



CONSEIL de l'Égalité des CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES
RAAD van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen
RAT für Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen

**AVIS N° 127 DU 2 AVRIL 2010 DU BUREAU DU CONSEIL POUR L'ÉGALITÉ DES
CHANCES ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES, RELATIF AUX ACTIONS
POSITIVES DANS LE SECTEUR PRIVE, ENTÉRINÉ PAR LE CONSEIL LE 10 DÉCEMBRE
2010**

AVIS N° 127 DU CONSEIL POUR L'EGALITE DES CHANCES ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES, RELATIF AUX ACTIONS POSITIVES DANS LE SECTEUR PRIVE

I. JUSTIFICATION

Consulté par le Cabinet de la Ministre de l'Emploi, chargée de l'Egalité des chances, sur un avant-projet d'arrêté royal "exécutant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes" (ci-après, "la loi Genre"), le Bureau du Conseil pour l'égalité des chances entre les Hommes et les Femmes (ci-après, "le Conseil") rend, vu l'urgence, l'avis qui suit, lequel sera ultérieurement soumis à la ratification de son assemblée générale.

Au passage, le Conseil se réjouit de cette demande d'avis puisqu'à la suite d'un oubli manifeste, l'art. 16, § 4 de la loi Genre ne la prévoit pas.

II. AVIS

En dehors de défauts évidents au plan légistique, dus au procédé du "copier-coller", l'avant-projet présente de graves erreurs de conception juridique. Dès lors, le Conseil estime que la contribution la plus utile qu'il puisse apporter consiste à rappeler certains principes qui s'imposent en la matière.

1. Champ d'application matériel

Les dispositions de droit communautaire relatives aux actions positives et celles de la loi Genre ne distinguent pas entre secteurs privé et public. Néanmoins, pour des raisons tant juridiques que méthodologiques et historiques, consacrer un règlement spécifique au secteur privé se justifie, à condition que le gouvernement fédéral ne tarde pas à procéder de même, dans la mesure de ses compétences, en ce qui concerne le secteur public.

Pour définir le champ d'application matériel ainsi restreint, la référence à la loi du 5 décembre 1968 est classique. Le Conseil fait toutefois observer que, par exception, certains services publics comme les sociétés régionales de transports en commun relèvent également de cette loi; et, par ailleurs, que l'exclusion des institutions d'enseignement libre ne concerne pas les universités, mais aussi que la loi Genre ne s'applique pas à l'enseignement.

2. Discrimination et action positive

Le droit communautaire prohibe toute discrimination de genre dans les relations de travail, et impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter cette prohibition. C'est ce que fait la loi Genre (art. 19).

Quant aux actions positives, l'art. 141, § 4 du traité CE (auquel renvoie l'art. 3 de la directive "refonte" 2006/54/CE) les autorise s'il s'agit de "faciliter l'exercice d'une activité professionnelle" ou de "prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle". La jurisprudence de la Cour de Justice (ainsi *Marschall*, C-409/25 du 11 novembre 1997) a souligné que les mesures d'action positive s'indiquaient face à des situations d'inégalité dont la source réside dans des pratiques sociales sans qu'aucune autorité ou personne particulière en porte la responsabilité juridique.

3. Bénéficiaires des actions positives

L'art. 141, § 4 CE n'envisage les actions positives qu'au bénéfice du "sexe sous-représenté". Bien qu'au sujet de l'art. 3 de la directive 2006/54/CE, le considérant 22 de son préambule vise la déclaration n° 28 annexée au traité d'Amsterdam ("les Etats membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle"), la prudence se recommande donc dans la désignation des bénéficiaires d'actions positives.

4. Caractère facultatif des actions positives

L'art. 141, § 4 CE, l'art. 3 de la directive 2006/54/CE et l'art. 16, §§ 2 et 3 de la loi Genre ne contiennent que des autorisations de mener des actions positives, mais jamais d'obligation.

La question d'une obligation d'action positive lorsqu'elle est indispensable à la réalisation de l'égalité a été débattue depuis longtemps, notamment à l'égard de la Convention de New York relative à l'élimination des discriminations envers les femmes. La Cour européenne des droits humains a même décidé que la République tchèque n'avait pas assuré le droit des enfants Rom à l'éducation en ne prenant pas à leur égard de mesures d'action positive (arrêt du 13 novembre 2007, requête n° 57325/00).

