



Avis n° 168 du 10 février 2023 du Bureau du Conseil, relatif à un avant-projet de loi portant modification des trois lois fédérales anti-discriminations

DEMANDE

Par un courriel du 14 novembre 2022, la Secrétaire d'État chargée de l'Égalité de genre a sollicité l'avis du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (ci-après : le Conseil) sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes ». Ensuite, le 11 janvier 2023, la Secrétaire d'État a communiqué au Conseil une nouvelle version de l'avant-projet, assez profondément modifiée. Le Conseil observe que le texte de l'exposé des motifs n'y a pas été complètement adapté.

Conformément à l'article 4, §2 de l'arrêté royal du 4 avril 2003 qui a réorganisé le Conseil, et afin de respecter le délai de deux mois fixé par cette disposition, le Bureau rend le présent avis.

Comme l'avant-projet apporte successivement les mêmes modifications aux trois lois visées, l'avis se consacre à son chapitre 4, qui porte sur la loi « genre » (ci-après : LG). Les dispositions de l'avant-projet visées ci-dessous sont soulignées.

OBJET ET OBSERVATIONS GÉNÉRALES

- L'avant-projet entend donner suite au *Rapport final* de la Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination.
- Le Conseil approuve cette intention, et constate que l'avant-projet apporte à la législation des améliorations notables, spécialement l'augmentation considérable des montants forfaitaires d'indemnisation, le traitement des cas dans lesquels la même victime subit simultanément plusieurs discriminations et le pouvoir d'injonction positive conféré au tribunal.
- Toutefois, le Conseil constate que l'avant-projet ne suit pas toutes les recommandations du *Rapport final*. En particulier, il laisse subsister les articles 6 des lois « race » et « générale » et 7 de la LG, qui empêchent la victime de harcèlement moral ou sexuel de s'appuyer sur la législation anti-discriminations si elle se trouve aussi assujettie à la loi du 4 août 1996 relative au bien-être au travail¹. Le Conseil maintient son opposition à ce dispositif contraire au droit

¹ Le projet de loi n° 3021, destiné à donner suite à l'arrêt *Hakelbracht* C-404/18 de la C.J.U.E., et sur lequel le Conseil n'a pas été consulté, maintient lui aussi cette exclusion pour l'essentiel.

de l'Union européenne, qu'il avait exprimée dès son avis n° 113 (2006) relatif au projet de loi qui deviendrait la LG².

- Et surtout, le Conseil rappelle sa mise en garde (annexée au présent avis) relative au projet n°2813 modifiant la LG, devenu la loi du 15 novembre 2022, dans laquelle :
 - d'une part, il soulignait les effets négatifs de l'utilisation du concept « distinction » à côté de celui de discrimination (critique déjà formulée dans l'avis n° 113) ;
 - de l'autre, il dénonçait l'introduction de la formule « critères protégés » dans la LG. À ce sujet, le Conseil soumet à la réflexion l'exemple théorique suivant. Dans une entreprise, le travailleur masculin X, hétérosexuel marié à une femme, doit hélas prendre au profit de celle-ci un congé pour soins palliatifs, ce qui ne lui crée pas de difficulté. Ensuite, le travailleur masculin Z, homosexuel marié à un homme, prend pour la même raison le même congé et est licencié. Indépendamment de la protection de ce congé (article 101 de la loi du 22 janvier 1985), l'intéressé peut à première vue dénoncer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (article 3 de la loi « générale »). Mais selon l'article 39 de l'avant-projet, la discrimination est cumulée puisque les responsabilités familiales figurent parmi les « critères protégés » qu'énumère l'article 4 de la LG (laquelle, pourtant, concerne l'égalité entre *femmes et hommes*) ; la cohérence de cette construction semble douteuse.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

a. Terminologie

L'avant-projet introduit de nouveaux concepts qui ne sont pas définis, sinon dans l'exposé des motifs, ou formulés maladroitement. Mais certains manquements à la LG sont aussi des infractions qui, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, doivent être définies avec précision par la loi elle-même. Il s'agit de :

- « transition médicale ou sociale » (article 38) : voir les articles 28/1 et 28/2 de la LG
- « critères supposés » et « octroyés en propre » (article 38) : voir les mêmes articles de la LG.

b. Plusieurs critères de discrimination

- Article 39 : se référant à son avis n° 161 du 22 octobre 2021 « relatif à la proposition de directive (2021) 93 FINAL – Égalité salariale et transparence », le Conseil approuve l'introduction des concepts de « discrimination cumulée » et « discrimination intersectionnelle ». Toutefois, la Cour de justice a refusé de reconnaître la seconde (arrêt *Parris*, C-443/15), ce qui pourra compliquer le recours au droit de l'Union européenne dans un litige en Belgique.
- Article 41 : à nouveau, le fait que les trois lois admettent la justification d'une discrimination directe lorsque le critère visé n'entre pas dans le champ du droit de l'Union européenne va

² www.conseildelegalite.be ou www.raadvandegelijkekansen.be.

