fédéral compte prendre une initiative similaire en direction des organisations patronales;

- en ce qui concerne **le harcèlement (moral) et le harcèlement sexuel** considérés comme une discrimination (art. 2, § 2, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> tirets de la directive), le Conseil estime inadmissible l'article 7 de l'avant-projet. En effet, on ne voit absolument pas pourquoi une personne qui s'estime victime d'une discrimination de genre consistant en des faits de harcèlement moral ou sexuel au travail ne pourrait pas réclamer en justice à la fois sur la base de la loi du 4 août 1996 et de la loi relative à l'égalité de genre. A tout le moins, l'article 7 de l'avant-projet doit énoncer que la loi s'applique sans préjudice de celle du 4 août 1996. La même remarque vaut d'ailleurs pour les deux autres avant-projets, en ce qui concerne le harcèlement moral. Le Conseil renvoie sur ce point à son avis n<sup>o</sup> 112;
- la directive 76/207/CEE amendée ne comportant plus de faculté d'exceptions concernant les **législations protectrices du travail des femmes en général**, l'avant-projet n'en prévoit pas non plus. Toutefois, il doit alors abroger les dispositions de la loi du 16 mars 1971 et de l'arrêté royal du 24 décembre 1968 qui contiennent encore de règles protectrices (une attention particulière doit être portée à la question de la dénonciation de la Convention n<sup>o</sup> 45 de l'Organisation internationale du Travail, relative au travail des femmes dans les mines, et à la législation concernant le statut des membres des forces armées, qui comporte aussi des interdictions).

## **2.4. Compétence juridictionnelle**

- 2.4.1. Dans l'état actuel de la législation, et sans doute dans un avenir prévisible, l'essentiel du contentieux de l'égalité de genre concerne des questions professionnelles. Dès lors, le Conseil émet des réserves à l'égard de l'article 25 de l'avant-projet, qui attribue en premier lieu au **président du tribunal de 1<sup>ère</sup> instance** la compétence relative aux actions en cessation. Malgré la compétence générale de ce tribunal, le Conseil craint que l'urgence des situations amène un déplacement du contentieux social vers cette juridiction, ou une perte d'effectivité de la procédure de cessation due à des recours systématiques au déclinatoire de compétence.
- 2.4.2. Le Conseil s'oppose fermement aux dispositions qui apparaissent dans l'avant-projet relatif aux discriminations, et qui attribuent la compétence judiciaire aux juridictions du travail "à l'exception des contestations survenant dans le cadre d'une relation de travail régie par un **statut de droit public**". En ce qui concerne l'égalité de genre, il s'agit de l'article 41; en ce qui concerne les deux autres avant-projets, des articles 42 et 43.

Dans la loi du 4 août 1978 puis celle du 7 mai 1999 (loi complémentaire), le législateur a attribué tout le contentieux civil de l'égalité de genre en matière professionnelle aux juridictions du travail, même si les litiges opposent des autorités publiques et des agents statutaires. Il en va de même pour la loi du 4 août 1996, notamment en matière de harcèlement moral et sexuel au travail. Le contentieux relativement abondant montre que ce dispositif donne toute satisfaction.

C'est, semble-t-il, par manque d'information que la loi du 25 février 2003 a exclu de la compétence des juridictions du travail les litiges civils qui concernent des agents statutaires. Il en résulte un capharnaüm lorsque l'intéressé(e) invoque à la fois la loi du 4 août 1996 et celle du 25 février 2003 (Trib. Trav. Bruxelles, réf., 30 juin 2005, *Chr.D.S./Soc. Kron*, 2005, p. 476) ou lorsque la même situation affecte à la fois des personnes occupée dans le cadre d'un statut et d'un contrat de travail.

Le Conseil recommande donc la **suppression de l'exception**, à l'égard des trois avant-projets.

