



ÉTAT DES LIEUX SUR L'APPLICATION ET L'EFFECTIVITÉ DE LA LOI GENRE

Analyse et recommandations



INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES

TABLER DES MATIÈRES

TABLE DES MATIERES	4
INTRODUCTION	6
1. Contexte	6
2. Objectifs de l'évaluation	6
3. Méthodologie	7
3.1. Recueil d'information	7
3.2. Critères d'évaluation de la loi genre	7
3.3. Rapports	8
3.4. Limites de l'évaluation	8
CHAPITRE 1. UTILISATION DE LA LOI	9
1. Le traitement extra judiciaire des plaintes en matière d'égalité des femmes et des hommes	9
1.1. Conseil et traitement des plaintes par l'Institut	9
1.2. Autres institutions ou organisations impliquées dans la lutte contre les discriminations	13
2. Le traitement judiciaire de l'égalité des femmes et des hommes	14
2.1. Analyse des réponses au questionnaire envoyés aux cours et tribunaux	14
2.2. La Jurisprudence	16
2.3. Interventions de l'Institut en justice	18
CHAPITRE 2. EFFECTIVITE DE LA LOI	24
1. Contexte de l'adoption de la loi genre	24
2. Champ d'application de la loi	26
3. Les concepts	29
3.1. Les notions de discrimination et de distinction	29
3.2. Le harcèlement	30
3.3. Conciliation vie privée et vie professionnelle	31
3.4. Changement de sexe, identité de genre et expression de genre	32
3.5. L'injonction de discriminer	34
3.6. Le sexisme	34
4. Les exceptions au principe d'égalité	35
4.1. La protection de la grossesse et de la maternité	35
4.2. Les exigences déterminantes et essentielles	37
4.3. Les actions positives	41
5. L'égalité dans l'accès et la fourniture des biens et services	45
5.1. Les exceptions au principe d'égalité des femmes et des hommes dans le domaine des biens et services	45
5.2. L'utilisation de facteurs actuariels : les conséquences de l'affaire Test Achats sur la loi	47
6. Les mécanismes de protection, sanction et indemnisation	49
6.1. Dispositif pénal	49
6.2. La charge de la preuve	51
6.3. Protection des victimes de discriminations et des témoins	53
6.4. Nullité des clauses contraires	53
6.5. Protection contre les représailles à la suite d'une plainte	55
6.6. Sanctions civiles des actes discriminatoires	56
6.7. Le cumul des indemnités	57
6.8. Action en cessation et possibilité d'astreinte- pouvoir d'injonction	59
6.9. Délais de prescription	62
7. Aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination	63



CHAPITRE 3. RECOMMANDATIONS	64
1. Utilisation de la loi	64
2. Concepts	65
2.1. Distinction et discrimination	65
2.2. Harcèlement	65
2.3. Conciliation vie familiale et vie professionnelle	66
3. Exceptions au principe d'égalité	66
3.1. Maternité	66
3.2. Les exigences déterminantes et essentielles	67
3.3. Les actions positives	68
4. L'égalité dans les biens et services	68
5. Le dispositif de protection, de sanction et d'indemnisation	69
6. Clarté de la loi et prévention	69
6.1. Pédagogie et sensibilisation	69
6.2. Répression des discriminations	70
7. Effectivité	71
8. Erreurs matérielles	71
Annexe 1. Questionnaires envoyés aux cours et tribunaux	72
COLOPHON	79

INTRODUCTION

1. Contexte

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (M.B., 30.05.2007), ci-après loi « genre » a été adoptée dans un souci d'une part, de simplification du droit belge relatif aux discriminations et d'autre part, de mise en conformité de celui-ci avec le droit européen. Le législateur fédéral a choisi en 2007 d'adopter trois lois relatives aux discriminations dont le champ d'application varie en fonction du motif de discrimination. Néanmoins, les différentes lois de mai 2007 utilisent les mêmes concepts et mécanismes de protection.

Bien que les dispositions de la loi « genre » ne concernent que les discriminations entre hommes et femmes, celles-ci s'inscrivent dès lors dans un contexte belge plus général de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, mais également de transposition adéquate des directives européennes.

2. Objectifs de l'évaluation

L'évaluation de la loi genre (ainsi que des autres lois fédérales anti-discrimination) est prévue dans la disposition finale de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, ci-après loi générale antidiscrimination. En effet, l'article 52 de cette loi prévoit une évaluation quinquennale des trois lois fédérales.

L'évaluation de la loi « genre » doit porter sur l'application effective de la loi et présenter également un premier examen global des dispositions mises en place en 2007.

Ce rapport d'évaluation doit permettre à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après, l'Institut), de présenter une critique objective et constructive des éventuelles faiblesses et carences de la loi.

Cette étude concerne dès lors :

- l'évaluation quantitative et qualitative de l'application de la loi genre ;
- une appréciation de son effectivité et des éventuelles lacunes et faiblesses de la loi.



3. Méthodologie

3.1. Recueil d'information

La collecte des informations s'est effectuée en utilisant différentes méthodes :

- Documentaire : recueil de jurisprudence réalisé par l'Institut ; rapports annuels d'activité de l'Institut ; rapports d'experts (comme les contributions belges aux rapports européens du Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres ; relevé des plaintes reçues par l'Institut depuis 2007 pour déterminer les thèmes et types de discriminations) ;
- Enquête : un contact systématique par lettre aux présidents de Cours et tribunaux (appel, travail, commerce) et auditorats pour inventorier les décisions rendues dans le domaine de l'égalité des femmes et des hommes (sur la base de mots clés) afin de voir si la loi « genre » de 2007 a été invoquée. Cette méthodologie n'a pas été utilisée pour la mise à jour de l'étude ;
- Interviews : un contact direct avec des personnes ressources dans le domaine de l'égalité : juges, avocats spécialisés dans ce domaine, membres du Conseil de l'égalité, experts, etc. Cette méthodologie n'a pas été utilisée pour la mise à jour.

3.2. Critères d'évaluation de la loi genre

L'évaluation doit porter sur l'effectivité de la loi « genre ».

Une règle effective est celle qui est applicable, ou en vigueur ; c'est-à-dire qui se destine à produire ses effets juridiques sur l'acte ou le fait considéré. Mais, au sens matériel, la même expression s'emploie pour évoquer « la mise en œuvre » ou « la mise en pratique » de la norme¹. Lorsqu'on considère l'effectivité de l'exécution de la norme, celle-ci peut s'opérer au moyen de la production d'autres normes, à travers, par exemple l'adoption de textes d'application. En conséquence, on peut dire d'une norme qu'elle est effective lorsqu'elle est prête à s'appliquer réellement mais surtout lorsque les conduites sociales qu'elle régit sont pénétrées de son existence.²

« La notion d'effectivité exprime, du point de vue juridique, la relation qui existe entre un certain état de fait, une certaine réalité et une règle ou une certaine situation juridique »³. « L'effectivité est d'abord le caractère d'une norme de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement.

Dans un second sens, il s'agit du caractère d'une situation, qui existe en fait, réellement. Le terme « effectif » renvoie donc d'une part à ce qui « produit l'effet recherché », ce qui a été réalisé, accompli ou, d'autre part, à ce qui « correspond à la réalité ». Il change de signification, en fonction de l'objet auquel il est accolé : norme ou situation »⁴.

Pour l'évaluation de la loi « genre » il s'agit d'une part de vérifier l'effectivité de la norme en ce que la norme est prête à s'appliquer et d'autre part, de vérifier que la loi produit l'effet recherché sur les situations juridiques qu'elle entend couvrir.

Afin d'évaluer l'application effective de la loi et de présenter également un premier examen global des dispositions mises en place en 2007, l'évaluation de la loi s'est faite par rapport aux critères suivants :

1 Cornu, Gérard. 2000 : Vocabulaire juridique (Paris, PUF).

2 Cette section sur l'effectivité de la loi est extraite de l'étude de Rachid Filali Meknassi L'effectivité du droit du travail et l'aspiration au travail décent dans les pays en développement : une grille d'analyse, Organisation internationale du Travail (Institut international d'études sociales) 2007.

3 Touscoz, Jean. 1964 : Le principe d'effectivité dans l'ordre international (Paris, LGDJ), p. 2.

4 Voir Vincent Richard, « Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion », thèse pour le doctorat en droit privé, soutenue à l'Université de droit, d'économie et des sciences sociales, Paris II, Panthéon Assas, sous la dir. De J.-C. Javillier, le 4 juillet 2003, p. 32.

- La conformité au droit européen : transposition adéquate des directives européennes et respect de la jurisprudence de la Cour de Justice.
- L'adoption des normes prévues pour la mise en œuvre effective de la loi.
- Le contenu de la loi au regard des situations qu'elle entend régir à savoir la protection contre les discriminations entre hommes et femmes dans la législation fédérale. Cet examen se fera notamment par une comparaison de la loi du 10 mai 2007 avec la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale et le titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique.
- L'application réelle de la loi « genre » ou son utilisation. Il s'agit ici de voir si et comment la loi est utilisée dans le contentieux existant dans le domaine de l'égalité des femmes et des hommes. Ce contentieux peut être informel (demandes d'information et plaintes auprès de l'Institut) ou formel (actions en justice devant les tribunaux compétents).

3.3. Rapports

Un premier rapport d'évaluation a été finalisé en octobre 2012.

A la suite notamment de modifications législatives importantes, des mises à jour du rapport ont été effectuées en juin 2014 et novembre 2016. Néanmoins, ces dernières sont basées exclusivement sur des sources documentaires et se sont limitées à intégrer les modifications législatives récentes et la jurisprudence. L'analyse auprès des tribunaux n'a plus été effectuée. Il ne semblait pas pertinent et adéquat de surcharger ceux-ci par une nouvelle demande qui aurait montré peu d'évolution vu l'intervalle de quelques années.

3.4. Limites de l'évaluation

- L'évaluation s'est basée sur les données disponibles et l'expérience professionnelle de l'équipe. L'analyse de la jurisprudence s'est faite au moyen des recueils de jurisprudence existants (Juridat, *Documentation de base* de l'Institut...) et du retour des questionnaires envoyés aux présidents des juridictions contactées.
- Le champ d'application de la loi est vaste, néanmoins seuls les greffes des tribunaux du travail et de commerce, Cour d'appel et Cour du Travail ont été contactés. En effet, notre expérience nous montre que la jurisprudence invoquant les dispositions relatives à l'égalité des femmes et des hommes est limitée. Lorsque celle-ci existe, elle se concentre sur les thèmes liés au travail. Le thème de l'accès aux biens et services est quant à lui assez nouveau tant au niveau européen que belge et a donné lieu à deux affaires fortement médiatisées (« *Rent a wife* » et « *Test-achats* »). Cette actualité a justifié un contact systématique avec les greffes des tribunaux de commerce pour vérifier si d'autres affaires dans ce domaine avaient été portées devant les tribunaux.
- La période de cinq ans (2007-2012) est relativement limitée pour juger de l'effectivité de la loi. Il s'agit dans ce rapport d'un premier examen au vu des critères retenus de la complétude ou des lacunes de la loi au regard des discriminations rencontrées dans la pratique de l'Institut et d'autre part de la conformité de la loi au regard du droit européen qu'elle transpose.
- Les mises à jour de 2014 et 2016 avaient pour objectif d'intégrer les récentes modifications législatives. Néanmoins, d'autres informations disponibles sur les plaintes et demandes d'information ou encore la jurisprudence récente ainsi que les projets législatifs en cours ont été traitées.



CHAPITRE 1 UTILISATION DE LA LOI

Cette partie du rapport se concentre sur l'application réelle de la loi. Il s'agit ici de voir si, et comment, la loi est utilisée dans le contentieux existant dans le domaine de l'égalité des femmes et des hommes. Ce contentieux peut être informel, demande d'information et plainte auprès de l'Institut ou autres instances, ou formel, action en justice devant les tribunaux compétents.

L'analyse repose sur les données quantitatives :

- recensées dans les bases de données et recueils de jurisprudence (mise à jour en 2014) ;
- disponibles dans la base de données de l'Institut (mise à jour en 2014 et 2016) ;
- recueillies par questionnaire auprès des cours et tribunaux (commerce et travail) (2012).

Ces données ne sont dès lors pas exhaustives de l'utilisation de la loi genre, mais sont illustratives des tendances dans le contentieux de l'égalité des femmes et des hommes.

1. Le traitement extra judiciaire des plaintes en matière d'égalité des femmes et des hommes

1.1. Conseil et traitement des plaintes par l'Institut

Depuis son établissement effectif en 2005, l'Institut veille à remplir sa mission juridique qui est de conseiller les citoyens et d'intervenir en justice si nécessaire. Pour ce faire, il a développé la mise en place d'un service de réception, de suivi et de traitement des demandes d'information et des plaintes. L'objectif de ce service est d'accorder à chaque demande individuelle un suivi rapide, efficace et approprié (conseil, médiation, action en justice, interpellation de l'autorité compétente).

Depuis mai 2010, l'Institut dispose d'un système de première ligne. Concrètement, deux personnes effectives (un(e) francophone et un(e) néerlandophone) et deux personnes suppléantes (un(e) francophone et un(e) néerlandophone) assurent un service d'accueil et d'écoute permettant aux personnes d'obtenir les informations sur leurs droits et les moyens de les faire valoir.

Le service de première ligne reçoit les demandes qui parviennent à l'Institut via le numéro gratuit 0800/12.800 ou via les formulaires de demandes

et de plaintes du site internet.

Ce service est chargé d'envoyer un accusé de réception de la plainte et de répondre aux premières questions sur la compétence de l'Institut, de renseigner sur les procédures internes de traitement de dossier. Ce service a une fonction essentielle : il permet de renseigner rapidement les citoyens et potentielles victimes, de les diriger directement vers les instances et organismes adéquats si l'Institut n'est pas compétent, d'encoder les dossiers dans la banque de données de l'Institut, et de lancer les procédures internes selon qu'il s'agisse d'une demande d'information ou d'une plainte. La cellule juridique peut répondre plus rapidement aux demandes dont les procédures sont souvent longues.

Demandes d'information et plaintes

Les demandes d'information et de plaintes reçues par l'Institut via son service de première ligne ou le formulaire disponible sur son site internet sont enregistrées au sein d'une base de données statistique (Gender Claim Databank). Cette base de données permet le recouplement entre diverses informations et d'affiner les analyses des tendances.

Les chiffres disponibles montrent une progression relativement constante du nombre de contacts (informations ou plaintes) auprès de l'Institut et un nombre stable de plaintes depuis 2012.

Evolution du nombre de plaintes et demandes d'information par année



Notifications par sexe

Les notifications juridiques sont majoritairement portées par des femmes. En 2014, 62% de femmes contre 37% d'hommes ce qui représente une augmentation pour les femmes par rapport à 2013 alors que le nombre de notification d'hommes est comparable à celles de 2013. On constate également une augmentation du nombre de notification de personnes transgenre en 2014.

Notification par domaine de discrimination

Selon les rapports annuels de l'Institut, les plaintes dans le domaine de l'égalité des femmes et des hommes concernent en majorité des cas de discriminations directes et le domaine professionnel. Les

plaintes dans le domaine professionnel sont introduites en majorité par des femmes (2/3).

Les notifications concernent en grande majorité des discriminations directes. La discrimination indirecte semble une notion toujours sous exploitée et mal comprise par les différents acteurs (monde de l'entreprise mais aussi judiciaire) notamment lorsqu'elle vise le fait de traiter de manière identique des personnes dans des situations différentes.

Les plaintes introduites par les femmes auprès de l'Institut concernent principalement une rupture de la relation de travail (48% de femmes contre 8% d'hommes). Pour les hommes, les discriminations concernent plutôt la phase préprofessionnelle (42% hommes).



C'est ensuite la catégorie « autres » qui connaît le plus de plaintes auprès de l'Institut. Cette catégorie comprend notamment les litiges relatifs au « harcèlement » ou des domaines hors compétences du niveau fédéral comme l'éducation. Pour éviter que cette catégorie « autre » ne soit trop importante, de nouveaux champs d'encodage ont été ajoutés en 2012. Ils sont notamment influencés par les dossiers relatifs aux compétences des entités fédérées gérés par l'Institut dans le cadre des protocoles de collaboration conclus.

Au vu des chiffres on constate que le domaine travail est celui qui donne lieu au nombre plus élevé de signalement sauf pour 2013, année au cours de laquelle le contentieux « biens et services » a connu une forte augmentation. A l'opposé, les questions

de sécurité sociale restent assez marginales.

Notons qu'après une augmentation importante en 2013 des plaintes dans le domaine des biens et services, celui-ci a baissé en 2014. Elles sont portées en majorité par des hommes (heures d'accès réservées aux femmes dans les piscines, ou dans des clubs de fitness).

