



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° 83 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes du 12 mars 2004
relatif à la proposition de directive du Conseil des ministres européens mettant en œuvre
le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux
biens et services et la fourniture de biens et services présentée par la Commission
européenne et à ses implications en droit belge.**

Avis n° 83 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes du 12 mars 2004 relatif à la proposition de directive du Conseil des ministres européens mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services présentée par la Commission européenne et à ses implications en droit belge.

1. Exposé d'introduction

Une des missions essentielles de la Communauté est de promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. Elle a en outre pour obligation de chercher à éliminer les inégalités et de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans toutes ses actions¹.

Suivant ce qu'elle avait annoncé dans sa communication sur l'agenda de politique sociale² la Commission européenne a présenté une proposition de directive du Conseil sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en dehors du marché du travail, « mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services ». Cette proposition de directive, qui viendra s'ajouter aux directives existantes en matière d'égalité entre travailleurs féminins et masculins, se fonde sur l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne. Cette disposition accorde au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, notamment, sur le sexe. Depuis son introduction par le traité d'Amsterdam cet article 13 a constitué la base juridique de deux autres directives, à savoir la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique³ et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁴. C'est cependant la première fois que cet article est appelé à jouer un rôle en matière d'égalité entre les hommes et les femmes.

Dans le présent avis rendu d'initiative, le Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes entend analyser la proposition de directive du Conseil des ministres européens et ses implications en droit belge. A cet effet plusieurs experts ont été invités à participer aux travaux du Conseil.⁵

Comme il l'avait fait dans son avis n° 40 du 8 décembre 2000 relatif à la proposition qui devait devenir la directive 2002/73 modifiant la 76/207, le Conseil estime indispensable de se préoccuper immédiatement de la réception que trouvera en droit belge la future directive. Dans l'état actuel de la législation, le seul instrument qui puisse spécifiquement servir à la transposition (sans préjudice d'amendements à d'autres textes légaux que la future directive pourrait nécessiter) est la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, dite « loi Mahoux »⁶. En effet, celle-ci (art.2, § 1^{er}) vise « le sexe » parmi d'autres critères utilisés à faveur des différences de traitement qui constituent des discriminations, et son champ d'application matériel (art. 2, § 4) comprend notamment « la fourniture ou la mise à la disposition du public de biens et de services ».

¹ Articles 2 et 3 du Traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957, modifié et coordonné par le Traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997, J.O.C.E., 10 novembre 1997

² COM (2000) 0379 final

³ Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, J.O.C.E., L 180 du 19 juillet 2000

⁴ Directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O.C.E., L 303 du 2 décembre 2000

⁵ Les Professeurs Pascale Vielle, Patrick Humblet, Bernard Dubuisson et Sébastien Van Drooghenbroeck, auxquels s'est adjoint le Professeur Jean Jacquain, vice-président du Conseil. Mesdames D. De Vos et A. Pernot, membres du Conseil, ont également contribué aux travaux.

⁶ Quelques références de doctrine consacrées à cette loi :

- D. CUYPERS (ed.), Gelijkheid in het arbeidsrecht, Intersentia, 2003
- O. DE SCHUTTER, « La loi belge tendant à lutter contre la discrimination », J.T., 2003, p. 845
- S. VAN DROOGHENBROEK, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une « horizontalisation » des droits de l'Homme », à paraître
- J. JACQMAIN, « Et omnia discriminatio », J.D.J., n° 227, 2002, p.18

Dans l'avis qui suit, le Conseil s'efforcera donc de vérifier si la loi du 25 février 2003 comporte des dispositions qui permettent de donner effet à celles de la directive en projet, le cas échéant moyennant des amendements.