susciter de très graves difficultés quand la justification est admissible pour un critère mais pas pour l'autre. L'avant-projet paraît essayer d'y remédier avec la formule « le régime le plus favorable à la victime » (mieux vaudrait écrire : « le moins défavorable »), mais vu la jurisprudence belge (déjà hésitante quant aux possibilités de justification), le Conseil doute de l'efficacité de la formule.

c. Prescription

Au sujet de l'article 41 également, l'avant-projet n'envisage pas le cas dans lequel un manquement lié à un critère est une infraction, de sorte que la victime peut invoquer devant la juridiction du travail l'article 578, 7° du Code judiciaire : « action civile naissant d'une infraction ». En outre, s'il y a infraction continuée/*voortgezet misdrijf* (ex. : depuis qu'elle a été engagée, une travailleuse a reçu chaque mois une rémunération inférieure à celle d'un travailleur masculin pour la même tâche), la prescription de 5 ans n'a jamais commencé à courir. À nouveau, devant une discrimination cumulée ou intersectionnelle, comment s'applique ce mécanisme si le manquement lié à un des critères n'est pas une infraction ?

d. Compétence des inspections sociales

L'observation précédente conduit à une autre. Dans le même cas de discrimination cumulée ou intersectionnelle et de manquement qui constitue une infraction par rapport à un critère mais non à l'autre, quels sont les pouvoirs des inspections sociales ? L'article 42/2 du Code pénal social, qui leur permet de constater une discrimination qui n'est pas une infraction, offre-t-il une réponse adéquate ?

e. Communication de la jurisprudence

Le Conseil déplore qu'ait disparu de l'avant-projet une disposition fort pertinente qui imposait aux greffes des juridictions de communiquer à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes la jurisprudence en rapport avec ses missions, définies par la loi du 16 décembre 2002. Cette formulation était sans doute trop générale, et devrait être limitée à la jurisprudence relative à la LG. Le Conseil recommande de réintroduire la disposition ainsi restreinte, et d'y mentionner aussi le greffe du Conseil d'État : voir, au sujet des risques psycho-sociaux, l'article 32*octiesdecies* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être au travail. Le Conseil suggère aussi que la même disposition pourrait utilement figurer dans les chapitres 2 et 3 de l'avant-projet, au bénéfice d'UNIA.

f. Consentement de la victime

L'exposé des motifs (p. 17) commente la notion « la victime n'est pas identifiable » en se référant à l'arrêt du 11 juin 2018 de la Cour de cassation³. Toutefois, en l'espèce un demandeur d'emploi avait signalé au VDAB une discrimination selon l'âge, mais ne souhaitait pas porter plainte, ni être mentionné dans une procédure ; il n'était pas « non identifiable » pour autant. Mieux vaut donc supprimer cette référence.

³ *Chr.D.S./Soc.Kron.*, 2018, p. 249, note J. Jacquain.

g. Lacune : la coordination entre UNIA et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes

Cet aspect est gouverné par un protocole adopté par les deux institutions, mais le public, y compris les victimes potentielles, n'en a pas connaissance. Mieux vaudrait en inclure le contenu dans une disposition transversale de l'avant-projet. En particulier, il faut traiter le cas de la victime qui s'adresse à une institution manifestement incompétente (voir l'article 5 de la loi du 11 avril 1995 relative à la charte de l'assuré social), et prévoir alors l'interruption de la prescription.

AVIS

Après avoir répété son approbation aux intentions de l'avant-projet et aux améliorations qu'il apporte, le Conseil ne peut que recommander sa révision en fonction des observations générales et particulières qui précèdent. Il portera le plus grand intérêt aux réponses que recevront ses questions.

Le Conseil reste à la disposition de la secrétaire d'État pour éclairer davantage ses points de vue, afin d'améliorer l'avant-projet dans l'intérêt des personnes victimes de discriminations et de celles et ceux qui ont pour mission de faire prévaloir le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes.

Le projet de loi n° 2813 modifiant la loi « genre » du 10 mai 2007 : sur les « responsabilités familiales », une mise en garde du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes

Organe consultatif institué en 1993 pour éclairer le gouvernement fédéral sur les questions d'égalité entre femmes et hommes, le Conseil avait contribué à l'élaboration de la loi « genre » du 10 mai 2007 (avis n° 113). Il n'a pas été consulté par le gouvernement précédent au sujet de la première modification importante de ce texte (loi du 4 février 2020), et regrette de ne pas l'avoir été non plus quant au projet de loi n° 2813. **Bien que celui-ci apporte diverses améliorations appréciables, le Conseil doit mettre en évidence une grave erreur de conception de ce projet.**

La notion de « critère de discrimination »