On relève aussi une augmentation significative des plaintes depuis 2007 dans le cadre du sexisme (en dehors du domaine de la publicité) et dans les dossiers concernant le changement de sexe et l'identité de genre. Le nombre de plaintes de personnes transgenres a connu un nombre de plaintes important en 2014, année de l'introduction dans la loi des critères de discrimination « identité de genre » et « expression de genre ».

Nombre de dossiers de plaintes par domaine et par année 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Travail	56	57	69	90	66	76	82
Biens et services	16	19	16	33	35	91	46
Culture et medias	8	7	10	18	67	24	15
Sécurité sociale	6	1	4	20	8	8	11
Enseignement et formation	5	6	6	7	10	6	11
Jeunesse, sport, tourisme	1	1	1	/	/	1	1
Relations privées	5	4	1	14	15	10	10
Activités économique, sociale, Culturelle*					1	3	9
Emploi et formation professionnelle*					2	4	4
Mention dans une pièce officielle/PV*					/	4	15
Autres	28	55	23	9	22	17	52

* champs introduits dans la base de données en 2012.

Le domaine de la grossesse et maternité reste un thème important de discrimination puisqu'il représente un pourcentage élevé de demandes d'information et de plaintes auprès de l'Institut : 59% en 2008, 45% en 2013, en baisse à 38% en 2014.

Ceci ne constitue sans doute pourtant qu'une part minime des discriminations encourues par les femmes dans ce domaine, puisqu'une enquête⁵ de l'Institut révèle que seulement 53% des femmes ayant déclaré avoir subi au moins une forme de discrimination sur la base de la grossesse ou maternité considéraient cela comme un problème. Autrement dit, les femmes acceptent ou à tout le moins tolèrent les effets négatifs de la grossesse et maternité sur leur situation professionnelle. Ce n'est vraisemblablement que dans les cas les plus graves, ou qu'une minorité de femmes qui font le pas de contester le comportement discriminatoire.

5 L. Lembrechts et Dr. E. Valgaeren, Grossesse au travail. Le vécu et les obstacles rencontrés par les travailleuses en Belgique, Institut, 2010.

Demandes d'information et plaintes dans le domaine de la grossesse et maternité

	DOMAINE « TRAVAIL »	GROSSESSE/MATERNITÉ	% MATERNITÉ
2008	65	38	59%
2009	88	38	43%
2010	99	42	42%
2011	140	47	34%
2012	112	35	31%
2013	106	42	45%
2014	133	50	38%

Suites données aux notifications

L'Institut est clairement sollicité par des demandes d'informations qui permettent à celui-ci de mieux se faire connaître et de clarifier les droits existants auprès du public.

Suites données aux plaintes et demandes d'information

	PLAINTES CLÔTURÉES	PLAINTES OUVERTES	INFOS CLÔTURÉES	INFO OUVERTES	TOTAAL PL. + D. INFO/ANNÉE
2008	112	13	50	1	176
2009	128	22	37	9	196
2010	109	23	85	4	221
2011	138	55	88	20	301
2012	195	31	132	7	365
2013	177	45	97	4	323
2014	188	21	154	3	366



1.2. Autres institutions ou organisations impliquées dans la lutte contre les discriminations

Les entités fédérées

La protection contre les discriminations requiert une action concertée des différentes entités (fédérale et fédérées) compétentes dans notre pays.

On peut dès lors se réjouir que la loi genre ait été utilisée comme « modèle » par les entités fédérées lors de l'adoption des décrets et ordonnances. Ceci facilitera la protection des victimes de discrimination (cohérence de la protection dans les différentes matières). Par ailleurs, il est important que la victime soit prise en charge et conseillée de façon appropriée.

Dans le souci de simplifier les démarches administratives des personnes (traitement des plaintes, réponse aux demandes d'information, renvoi vers les instances compétentes), l'Institut et les entités fédérées ont formalisé leur collaboration. Concrètement, l'Institut a signé des protocoles de collaboration avec :

- la Communauté française, en date du 15 décembre 2008 ;
- la Région wallonne, le 23 janvier 2009 ;
- la Commission communautaire française, le 11 juillet 2013 ;
- la région de Bruxelles-Capitale, le 3 février 2016 ;
- La Communauté germanophone, le 1^{er} août 2016.

Ces protocoles désignent l'Institut comme organisme de promotion de l'égalité en matière de discrimination sur la base du sexe pour les matières relevant de leurs compétences. Concrètement, en ce qui concerne les victimes de discrimination, les entités fédérées prévoient la collaboration avec l'Institut pour le traitement des plaintes et des dossiers de discrimination qui relèvent de leurs domaines de compétences respectifs. Outre les demandes individuelles, l'objet de la collaboration entre l'Institut et les entités fédérées précitées concerne l'échange d'informations, la communication et la sensibilisation à destination du public ou à destination du personnel des services, les avis et recommandations,

ou encore la conduite d'études.

Ces protocoles sont importants afin d'assurer une protection cohérente et efficace aux personnes victimes de discriminations sur l'ensemble du territoire belge, quel que soit le niveau de compétence, à l'exception de la région flamande qui a son propre organisme de promotion d'égalité pour les critères liés au genre.

UNIA (Le Centre interfédéral pour l'Égalité des chances et la lutte contre le racisme)

Unia est compétent pour les motifs de discriminations prévus par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ainsi que la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, modifiée le 10 mai 2007.

Les concepts et mécanismes étant identiques aux trois lois, il est important que des échanges soient organisés entre Unia et l'Institut. A cet effet, le directeur de l'Institut est membre du Conseil d'administration d'Unia et vice versa. Par ailleurs, dans le cadre de recherches, comme pour la question des personnes transgenres, Unia est représenté dans le comité d'accompagnement de l'étude.

Dans le cadre des dossiers qui concernent des discriminations multiples, les collaborations et échanges sont réguliers bien qu'informels et non systématisés.

Le Contrôle des lois sociales

La loi du 16 novembre 1972 abrogée par le code pénal social confère au Contrôle des lois sociales (CLS) une mission de conseil, d'information, de conciliation et de contrôle du droit réglementaire du travail et du droit conventionnel du travail. La loi introduisant le Code pénal social du 6 juin 2010⁶ modifie l'article 38 de la loi tendant à lutter contre les discriminations entre les hommes et les femmes en confiant aux fonctionnaires désignés par le Roi, la surveillance du respect des dispositions de la loi et arrêtés d'exécution. Les fonctionnaires exercent leurs missions conformément aux dispositions du Code pénal social.

Ces missions s'exercent d'initiative, mais également à la demande d'une autorité administrative, des

6 M.B., 1^{er} juillet 2010.

parties intéressées à la situation (employeur, travailleur ou leurs représentants), voire sur réquisition du pouvoir judiciaire.

En matière de discrimination, le CLS a signalé en 2012 que les plaintes parvenues au service depuis que celui-ci a été désigné compétent pour la surveillance des lois anti-discrimination (arrêtés royaux du 24/10/2008) l'ont été principalement pour des motifs religieux (foulard islamique), ensuite pour le motif de la prétendue race. Une plainte est parvenue, pour la partie francophone du pays, pour discrimination sur la base de l'état de santé et une autre pour conviction politique ou philosophique. En ce qui concerne le genre, une seule plainte est parvenue pour « non recrutement » sur la base du genre. Rappelons que la loi du 7 mai 1999 comportait un volet pénal important (voir infra – titre 3, section 6) qui avait été supprimé dans la loi genre. Pour certaines personnes rencontrées, la disparition de ce dispositif pénal signifiait un signalement moins important de faits de discrimination auprès de l'inspection du travail et une attention réduite à cette problématique de la part des inspecteurs et inspectrices.

Cette situation a aujourd'hui changé. En premier lieu, l'Institut a signé un protocole d'accord en juin 2014 avec la Direction générale du Contrôle des lois sociales. Celui-ci prévoit un cadre général de collaboration basé sur les compétences respectives de l'Institut et du contrôle des lois sociales. Ce protocole prévoit que l'Institut, moyennant l'accord de la victime, peut s'adresser au CLS pour demander qu'une enquête soit réalisée dans un dossier individuel de signalement d'une discrimination. Le CLS a également la possibilité d'effectuer un contrôle général anonyme ou une enquête ciblée sur la situation du plaignant.

Un autre changement est intervenu par l'adoption de la loi du 22 mai 2014 qui réintroduit les sanctions pénales dans la loi genre. La loi genre pénalise dès lors non seulement l'incitation à la discrimination (loi de mai 2007) mais également les discriminations en tant que telles dans les hypothèses où l'auteur de ces discriminations est animé d'un dol spécial, c'est-à-dire dans l'hypothèse où il entend volontairement et consciemment, discriminer une personne en raison de son sexe (voir infra, titre III, point 6.1).

Le service pour l'emploi bruxellois Actiris

Une convention a été signée entre Actiris et l'Institut en janvier 2014 afin de lutter contre les discriminations à l'embauche fondées sur le sexe et

sur les critères apparentés que sont la grossesse, l'accouchement, la maternité et le changement de sexe, l'identité de genre et l'expression de genre. Cette convention permet également une collaboration des deux organismes dans la poursuite d'une politique d'égalité des femmes et des hommes sur le marché bruxellois de l'emploi. L'Institut soutient Actiris notamment dans l'information sur la discrimination à l'embauche auprès de différents publics (demandeur-euse d'emploi, employeurs...).

2. Le traitement judiciaire de l'égalité des femmes et des hommes

2.1. Analyse des réponses au questionnaire envoyés aux cours et tribunaux

Un questionnaire relatif à l'application de la loi genre a été envoyé en 2012 aux auditorats du Travail, aux Président.e.s des Cours d'Appel, Cours et Tribunaux de Travail, et Tribunaux de Commerce du pays.

Plus précisément, les juridictions suivantes ont été interrogées :

- Cour d'Appel d'Anvers, Bruxelles, Gand, Mons et de Liège ;
- Cour du Travail d'Anvers, Bruxelles, Gand, Liège et Mons ;
- Tribunaux du Travail (21) de Anvers, Audegarde, d'Arlon- Marche en Famenne- Neufchâteau Bruges, Bruxelles, Charleroi, Dinant et Namur, Eupen et Verviers, Gand, Hasselt, Huy, Liège, Louvain, Malines, Mons, Nivelles, Termonde, Turnhout, Tongres, Tournai, et Ypres-Courtrai-Furnes ;
- Auditorats du Travail (21) de Anvers, Audegarde, Arlon- Marche en Famenne- Neufchâteau, Bruges, Bruxelles, Charleroi, Dinant et Namur, Eupen et Verviers, Gand, Hasselt, Huy, Liège, Louvain, Mons, Nivelles, Turnhout, Malines, Termonde, Tongres, Tournai, et Ypres-Courtrai-Furnes ;
- Tribunaux de Commerce (18) de Hasselt, Gand, Courtrai, Bruxelles, Bruges, Anvers, Louvain, Malines, Termonde, Tongres, Turnhout, Eupen et Verviers, Liège, Mons, Namur, Tournai, Charleroi, Nivelles.

Sur les 70 juridictions interrogées, 27 juridictions ont répondu à notre questionnaire, soit un taux de réponses de 39%. Notons néanmoins que certaines



juridictions nous ont seulement communiqué l'absence d'affaires dans ce domaine ou l'absence de chiffres permettant de répondre au questionnaire.

En ce qui concerne les juridictions, nous notons les taux de réponses suivants :

- 3 Cours d'appel soit 60% ;
- 4 Cours du travail soit 80% ;
- 8 Tribunaux du travail soit 42% ;
- 5 Tribunaux de Commerce soit 28% ;
- 7 Auditorats soit 23%.

On constate un taux de réponse important pour les juridictions supérieures, moyen pour les tribunaux du travail et assez bas pour l'auditorat⁷ et les tribunaux du commerce.

Notre questionnaire (voir annexe) aux juridictions du pays avait pour objectif :

- de vérifier le mode de recensement des actions introduites et décisions rendues (mots clés utilisés) ;
- de recenser les décisions survenues dans le domaine de la non-discrimination et de l'égalité des femmes et des hommes entre 2007 et 2012 ;
- de recenser les actions introduites par thème, et celles clôturées par un désistement ou un « sans objet » ;
- d'évaluer l'utilisation de l'action en cessation, mécanisme introduit par la loi de 2007 dans le domaine des discriminations ;
- d'obtenir des éléments plus qualitatifs sur l'utilisation et l'application de la loi.

Il ressort de l'analyse des réponses obtenues les éléments suivants :

Mots clés utilisés

- Les Cours d'appel n'ont pas de mots clés spécifiques pour ce domaine. Néanmoins, toutes les décisions sont répertoriées suivant la matière.
- Cours du travail : les mots clés utilisés sont ceux de discrimination et harcèlement tous deux au sens large. Les décisions relatives

au racisme et à l'intimidation sont aussi répertoriées.

- Tribunaux du commerce : pas d'utilisation de mots clés mentionnés dans le questionnaire.
- Tribunaux du travail : les pratiques semblent différentes selon les tribunaux. Certains n'utilisent pas de mots clés mais uniquement le numéro de rôle, d'autres utilisent les mots « loi du 10 mai 2007 », « Discrimination » et dans un cas « Discrimination entre homme et femme ».
- Auditorat : les pratiques semblent également varier. Les mots clés mentionnés sont pour certains « Harcèlement », « Discrimination », « Intimidation » ou « Egalité de traitement ». Un auditorat n'utilise plus le mot clé « Harcèlement sexuel » depuis 2009, mais uniquement « Harcèlement ».

Actions introduites et décisions rendues

- Cours d'appel : seule la Cour d'appel de Mons a répertorié un arrêt et une action introduite dans le domaine de la discrimination depuis 2007.
- Cours du travail : A Anvers, un arrêt et une affaire pendante. A Mons 2 arrêts rendus et deux affaires introduites en matière de « Discrimination », 10 arrêts et 18 affaires introduites en matière de « Harcèlement ». Bruxelles signale qu'il n'y a pas de chiffres disponibles mais que peu de décisions ont été rendues sur ce thème. La Cour du travail de Liège signale également qu'elle ne peut répondre à ces questions.
- Tribunaux du travail : 9 dossiers « Discriminations » à Anvers, 7 décisions à Malines, 1 décision sur la base de la loi 2007 à Bruges et une affaire en appel à Gand ; une affaire à Louvain et une autre en appel à Bruxelles, 10 décisions à Bruxelles.
- Auditorat du travail : Plusieurs plaintes pour harcèlement ont été introduites mais aucune n'a été transmise au tribunal.

Action en cessation et octroi d'indemnité

On constate peu d'actions en cessation sauf une à la Cour du travail de Mons mais sans octroi d'indemnité, à Charleroi (mais pas d'information plus précise possible dans le temps imparti) et une à la Cour du

⁷ Plusieurs magistrats de l'auditorat ont répondu à notre mail en signalant qu'ils ne pouvaient pas répondre à une demande directe, que celle-ci devait passer par le Collège des Procureurs.

travail de Bruxelles dans l'affaire *Feryn*⁸ (discrimination sur la base de l'origine ethnique).

Application de la loi

Peu de chiffres sont disponibles dans les greffes des tribunaux concernant le contentieux de l'égalité des femmes et des hommes et de la non-discrimination.

Les mots clés utilisés ne permettent pas vraiment d'appréhender les affaires spécifiques de l'égalité et non-discrimination des femmes et des hommes. Le contentieux relatif à la protection de la maternité est recensé uniquement sous le *verbo* « contrat de travail » et la catégorie harcèlement ne permet pas d'identifier les cas de harcèlement sexuel ou de harcèlement lié au genre.

Les lois du 10 mai 2007 commencent seulement à être utilisées par les avocats et syndicats, leur efficacité devrait augmenter à l'avenir.

Conclusions pour l'année 2012

- Pas/peu de connaissance de la problématique de l'égalité dans les biens et services dans les juridictions commerciales.
- Recul dans certains greffes, par exemple la fin de l'enregistrement des cas de harcèlement sexuel au profit de la catégorie harcèlement.
- Les causes communicables prévues par le Code judiciaire (article 764 10° et 13°), telles que les discriminations ou le harcèlement, jouent un rôle dans les pratiques d'enregistrement des tribunaux en leur attribuant systématiquement un référencement. Par ailleurs, pour le domaine du harcèlement, la loi du 11 juin 2002 a introduit dans la loi du 4 août 1996 une obligation de transfert d'information des décisions rendues dans ce domaine au SPF Emploi pour l'évaluation de la loi (article 52 *octiesdieces*).
- Pratiques diverses d'enregistrement dans les greffes, laissées à l'appréciation du tribunal. Pour certains, le questionnaire a été l'occasion d'introduire le mot clé « égalité hommes/femmes ».
- Bien que la question de la maternité et de la

grossesse soit un motif sur la base duquel les femmes subissent des discriminations et qui donne lieu à un certain contentieux, en particulier dans le refus d'embauche (ou non renouvellement de contrat) ou de licenciement pendant la période de protection, aucune donnée n'existe qui permet de recenser systématiquement la jurisprudence dans ce domaine.