A titre de précaution, le Conseil rappelle encore que la loi du 25 février 2003 ne concerne en principe que les matières qui relèvent de la compétence fédérale. Il est évident qu'en certains de ses aspects (par ex., le logement), la proposition de directive nécessitera des initiatives des législateurs fédérés. Toutefois, afin d'élaborer son avis dans un délai tel qu'il puisse éclairer le gouvernement fédéral en vue des débats du Conseil européen sur la proposition de directive, le Conseil de l'égalité des chances renonce à aborder cette dimension. Il se tient cependant à la disposition des diverses autorités compétentes pour reprendre son examen dans les matières qui les concernent.

2. Analyse de la proposition de directive article par article

La proposition de directive suit la même structure que celle des deux autres directives basées sur l'article 13 et dont nous avons parlé dans l'introduction. Elle se subdivise en quatre chapitres que nous allons suivre pour son analyse. Les commentaires du Conseil sont présentés à la suite des articles correspondants de la proposition de directive.

Chapitre I : Dispositions générales

Article premier : Objet et champ d'application

- | | |
|----|---|
| 1. | La présente directive établit un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, afin de rendre effectif le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes dans les États membres. |
| 2. | Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes en ce qui concerne l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services qui sont à la disposition du public, y compris le logement, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics. |
| 3. | La présente directive n'exclut pas les différences qui sont liées à des biens ou des services pour lesquels les hommes et les femmes ne sont pas dans une situation comparable parce que les biens ou services sont destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un seul sexe, ou à des compétences exercées différemment pour chaque sexe. |
| 4. | La présente directive ne s'applique pas à l'éducation, ni au contenu des médias et de la publicité, en particulier la publicité et la publicité télévisuelle telles que définies à l'article 1(b) de la Directive du Conseil 89/552/EEC. |

A la lecture du premier article de la proposition de directive, le Conseil constate que son champ d'application couvre l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à disposition du public, y compris le logement. A cet égard, la même approche est envisagée dans la directive 2000/43/CE. Il convient cependant de relever que la proposition de directive précise au paragraphe 4 ci-dessus qu'elle ne s'applique pas à l'éducation, ni au contenu des médias et de la publicité, alors que la directive 2000/43 ne prévoit pas ces exclusions. Cela nous amène à penser qu'une hiérarchisation des « égalités » est opérée, l'égalité entre les femmes et les hommes n'étant pas considérée comme devant être prise en compte dans ces matières à la différence de l'égalité raciale ou sur la base de l'origine ethnique. Compte tenu du système de valeurs et de la place prioritaire que le droit communautaire primaire (articles 2 et 3 du traité) réserve à l'égalité entre les femmes et les hommes et compte tenu aussi du fait que la directive 76/207 est partiellement applicable en matière d'éducation (dans la mesure où l'éducation vise à la formation professionnelle), cette exclusion ne nous paraît ni cohérente ni justifiée.

La même remarque doit être faite en ce qui concerne la protection sociale et les soins de santé. Ces aspects sont énumérés parmi les matières visées par la directive 2000/43 relative à l'égalité raciale ou sur la base de l'origine ethnique alors qu'ils ne le sont pas dans la proposition de directive, elle aussi fondée sur l'article 13 mais relative à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes.