### 3. EXAMEN DES ARTICLES

Outre ce qui figure dans les considérations générales ci-dessus, le Conseil formule les observations suivantes:

- Art. 5, 15° et 6, 3°: le concept "avantages sociaux" n'apparaît dans aucune directive communautaire européenne relative à l'égalité de genre, et n'apporte rien.
- Art. 5, 16°:
  - il y a lieu de remplacer les mots "assurance maladie invalidité" par "assurance soins de santé et indemnités"
  - selon la jurisprudence actuelle de la Cour de Justice, les régimes légaux de pension de retraite et de survie pour les fonctionnaires, qui lient les prestations aux périodes d'emploi, sont des régimes "professionnels" visés par l'article 141 CE et non par la directive 76/7/CEE. Bien qu'il n'en résulte pas de conséquence pratique en droit belge, l'exposé des motifs doit justifier pourquoi l'avant-projet considère les systèmes de pensions publiques comme des régimes légaux de sécurité sociale (ce qui, en effet, constitue la conception généralement retenue en Belgique).
- Art 6, 2° : la formulation vise inutilement les soins de santé, qui sont intégrés à la sécurité sociale (ci-dessus, Art. 5, 16°). En outre, elle induit un risque d'amalgame entre sécurité sociale et assistance; le Conseil recommande d'abandonner le terme "protection sociale" et de viser les régimes d'assistance dans un numéro distinct.
- Art. 6, 6° et 8°: ces dispositions ne sont requises par aucune norme communautaire. Si le Conseil, ne peut en contester le principe, il se demande si le gouvernement fédéral en a mesuré la portée concrète, d'autant que le dispositif de l'avant-projet paraît permettre en ces domaines la justification de discriminations directes (voir d'ailleurs l'article 14).
- Art. 10: le Conseil invite le gouvernement fédéral à préciser dans l'exposé des motifs quelle méthode il compte suivre pour que les différences de traitement en matière d'assurances aient effectivement disparu dans le délai fixé. Par ailleurs, vu la proximité du terme ultime (21 décembre 2007), il se demande si l'habilitation donnée au Roi est utile.
- Art. 11: le Conseil rappelle (avis n° 83) que certaines dispositions de sécurité sociale légale (ex.: paiement en capital des rentes d'accident du travail) utilisent des facteurs actuariels sexués, en contravention avec la directive 79/7/CEE. Dès lors, l'article 11 implique que le Roi utilise immédiatement l'habilitation inscrite à l'article 18, § 3 pour corriger ces dispositions.
- Art. 12: la disposition est conforme à la directive 86/378/CEE, modifiée par la directive 96/97/CE. Cependant, mise en relation avec l'article 10 (ci-dessus), elle révèle l'incohérence qui s'est établie entre les directives 86/378/CEE et 2004/113/CE au sujet de l'utilisation des facteurs actuariels sexués. Dès lors, le Conseil demande au gouvernement fédéral s'il compte prendre l'initiative de réformer à cet égard les régimes de pensions complémentaires (voir l'avis n° 77 du 17 octobre 2003).
- Art. 18, § 3 et 4: ces dispositions sont totalement mal placées et doivent faire l'objet d'un article distinct. En outre, elles doivent prévoir la consultation préalable du Conseil pour l'égalité des chances entre hommes et femmes, du Conseil national du Travail, des organes compétents en matière de relations collectives dans les services publics et des comités de gestion des institutions publiques de sécurité sociale. Enfin, la rédaction de l'article 29, al. 2 de la loi du 29 juin 1981, qui est reproduite dans le § 3, est vieillie. Le Conseil est prêt à

contribuer à son actualisation, mais si le temps presse, il recommande la suppression du 3<sup>ème</sup> alinéa du § 3.

- Art. 22, § 3: le Conseil ne voit pas pourquoi la plainte motivée ne pourrait être introduite auprès de l'Institut. Par ailleurs, comme il l'a signalé dans son avis n° 112, il faut prévoir que la plainte motivée puisse être valablement introduite auprès de la police ou d'un autre service d'inspection du travail (en particulier dans les situations de harcèlement moral ou sexuel).
- Titre VI: la formulation "instances compétentes" est incorrecte puisque le titre VI vise les institutions ou organisations habilitées à agir.