- Sur la base des données existantes, il n'est pas possible de suivre l'application de la loi genre en termes de contentieux et de jurisprudence.
- Néanmoins, il ressort des enquêtes et entretiens que le contentieux qui s'appuie sur la loi genre est limité.

2.2. La Jurisprudence

Contentieux de la discrimination entre les femmes et les hommes

A titre préliminaire, il faut préciser que la jurisprudence n'est pas systématiquement publiée en Belgique et ce quelles que soient les matières. Seules les jurisprudences de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle sont normalement publiées et accessibles en totalité. Néanmoins, certaines affaires ne le sont pas sans que l'on en connaisse les raisons. Vu cette absence de publication systématique de la jurisprudence, on ne peut avoir une idée précise du nombre d'affaires dans le domaine des discriminations.

Par ailleurs, notre enquête auprès des tribunaux confirme qu'il n'y a pas de mots clés spécifiques concernant les situations de discriminations entre hommes et femmes. Ceci rend encore plus ardue la tâche de l'examen de la jurisprudence.

Dans la *Documentation de base* de l'Institut, il existe une volonté de recenser les affaires qui invoquent la question de la discrimination de genre. Ce recensement est limité aux domaines couverts par le droit social de l'Union européenne.

Il comprend les affaires qui concernent l'égalité des femmes et des hommes et dans lesquelles la notion de discrimination de genre ou d'égalité des femmes et des hommes a été mentionnée. L'analyse fondée sur la jurisprudence reprise dans la *Documentation de base 2015* montre donc quels sont les domaines contentieux où la question de la discrimination de genre est invoquée, que ce soit en fonction de la Constitution, des lois belges successives dans ce domaine ou sur la base de l'application directe du

⁸ Affaire C-54/07, arrêt de la Cour de Justice du 10 juillet 2008, *Chr.D.S.*, 2009, 118 et CT Bruxelles, 28 août 2009, *Chr. D.S.*, 2010, 260-265.



droit européen (traité, directives ou interprétations données par la Cour de Justice).

Nous relevons 29 décisions rendues entre 2007 et 2012, où des discriminations entre hommes et femmes ont été invoquées, soit sur la base de la Constitution ou des différentes lois relatives à l'égalité (Titre V de la loi de 1978, loi de 1999, loi genre), soit sur celle d'une combinaison de la loi genre et d'autres dispositions (ce qui est notamment le cas en matière de protection de la maternité) soit encore en évoquant directement le droit européen (directives européennes ou arrêts de la Cour de Justice).

La ventilation de ces décisions s'opère comme suit :

- 10 affaires concernent l'égalité de rémunération : augmentation de rémunération et l'ancienneté ou la maternité, calcul d'indemnité de rupture en cas de réduction/interruption des prestations, notion de travail de valeur égale, prestations d'assurance groupe invalidité.
- 5 concernent la sécurité sociale : remboursement de médicaments lié à l'ostéoporose, de frais médicaux pour maladies rares, allocation d'aide à la maternité pour indépendant, pension transfrontalières. La plus récente concerne l'indemnisation par la sécurité sociale d'un congé de maternité d'une enseignante flamande (en congé pour convenance personnelle) qui participe à un programme d'immersion néerlandaise dans une école en Communauté française, où elle est engagée comme temporaire et qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Justice le 21.5.2015, affaire C-65/14.
- 12 portent sur des discriminations dans les conditions de travail et notamment liées à la maternité, licenciement/non renouvellement de contrat suivant de peu l'annonce d'une grossesse, fausse couche ou fécondation in vitro, mais aussi réaffectation à un autre poste après un congé de maternité. Notons également, une question pendante devant la cour constitutionnelle posée par le Tribunal du Travail de Nivelles (Trib. Trav. Nivelles, 22.7.2014, R.G., n° 12/259/A) concernant une possible discrimination indirecte à l'égard des femmes en ce qu'elles représentent la majorité des « domestiques » catégorie exclue du régime de protection des ouvrières contre le licenciement abusif

(art 63 et 115 de la loi du 3.7.1978) et de l'octroi aux ouvriers licenciés d'une prime de crise (art 149 de la loi du 30.12.2009).

- 2 affaires invoquent un harcèlement sexuel sur les lieux de travail.

Le contentieux relatif au harcèlement sexuel a presque disparu (voir ci-dessous).

Il n'existe aucune jurisprudence sur l'injonction de discriminer.

L'année 2012 semblait trop proche pour juger de l'effet de la loi genre sur le contentieux relatif à l'égalité des femmes et des hommes.

Vu la durée des procédures judiciaires, presque toutes les décisions reprises ci-dessus sont basées sur des faits antérieurs à l'adoption de la loi de 2007 et donc sur la législation antérieure. Cette observation reste valable en 2014.

On peut néanmoins souligner que la loi genre n'a pas fait exploser le contentieux judiciaire dans cette matière.

Le contentieux du harcèlement et le harcèlement sexuel

La loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, qui a incorporé le harcèlement et le harcèlement sexuel dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, a prévu une obligation pour les greffes des cours et tribunaux de communiquer toutes les décisions basées sur ce motif au département compétent du SPF Emploi.

Sur la période de 2002 à juin 2011, on note 456 entrées (qui peuvent concerner le même cas, par exemple s'il y a eu appel) et sur celles-ci, seules 5 concernent le harcèlement sexuel, 11 le harcèlement et le harcèlement sexuel et l'écrasante majorité ne concernent que le harcèlement. La question de la discrimination entre hommes et femmes n'est quant à elle pas mentionnée.

Par ailleurs, le rapport d'évaluation de la loi⁹ relève que le nombre de dossiers traités par les services externes de prévention et de protection au travail sont passés de 3.200 en 2005 à 4800 en 2009.

Le contentieux du harcèlement sexuel est extrêmement réduit par rapport à celui du harcèlement. Il ne

⁹ Rapport d'évaluation Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, juillet 2004, Direction générale humanisation du travail.

faut néanmoins pas s'en étonner. Le harcèlement sexuel est toujours considéré comme une « affaire de femme » et comme dans d'autres cas de violence sexuelle, très lourd pour la victime. Pour la plupart des victimes, la possibilité de se plaindre de harcèlement représente une voie plus neutre, moins stigmatisante et dès lors privilégiée.

2.3. Interventions de l'Institut en justice¹⁰

Dans le domaine des biens et services

L'affaire, « *Rentawife* », a débouché sur un jugement du Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles, siégeant en référé, le 26 septembre 2007. L'affaire concernait un site internet qui proposait de louer une femme et de se la faire livrer par la poste avec la possibilité de commander simultanément plusieurs exemplaires et même de les retourner pour échange à l'infini. Le site diffusait une vidéo dans laquelle une femme légèrement vêtue était attachée aux poignets et aux chevilles pour être glissée dans une boîte par son propriétaire, mécontent, qui après avoir dépoussiéré l'emballage le remettait au facteur en vue d'un retour à l'expéditeur. Une fois arrivé à l'étape finale de l'enregistrement, une publicité pour le service DVD Post remplaçait le choix des « modèles » en stock pour vanter la facilité du système de location de DVD. L'action était donc fictive et simplement destinée à faire la promo d'un autre site, réel celui-là, DVD-Post. Dans cette affaire, le juge a suivi l'ensemble des arguments soulevés par l'Institut. Confirmant de ce fait l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, il a infligé une interdiction de poursuivre cette discrimination sous peine d'astreinte. Les arguments juridiques utilisés par le juge pour dénoncer de telles pratiques ont été tirés de l'ancienne législation anti-discrimination et de la loi sur les pratiques du commerce.

Le tribunal de première instance de Bruges a condamné, le 10 novembre 2014, une agence immobilière pour discrimination fondée sur le sexe après avoir refusé un logement à un étudiant, le propriétaire souhaitant louer son bien uniquement à des femmes. L'étudiant en question, de nationalité française, recherchait un logement dans le cadre de ses études de doctorat en Belgique. C'est ainsi qu'il a répondu à une annonce d'une agence immobilière. Après avoir effectué une visite de la chambre d'étudiant, il avait proposé sa candidature pour la louer.

L'agence lui avait répondu par mail : « *Le propriétaire a décidé de ne pas vous louer la chambre d'étudiant parce qu'il veut des filles dans tout le bâtiment. Il serait étrange de n'avoir que des filles dans l'immeuble, et puis 1 homme de 32 ans. J'espère que vous le comprendrez.* » L'homme avait déposé plainte pour discrimination auprès de l'Institut. Le juge du tribunal de première instance de Bruges a confirmé qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur le sexe conformément à la loi genre et a condamné l'agence immobilière à une indemnisation pour préjudice matériel en faveur du plaignant et au paiement d'un euro symbolique pour l'Institut.

Il faut noter également un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 4 novembre 2014 concernant un club de fitness réservé exclusivement aux femmes et l'action en cessation introduite par un homme qui se ne pouvait plus fréquenter ce club de sport alors qu'il était près de chez lui. En cette affaire, l'Institut n'était pas partie à la cause. Se pose, tout d'abord la question de la législation applicable à savoir la législation fédérale ou communautaire. Sous le prétexte qu'il s'agit de sport, les parties se sont accordées sur l'application du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 et non sur la loi genre. La question est ici de savoir quelles sont les justifications objectives et légitimes à une discrimination directe dans l'accès aux biens et services. La Cour après avoir rappelé les considérants 16 et 17 de la directive 2004/113/CE (biens et services) analyse les éléments de justifications. Elle mentionne que « *quels que soient les mérites des raisons susvisées qui poussent des femmes à vouloir des salles de fitness unisexes, il s'agit de ressentis personnels, comme tels respectables, qui sont admissibles dans l'état actuel des mœurs* ». La Cour estime notamment sur la base de l'augmentation d'affiliation du nombre de femmes et du déménagement des agrès, que la transformation d'une salle de fitness mixte en salle unisexe peut être justifiée par un but légitime. La Cour d'appel déboute le demandeur originaire de son action en cessation.

Dans le domaine pénal

Le 14 avril 2008, l'Institut s'est constitué partie civile dans le dossier du meurtre de Sadia S, assassinée en octobre 2007 parce qu'elle refusait d'épouser l'homme qui lui était imposé par sa famille. L'intervention se fonde ici sur la théorie du mobile abject. C'est la première fois que le critère sexe est mobilisé devant une juridiction pénale, en l'occurrence la Cour d'assises de la province du Hainaut.



Dans le domaine des relations de travail et de la sécurité sociale

Le résumé des litiges dans lesquels l'Institut est intervenu ou intervient se présente comme suit :

- Le premier litige concernait une affaire opposant Madame M. à la Ville de X¹¹. Il s'agissait du **non renouvellement d'un contrat à durée déterminée** d'une architecte. Selon l'architecte et l'Institut, des pièces du dossier, le non renouvellement était clairement lié à la maternité de Madame M. annoncée à la Ville alors qu'elle venait d'être recrutée. En première instance, le Tribunal du travail reconnaît, contre l'avis de l'auditeur du travail, que le non renouvellement est fondé sur la maternité, qu'il s'agit d'une discrimination directe et que l'employeur ne rapporte pas la preuve que le critère du sexe n'a pas été l'élément déterminant dans la décision de licenciement. Ce jugement a fait l'objet d'un appel par l'employeur devant la Cour du travail de Liège, section Namur. Un arrêt de la Cour du travail du 18 février 2014 met à néant le jugement. Même si la Cour reconnaît l'existence de faits permettant de conduire à la conclusion de l'existence d'une présomption de discrimination, elle estime, dans ce dernier arrêt que l'employeur, renverse la présomption en rapportant la preuve que le non renouvellement du contrat de travail n'était pas lié à la maternité mais à une cause étrangère.
- Dans un second litige¹², il s'agissait d'un **licenciement** d'un ouvrier dans une société de déménagement, le licenciement étant **lié au processus de conversion sexuelle**. Par son jugement du 08 août 2011, le Tribunal du travail de Bruxelles, statuant contradictoirement, estime la demande en intervention volontaire de l'Institut irrecevable au motif que le seul organe compétent au sein de l'Institut pour agir en justice est le Conseil d'administration, et non la Direction de l'Institut. Dans son jugement, le Tribunal estime la demande principale formulée, par Madame V., en indemnité pour licenciement abusif partiellement fondée et condamne la SPRL L. au paiement de 9.968,8€ bruts à

titre d'indemnités pour licenciement abusif, augmenté des intérêts légaux et judiciaires sur les montants bruts. Le Tribunal déboute Madame V. de sa demande d'indemnité pour discrimination et de celle concernant une politique discriminatoire à l'embauche qu'effectuerait la SPRL L. Dans le cadre de la procédure d'appel, la Cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 17 février 2014 a estimé que les demandes formulées par l'Institut sont recevables. En cela l'arrêt infirme le jugement du Tribunal du travail. Sur la discrimination, la Cour estime qu'elle existe et condamne la société au paiement de l'indemnité forfaitaire. Elle déclare également que l'indemnité pour licenciement abusif, qui était réclamée, peut être cumulée avec l'indemnité de protection liée à la discrimination. Sur ce dernier point, son raisonnement est le suivant : « *En l'absence de disposition légale réglant la question, les indemnités dues en raison du licenciement peuvent être cumulées si elles obéissent à des finalités différents et réparent des dommages distincts* (Cass. 20 février 2012, RGn°S100048F, JTT, 210).

L'indemnité pour licenciement abusif couvre, de manière forfaitaire, le préjudice moral et matériel subi par le travailleur du fait de l'inexistence de l'un des motifs de licenciement visés par la loi en vue d'accorder à l'ouvrier une relative stabilité d'emploi (CT Bruxelles, 22 avril 2002, Chron. D.S., 2005, p.348). *Elle indemnise donc une perte injustifiée d'emploi et a pour finalité d'augmenter la stabilité d'emploi.*

L'indemnité pour licenciement discriminatoire a pour but, quant à elle, de réparer forfaitairement le préjudice moral et matériel subi par le travailleur victime d'une discrimination. Elle a également un rôle dissuasif à l'égard de l'employeur, tendant à garantir l'effectivité de l'interdiction de poser des actes discriminatoires (...).

Tant la finalité que le dommage couvert par l'indemnité pour licenciement abusif, d'une part et par l'indemnité pour licenciement discriminatoire, d'autre part, sont distincts. »

- Un troisième dossier, concernant **l'indemnisation de la maternité** introduit devant le Tribunal du travail de Nivelles par Madame R. La plaignante a introduit un recours à l'encontre d'une décision de l'INAMI lui refusant

11 TT Namur, 13 juillet 2011, RG n°09/1476/A.

12 TT Bruxelles, 10 août 2011, RG n°09/11405/A.

l'indemnisation de son congé de maternité. L'Institut a fait intervention volontaire dans cette affaire. Madame R est agrégée en lettres et professe depuis septembre 2003 en Communauté flamande. Elle est nommée à temps plein depuis septembre 2008. Elle sollicite une mise en disponibilité pour convenances personnelles pour pouvoir enseigner en Communauté française dans le cadre des projets d'immersion. Le 1er septembre 2009, elle commence à enseigner en Communauté française, dans le cadre d'une activité salariée sans nomination. Madame R est enceinte et formule une demande d'indemnité dans le cadre de son congé de maternité. Elle accouche le 11 janvier 2010. Le 23 février 2010, sa mutualité l'informe de ce qu'elle ne pourra percevoir les indemnités pour son congé de maternité. Sa mutualité précise : « *Etant donné que vous changez de statut au 01/09/2009 (vous aviez le statut service public puisque vous étiez nommé dans votre fonction jusqu'au 31/08/2009 et vous commencez une activité salariée sans nomination au 01/09/2009), la loi précise que pour ouvrir le droit aux indemnités, vous devez effectuer un stage de 6 mois durant lequel vous devez totaliser 120 jours ou 400 heures de travail. A titre d'information, le stage ne peut être supprimé lors du passage d'un statut de la fonction publique à celui de salarié, que lorsqu'il y a eu licenciement dans le cadre de la fonction publique.* »

Dans le cadre de ce recours, Madame R et l'Institut mettent en cause la conformité de notre droit avec le droit européen et plus particulièrement la directive 92/85 sur la protection de la maternité.