Cependant, si l'obligation existe, elle ne s'impose qu'aux Etats. On doit donc conclure que, même si la Belgique entend mettre en œuvre la déclaration n° 28 mentionnée ci-dessus, le gouvernement fédéral ne peut faire davantage qu'encourager fortement les employeurs privés à l'action positive.

5. Evolution de la législation nationale

L'arrêté royal du 14 juillet 1987 avait été pris sur la base de l'art. 119 de la loi du 4 août 1978, rédigé dans des termes simples que n'avait guère amendés la loi du 7 mai 1999. C'est sans doute pourquoi, même après sa modification en 1993, cet arrêté royal n'avait suscité aucune contestation.

Le Conseil fait observer que l'art. 16, § 2 de la loi Genre est rédigé d'une manière beaucoup plus stricte et détaillée, qui trouve son inspiration dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage au sujet des "discriminations positives" dans l'enseignement en Communauté française. Le § 3, qui fournit la base à l'avant-projet d'arrêté royal, renvoie aux conditions fixées par le § 2 et charge le Roi de déterminer "les hypothèses et les conditions" dans lesquelles des actions positives peuvent être menées.

6. Synthèse des points 2 à 5

Il apparaît possible, et même souhaitable, de fournir aux entreprises une méthodologie, à laquelle se consacre exclusivement l'avant-projet qui, en bonne part, reprend l'arrêté royal du 14 juillet 1987.

Cependant, même au titre de la méthodologie, l'art. 16, § 3 de la loi Genre ne confère au Roi aucun pouvoir pour imposer des obligations aux employeurs, même si elles sont conditionnées par une demande des représentants des travailleurs.

Par ailleurs, si la rédaction d'un rapport sur l'égalité des chances dans l'entreprise fait apparaître une différence de traitement injustifiée entre les femmes et les hommes, il s'agit *a priori* d'une discrimination prohibée par la loi. L'arrêté royal ne peut alors que rappeler l'employeur à son obligation d'éliminer cette discrimination, mais non lui imposer de mener une action positive à cet égard.

Enfin, et surtout, pour que l'art. 16, § 3 de la loi soit correctement exécuté, l'arrêté royal doit d'abord énoncer, fût-ce en termes de catégories, les "hypothèses et conditions" qui permettent d'exécuter des actions positives, sans se borner à recopier le § 2. Ce n'est qu'ensuite que l'arrêté royal pourra proposer une méthodologie.

7. Situation transitoire

Le Conseil approuve l'avant-projet en ce qu'il abroge l'arrêté royal du 14 juillet 1987, principalement parce que, ce faisant, il confirme que l'ancien arrêté était toujours en vigueur. La sécurité juridique se rétablit ainsi à l'égard des mesures d'action positive qui sont encore en cours sur la base de l'arrêté royal du 14 juillet 1987, que certaines opinions considéraient comme caduc vu la modification de la base légale (ci-dessus, 5).

8. Coordination

Le Conseil rappelle qu'en raison du parallélisme voulu par le législateur, les lois "Race" et "Discrimination en général" du 10 mai 2007 contiennent la même disposition que l'art. 16 de la loi Genre, et requièrent elles aussi des arrêtés d'exécution. Le Conseil croit savoir que cette question se trouve également à l'étude.

Tout en insistant une fois de plus sur la spécificité de la dimension de genre (voir ses avis n° 31 et 113), le Conseil souligne que c'est en matière d'égalité entre travailleurs féminins et masculins que s'est constituée une expérience des actions positives dans l'emploi.

Dès lors, le Conseil recommande au gouvernement fédéral d'éviter toute discordance entre les arrêtés d'exécution de la même disposition dans les trois lois.

9. Tâches ultérieures

L'art. 16 de la loi Genre ne restreint aucunement son champ d'application aux relations de travail; c'est seulement le § 4 qui contient cette restriction, en ce qui concerne les consultations préalables. En effet, la loi Genre vise à lutter contre les discriminations dans la plupart des aspects de la vie sociale. En particulier, le Conseil rappelle que l'art. 6 de la directive 2004/113/CE, que la loi Genre transpose également, autorise les actions positives dans l'accès aux biens et services.

Conformément à ce qu'il a signalé ci-dessus, 4, le Conseil estime que le gouvernement fédéral devra s'interroger aussi sur la nécessité d'exécuter l'art. 16, § 3 de la loi Genre dans ces autres dimensions. Il se tient à disposition pour contribuer à cette réflexion.