- En droit de l'Union européenne, il s'agit d'une *caractéristique permanente (innée ou acquise)* d'une personne, qui, le cas échéant, donne lieu à un traitement défavorable par rapport aux personnes qui ne la présentent pas.
Pour interdire les discriminations fondées sur de tels critères, la directive 2000/43/CE en vise deux (race et origine ethnique) et la directive 2000/78/CE, quatre (âge, handicap, convictions et orientation sexuelle).
Quant à la directive 2006/54/CE relative à l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, elle ne vise que le critère du sexe, mais assimile à une discrimination fondée sur celui-ci, celles que peuvent susciter la maternité et la conversion sexuelle. Elle ne mentionne les congés de paternité et d'adoption que pour imposer aux États membres qui les instaurent des obligations de protection. Enfin, la directive 2019/1158/UE, qui concerne la conciliation entre travail et vie familiale, veut promouvoir l'égalité entre femmes et hommes, mais seulement en imposant certains congés et aménagements du temps de travail (voir à ce sujet l'avis n° 153 du 8 septembre 2017 du Conseil, relatif à la proposition qui a abouti à cette directive, www.conseildelegalite.be).
- En droit fédéral belge, la loi dite « générale » du 10 mai 2007 reprend les 4 critères de la directive 2000/78/CE et y ajoute 9 autres ; la loi dite « race » du 10 mai 2007 fait de même avec les 2 critères de la directive 2000/43/CE et y ajoute 3 autres.
Quant à la loi dite « genre » du 10 mai 2007, elle visait le sexe comme la directive 2006/54/CE, avec les deux assimilations mentionnées ci-dessus. Ensuite, elle a reçu une série d'ajouts (lois des 21 mai 2014 et 4 février 2020), pour en arriver au projet n° 2813 qui veut remplacer la mention du sexe par celle de « critères protégés ». Cette opération repose sur une référence abusive à la loi « générale », car la plupart des ajouts ne concernent pas des *critères*, mais des *situations*. En outre, elle perd de vue que la loi reste « tendant à lutter contre la discrimination *entre* les femmes et les hommes », ce qui implique que toute discrimination dénoncée soit appréciée à l'aide d'une *comparaison* entre les unes et les autres.

Un compromis funeste

En 2007, le législateur fédéral a essayé de concilier deux jurisprudences incompatibles au sujet de la notion de *discrimination directe*, c.à.d. le traitement défavorable explicitement fondé sur le critère visé : celle de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle une telle discrimination ne peut jamais être justifiée ; et celle de la Cour constitutionnelle et des autres juridictions belges, qui admet la possibilité de « justifications objectives ».

Le compromis se résume comme ceci : lorsqu'une « distinction » fondée sur un des critères envisagés résulte en une discrimination, celle-ci, même directe, est toujours susceptible de « justification objective », *sauf* si le critère et l'objet du traitement défavorable entrent dans le champ matériel d'un instrument du droit de l'Union européenne.

En conséquence, dans le cadre de la même loi parmi les trois du 10 mai 2007, une discrimination directe peut être justifiable ou non, selon la différence jurisprudentielle exposée ci-dessus.

Application : le « critère » des responsabilités familiales (et celui de l'adoption)

- Le projet de loi affirme vouloir donner effet à la convention n° 156 de l'Organisation internationale du Travail, relative aux travailleurs qui ont des responsabilités familiales. À cet égard, la référence à la directive 2019/1158/UE est mal avisée, puisque la convention a un champ matériel beaucoup plus large que la directive.
- Par ailleurs, malgré la demande du Conseil d'État, le texte du projet ne définit pas ce nouveau « critère ». C'est perdre de vue que selon les articles 28/1 et 28/2 de la loi « genre », qu'il modifie, les discriminations sont des infractions ; or, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle requiert la précision dans la définition des actes passibles de poursuites pénales.
- Si ce « critère » est inséré dans la loi « genre », un litige qu'il suscitera risque de sombrer dans la confusion au sujet de la *comparaison entre les hommes et les femmes*, lorsqu'un employeur apparaît maltraiter autant les travailleurs de l'un et l'autre sexes qui ont des responsabilités familiales (ou, d'ailleurs, qui procèdent à une adoption).

En outre, dans la mesure où la conciliation du travail et des charges familiales continue à affecter principalement les femmes, il faut craindre que le projet de loi ait l'effet pervers de gommer la dimension de *discrimination indirecte* (résultant d'une norme ou pratique apparemment uniforme), dont l'éventualité doit être examinée comme la Cour de cassation l'a reconnu dans l'arrêt du 4 avril 2022 cité par l'exposé des motifs du projet.

- Et surtout, comme le « critère » des responsabilités familiales n'est pas envisagé comme tel par le droit de l'Union européenne, une discrimination directe en cette matière pourra être justifiée (ci-dessus), à moins que l'événement qui provoque le litige relève de la directive 2019/1158/UE et, par ce biais, de la 2006/54/CE.
- Le Conseil conclut donc que **la mise en œuvre de la convention n° 156 requiert une loi distincte, qui donnerait une définition précise des « responsabilités familiales » (y compris envers les enfants adoptés) et, pour bien faire, exclurait la « justification objective » des discriminations directes.** La promotion et le respect de cette loi seraient logiquement attribués à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.