Par jugement du 20 décembre 2013, le Tribunal du travail de Nivelles pose la question préjudicielle suivante : « *L'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, dans son titre III, chapitre III, section 1 et 2 viole-t-il la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail et la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 du parlement européen et du Conseil relative à*

la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) en ne prévoyant pas de dispense de stage pour l'agent statutaire mis en disponibilité pour convenances personnelles qui est en congé de maternité, alors que tel est le cas de l'agent statutaire démissionnaire et de l'agent statutaire licencié ? »

La Cour répond dans son arrêt C-65/14 du 21.5.2015, que l'art. 11, 4. de la directive 92/85/CEE s'oppose à ce qu'une travailleuse qui a été occupée pendant 12 mois avant l'accouchement se trouve privée des indemnités de maternité.

Si les parties adverses n'entendent pas indemniser immédiatement sur la base de l'arrêt de la Cour de Justice, l'Institut fera prochainement refixer une audience au tribunal du travail pour obtenir une nouvelle date de plaidoiries.

- Un arrêt également de la Cour du travail de Gand (section Gand) du 10 octobre 2012. En cette affaire, l'Institut intervenait aux côtés de la plaignante. La Cour constate qu'il y a eu un licenciement discriminatoire sur base de la maternité et octroie l'indemnité prévue par l'article 23, §2, 2° de la loi.
- Un dossier, enfin, a abouti à une transaction. Dans ce dossier l'employée, Madame B avait bénéficié d'un congé parental. Des périodes de congé de maternité (grossesse gémellaire) et d'incapacité de travail liée à des problèmes de santé sont constatées par l'employeur. Celui-ci procède à un licenciement moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de protection liée au congé parental. Le dossier a été introduit devant le Tribunal du travail de Bruxelles. Un acte de désistement d'action a été acté compte tenu de la transaction qui avait abouti. La spécificité de la procédure était qu'il s'agissait de discriminations croisées où Unia et l'Institut intervenaient à la cause.



Affaires pendantes :

- *Harcèlement à caractère discriminatoire*

Un dossier opposant une travailleuse à la SNCB et à INFRABEL où la question de la discrimination est abordée sur une base directe mais également sur la base du harcèlement à caractère discriminatoire. L'Institut a fait intervention volontaire dans ce dossier. Les éléments factuels sont les suivants : Madame H. est recrutée dans le cadre d'une procédure « statutaire » comme agent de maintenance spécialisé dans les voies. Le 30 août 2010, elle est engagée comme agent de maintenance. Elle a la qualité de stagiaire. Elle est affectée au secteur Bruxelles Nord. Elle va rencontrer assez rapidement des problèmes sur son lieu de travail. Le 25 novembre 2010, elle envoie un courriel à l'administrateur délégué d'INFRABEL où elle dénonce les vexations, la violence et le harcèlement. Le 6 décembre 2010, suite à ce courriel, elle est déplacée sur Bruxelles midi.

Le 4 février 2011, Madame H. dépose une plainte motivée tant pour les faits dénoncés à Bruxelles Nord qu'à Bruxelles Midi. Dans le cadre de cette plainte, des consommations d'alcool sont dénoncées par Madame H. Ces consommations d'alcool sur les lieux du travail sont en lien avec le harcèlement subi, certains de ses collègues étant plus agressifs encore lorsqu'ils sont sous l'emprise de l'alcool. Dans le cadre de faits précis, elle mentionne notamment : qu'elle fait l'objet des réflexions suivantes : « *t'es une femme, une femme n'a rien à faire sur la voie ; ce n'est pas le boulot d'une femme ; t'es un homme donc tu dois travailler comme un homme ; oui mais c'est un homme au figuré dans la brigade, donc tu dois travailler comme un homme, comme nous* » ; qu'on lui répète que le travail qu'elle fait n'est pas fait pour une femme ; que son horaire est affiché dans le vestiaire des hommes et qu'elle ne peut s'y rendre ; que le linge sale est également dans le vestiaire des hommes ; que la recommandation sur le port de charge lourde n'est pas respectée.

Le conseiller en prévention mentionne les données suivantes : Madame H. subi une souffrance relationnelle au travail. Il y a une

forte présomption de comportement qui renvoie à une forme particulière de violence au travail, pratique de bizutage. »

Dans le cadre de cette action, l'Institut veille à mettre en évidence les questions de discrimination et de harcèlements discriminatoires.

Dans son jugement du 30 juin 2015, le tribunal du travail francophone de Bruxelles conclut à l'absence de violence, de harcèlement moral ou de discrimination au travail fondés sur le sexe.

Le Tribunal estime que les faits relèvent du bizutage et qu'aucun élément objectif ne permet de constater que Mme H aurait été traitée de manière différente des hommes de son service alors qu'elle se trouve dans une situation comparable.

Madame H a, de son côté, obtenu la reconnaissance d'une souffrance relationnelle au travail et un dédommagement moral pour les fautes commises par la société.

- *Licenciement en raison d'incapacités multiples liées à des grossesses difficiles*

Il s'agit d'analyser ici la question de la maternité tant sous l'angle de la loi du 16 mars 1971 que sous l'angle de la loi genre.

Les faits peuvent être résumés comme suit : la travailleuse a fait l'objet d'une discrimination fondée sur son sexe dans le cadre de son licenciement. En effet, le motif de son licenciement, tel qu'affirmé par la défenderesse sur le formulaire C4 repose exclusivement sur : « *l'impossibilité d'organiser le travail de l'équipe compte tenu des incapacités de travail nombreuses et répétées* ».

L'employeur confirme par ailleurs, dans le cadre de la procédure, au titre du motif du licenciement, la répétition des absences, leur succession, leur nombre ainsi encore que l'allongement des périodes d'absences.

Dans son jugement du 22 mai 2015, le tribunal du travail de Mons et de Charleroi Le Tribunal estime que Madame D. est en droit de bénéficier d'une réparation sur la base de la loi genre estimant que le licenciement est fondé sur le sexe.

Madame D peut également bénéficier d'une indemnité compensatoire de préavis complémentaire.

Le Tribunal relève ainsi que Madame D. a été licenciée en raison de l'impossibilité d'organiser le travail de l'équipe compte tenu de ses incapacités de travail nombreuses et répétées.

Le Tribunal continue en mentionnant que, de l'historique du litige et des pièces déposées, il apparaît que l'employeur connaissait l'origine des incapacités de travail et qu'elles étaient liées à ses grossesses successives.

Le Tribunal du Travail se rallie à la jurisprudence sur le fait qu'un employeur ne pouvait pas fonder un licenciement sur des incapacités de travail liées à la grossesse et estime donc que c'est à juste titre que Madame D se prévaut de la loi genre.

Le Tribunal insiste sur le fait que l'intention malveillante ou non est totalement étrangère au litige.

Seul le résultat compte.

En ce qui concerne l'indemnisation, le Tribunal octroie une indemnité équivalente à six mois de rémunération, estimant que l'employeur ne rapporte pas la preuve que, même si Madame D n'avait pas été absente de manière répétée, il l'aurait quand même licenciée.

- *Ecart salarial et classification de fonction : discrimination dans le cadre de la progression barémique et de l'utilisation de la grille barémique HAY*

L'Institut a décidé d'intervenir volontairement à la cause devant le tribunal du travail. Il ressort du dossier transmis par la travailleuse que les classifications professionnelles mises en place par l'employeur pourraient conduire, dans son processus de mise en application, à des niveaux de rémunération différents pour des travailleurs salariés qui sont dans des situations comparables, alors même qu'en apparence, rien ne permet de justifier cette différence traitement.

En effet, il apparaît que l'employeur utilise un outil de classification de fonctions basée sur la méthode appelée « HAY », sur base de

laquelle les rémunérations des cadres sont attribuées, et donc, notamment, celle de la travailleuse, membre du Comité de direction en sa qualité de Directrice de la Communication interne et externe.

Dans la mise en œuvre concrète de cette méthode de classification de fonctions, il apparaît que tous les directeurs masculins occupés au sein de l'employeur, y compris ceux récemment recrutés, sont au minimum repris dans la catégorie de fonction HAY 10, alors qu'au jour de son engagement, la travailleuse s'est vue attribuée une échelle de rémunération basée sur la catégorie de fonction HAY 9, soit une rémunération inférieure.

Il apparaît en outre qu'une autre employée de la société, qui a exercé la fonction de Responsable juridique durant plusieurs années et été associée aux activités du Comité de direction pendant ces années, se serait vue attribuer une catégorie de fonction HAY 8 alors qu'elle remplaçait, pour ce poste, un collègue masculin qui s'était vu attribuer une catégorie de fonction HAY 11 et qu'elle a été remplacée par un autre collègue masculin qui s'est également vu attribuer une catégorie de fonction HAY 11.

Enfin, il serait question de l'existence d'un plan de pension complémentaire très avantageux auquel seraient affiliés certains membres du personnel de la Direction mais pas d'autres, et singulièrement aucune femme.

L'Auditeur du Travail a émis un avis favorable quant à la demande d'indemnité de Madame H pour discrimination fondée sur le sexe. Néanmoins dans son jugement du 22 octobre 2015, le tribunal déclare la demande de l'Institut recevable mais non fondée. L'Institut a décidé de faire appel du jugement.

- *Ecart salarial dans le secteur bancaire : rémunération supérieure du collègue masculin (de 1000 euros bruts/mois) – principe du renversement de la charge de la preuve et comparabilité des situations*

Mme P se plaint d'une différence de rémunération de 1000 euros nets/ mois par rapport à son collègue masculin. Ce dernier occupe le même poste, a le même âge et n'est



pas universitaire (à la différence de Mme P.). A travers divers courriers, depuis 2009, l'Institut a soutenu la démarche de Mme P visant à résoudre la situation mais s'est heurté à l'opacité de la banque qui refuse de communiquer les éléments nécessaires à la comparaison des deux situations. Sans certaines données permettant de comparer les deux situations, la discrimination ne peut être établie. La banque argumente en termes de « droits acquis » par M. X dans le passé mais n'apporte pas la preuve effective de l'absence de discrimination. L'Institut poursuivra l'affaire en justice afin de tenter de contraindre la banque à délivrer les documents afférents au parcours du collègue et pouvoir vérifier si les situations sont comparables.

- *Discrimination dans une offre d'emploi et une procédure de sélection*

Monsieur D. a introduit une plainte à propos de la discrimination opérée par un employeur dans une offre d'emploi et le processus de sélection.

L'offre d'emploi stipulait expressément que l'employeur cherchait « *une assistante administrative (F)* ». Monsieur D. a néanmoins postulé pour cet emploi car son profil répond aux compétences exigées. L'employeur lui a envoyé une lettre de refus avec la motivation suivante : « *... pour des raisons d'équilibre au sein de l'équipe, et comme précisé dans l'annonce, nous recherchons une assistante administrative de sexe féminin.* »

L'Institut a décidé de porter l'affaire en justice. *Travailleuse en crédit temps licenciée avec une indemnité calculée sur la base de son mi-temps.* Après avoir travaillé presque 10 ans chez son employeur Mme S. prend un crédit temps à mi-temps avec motif : « *pour s'occuper de son enfant* ». Son employeur a d'abord fait pression pour qu'elle revienne travailler à temps plein en menaçant ensuite de lui reprendre sa voiture de fonction à laquelle elle n'aurait plus droit depuis qu'elle est à mi-temps !

Finalement Mme S. est licenciée et une indemnité calculée sur la base de son mi-temps lui est versée.

Madame conteste et réclame une indemnité calculée sur la base de son temps-plein.

Contrairement au crédit temps, en cas de congé parental, lorsque l'employeur rompt le contrat de travail, moyennant indemni-

té compensatoire de préavis, cette indemnité est égale à la rémunération courante correspondant à la rémunération dont le travailleur aurait bénéficié sur base de son contrat de travail s'il n'avait pas réduit ses prestations de travail.

La situation actuelle du travailleur en crédit-temps à temps partiel soulève deux problèmes majeurs :

- le respect du principe d'égalité entre homme et femme dans le marché du travail au regard de l'article 4 de la directive Refonte 2006/54/CE ;
- le respect du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins tel que défini à l'article 157, §1 et §2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Un progrès en la matière semble devoir passer par un litige au cours duquel, la juridiction belge, en charge du litige, saisirait la Cour de justice sur la conformité de la législation belge au regard de l'article 157 TFUE et la directive 2006/54/CE.

Il ne s'agirait pas de comparer la situation du travailleur en congé parental à temps partiel à celle du travailleur en crédit-temps à temps partiel, mais d'établir l'existence d'une discrimination indirecte entre les travailleurs féminins et masculins en matière de rémunération. L'Institut se joint à l'action en justice du syndicat de la travailleuse.

CHAPITRE 2 EFFECTIVITÉ DE LA LOI

Le présent chapitre du rapport s'attache à l'analyse de la loi « genre » en termes de :

- Contenu de la loi au regard des situations qu'elle entend régir à savoir la protection contre les discriminations entre hommes et femmes dans la législation fédérale. Cet examen s'appuie sur une comparaison de la loi de 2007 avec celle de 1999 et le titre V de la loi de 1978 de réorientation économique.
- La conformité au droit européen : transposition adéquate des directives européennes et respect de la jurisprudence de la Cour de Justice.
- L'adoption des normes prévues pour la mise en œuvre effective de la loi.

1. Contexte de l'adoption de la loi genre

La première loi en matière de non-discrimination entre les femmes et les hommes date de 1978¹³. Celle-ci a été adoptée pour transposer en droit belge les directives européennes relatives à l'égalité de rémunération (75/117/CEE) et d'égalité de traitement dans l'emploi et les conditions de travail (76/207/CEE). Elle sera suivie par une autre loi en 1999¹⁴ et enfin une troisième en mai 2007¹⁵.

La proposition de loi relative à l'égalité des femmes et des hommes, était fondée sur les considérants suivants :

- 1) **Nécessité de transposer les directives européennes en droit interne** non seulement en matière de genre mais également pour les autres critères de discriminations prohibés.
- 2) Volonté du législateur belge de réaliser une **harmonisation** au niveau :
 - des concepts utilisés ;
 - du champ d'application matériel des législations élaborées ;

¹³ Loi de réorientation économique du 04 août 1978, M.B., 17/08/1978.

¹⁴ Loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, M.B., 19/06/1999.

¹⁵ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 30 mai 2007.



- de la structure des trois lois ;
- des dispositifs civils et procéduraux.

Pour le volet pénal, il y a une exception pour la loi « racisme » qui prévoit un dispositif pénal plus important : pénalisation de

- la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale et
- la participation aux organisations qui incitent à la discrimination.

3) **Améliorer l'efficacité** des dispositifs fédéraux de lutte contre la discrimination.

Deux voies s'offraient au législateur pour ce faire :

- un code général relatif à la non-discrimination ;
- la préparation de lois distinctes portant chacune sur un ou plusieurs types de non-discrimination.

Le problème de l'approche de la codification est qu'elle nie la spécificité des discriminations entre hommes et femmes et des politiques mises en place depuis de nombreuses années en vue de la promotion de l'égalité.

Les femmes ne sont pas une minorité victime de discriminations, elles constituent la moitié de la population et par ailleurs, les discriminations qui persistent sont souvent des discriminations sur la base du genre plutôt que sur le sexe proprement dit.

Enfin, dans les autres catégories de discrimination, par exemple la prétendue race, les hommes et les femmes constituent une catégorie transversale et subissent des formes de discriminations différentes.

Par ailleurs, le droit européen n'accorde pas le même régime de protection contre toutes les formes de discriminations.

L'adoption d'un code unique aurait alors présenté le risque d'une mise en œuvre partielle des directives communautaires pour certains types de discrimination.

Le gouvernement a dès lors opté pour la préparation de trois législations distinctes :

- loi sur les discriminations sur base de la prétendue race et de l'origine ethnique ;
- loi sur les discriminations entre hommes et femmes ;
- loi couvrant les autres motifs de discrimination – liste fermée.

En ce qui concerne le genre, l'objet de la loi était dès lors le suivant :

- Donner un cadre général pour lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes (article 3) ;
- Transposer sept directives européennes en matière d'égalité entre hommes et femmes (article 2).

Néanmoins, deux directives communautaires restent hors du champ de cette nouvelle loi :

- la directive 92/85 du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. Cette exclusion s'explique sans doute d'une part, parce qu'au niveau européen, cette directive prise sur base de motifs de santé et sécurité a toujours été considérée comme « hors champ¹⁶ » des directives égalité, et d'autre part, parce qu'en droit belge la protection spécifique de la maternité et dès lors la transposition de la directive 92/85 est essentiellement assurée par la loi de 1971 sur le contrat de travail.

- la directive 86/613 du 11 décembre 1986, modifiée par la directive 2010/41 du 7 juillet 2010 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. Seuls les articles 5, 16° et 18 §3 sur la sécurité sociale légale sont transposés par la loi. Signalons, à toutes fins utiles, que la directive ne contient pas de dispositions réellement contraignantes, ce qui explique aussi sans doute son exclusion du champ de la loi genre.