Par rapport aux directives « égalité entre travailleurs féminins et masculins »⁷ dont la proposition a recopié le dispositif d'effectivité, le Conseil remarque qu'aucune indication n'est donnée aux Etats membres quant aux conséquences concrètes qui découlent des principes d'égalité qu'elle énonce (exemples d'actes et pratiques prohibés). En outre, la proposition de directive apparaît, même si c'est fortuitement, comme un instrument de renforcement de la directive 86/613⁸, et en particulier de son article 4 qui vise l'élimination des dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne notamment les « facilités financières » qui peuvent être accordées lorsqu'un ou une indépendant(e) souhaite s'installer ; il aurait donc été bon de rappeler cette directive dans la présente proposition. Le Conseil observe aussi une sérieuse imprécision de la frontière entre la proposition et la directive 79/7. Dans son intention, la proposition « biens et services » ne concerne pas les assurances sociales, qui relèvent du marché du travail. Cependant, dans certains Etats membres comme la Belgique, les sociétés privées d'assurance participent au fonctionnement du système public de sécurité sociale. Ainsi, le régime de réparation des accidents du travail dans le secteur privé (loi du 10 avril 1971) implique l'obligation pour tout employeur de conclure un contrat avec une compagnie d'assurance ; l'application du droit communautaire a d'ailleurs contraint la Belgique à élargir les conditions à remplir pour pouvoir exercer cette assurance. Dès lors, il est malaisé d'établir si, lorsqu'elle agit en matière d'accidents du travail, une société privée d'assurance entre ou non dans le champ de la proposition de directive. La question présente une grande importance pratique, par exemple dans l'aspect suivant. En matière d'octroi d'une rente au conjoint survivant d'un travailleur tué dans un accident du travail, et de paiement d'une partie de cette rente en capital, l'annexe de l'arrêté royal du 21 décembre 1971 prévoit l'utilisation de tables actuarielles différenciées selon le sexe. Cette pratique ne contrevient pas à la directive 79/7, qui ne couvre pas la totalité de la sécurité sociale, et notamment pas les prestations aux survivants. Par contre, l'article 4 de la proposition interdirait le recours à de tels facteurs actuariels différenciés selon le sexe (voir plus loin sous l'article 4, où le Conseil évoque aussi l'incidence de la proposition sur la directive 86/378 en matière de régimes professionnels de sécurité sociale).

Le Conseil fait encore remarquer que le paragraphe 3 devrait être supprimé. En effet, la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la discrimination sur la base du sexe repose sur le critère de la comparabilité. En conséquence, si une situation s'impose comme n'étant pas comparable à une autre, elle sera nécessairement exclue du champ d'application de la directive. Par contre le paragraphe 3 anticipe en décidant que de telles situations ne sont pas comparables.

Article 2 : Définitions

- | |
|---|
| <p>1. Aux fins de la présente directive, les définitions suivantes s'appliquent:</p> <p>a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable;</p> <p>b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires;</p> <p>c) un harcèlement se produit lorsqu'un comportement non désiré lié au sexe d'une personne se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant;</p> |
|---|

⁷ exemple : Article 3 de la Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, J.O.C.E., 14 février 1976, modifiée par la directive 2002/73/CE du Conseil, du 23 septembre 2002, J.O.C.E., 5 octobre 2002 ; ou Article 4 de la Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale, J.O.C.E., 10 janvier 1979.

⁸ Directive 86/613/CEE du Conseil, du 11 décembre 1986, sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, J.O.C.E., 19 décembre 1986

d) un harcèlement sexuel se produit lorsqu'un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

2. L'incitation à la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est considérée comme une discrimination au sens de la présente directive.

Les définitions qui figurent au § 1^{er} sont reprises des directives 2000/43 et 2000/78⁹ et, quant aux points c) et d), à la directive 2002/73. Le Conseil constate que la loi du 25 février 2003 n'est pas conforme dans la mesure où, d'une part, elle admet la justification objective d'une discrimination directe et, d'autre part, sa définition de la discrimination indirecte n'envisage que le résultat de l'application d'une disposition, critère ou pratique, alors que la proposition de directive retient aussi la possibilité de produire un tel résultat (« est susceptible »).

Quant à la différence entre « harcèlement » et « harcèlement sexuel », le Conseil craint qu'elle soit très difficile à établir dans le champ matériel de la proposition de directive, et s'interroge sur sa pertinence. Toutefois, si les deux notions sont maintenues, la loi du 25 février 2003 n'est pas conforme puisqu'elle n'envisage pas le « harcèlement sexuel ».

Article 3 : Principe de l'égalité de traitement

1. Aux fins de la présente directive, le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes signifie que:
 - (a) toute discrimination directe fondée sur le sexe, y compris un traitement moins favorable de la femme en raison de la grossesse et de la maternité, est interdite;
 - (b) toute discrimination indirecte fondée sur le sexe est interdite.
2. Le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente directive sont considérés comme des discriminations fondées sur le sexe et sont donc interdits. Le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci ne peut être utilisé pour fonder une décision affectant cette personne.