16 Elle n'a pas été incluse dans l'effort de consolidation du droit européen (absente de la directive refonte).

2. Champ d'application de la loi

Le champ d'application des lois anti-discriminations entre hommes et femmes a évolué au cours de temps et est intimement mêlé et influencé par la nécessaire transposition des directives européennes.

Ainsi, la **loi du 4 août 1978** et plus particulièrement son titre V transpose en droit belge les directives 75/117¹⁷ et 76/207¹⁸. Cette loi a vocation à s'appliquer tant au secteur privé qu'au secteur public, son champ d'application personnel est général, son champ d'application matériel est, quant à lui, limité.

En effet, la loi du 4 août 1978 exclut de son champ d'application les régimes légaux et complémentaires non légaux de sécurité sociale dans les domaines de l'assurance maladie invalidité et soins de santé, assurance-chômage, pension de retraite et de survie, allocations familiales, accidents du travail et maladies professionnelles.

Cette exclusion a dû être corrigée à la suite des arrêts *Bilka*¹⁹ et *Barber*²⁰ de la Cour de Justice. En effet, dans ces arrêts, la Cour juge que les régimes complémentaires entrent dans le champ de l'article 119 et dès lors aussi de la directive 75/117. A partir du 17 mai 1990²¹, en excluant de son champ d'application les régimes complémentaires à la sécurité sociale, la loi de réorientation économique ne transposait plus correctement la directive 75/117. Cette carence de l'Etat belge a été mise en lumière à l'occasion d'un litige portant sur une discrimination dans l'octroi d'allocations familiales complémentaires. Mais également dans le cadre des indemnités complémentaires versées par l'employeur à son salarié prépensionné.

La **loi du 7 mai 1999** rectifie cette omission. Elle ne contient plus une telle restriction de son champ d'application matériel. Cette législation devait, à l'origine remplacer, purement et simplement, la loi de réo-

rientation économique du 4 août 1978. Tel ne sera pas le cas, au regard de la problématique de la répartition des compétences. En effet, alors qu'en 1978, le droit du travail était de la compétence du législateur fédéral ; en 1999, certaines matières sont de la compétence des Régions et des Communautés. Par conséquent, la loi du 7 mai 1999 ne pourra couvrir tous les aspects de la directive 76/207 au risque d'empiéter sur les compétences des Communautés et Régions. La loi du 4 août 1978 a continué à exister pour les Communautés et les Régions jusqu'à ce que ces entités fédérées l'abrogent en adoptant leurs propres dispositions.

En ce qui concerne l'égalité sur la base du sexe, la **loi du 10 mai 2007 abroge la loi du 7 mai 1999**.

Elle transpose non seulement les directives européennes comprises dans la directive refonte²² (sans toutefois la mentionner), mais également la directive biens et services 2004/113²³ et la directive 79/7²⁴ relative à l'égalité entre femmes et hommes en matière de régimes légaux et de sécurité sociale et la directive 86/613²⁵ relative à l'égalité dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

Cette loi fédérale ne s'appliquera pas : « *aux relations de travail nouées avec les organismes et institutions visés aux articles 9 et 87 de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 et des relations de travail dans l'enseignement visées à l'article 127, § 1er, 1° et 2° de la Constitution* ».

Il faudra donc consulter :

- Pour la Communauté française, le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination²⁶.
- Pour la Région wallonne, le décret du 6

17 Directive du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, J.O.C.E., 19 février 1975.

18 Directive 76/207 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., 14/02/1976.

19 Affaire C-170/84 du 13 mai 1986, Rec. 1986, p.1607.

20 Affaire C-268/88 du 17 mai 1990, Rec. 1990, p.I-1889.

21 Voir le protocole n°2 du Traité de l'Union Européenne du 7 février 1992 ou « protocole Barber ».

22 Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O.L. du 27 juillet 2006.

23 Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O.L., 21 décembre 2004.

24 Directive 79/7/CEE 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.L., 10 janvier 1979.

25 Directive 86/613/CEE 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 la protection de la maternité, J.O.L., 19 décembre 1986.

26 Décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination du 12 décembre 2008, M.B., 13 janvier 2009.



novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines discriminations²⁷.

- Pour la Région bruxelloise, les deux ordonnances du 4 septembre 2008 l'une relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitements en matière d'emploi et l'autre visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise²⁸ ; A noter également en matière de logement, l'ordonnance modifiant l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement²⁹.
- Pour la Région Flamande, le décret portant le cadre de la politique flamande à l'égalité des chances et de traitements³⁰ ainsi que le décret modifiant le décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi.³¹
- Pour la Communauté germanophone, le décret du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination³².
- Pour la Commission communautaire française, le décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement.³³

27 Décret relatif à la lutte contre certaines discriminations en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle, M.B., 19 décembre 2008.

28 Ordonnance relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi du 4 septembre 2008, M.B., 16 septembre 2008 et Ordonnance visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise du 4 septembre 2008, M.B., 16 septembre 2008.

29 Ordonnance modifiant l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement du 19 mars 2009, M.B., 7 avril 2009.

30 Décret portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement du 10 juillet 2008, M.B., 23 septembre 2008.

31 Décret du 30 avril 2009 modifiant le décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi, M.B., 26 mai 2009.

32 Décret du 19 mars 2012, MB 5 juin 2012.

33 Décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement du 9 juillet 2010, M.B., 3 septembre 2010.

En résumé, la loi genre s'applique dans les domaines suivants :

- La protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé ;
- Les avantages sociaux ;
- Les régimes complémentaires de sécurité sociale ;
- Les relations de travail, c'est-à-dire notamment l'accès à l'emploi, les conditions de travail et la rémunération ;
- La mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal ;
- L'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou tout autre organisation dont les membres exercent une profession donnée ;
- L'accès, participation et autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique (accessible au public).

Sont hors champ :

- Les matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions. Il faut noter que certaines matières, plus transversales, resteront dans le champ d'application de la loi du 10 mai 2007. Nous pensons ainsi à la sécurité sociale, à la responsabilité des agents statutaires, le droit du travail et ses lois générales comme la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail, la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération. Cette dualité de compétence laisse planer un doute dans des situations particulières. Ainsi, les conditions de recrutement et de rémunération des fonctionnaires doivent-elles être considérées comme reliées au droit du travail (qui est de la compétence exclusive de l'état fédéral) ou encore du droit administratif.
- Les hypothèses de harcèlement ou de harcèlement sexuel, en ce qui concerne les personnes visées à l'article 2§1, 1° de la loi du 4/8/96 relative au bien-être des travailleurs.

En ce qui concerne **le champ d'application personnel**, la loi genre est applicable à :

- Toutes les personnes, secteur public et privé et organismes publics sauf pour les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et Régions. Il appartient à chaque législateur, dans les matières qui ressortent de sa compétence, de garantir le respect de l'exigence de non-discrimination. En ce qui concerne le personnel des régions et communautés, celles-ci sont compétentes pour édicter des règles relatives à la non-discrimination dans les rapports qu'elles nouent avec leur personnel qu'il soit statutaire ou contractuel. C'est la raison pour laquelle la loi genre exclut explicitement de son champ d'application personnel « *les relations de travail nouées avec les organismes et institutions visées aux articles 9 et 87 de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 et les relations de travail dans l'enseignement* ». Cette exclusion porte sur l'ensemble des relations de travail en ce compris les contrats de travail. Or, l'engagement contractuel demeure une compétence fédérale. Il y a donc une contradiction entre l'exclusion du champ d'application de la loi qui concerne tout le personnel en ce compris le personnel contractuel alors même que la loi de réforme spéciale ne vise que le personnel statutaire.
- Tous les travailleurs en situation de subordination ou indépendants. La loi vise en effet toute « relation de travail » sauf exclusion visée ci-avant.

Le champ d'application est variable en fonction de l'objet visé par la loi : par exemple le champ d'application différera selon que l'on applique la loi dans le domaine de la rémunération ou dans le domaine de la fourniture de biens et services.

L'égalité de rémunération

Dans le domaine de la rémunération, notons la promulgation d'une loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes. Cette loi impose, aux niveaux interprofessionnel, sectoriel et de l'entreprise, des mesures qui doivent être prises afin de rendre neutres sur le plan du genre les classifications de fonctions.

Ces mesures concernent :

1. L'obligation de ventiler les données salariales selon le genre des travailleurs dans le bilan social.
2. L'obligation de négocier les mesures de lutte contre l'écart salarial au niveau sectoriel. La Direction Générale Relations Collectives de Travail du SPF Emploi, Travail et Concertation Sociale a reçu la compétence d'évaluer le caractère neutre sur le plan du genre des conventions en matière d'évaluation et de classification des fonctions conclues au sein de la commission paritaire. A cet effet, les commissions paritaires soumettront pour avis à la Direction générale leurs systèmes d'évaluation et de classification de fonctions (ainsi que toute modification ultérieure de la convention existante réglant le système de rémunération dans le secteur) dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de cette loi (dixième jour après publication au Moniteur Belge ou suivant la conclusion de la convention). La Direction générale examine le caractère neutre sur le plan du genre du système qui lui a été soumis, en examinant en particulier s'il est conforme aux dispositions de la convention collective de travail n° 25 du Conseil National du Travail relative à l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins et à la « Check-list Non-sexisme dans l'évaluation et la classification des fonctions » élaborée par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. La Direction rend son avis dans un délai de six mois

Si l'avis fait état d'éléments contraires à la neutralité sur le plan du genre, la commission paritaire rédige un plan d'action afin de supprimer, dans un délai de deux ans, ces contradictions relatives à la neutralité sur le plan du genre

Si les contradictions relatives à la neutralité sur le plan du genre n'ont pas été supprimées dans les deux années, la commission paritaire doit communiquer par écrit les raisons justifiant que la classification incriminée ne soit toujours pas neutre sur le plan du genre au ministre compétent.

3. L'obligation au sein de l'entreprise de faire une



analyse biennale de la structure de rémunération en vue d'aboutir à une politique de rémunération neutre sur le plan de genre.

Les entreprises occupant habituellement en moyenne cinquante travailleurs au moins doivent effectuer tous les deux ans une analyse détaillée afin de déterminer si l'entreprise mène une politique de rémunération neutre sur le plan du genre et, si tel n'est pas le cas, y aboutir en concertation avec la délégation du personnel.

4. La désignation d'un médiateur intervenant quand un travailleur s'estime victime d'une inégalité de traitement en matière salariale sur la base de son genre

Cette loi a été complétée récemment par 3 arrêtés royaux et un arrêté ministériel à savoir :

- Arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution du chapitre 4, section 2, de la loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes
- Arrêté royal du 25 avril 2014 relatif au médiateur en matière de lutte contre l'écart salarial entre hommes et femmes
- Arrêté royal du 25 avril 2014 relatif au rapport d'analyse sur la structure de la rémunération des travailleurs
- Arrêté ministériel du 25 avril 2014 fixant les modèles de formulaires devant servir de base au rapport d'analyse sur la structure de rémunération des travailleurs.

Loi d'ordre public

Ni les travaux préparatoires, ni les dispositions de la loi du mai 2007 ne relèvent le caractère d'ordre public de la loi alors que c'était le cas dans la loi précédente de 1999.

La Cour de Cassation a eu l'occasion de remédier à ce silence dans son arrêt du 16 septembre 2013 (C., 12.0032.F., inédit).

3. Les concepts

Les concepts sont définis à l'article 5 de la loi genre. Les définitions proposées dans la loi proviennent du vocabulaire communautaire : notion de discrimination ; harcèlement, exigences professionnelles essentielles ; l'action positive. Certaines sont reprises dans les directives communautaires, d'autres ont été explicitées par la jurisprudence de la Cour de Justice.

3.1. Les notions de discrimination et de distinction

L'article 5 introduit le concept de distinction. Celui-ci coexiste avec la notion de discrimination. Ces notions sont définies de la manière suivante :

- La distinction directe : la situation qui se produit lorsque sur la base du sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, l'a été ou le serait dans une situation comparable.
- La discrimination directe : distinction directe, fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II de la présente loi.
- La distinction indirecte : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe déterminé.
- La discrimination indirecte : distinction indirecte fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II.

Il y a donc une scission entre ce qui relève des « distinctions » de traitement directes ou indirectes et les « discriminations » directes ou indirectes.

En d'autres termes, une distinction de traitement directe ou indirecte n'est pas nécessairement une discrimination. Le terme de discrimination désigne ce qui ne peut être justifié alors que le terme de distinction a une connotation neutre en termes de licéité ou d'illicéité.

Sous le vocable générique de « discrimination », la loi, en son article 19 vise cinq types de comportements : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement, le harcèlement sexuel, et l'injonction de discriminer.

Le concept de distinction est utilisé afin de permettre la justification des discriminations directes dans le cas de **matières hors du champ du droit communautaire**.

Contrairement à ce qui est mentionné dans les travaux préparatoires, la notion de distinction n'existe pas en droit communautaire.

Le droit européen ne connaît que les concepts de discrimination directe et de discrimination indirecte. Ceux-ci sont définis comme suit :

- Discrimination directe : personne 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. Ne peuvent en aucun cas être justifiées. On en a parlé c'est le cas de la discrimination sur base de la grossesse ;
- Discrimination indirecte : critère, pratique apparemment neutre qui désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe. Ce critère ou cette pratique ne peut être accepté que s'il est objectivement justifié par la poursuite d'un but légitime et que les moyens pour y parvenir sont appropriés et nécessaires.

En introduisant le concept de distinction directe et indirecte aux côtés de ceux de discrimination directe et indirecte, le législateur contribue à une confusion dans le chef des plaideurs et magistrats. Il est néanmoins impossible dans le cadre de ce rapport de vérifier l'impact de l'introduction de ces concepts sur la protection réelle des femmes et des hommes contre les discriminations sur la base du genre. On peut néanmoins s'interroger sur la conformité du concept de distinction avec le droit européen.

3.2. Le harcèlement

C'est au début des années 90 que le harcèlement sexuel est reconnu par la norme européenne (non contraignante puisque sous forme de recommandation du Conseil) comme constitutif de discrimination sur la base du sexe. En Belgique, les AR du 18.9.92 (règlements de travail) et du 9.3.95 (services publics) abordent déjà cette question. La loi du 7 mai 1999 introduit le terme dans une loi et énonce clairement qu'il y a présomption de discrimination. La notion de harcèlement à connotation sexuelle introduite dans le droit européen étend également la protection et permet de couvrir certains actes de « sexisme ».

Selon la directive « refonte », le harcèlement moral

et sexuel peut constituer un acte de discrimination sur la base du sexe.

Le harcèlement y est défini comme :

« La situation dans laquelle un comportement non désiré, lié au sexe d'une personne, survient avec 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. »³⁴

Quant au harcèlement sexuel, il s'agit de « la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »³⁵

La loi du 10 mai 2007, tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, transpose cette directive « refonte » et vise expressément le harcèlement et le harcèlement sexuel dans les comportements discriminatoires. Néanmoins, ceux-ci sont exclus de son champ d'application par l'article 7 qui prévoit que :

« Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables en cas de harcèlement ou de harcèlement sexuel dans les relations de travail vis-à-vis des personnes visées dans l'article 2, § 1, 1^o de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

En cas de harcèlement ou de harcèlement sexuel dans le cadre de la relation de travail, ces personnes peuvent seulement recourir aux dispositions de la loi précitée. »

Même si le harcèlement est protégé par une législation spécifique, on peut regretter ce défaut de transposition complet de la directive refonte.

En ne transposant pas totalement la directive refonte dans la loi genre susvisée, le législateur belge a opéré une régression certaine dans la protection contre le harcèlement lié au sexe et ce, car alors que la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs exige, pour que l'on puisse parler de harcèlement, plusieurs actes, il n'en est rien en droit communautaire et dans la loi genre, qui admettent que le harcèlement puisse être constitué par un seul acte.

34 Article 2 de la directive 2006/54 CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O.L. du 27 juillet 2006.

35 *Ibidem.*



Il faut noter que la loi sur le bien-être, dans son chapitre consacré au harcèlement, a été revue en février 2014. Dans le cadre des modifications, on peut souligner la correction d'une anomalie qui consistait en l'absence d'indemnisation forfaitaire hors hypothèse du licenciement représsailles. La loi sur le bien-être prévoit ainsi une indemnisation qui sur le principe est calquée sur la loi genre.

L'article 32decies de la loi sur le bien-être prévoit que : « *la personne qui justifie d'un intérêt peut intenter une procédure devant le tribunal du travail pour demander des dommages et intérêts* ».

En réparation du préjudice matériel et moral causé par la violence ou le harcèlement moral ou sexuel au travail, l'auteur des faits est redevable de dommages et intérêts correspondant, au choix de la victime :

1° soit au dommage réellement subi par elle, à charge pour elle de prouver l'étendue de ce dommage ;

2° soit à un montant forfaitaire correspondant à trois mois de rémunération brute. Le montant s'élève à six mois de rémunération brute dans l'une des trois hypothèses suivantes :

a) les conduites sont liées à un critère de discrimination visé dans les lois tendant à lutter contre les discriminations ;

b) l'auteur se trouve dans une relation d'autorité vis-à-vis de la victime ;

c) en raison de la gravité des faits.

Le montant forfaitaire visé à l'alinéa 2, 2°, ne peut être accordé aux personnes autres que celles visées à l'article 2, § 1^{er} (c'est-à-dire aux travailleurs et employeurs), qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail lorsqu'elles agissent en dehors du cadre de leur activité professionnelle. »

3.3. Conciliation vie privée et vie professionnelle

Plusieurs directives européennes ont été adoptées par le passé et aujourd'hui six directives cohabitent encore et traitent de différents aspects de l'égalité des femmes et des hommes. La loi du 10 mai 2007 transpose la majorité de celles-ci à l'exception de la directive relative à la maternité (directive 92/85), de l'égalité entre travailleurs indépendants (2010/41/UE) et du congé parental (2010/18/UE).

La question de la conciliation de la vie privée et

professionnelle n'est abordée par les directives européennes que sous l'aspect de congé spéciaux (congé parental, de paternité et d'adoption,) et de la protection contre le licenciement lié à la prise de tels congés. Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, elle dispose en son article 33 §1 que la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social³⁶.

Le droit européen a été mis en œuvre par le biais des différents systèmes de crédit-temps et d'interruption de carrière et congés thématiques³⁷. Notons, que la loi genre s'applique à la durée et aux horaires de travail ainsi qu'aux régimes en matière de crédit-temps (article 6§1^{er}, 2°).

En ce qui concerne la paternité, l'article 16 de la directive « refonte » demande aux Etats membres qui reconnaissent le droit de congé de paternité dans leur législation nationale de prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs du licenciement résultant de l'exercice de ce droit et de veiller à ce que, à l'issue du congé, les pères aient le droit de retrouver leur emploi. Toutefois, il est précisé que la directive est sans préjudice de la faculté dont disposent les Etats membres de reconnaître des droits « distincts » au congé de paternité et/ou d'adoption.

Même si on peut se féliciter de la reconnaissance des droits de paternité, le caractère limité de cette reconnaissance à l'article 16 a fait l'objet de critiques et il lui a été reproché de perpétuer potentiellement la distinction entre congé de maternité et congé de paternité au détriment de l'introduction dans le monde du travail de droits parentaux neutres sur le plan du genre.

En pratique, la société semble admettre que l'accueil d'un enfant au sien de famille ne peut reposer sur la mère seule et qu'il est important que le père prenne sa place auprès de l'enfant et participe aux soins que l'enfant requiert. Mais les pères rencontrent encore des discriminations sur le lieu de travail lorsqu'ils souhaitent bénéficier du congé de paternité. L'étude « **Congé de paternité en Belgique : l'expérience des travailleurs** | **Expériences des hommes en matière de congé de paternité** »³⁸ montre que « 82 des 781 répondants (10,8 %) ont rencontré des problèmes ou des inconvénients au travail lors de la demande ou de

36 Droits qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux, article 6 TFUE.

37 AR du 29 octobre 1997 modifié par l'AR du 31 mai 2012 et la convention collective n°64 amendée par la 64 bis du 24 février 2015 pour le secteur privé. Pour le secteur public, dispositions relatives aux formes de congé dans les dispositions des différentes entités.

38 Congé de paternité en Belgique : l'expérience des travailleurs | Expériences des hommes en matière de congé de paternité – Une étude quantitative, 2011, p.79.



la prise de leur congé de paternité. Cela concerne 12,2 % des répondants néerlandophones et 9,2 % des répondants francophones.

Les problèmes ou les inconvénients auxquels les travailleurs ont été confrontés à la suite de leur congé de paternité peuvent être regroupés en deux grandes catégories :

1. des problèmes avec l'employeur (pas de promotion, menace de licenciement, attitude de mécontentement par rapport à la prise du congé de paternité, etc.) ;

2. des problèmes liés à la nature du travail ou au planning (travail qui s'accumule, aucune possibilité de planifier le travail, aucun remplaçant n'ayant pu être trouvé, etc.).

Au vu des difficultés rencontrées par les pères, l'Institut estime que la loi genre pourrait contribuer à améliorer leur situation **en intégrant le critère « paternité » dans la liste de critères protégés** : la paternité ne concernant que les hommes (et par analogie avec ce qui est prévu pour la maternité), une discrimination sur cette base pourrait s'analyser en une discrimination fondée sur le sexe.

La question de la conciliation de vie professionnelle et de la vie familiales est particulièrement d'actualité à la suite de l'entrée en vigueur le 10 avril 2016³⁹ de la Convention OIT n° 156 concernant l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs ayant des responsabilités familiales.

Cette convention établit un cadre général qui a pour but de protéger les travailleurs et travailleuses ayant des **responsabilités familiales** afin d'assurer que ceux-ci et celles-ci ne fassent pas l'objet de discriminations et puissent obtenir et occuper un emploi sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales.

La ratification de cette convention impose que l'état (ici fédéral et les entités fédérées) se soumette aux nouvelles obligations découlant de celle-ci et applique dans son ordre juridique interne ce nouveau cadre juridique. Dans ce contexte, l'Etat est tenu de faire rapport à l'OIT sur le bon respect de ses obligations et de l'application dans son ordre juridique interne de la convention ratifiée

Même si certaines dispositions de la Convention peuvent être déjà considérées comme faisant partie de l'ordre juridique belge, comme par exemple la protection contre le licenciement, il est communément admis que vu le caractère général des dispo-

sitions de la Convention, celle-ci ne pourra pas être opposée aux employeurs du secteur privé **tant que le critère de responsabilités familiales ne sera pas ajouté aux critères protégés contre toutes formes de discriminations.**

Considérant que la question de la protection contre les discriminations liées à l'exercice de responsabilités familiales est déjà couverte en partie par le droit de l'égalité des femmes et des hommes, il serait **souhaitable d'ajouter ce critère dans la loi genre.**

3.4. Changement de sexe, identité de genre et expression de genre

La question du changement de sexe a été mise en lumière ces dernières années par le droit européen et la jurisprudence de la Cour de justice. La Cour et la directive 2006/54 considèrent en effet que « *le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe....ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne* ».

Selon l'article 4, §2 de la loi genre, une distinction directe fondée sur le changement de sexe constitue une distinction directe fondée sur le sexe.

Cette disposition permet donc de protéger les personnes qui suivent un processus de conversion sexuelle abouti ou non, et veut dire que les transsexuel-le-s sont protégés par la loi « genre ». Par contre les discriminations relatives à l'orientation sexuelle sont traitées par la loi générale relative aux autres formes de discriminations (à l'exception de la race et du genre).

Cette dichotomie implique aussi des acteurs institutionnels compétents différents: l'Institut pour les questions liées à la conversion sexuelle et UNIA pour l'orientation sexuelle⁴⁰.

L'article 4§2 transpose correctement le droit communautaire et n'appelle pas de commentaires particuliers.

Au-delà de la question d'un traitement discriminatoire sur la base du changement de sexe, d'autres

39 Chaque entité, fédérale et fédérée, a adopté un instrument d'assentiment à la Convention n° 156 ; le dernier étant l'ordonnance de la Région Bruxelloise du 5 février 2015, publiée au M.B le 19.2.2015.

40 Voir l'affaire Grant C-249/96 dans laquelle la plaignante lie les questions de discrimination sur base de la conversion sexuelle et sur base de l'orientation sexuelle. Par ailleurs, dans certains cas, dans le cadre du processus de conversion sexuelle, la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle peut s'ajouter à celle de conversion sexuelle.



situations de discriminations se sont posées à l'Institut. Elles concernent des personnes discriminées sur base de leur identité de genre ou expression de genre.

La loi genre a été modifiée par une loi adoptée le 22 mai 2014 visant à étendre la protection contre la discrimination entre les femmes et les hommes à **l'identité et l'expression de genre**.

En effet, la loi du 22 mai 2014 prévoit l'insertion d'un §3 sous l'article 4 de la loi genre qui dispose que « *pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur l'identité de genre ou l'expression de genre est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe* ».

Ces notions ne sont pas définies dans la loi mais précisées, en se basant sur les principes de Yogyakarta, dans les travaux préparatoires⁴¹. Les Principes de Yogyakarta ont été présentés devant le Conseil des Droits de l'Homme le 26 mars 2007. Lors de la session du Conseil des Droits de l'Homme du 26 mars 2007, le texte a reçu le soutien officiel d'un groupe de 54 pays. Ces principes formulent des recommandations qui n'ont pas de valeur juridique contraignante. L'objectif de ces principes est de faciliter l'application des droits humains en relation avec la protection de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre⁴². Les définitions retenues dans ces principes sont les suivantes :

Expression de genre : l'expression de genre renvoie à la manière dont les personnes donnent forme (vêtement, langage, comportement. ..) à leur identité de genre et la manière dont celle-ci est perçue par les autres. Généralement, les personnes essaient de faire correspondre leur expression de genre à leur(s) identité(s) de genre, indépendamment du sexe qui leur a été assigné à la naissance. L'expression de genre englobe également les formes occasionnelles ou temporaires d'expression données au genre.

Identité de genre : renvoie à la conviction intime et profonde ainsi qu'au vécu individuel de chacun par rapport à son propre genre, qui correspond ou non au sexe assigné à la naissance, y compris le vécu corporel.

« *L'introduction de ces motifs de discrimination doit offrir une protection étendue contre la discrimination de toutes les personnes transgenres, y compris les*

travestis, les intersexués et les autres personnes en dehors des standards traditionnels en matière de sexe et de genre. Par extension, ils s'appliquent toutefois aussi à toutes les personnes qui possèdent une identité/expression de genre qui s'écarte de la norme liée au genre ». ⁴³

L'introduction de ces concepts dans la législation relative à la discrimination entre femmes et hommes semble justifiée par la proximité de ces concepts avec ceux de sexe et de genre qui sont au cœur des politiques d'égalité des femmes et des hommes.

La Belgique est ici précurseur puisque seules les personnes qui s'engagent dans un processus de changement de sexe (abouti ou non) sont formellement protégées par le droit européen.

Cela signifie dès lors, que les motifs d'identité de genre et d'expression de genre sont des distinctions directes susceptibles de justifications. Alors que l'article 4 utilise le même terme de distinction directe dans ses trois paragraphes, dans ses § 1 et 2, il fait entendre discriminations directes (grossesse, maternité et changement de sexe, critères reconnus par le droit européen), alors que pour le §3, il s'agit d'une distinction directe (identité et expression de genre non protégés en droit européen).

De plus, on peut s'interroger sur la possibilité d'utiliser les définitions reprises dans les travaux préparatoires. Elles ne précisent, en effet, nullement les types de comportements qui pourraient être couverts par cette disposition, et ne montrent pas les différences et chevauchement entre ces notions relativement complexes.

Selon l'article 28§2 introduit par la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme, il s'agit désormais d'une discrimination **passible de sanctions pénales**. Mais comme ces définitions ne sont pas définies dans la loi et ne le sont que dans l'exposé des motifs qui renvoient à des documents sans force juridique, la question de l'effectivité de la sanction pénale se pose. En effet, la combinaison des deux lois du 22 mai 2014 **contrevient à la règle nulum crimen sine lege** telle que l'interprète la Cour constitutionnelle⁴⁴.

Enfin, on peut se demander si le fait de dire dans les travaux préparatoires que « *généralement les personnes essaient de faire correspondre leur expression*

41 Doc. Parl., Chambre, 2013-2014, n°3483/001, page 4.

42 Jusqu'à présent, il n'y avait pas encore eu en Belgique de reconnaissance officielle de ces principes.

43 Doc. Parl., Chambre, 2013-2014, n°3483/001, page 5.

44 Voir les arrêts n°71/2006 du 10 mai 2006 et n°158/2011 du 20 octobre 2011.

de genre à leur identité de genre » ne renforce pas une vision assez stéréotypée et binaire de la réalité, assez éloignée des comportements diversifiés des personnes dans la réalité de tous les jours.

3.5. L'injonction de discriminer

La loi en son article 19 prévoit que l'injonction de discriminer constitue une discrimination. Cette notion est définie comme « *tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base du sexe, à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de l'un de leurs membres* » (article 5).

Cette définition correspond au droit européen et ne nécessite aucun commentaire en particulier. Il n'y a, à ce jour, aucune jurisprudence relative à l'injonction de discriminer.

3.6. Le sexisme

Le gouvernement fédéral s'est également soucié de lutter contre le sexisme dans l'espace public.

Initialement, cette nouvelle incrimination devait être introduite dans la loi genre mais comme relevé par le Conseil d'Etat dans son avis n° 53.819 du 2 octobre 2013, une telle extension aurait nuit à la cohérence externe de la loi genre avec les autres législations anti-discrimination adoptées le même jour. Dès lors, la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination (M.B. 24.07.2014) comporte deux volets : le premier concerne la « répression du sexisme » et le deuxième modifie la loi genre afin de « pénaliser l'acte de discrimination ».

La loi du 22 mai 2014 définit le sexisme *comme tout geste ou comportement qui,*

- dans les circonstances visées à l'article 444 du Code pénal,
- a manifestement pour objet d'exprimer un **mépris à l'égard d'une personne, en raison de son appartenance sexuelle, ou de la considérer, pour la même raison, comme inférieure ou comme réduite essentiellement à sa dimension sexuelle,**
- et qui entraîne une **atteinte grave à sa dignité.**

Cette loi s'applique aussi au domaine des relations de travail.

Un recours en annulation a été introduit contre cette loi par le « Parti libertarien » devant la Cour Constitutionnelle. Selon les parties requérantes, cette loi manquerait de clarté et s'avérerait impraticable. La loi porterait également atteinte à la liberté d'expression.

En ce qui concerne la définition de l'infraction, la Cour constitutionnelle estime que les juridictions ont de toute façon suffisamment d'indications quant au champ d'application de la loi attaquée.

Ainsi, la Cour constitutionnelle déclare qu'il s'agit d'une infraction intentionnelle et que le législateur a voulu limiter la répression aux cas les plus graves. La disposition visée exige une intention d'exprimer un « mépris » à l'égard d'une personne ou de la considérer comme inférieure en sachant que le geste ou le comportement est susceptible d'entraîner une atteinte à la dignité de cette personne.

En outre, pour être punissable, ce geste ou ce comportement doit avoir effectivement entraîné une telle atteinte grave.

Il ne peut donc pas s'agir d'une infraction dont l'existence serait présumée dès lors que les éléments matériels sont réunis. Selon la cour, il appartient à la partie poursuivante de prouver l'existence du dol spécial requis.

La cour conclut qu' « *il est inhérent à la mission du juge répressif de juger de la gravité d'un comportement et de déterminer en conséquence si celui-ci entre dans le champ d'application de la loi pénale ou pas. En réservant la répression pénale aux gestes ou comportements ayant entraîné une atteinte grave à la dignité de la personne, le législateur a satisfait aux exigences du principe de légalité en matière pénale* ».

Par contre, **la cour supprime le mot « essentiellement »** dans la version française de cette définition. Les requérantes relèvent que ce mot n'a pas d'équivalent dans le texte néerlandais. Dans la mesure où cette discordance entre les versions française et néerlandaise du texte de loi pourrait créer une **difficulté d'interprétation contraire au principe de légalité en matière pénale**, la cour estime qu'il convient d'annuler ce mot dans la version française.

En ce qui concerne la limitation de la **liberté d'expression**, le fait d'ériger en infraction les gestes ou comportements décrits constitue une ingérence dans le droit à la liberté d'expression et doit dès lors être examinée afin de vérifier si cette ingérence est prévue par une loi suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionnelle aux buts légitimes poursuivis par le législateur, ce qui le cas en l'espèce selon l'arrêt de la Cour.



Elle précise également que l'affirmation du caractère infractionnel d'un comportement, parce qu'il est jugé par le législateur incompatible avec les valeurs fondamentales de la démocratie, peut aussi avoir un effet éducatif et préventif. Elle ajoute enfin que la recherche de cet effet, par définition non mesurable objectivement, peut en principe justifier l'adoption de sanctions de nature pénale.

Notons également que l'Institut a préparé et diffusé un dépliant d'information présentant les objectifs de la loi et les comportements visés (accessible en version papier et via le site internet).