En ce qui concerne la maternité, le Conseil rappelle que la loi du 7 mai 1999 formule la proposition en sens inverse et envisage la protection de la maternité non pas comme une exception au principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes mais comme une condition de sa réalisation. Le Conseil demande que cette représentation s'impose également à l'égard des biens et des services. En conséquence, la proposition doit recommander que des mesures adéquates soient prises pour faciliter l'accès aux biens et aux services aux femmes enceintes ou allaitantes (par exemple, par l'octroi d'une priorité dans les files d'attente aux guichets).

Aucune mention particulière qu'un traitement moins favorable de la femme en raison de la grossesse et de la maternité constitue une discrimination n'apparaît dans la loi Mahoux.

Pour remarque, cette loi ne mentionne pas non plus que le traitement moins favorable fait à une personne en raison de sa transsexualité est une discrimination sur la base du sexe (tout au plus l'envisage-t-elle comme une discrimination sur la base d'une caractéristique physique) alors qu'il est considéré comme tel par la jurisprudence de la Cour de Justice (arrêt Cornwall du 30 avril 1996, aff. C-13/94).

⁹ La définition de la discrimination indirecte que donnent les directives 2000/43 et 2000/78 s'inspire de la jurisprudence O'Flynn de la Cour de Justice (arrêt du 23 mai 1996, aff. C-237/94). Elle a été adoptée par la directive 2002/73, ce qui entraîne la nécessité d'ajuster la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (dans le cadre du marché du travail). En conséquence, la loi du 7 mai 1999 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail doit être amendée puisqu'elle reproduit la définition de la discrimination indirecte que donne la directive 97/80. Par contre, le décret flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi est conforme aux directives 2000/43, 2000/78 et 2002/73.

Article 4 : Facteurs actuariels

1. Les États membres veillent à ce que l'utilisation du sexe comme d'un facteur dans le calcul des primes et des prestations à des fins d'assurance et d'autres services financiers soit interdite dans tous les nouveaux contrats conclus après [date visée à l'article 16, paragraphe 1].
2. Les États membres peuvent surseoir à l'application des mesures nécessaires pour se conformer au paragraphe 1 jusqu'au [six ans après la date visée au paragraphe 1] au plus tard.
Dans ce cas, les États membres concernés en informent immédiatement la Commission. Ils compilent, publient et mettent régulièrement à jour des tableaux détaillés sur la mortalité et l'espérance de vie des femmes et des hommes.

Par cet article, la Commission entend que les hommes et les femmes se voient proposer des assurances et des services financiers à des conditions identiques et non pas, comme c'est le cas actuellement dans ce secteur, que les facteurs actuariels soient ventilés par sexe afin d'évaluer séparément les risques liés à l'assurance des hommes et des femmes. Dans l'exposé des motifs, la Commission, constatant, à la suite des études qui ont été menées, que l'approche unisexe est aussi viable pour la santé financière des compagnies d'assurances que l'approche différenciée, propose des critères qui se sont révélés plus pertinents pour déterminer l'espérance de vie que le facteur sexe. Ces critères sont par exemple : la situation de famille, les facteurs socio-économiques, l'activité professionnelle ou son absence, la région géographique, le tabagisme et les habitudes alimentaires. Les compagnies d'assurance devront s'y plier dans un délai de huit ans après la publication de la directive.

Le droit des assurances étant régi par les directives sur le marché unique, la liberté tarifaire est le principe. Ce principe connaît cependant une exception en Belgique dans le domaine de l'assurance auto existante. En effet, tout critère pouvant jouer un rôle sur le prix de l'assurance auto doit recevoir l'aval du SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie (anciennement Ministère des Affaires Economiques). Mis à part ce cas, il n'y a pas de contrôle de l'opportunité des critères utilisés par les assureurs. Se fondant sur ce commentaire fait par un des experts, le Conseil souligne que la proposition de directive introduit une nouvelle exception par rapport aux normes existantes en droit des assurances et qu'il serait dès lors opportun et prudent qu'elle précise la manière dont elle s'agence par rapport à celles-ci.