4. Les exceptions au principe d'égalité

4.1. La protection de la grossesse et de la maternité

Pour les travailleuses salariées

La protection de la grossesse et de la maternité sont assurées par la loi du 16 mars 1971 relative au contrat de travail et par les différentes lois relatives à l'égalité.

Alors que la loi du 4 août 1978 disposait en son article 118 que « *ne sont pas considérées comme discriminations, les dispositions spéciales relatives à la protection de la maternité* », celle du 7 mai 1999 a été plus loin en faisant de la **protection de la maternité** une **condition de l'égalité entre femmes et hommes**.

En droit européen, deux instruments, la directive 92/85⁴⁵ et la directive 2006/54⁴⁶, coexistent en vue de protéger la grossesse et la maternité.

Comme déjà mentionné, la directive « refonte » est transposée en droit interne par la loi genre tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

Cette loi vient donc compléter le système de protection mis en place en vue d'assurer à la travailleuse une protection plus complète et plus étendue. En son article 4, la loi genre dispose **qu'une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et**

la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

Cette « double couverture » permet une protection accrue de la travailleuse. Elle sera ainsi protégée tant durant sa période de « maternité », notamment contre le licenciement, mais elle sera également protégée en dehors de cette période formelle sur base de l'égalité de traitement.

La loi genre n'a pas modifié la protection existante. Cependant, il faut regretter une **absence de transposition complète** des directives et ce sur trois points :

- Tout d'abord les travailleuses qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure d'écartement total ou partiel ne peuvent revendiquer la protection de l'article 42 *in fine*. Par conséquent, **aucune disposition expresse dans la loi genre ou dans celle du 16 mars 1971, ne prévoit le maintien des conditions d'emploi, antérieurement acquises, après le congé de maternité**. La seule mention dans l'article 42 *in fine*, de la loi du 16 mars 1971 de l'obligation, pour l'employeur, à la fin de la période d'écartement, d'occuper la travailleuse dans les mêmes conditions qu'auparavant, ne suffit pas à transposer adéquatement **l'article 15 de la directive « refonte »**. Certes si la travailleuse constate, après son retour de congé de maternité, que les conditions d'exercice de ses fonctions ont été modifiées, elle pourra mettre en demeure son employeur de la réintégrer dans ses droits puis invoquer la notion d'acte équipollent à rupture. On peut regretter cependant une absence de protection directe et la perte d'emploi !
- L'article 42 de la loi du 16 mars 1971 *in fine*, dispose que : « *dès que la période pendant laquelle s'applique une des mesures prévues à l'alinéa 1er prend fin, la travailleuse doit être occupée à nouveau dans les mêmes conditions qu'auparavant, sans préjudice des dispositions de l'article 43 bis* ». Il va de soi, que par application de l'article 42, §1er de la loi sur le travail, la travailleuse enceinte ou allaitante est en droit de retrouver l'ensemble de ses conditions de travail à la fin de la mesure de protection. De cela découle la réintégration dans ses fonctions, son horaire et l'ensemble de ses conditions de travail antérieures à la période d'écartement. Ce droit est également garanti pour la travailleuse revenant de son congé de maternité. Cependant, la travailleuse peut-elle revendiquer une ac-

⁴⁵ Directive du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitante au travail, J.O.C.E., 348, p. 1.

⁴⁶ Directive 2006/54 CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O.L. du 27 juillet 2006.

quisition de droits lorsque ceux-ci naissent ou pourraient naître durant la période d'absence soit pour congé de maternité soit pour cause d'écartement. Nous pensons notamment à un droit à l'indexation, un droit à l'augmentation ou encore un droit à l'augmentation de jours de congé? L'article 42 § 1er **de la loi sur le travail ne vise qu'une restauration dans les droits antérieurement acquis, il reste muet quant à l'incidence de la protection de la maternité sur un droit à naître durant cette période de protection.** La loi genre pourrait, à cet égard, prévoir une disposition expresse à l'instar de ce qui est prévu par le décret de la communauté française⁴⁷ et celui de la Communauté germanophone.

- La loi du 16 mars 1971 ne prévoit pas de sanction si l'employeur ne satisfait pas à cette obligation.

Allaitement

Dans le domaine du travail, la situation juridique de **la travailleuse allaitante** n'est organisée qu'incomplètement par la législation, car ni l'article 40 de la loi de 1971 sur le travail, ni la loi de 1978 relative aux contrats de travail ne prévoient de protection particulière au bénéfice de la travailleuse allaitante. La restriction du droit de licencier liée à la grossesse et à l'accouchement cesse un mois après la fin du congé.

Malgré les dispositions légales existantes, des améliorations peuvent être encore apportées à la protection des mères allaitantes dans différents domaines.

D'autres Etats membres de l'UE ont déjà fait le choix d'inclure l'allaitement au titre de critère protégé dans leur législation : ainsi, au Royaume-Uni, la discrimination fondée sur la maternité inclut l'allaitement (section 17(4) de la loi sur l'égalité de 2010).

L'Institut propose de s'en inspirer et **d'ajouter le critère allaitement à la liste des critères protégés** par la loi genre, notamment pour donner plus de visibilité aux discriminations dont sont victimes les femmes allaitantes et améliorer la connaissance de

leurs droits par ces femmes.

Par ailleurs, dans son arrêt *Sabine Mayr c/ Ckereri Und Konditorei Gerhard*⁴⁸ (du 26 février 2008), la Cour de justice précise encore la portée de la protection accordée aux femmes pour des causes qui ne concernent que les femmes.

La cour dit que si une travailleuse est licenciée pour cause d'absence due à une maladie dans les mêmes conditions qu'un travailleur, il n'y a pas de discrimination directe fondée sur le sexe mais la cour observe aussi que « *une ponction folliculaire et le transfert dans l'utérus de la femme des ovules issus de cette ponction immédiatement après leur fécondation, ne concernent directement que les femmes. Il s'ensuit que le licenciement d'une travailleuse en raison essentiellement du fait qu'elle se soumet à ce stade important d'un traitement de fécondation in vitro constitue une discrimination directe fondée sur le sexe.* »

L'Institut a mentionné supra une affaire dans laquelle l'employeur a invoqué des raisons liées à l'impossibilité d'organiser le travail pour licencier une travailleuse absente suite à plusieurs grossesses successives, et notamment un traitement de fécondation in vitro.

L'Institut estime qu'il conviendrait **d'ajouter dans la loi genre un critère lié aux traitements de procréation médicalement assistée** pour accroître la protection des femmes qui suivent de tels traitements.

Pour les travailleuses indépendantes

Le statut social des travailleurs indépendants prévoit un congé de maternité durant lequel l'intéressée perçoit une allocation. Ce droit est soumis à une condition de stage de 6 mois de cotisations, mais il y a dispense de cette condition lorsque la travailleuse avait au préalable accompli le stage dans le régime des salariés (art. 15, 2° de l'A.R. du 20.7.1971). Le congé de maternité des indépendantes, plus court que celui des salariées (12 semaines au lieu de 15), est complété par un système d'« aide à la maternité », sous forme d'octroi de 105 titres services. Ce droit est également conditionné par un stage de 6 mois, mais sans dispense en cas d'assujettissement antérieur au régime des salariés (art. 3 de l'A.R. du 17.1.2006).

Dans le cadre d'un litige soumis à la Cour du Travail de Bruxelles, la caisse d'assurances sociales avait

⁴⁷ Décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination du 12 décembre 2008, M.B. 13 janvier 2009 en son article 15 qui dispose : « *Un parent, engagé dans une relation d'emploi visée au présent chapitre, en congé de maternité, de paternité ou d'adoption a le droit, au terme de ce congé, de retrouver sa fonction ou une fonction équivalente à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle il aurait eu droit durant son absence.* » ; Décret du 19 mars 2012, MB 5 juin 2012 qui contient une disposition identique en son article 9.

⁴⁸ CJUE, aff. C-506/06, *Mayr c. Ckereri Und Konditorei Gerhard*.



refusé l'« aide à la maternité » à une travailleuse indépendante qui, auparavant, avait été salariée. Sur la contestation élevée par l'intéressée, la cour du travail de Bruxelles⁴⁹ constate que l'« aide à la maternité » vise à compenser en partie la différence de durée entre les congés de maternité des salariées et des indépendantes. Dans un cas comme celui de l'espèce, où la travailleuse remplit la condition de stage pour le congé de maternité en raison de son activité salariée antérieure, l'exigence d'un stage en qualité d'indépendante imposée par l'art. 3 de l'A.R. du 17.1.2006 induit une discrimination injustifiable aux yeux des articles 10 et 11 de la Constitution. Conformément à l'art. 159, la condition doit être écartée et la travailleuse a droit à l'« aide à la maternité ».

Sur l'intervention du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, l'A.R. du 17.1.2006 a été corrigé par celui du 10.4.2014⁵⁰ l'aide à la maternité est désormais accordée aux mêmes conditions que l'allocation.

Dans le domaine de l'accès et de la fourniture de biens et services

Dans le domaine de l'accès et la fourniture de biens et services signalons que l'article 4, §1 de la loi genre s'applique compte tenu de son caractère transversal et doit s'interpréter à la lumière de la directive européenne 2004/113 qui dispose en son article 5 §3 que les frais liés à la grossesse et à la maternité ne peuvent entraîner pour les assurés de différences en matière de primes et de prestations. Cependant, à ce jour, la question de la grossesse et de la maternité dans le domaine des contrats aux fins d'assurance et services financiers n'a fait l'objet d'aucun examen approfondi⁵¹.

La question de la protection de la maternité dans l'accès aux biens et services est encore pour l'instant sous-estimée. Ainsi, qu'en est-il, à l'instar de ce qui est prévu par les compagnies de transports publiques qui « réservent » des places assises notamment pour les femmes enceintes, de places réservées ou autres système de priorité dans des lieux où les files sont fréquentes comme les bureaux

de postes, des administrations ou les grands magasins.⁵² Ou encore, **la protection de la maternité englobe-t-elle celle des femmes allaitantes** ? Seul le droit Norvégien contient à ce jour une disposition spécifique concernant le droit à l'allaitement dans le domaine des biens et services.⁵³

4.2. Les exigences déterminantes et essentielles

La loi du 4 août 1978 prévoyait déjà une exception au principe d'égalité de traitement. En son article 122 elle disposait : « *le Roi peut, par arrêté délibéré en conseil des ministres, fixer les cas dans lesquels il pourra être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle pour lesquels, en raison de la nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.*

A cet effet, le Roi consulte la Commission du travail des femmes. Il consulte également, pour le secteur privé, le Conseil national du travail et, pour le secteur public, le Comité général de consultation syndicale ou le Comité général commun à l'ensemble des services public à créer en vertu de l'article 3, §1^{er} 3° de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités. (..) »

C'est sur la base de cette législation que le Roi a, en 1979, édicté un arrêté royal applicable au secteur privé⁵⁴.

Cet arrêté royal disposait :

« *Article. 1. Dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle pour lesquels le sexe constitue une condition déterminante, il peut être fait mention du sexe dans les seuls cas énumérés ci-après :*

1° les personnes qui exercent les emplois ou activités professionnelles :

- d'acteur, actrice, chanteur, chanteuse, danseur, danseuse et d'artiste appelé à jouer un rôle de personnage masculin ou féminin ;

- de mannequin qui doit revêtir des vêtements en vue

49 Cour Trav. Bruxelles, 8.3.2013 (J.T.T., 2013, 233).

50 Moniteur belge du 5 mai 2014.

51 Article 5§3 de la directive 2004/113: « En tout état de cause, les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas, pour les assurés, de différences en matière de primes et de prestations. »

52 Susanne Burri and Aileen McColgan, Sex discrimination in the access to and supply of good and services, European Network of legal experts in the field of gender equality, 2009, Page 32.

53 Idem, Sex discrimination in the access to and supply of good and services, Page 12.

54 AR du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle.



de les présenter ;

- de modèle pour les peintres, sculpteurs, photographes, instituts de beauté ;

2° les emplois ou les activités professionnelles qui s'exercent à l'étranger dans des pays tiers aux pays membres de la Communauté Economique Européenne et où les lois et coutumes imposent qu'ils soient exercés par des personnes d'un sexe déterminé. »

En ce qui concerne le secteur public, il faut noter l'existence d'un arrêté royal du 29 août 1985 relatif aux surveillants de prison (remplacé par l'arrêté royal du 10 octobre 2000, voir infra) et l'arrêté royal du 9 novembre 1984 relatif à l'éducation surveillée.⁵⁵

La loi du 7 mai 1999 prévoyait un dispositif similaire en son article 9 libellé comme suit :

« Nonobstant les dispositions de l'article 8, alinéa 2, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avoir procédé aux consultations des organes prévues à l'article 5, alinéa 4, fixer les cas dans lesquels il pourra être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle pour lesquels, en raison de la nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.

Les organes consultés donnent leur avis dans les deux mois de la demande. A l'expiration de ce délai, il pourra être passé outre. »

Quant aux organes à consulter, l'article 5 alinéa 4 visait :

« (...)en ce qui concerne les services publics qui relèvent de l'Etat fédéral ou qui se trouvent sous le contrôle ou la surveillance de cette même autorité, Il consulte la commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes et, selon le cas, le comité de concertation compétent, prévu par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels cette dernière loi ne s'applique pas. Pour ce qui est du secteur privé, Il consulte la commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes ainsi que le Conseil national du Travail. »

En octobre 2000, un arrêté royal est pris sur base de

55 Arrêté royal du 9 novembre 1984 relatif aux conditions d'accès à certains emplois dans les établissements d'observation et d'éducation surveillée de l'Etat, M.B., 14 décembre 1984.

cette législation pour le secteur public⁵⁶.

L'article 13 de la loi genre, reprend cette exception, intégrée dans le titre II « justification » de la loi genre et y dispose :

« Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsqu'une caractéristique déterminée liée au sexe est essentielle et déterminante en raison de la nature spécifique de l'activité professionnelle concernée ou du contexte de son exécution. »

Le législateur ajoute cependant, dans un alinéa suivant une condition supplémentaire à savoir que :

« L'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci. »

Le Roi est chargé de déterminer « les conditions dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue, conformément aux conditions visées au paragraphe 2 de la présente disposition une exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

La consultation de la commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes est prévue pour le secteur public et le secteur privé. Seront également habilités à donner un avis, le conseil national du travail pour le secteur privé et le comité de concertation ou de négociation pour le secteur public.

La loi genre, reprend, comme les lois qui l'ont précédée, la possibilité qu'offre la directive refonte d'introduire, dans notre droit une exception au principe d'égalité.⁵⁷

Conformément au droit européen, cette exception est de stricte interprétation. Les conclusions de l'avocat général Mancini, dans l'affaire *Commission contre République fédérale d'Allemagne*⁵⁸, sont éclairantes pour apprécier la portée de cette dérogation. Selon l'avocat général, il apparaît clairement que le but de l'article 252 et l'arrêt de directive 76/207 (reprise dans la directive Refonte 2006/54 en son article 4) :

« Ne consiste pas à autoriser les Etats à admettre des traitements discriminatoires toutes les fois que cela est nécessaire, il consiste à éviter que l'interdiction des discriminations empêche ou rende impossible l'exercice

56 AR du 10 octobre 2000 relatif aux conditions d'accès à certains emplois dans les services extérieurs de la direction générale des établissements pénitentiaires du ministère de la justice, M.B., 13 octobre 2000.

57 Article 14,§2 de la directive 2006/54.

58 C.J.U.E., 21 mai 85, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, aff. 248/83, Rec., 1985, p. 1459.



des activités pour lesquelles le sexe ajoute une condition déterminante, uniquement celle-là ».

Il ajoute que :

« Dans cette optique, une indication ponctuelle des activités exclues est plus qu'utile ; elle est nécessaire si l'on veut que l'absence de toute discrimination ne soit pas tournée par une faculté incontrôlable d'y déroger. Du reste, ce n'est qu'ainsi que s'explique la raison pour laquelle, sur la base de l'article 9, § 2, lesdites activités doivent être vérifiées périodiquement ».

Dans l'arrêt *Johnston*⁵⁹, la Cour précise que :

« L'article 2 § 2 de la directive 76/207, entend qu'elle autorise une dérogation au droit de l'égalité de traitements entre hommes et femmes, en matière d'accès à l'emploi et de conditions de travail, doit être interprété strictement et son application doit s'effectuer dans le respect du principe de proportionnalité ».

Dans le même ordre d'idées, la Cour de Justice, dans un arrêt du 30 juin 1988⁶⁰ a rappelé que :

« Les dérogations prévues par l'article 2 § 2 ne peuvent viser que des activités spécifiques, qu'elles doivent avoir une certaine transparence permettant un contrôle utile de la Commission et qu'elles doivent en principe être susceptible d'adaptation à l'évolution sociale ».