Le Conseil remarque que le chapitre premier consacré aux dispositions générales, manque de dispositions attirant l'attention des Etats sur les aspects auxquels ils doivent consacrer un soin particulier lors de la transposition de la directive (comme par exemple l'accès au logement), et que, par contre, l'article 4 vient mettre en évidence les facteurs actuariels. Cela ne doit pas faire ignorer le fait que d'autres facteurs sont visés. Le Conseil souligne que si les assurances se rabattent sur des solutions alternatives auxquelles la Commission renvoie, il y aura lieu de revoir ou repenser les critères utilisés dans la loi Mahoux. La mise en œuvre de l'article 4 ne doit certainement pas mener à ce que les facteurs actuariels soient remplacés par d'autres critères qui tombent sous le coup des interdictions visées par celle-ci.

Dans l'addendum à son avis n° 77 du 17 octobre 2003 relatif aux pensions complémentaires, inséré à la suite de la diffusion de la proposition de directive, le Conseil faisait remarquer que l'article 4 de la proposition de directive qui interdit l'utilisation du sexe comme facteur de calcul des primes et prestations d'assurances, concordait avec le point de vue que le Conseil avait défendu dans cet avis.

Le Conseil y exposait que la faculté de dérogation contenue dans la directive 86/378¹⁰, dont la loi belge¹¹ relative aux pensions complémentaires fait usage et qui permet, dans le cas de régimes à cotisations définies, de fixer des niveaux différents pour les prestations dans la mesure nécessaire pour tenir compte d'éléments de calcul actuariel différents pour les deux sexes, doit être abandonnée en ce qu'elle constitue une discrimination à l'égard des travailleuses.

Le Conseil faisait en outre remarquer, en citant le rapport du Comité pour la Protection sociale, que trois pays membres (les Pays-Bas, l'Italie et la Suède) avaient pris des dispositions légales pour interdire de faire usage de la faculté de dérogation contenue dans cette directive. Il préconisait que la Belgique fasse de même en attirant

¹⁰ Directive 86/378/CEE du Conseil, du 27 novembre 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, J.O.C.E., 12 août 1986, modifiée par la Directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996, J.O.C.E., 17 février 1997

¹¹ Voir Article 14, § 4 de la Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, Mon. b., 15 mai 2003

l'attention sur le fait que, dans notre pays, bien que d'autres différences d'espérance de vie soient connues et établies, seule la différence entre l'espérance de vie des hommes et des femmes est prise en considération, ce qui revient en réalité, à faire financer par l'ensemble des femmes le coût supplémentaire de l'espérance de vie plus longue d'un certain nombre d'entre elles.

Analysant la proposition de directive, le Conseil souligne que la faculté de dérogation admise par la directive 86/378 modifiée par la directive 96/97 et dont fait usage la loi belge du 28 avril 2003 entre en contradiction directe avec l'article 4 de la proposition de directive qui interdit l'utilisation du sexe comme facteur de calcul des primes et prestations d'assurances. En conséquence, un amendement à la directive 86/378 modifiée, et donc aussi à la loi belge du 28 avril 2003, serait nécessaire.

Article 5 : Action positive

Le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques visant à prévenir ou à compenser des désavantages liés au sexe.

Au sujet de cet article, le Conseil fait sienne l'opinion de Madame Masselot¹², lectrice à l'université de Leeds et membre de l'Afem (Association des femmes de l'Europe méridionale) et de l'EWLA (European Women Lawyers' Association), que : « La rédaction de l'article 5 qui prévoit la faculté pour les États membres de mettre en œuvre des actions positives peut laisser entendre qu'elles sont des exceptions au principe d'égalité de traitement. Or cela n'est pas compatible avec la jurisprudence communautaire qui établit que ces actions sont des moyens pour réaliser l'égalité entre les sexes. La directive 2002/73 envisage quant à elle les actions positives comme : « des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes ».

Pour le surplus, le Conseil rappelle que dans son avis n°40, il avait critiqué la proposition qui devait devenir la directive 2002/73 en ce qu'elle n'envisage plus les actions positives en faveur des seules femmes, mais en faveur des membres du « sexe sous-représenté ». Cette critique reste pertinente à l'égard de l'article 5 de la proposition examinée, qui vise « les désavantages liés au sexe ».

Article 6 : Prescriptions minimales

1. Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que celles prévues dans la présente directive.
2. La mise en œuvre de la présente directive ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans les domaines régis par la présente directive.

Le Conseil observe que la présente disposition de stand-still révèle la crainte de voir la mise en œuvre de la directive abaisser le niveau de protection contre la discrimination déjà existant dans les États membres, mais considère qu'elle n'est pas inutile.

¹² A. Masselot, « Plaidoyer pour le projet de directive contre les discriminations sexuelles », Liaisons sociales Europe, n°92, du 27 novembre au 10 décembre 2003

Chapitre II

Voies de recours et application du droit

Article 7 : Défense des droits

1. Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe d'égalité de traitement, même après la cessation des relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite.
2. Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour faire en sorte que le préjudice subi par la personne lésée du fait d'une discrimination au sens de la présente directive soit effectivement réparé ou indemnisé selon des modalités qu'ils fixent, de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi. Une telle compensation ou réparation n'est pas a priori limitée par un plafond maximal.
3. Les États membres veillent à ce que les associations, organisations ou personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées, puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant et avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive.
4. Les paragraphes 1 et 3 sont sans préjudice des règles nationales relatives aux délais impartis pour former un recours en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement.

Le Conseil constate que par rapport au paragraphe 3 de cet article, l'article 31 de la loi du 25 février 2003 apparaît trop restrictif dans la mesure où, par exemple, une association de consommateurs ne semble pas habilitée par cette disposition à agir en justice pour contester une discrimination entre femmes et hommes dans l'accès aux biens et aux services.

Article 8 : Charge de la preuve

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire interne, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.
2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.
3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.
4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 7, paragraphe 3.

Cette disposition, reprise des directives 97/80, 2000/43 et 2000/78, est adéquatement transposée dans la loi du 25 février 2003.

Article 9 : Protection contre les rétorsions

Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

Inspirées par la jurisprudence Coote (arrêt du 22 septembre 1998, aff. C-185/97), les directives 2000/43, 2000/78 et 76/207 amendée par la 2002/73, envisagent les représailles contre la personne qui se plaint de discrimination, non seulement en termes de licenciement mais plus généralement de rétorsions. La proposition de directive reprend ce concept. La loi du 25 février 2003, qui n'envisage que le licenciement d'un travailleur ou d'une travailleuse, devra donc être complétée. Par ailleurs, l'interprétation des mêmes directives mène à conclure que la protection contre les rétorsions s'applique non seulement aux victimes, mais également aux témoins. La loi du 25 février 2003 devra aussi être complétée à cet égard.

Article 10 : Dialogue avec les organisations non gouvernementales

Les États membres engagent le dialogue avec les organisations non gouvernementales appropriées qui ont, conformément aux pratiques et législations nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, en vue de promouvoir le principe de l'égalité de traitement.

Le Conseil relève que le terme « dialogue » ci-dessus devrait être explicité et que la loi Mahoux ne parle pas des « organisations » visées par cet article.

Chapitre III Organismes de promotion de l'égalité de traitement

Article 11

1. Les États membres désignent et prennent toutes dispositions nécessaires pour qu'un ou plusieurs organismes soient chargés de promouvoir, d'analyser, de contrôler et de soutenir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur le sexe. Ces organismes peuvent faire partie d'organes responsables, au niveau national, de la défense des droits de l'homme ou de la protection des droits des personnes, ou d'organismes responsables de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.
2. Les États membres font en sorte que les organismes visés au paragraphe 1 aient pour compétence:
 - (a) sans préjudice des droits des victimes et des associations, organisations et autres personnes morales visées à l'article 7, paragraphe 3, d'apporter aux victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination;
 - (b) de conduire des études indépendantes concernant les discriminations;
 - (c) de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations.

A la lecture de cet article, le Conseil fait remarquer qu'un mode de coopération doit impérativement être trouvé entre le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. En effet la loi portant création de l'Institut¹³ nous dit en son article 4 que celui-ci est habilité à : « agir en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application des lois pénales et des autres lois qui ont spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes ». Or la loi Mahoux ne correspond pas à cette définition d'une loi ayant « spécifiquement » pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes, alors que son article 31 donne au Centre la compétence d' « ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la loi donnerait lieu », y compris donc apparemment les cas de discrimination sexuelle en dehors de l'emploi.

¹³ Loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut ou l'égalité des femmes et des hommes, Mon.b., 31 décembre 2002

Chapitre IV

Dispositions finales

(Les dispositions qui ne semblent pas appeler de commentaire ne sont pas reprises.)

Article 12 : Conformité

Les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer que le principe d'égalité de traitement soit respecté en ce qui concerne l'accès et la fourniture des biens et des services dans le champ d'application de la directive, et en particulier afin que:

- (a) soit supprimée toute disposition législative, réglementaire et administrative contraire au principe de l'égalité de traitement;
- (b) soit ou puisse être déclarée nulle et non avenue ou soit modifiée toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement, qui figure dans les contrats individuels ou les conventions collectives, les règlements intérieurs des entreprises ainsi que les règles régissant les associations à but lucratif ou non lucratif.

En ce qui concerne la lettre b, le Conseil ne voit pas à quoi renvoie l'expression : « convention collective » dans le domaine des biens et des services et souhaiterait un éclaircissement. Plus fondamentalement, il se demande s'il est bien pertinent de mentionner dans ce domaine, les termes de « convention collective » et de « règlements intérieurs des entreprises » repris des directives relatives à l'emploi. Quoiqu'il en soit, une nouvelle adaptation de la loi Mahoux devrait s'imposer puisque celle-ci ne vise que les dispositions des contrats.

Article 13 : Sanctions

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient dans les meilleurs délais ces dispositions à la Commission, au plus tard à la date indiquée à l'article 16, paragraphe 1, ainsi que toute modification ultérieure les concernant.

Dans son avis n°40, le Conseil avait fait observer que la loi du 7 mai 1999 ne répondait ni à la jurisprudence de la Cour de Justice, ni à la proposition qui devait devenir la directive 2002/73, en ce qu'elle ne fixe aucun plancher à l'indemnisation que peut réclamer une victime de discrimination, de sorte que l'exigence de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » ne semble pas rencontrée. La même critique doit être adressée à la loi du 25 février 2003, en ce qui concerne les dispositions civiles.

Article 16 : Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le [deux ans après la date d'entrée en vigueur de la présente directive]. Ils communiquent immédiatement à la Commission toutes les dispositions qu'ils adoptent ainsi qu'un tableau de corrélation entre les dispositions de la présente directive et les dispositions nationales adoptées.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des principales dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Le Conseil observe que, bien que la loi du 25 février 2003 constitue, au plan fédéral, le seul instrument de transposition des directives 2000/43 et 2000/78, elle ne se présente pas comme telle. Si, comme cela semble inévitable, le gouvernement fédéral déposait un projet de loi amendant la loi du 25 février 2003 afin de transposer la proposition qui serait devenue une directive, il y aurait lieu, cette fois, d'en faire mention.