Les travaux préparatoires⁶¹ de la loi se réfèrent au droit européen pour délimiter les contours de cette notion. Il y est mentionné que :

« Une caractéristique liée au sexe peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante sur la base (1) de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées et (2) du contexte dans lequel les activités professionnelles spécifiques sont réalisées.

En tant que règle d'exception, la règle des exigences professionnelles essentielles et déterminantes doit être appliquée avec parcimonie et uniquement pour les exigences professionnelles qui sont strictement nécessaires afin d'exercer les activités en question. A l'instar des Directives européennes, l'avant-projet exige qu'il s'agisse d'activités

professionnelles spécifiques, ce qui veut dire que la nécessité de fixer l'exigence devra toujours dépendre des activités concrètes réalisées par un travailleur (à engager). Si le critère demandé pour une catégorie de travailleurs déterminée est nécessaire dans certains cas et pas nécessaire dans d'autres cas, le critère ne peut pas être imposé d'office à la catégorie complète des travailleurs.

Le projet exige par ailleurs que l'usage des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes » soit justifié. Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes doivent être basées sur un objectif légitime et doivent être proportionnées vis-à-vis de l'objectif poursuivi ».

Dans l'exposé des motifs⁶², le projet de loi genre parle de justifications acceptées pour l'édition d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes :

- la protection de la vie privée ;
- le respect de la sensibilité du patient (mais pas celle du client) ;
- la sécurité publique ;
- le maintien des forces de combat.

En toute hypothèse et conformément au droit européen, la réglementation sur les conditions essentielles et déterminantes doit être revue périodiquement et depuis l'adoption de la directive «refonte », tous les 8 ans.

Au sujet de cette notion, on peut tout d'abord regretter leur insertion dans un titre « justification », alors même qu'elles constituent des exceptions au principe d'égalité. Sans doute, le souci d'harmoniser les concepts et la structure des trois lois antidiscrimination a conduit le législateur à utiliser des concepts de droit interne, mais encore une fois la confusion dans l'utilisation des concepts pourra conduire, en l'absence de recours au droit communautaire, à croire qu'une discrimination directe ou indirecte peut être justifiée *a posteriori* par l'existence d'une exigence professionnelle déterminante.

Quant à la mise en œuvre de cette exception, la loi donne pouvoir au Roi pour ce faire. A l'heure actuelle, les arrêtés royaux de 1979 et 2000 cités ci-avant, n'ont pas été formellement abrogés par le législateur. Tout comme pour les actions positives, le législateur, dans les travaux préparatoires évoque le maintien des arrêtés royaux existants⁶³.

59 C.J.C.E., 15 mai 86, *Johnston*, aff. C222/84, Rec., 1984, p.1651 Dans le cadre de cet arrêt, les faits soumis à la Cour de Justice étaient les suivants : le port d'armes à feu était réservé aux agents masculins uniquement. Les femmes policières ne recevaient aucune formation pour manier les armes à feu. Elles étaient donc exclues de ces fonctions. La raison invoquée par le royal Ulster Constabulary était que les femmes risquaient d'être plus fréquemment des cibles d'attentats. A cette époque, la situation particulière en Irlande du nord justifiait cette restriction. La Cour a admis cette limitation comme répondant aux conditions posées par l'article 2, §2 de la directive 76/207.

60 C. J.C.E., Commission c/ France, affaire C318/86, Rec., 1988, p.6332.

61 Ch.Repr., Doc.parl., 2721/001, pp.49et svtes.

62 *Ibidem*.

63 Selon les travaux préparatoires de la loi de 2007, Ch.Repr., Doc.parl., Sess.ord.2006-2007, n°2721/001 « Il faut considérer que ces arrêtés royaux, dans la mesure où ils sont encore pertinents, seront maintenus en vigueur, aux fins de ne pas créer de vide juridique préjudiciable, jusqu'à ce qu'ils soient abrogés par de nouveaux arrêtés royaux pris en exécution des articles 13 et 16 du projet ».

Si l'on analyse la conformité des seuls arrêtés au regard du droit européen, il faut souligner que conformément à la directive, la liste des exigences professionnelles et déterminantes est de stricte interprétation. En l'espèce, les arrêtés royaux existants énumèrent des fonctions précises. En cela, ils respectent le prescrit européen. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que les listes doivent être évaluées tous les 8 ans (article 31§3 de la directive 2006/54). Force est de constater que les arrêtés royaux existants n'ont pas fait l'objet d'une analyse quant à leur pertinence à l'heure actuelle. Aucune donnée objective n'est fournie permettant d'apprécier la pertinence de la liste des exigences professionnelles déterminantes mentionnées dans ces arrêtés royaux. Cette absence d'analyse objective de la pertinence des métiers visés pose problème au regard de cette nécessité d'évaluation mais également au regard de l'effectivité de l'exception.

Il faut noter qu'un projet d'arrêté royal⁶⁴ a été rédigé et soumis pour avis à la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, du Conseil National du travail, du Comité général de consultation syndicale, de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. Ce projet prévoit l'abrogation de l'arrêté royal du 8 février 1979 uniquement (secteur public).

L'article 1 de ce projet d'arrêté royal reproduit quasiment à l'identique l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er} de l'arrêté royal du 8 février 1979. Seul le second paragraphe a été supprimé. Le rapport au Roi précise d'ailleurs que « le présent projet d'arrêté s'inspire de l'arrêté royal du 8 février 1979 ».

Il est précisé dans le rapport au Roi que la liste est une liste fermée d'activités professionnelles qui visent le secteur de la culture et un certain domaine commercial. Ce dernier point, n'est pas explicité dans le rapport.

Quant à la légitimation de cette liste au regard du critère de pertinence qui doit guider une évaluation, tous les 8 ans, des activités visées par l'exception, le rapport au Roi fait référence, pour justifier la pertinence des activités visées, qui sont identiques à celles visées en 1979, à l'avis de l'Institut selon lequel la question liée au changement de sexe, seule évolution devant être intégrée depuis 1979, a motivé l'adaptation de la formulation de l'article 1^{er}.

Au regard du texte proposé, relevons les avis suivants :

- celui du Conseil national du travail (avis n° 1888 du 28 janvier 2014) qui :

- Pose la question de l'utilité d'une liste fermée
- Rappelle le risque d'une discrimination indirecte à l'égard des personnes transgenres

- celui de la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (avis n° 4 du 15 janvier 2014) qui :

- Pose la question de la validité de la liste au regard de l'obligation contenue dans l'article 31,§3 de la directive 2006/54 qui impose un état des lieux. Or, depuis que la directive est entrée en vigueur en août 2006, aucun état des lieux n'a été dressé.
- Au sujet de l'abrogation de l'arrêté royal de 1979, la Commission rappelle également un arrêté royal du 10 octobre 2000 portant sur un objet similaire qui n'est pas visé par le texte de l'arrêté royal. Il n'y a donc ni abrogation, ni rédaction d'un arrêté royal conforme aux nouvelles dispositions.
- La Commission souligne que le texte prévoit la notion de « caractéristique liée au sexe » et propose d'examiner l'opportunité d'intégrer le concept d'aménagements raisonnables pour permettre de trouver des solutions plus pragmatiques.

Il faut constater que cet arrêté royal, outre qu'il ne permet pas d'apprécier la pertinence de la liste et son adéquation avec notre société, ne tient pas compte des nouveaux concepts qui ont été intégrés dans la loi genre par la loi du 22 mai 2014 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre.

Ainsi, aucune analyse de l'adéquation de cet arrêté royal n'a été opérée au regard des notions d'identité de genre et d'expression de genre.

Dans le même ordre d'idée, la question du changement de sexe ne semble pas avoir été évoquée comme élément pouvant avoir une incidence quant à la rédaction de cet arrêté royal.

64 Projet de loi communiqué le 9 décembre 2013 par madame Milquet au CNT.



4.3. Les actions positives

Droit européen

La Cour de justice, depuis plus de trente ans, définit régulièrement la discrimination comme l'application de règles différentes à des situations comparables ou l'application de la même règle à des situations différentes. Cette définition est vue comme la manifestation d'une approche formelle et procédurale de l'égalité.

L'égalité formelle présente trois faiblesses : elle nécessite une comparaison avec un comparateur pour établir la discrimination, elle est essentiellement passive et statique et n'assure aucun résultat particulier et elle néglige les dimensions collectives inhérentes à l'inégalité telles que l'appartenance à un groupe, les stéréotypes ou les réalités sociétales.

Une approche par le biais de l'égalité substantielle remédie en partie à ces faiblesses : elle ne nécessite pas de comparateur, elle met l'accent sur les résultats et elle tient compte des dimensions de groupe.

L'action positive permet donc de corriger la dimension formelle de l'égalité puisqu'elle est associée à une notion de l'égalité plus substantielle, fondée sur les résultats. L'action positive est vue ainsi comme contribuant à l'égalité des chances effective pour les personnes comme pour les groupes.

C'est dans ce contexte que l'article 2, §4 de la directive 76/207 permettait aux Etats membres de déroger au principe de l'égalité de traitement entre travailleurs féminins et masculins, en les autorisant à prendre des mesures en faveur des femmes pour compenser les désavantages qu'elles subissent sur le marché du travail.

Il était formulé comme suit : « *La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er} paragraphe 1* ».

L'article 3 de la directive refonte prévoit que conformément à l'article 141, §4 du Traité CE (157§ 4 TFUE), les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures d'actions positives afin d'assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. Les actions positives pour le sexe sous représenté sont dès lors clairement possibles dans l'ensemble des matières couvertes par la directive.

À la lecture de ces dispositions, on peut conclure que l'action positive est plus un processus qu'une notion statique. Ce processus n'est d'ailleurs pas défini dans les directives et il faut l'analyse des arrêts de la Cour de justice pour comprendre les contours que peuvent prendre les actions positives pour être valides.

Tout d'abord, les actions positives permettent d'atteindre non pas une égalité formelle, « entendue comme égalité de traitement entre individus appartenant à des groupes différents » mais une égalité substantielle, entendue comme une égalité entre les groupes, une égalité collective. Ces actions positives ne seront validées que dans la mesure où elles sont destinées à réaliser l'égalité des chances entre hommes et femmes, en remédiant aux inégalités de fait que subissent les femmes, ou dans certains cas les hommes, sur le marché de l'emploi ou dans les autres champs d'application de la directive. L'appréciation de l'action positive est, quant à elle, tributaire du type d'égalité que l'on veut atteindre à savoir : une égalité de départ ou une égalité de résultat. La Cour de justice, dans son appréciation, analyse ces actions positives sous l'angle d'une égalité plus substantielle mais ne va pas jusqu'à consacrer l'égalité de résultats⁶⁵.

En droit belge : évolution et situation actuelle

La première législation transposant la notion d'action positive en droit interne fut la loi de réorientation économique du 4 août 1978, qui transposait la directive 76/207 CEE. Celle-ci énonçait en ses articles 119 et 122 :

« Art. 119. *Les dispositions du titre V de la présente loi [à savoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne les conditions de travail et l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, ainsi que l'accès à une profession indépendante] ne font pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité de chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 116, alinéa 1er.*

Le Roi, après avoir procédé aux consultations prévues à l'article 122, détermine les cas dans lesquels ces mesures doivent être prises. »

⁶⁵ Après avoir adopté une approche très stricte des actions positives dans l'affaire *Kalanke*, la Cour de Justice à affiner sa jurisprudence, notamment dans l'affaire *Marschal* C-409/95 et *Badeck* C-158/97 : les actions positives permettent de privilégier le sexe sous représenté, par exemple dans le cadre d'une promotion, à condition qu'il y ait un examen spécifique des candidatures qui justifie sur base de qualifications égales le choix du candidat du sexe sous représenté.



« Art. 122, al. 2. [...] *le Roi consulte la Commission du Travail des femmes. Il consulte également, pour le secteur privé, le Conseil national du Travail et, pour le secteur public, le Comité général de consultation syndicale ou le Comité général commun à l'ensemble des services publics à créer en vertu de l'article 3, § 1er, 3°, de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités.*

Les organes consultés donnent leur avis dans les deux mois de la demande. A l'expiration de ce délai, il pourra être passé outre. »

Ces deux dispositions furent reprises en substance dans la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale. On notera néanmoins les modifications suivantes :

- Le champ d'application matériel de cette loi est étendu aux régimes complémentaires de sécurité sociale ;

- Selon l'article 5, al. 4 de la loi, les organes consultés par le Roi lorsqu'il détermine les hypothèses dans lesquelles des mesures sont prises diffèrent sensiblement par rapport à ceux cités dans l'article 122 de la loi du 4 août 1978. En effet, « *en ce qui concerne les services publics, [...], Il consulte la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes et, selon le cas, le Comité de concertation compétent, prévu par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels cette dernière loi ne s'applique pas* ». Quant au secteur privé, « *Il consulte la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes ainsi que le Conseil national du Travail* ».

La loi du 4 août 1978 habilitait le Roi à déterminer les cas dans lesquels des mesures d'actions positives devaient être prises. Sur cette base, furent dès lors adoptés d'une part l'arrêté royal du 14 juillet 1987 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans le secteur privé et d'autre part l'arrêté royal du 27 février 1990 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité de chances entre les hommes et les femmes dans les services publics.

Signalons que ces deux arrêtés royaux n'imposent pas l'adoption de plan d'action positive. Cette approche non contraignante des arrêtés royaux sera reprise dans la loi du 7 mai 1999.

La possibilité d'introduire des actions positives est confirmée dans la loi genre en son article 16 qui précise :

« § 1er. *Une distinction directe ou indirecte fondée sur le sexe ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction directe ou indirecte constitue une mesure d'action positive.*

§ 2. *Une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes :*

- *il doit exister une inégalité manifeste ;*

- *la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;*

- *la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;*

- *la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.*

§ 3. *Dans le respect des conditions fixées au § 2, le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.*

§ 4. Dans le domaine des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale, les arrêtés royaux visés au § 3 sont adoptés :

- *pour ce qui concerne le secteur public, après consultation, selon les cas, du comité de concertation ou de négociation compétent, visé à la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels la loi précitée ne s'applique pas ;*

- *pour ce qui concerne le secteur privé, après consultation du Conseil national du Travail. A défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif* ».

Quant à la définition de l'action positive, l'article 5, 11° de la loi genre dispose qu'il s'agit de « *toutes mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés au sexe, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique* ».

Des actions positives pourront donc être édictées à



condition qu'elles remplissent les conditions fixées par la Cour constitutionnelle, à savoir :

- (1) la constatation d'une inégalité manifeste au détriment d'un groupe cible ;
- (2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;
- (3) la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;
- (4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

Par conséquent, la mesure positive ne peut avoir qu'un effet limité dans le temps. Dès lors, soit la réglementation devra être limitée dans le temps, soit si elle est édictée à durée indéterminée, elle devra faire l'objet d'une évaluation systématique pour contrôler son utilité et son actualité.

Cependant, outre les conditions de validité exposées ci-avant, toute entreprise d'action positive est conditionnée à l'adoption préalable d'un arrêté royal traçant le cadre dans lequel cette initiative peut se déployer. Dans le cadre de la loi antidiscrimination du 25 février 2003, une discussion a eu lieu sur la question de savoir si les personnes privées peuvent également mener une politique d'action positive (et par conséquent recourir à l'exception pour les mesures d'action positive). « *Le projet résout cette controverse comme suit*⁶⁶ :

- *Les mesures d'action positive émanent en principe des autorités.*
- *La question de savoir si des personnes privées (p.ex. des employeurs) peuvent, et, le cas échéant, doivent également développer une politique d'action positive (et recourir au régime d'exception pour les actions positives), dépend de l'existence d'un cadre réglementaire pour de telles mesures d'action positive par des personnes privées. Par Arrêté royal, le Roi peut élaborer un cadre, dans lequel les personnes privées peuvent, et, le cas échéant, doivent introduire des mesures d'action positive.* »

On observera que dans la loi de 2007, les organes qui doivent être consultés par le Roi lorsqu'il met en œuvre cette habilitation diffèrent de ceux énoncés dans la loi du 7 mai 1999, puisque la loi ne mentionne plus la consultation obligatoire de la commission permanente du Conseil de l'égalité des chances

entre hommes et femmes.

Sous la législature 2011-2014, un projet d'arrêté royal a été élaboré, fixant « les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution de l'article 16,§3 de la loi genre tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes » et porte « création de la Commission de recours des actions positives. ».

L'arrêté royal définissait tout d'abord les concepts et notamment la notion d'action positive comme étant : « *toute mesure qui a pour objectif de lutter contre une inégalité manifeste entre personnes de sexes différents constatées dans un domaine d'action circonscrit, eu égard à la présence de ce sexe sur l'ensemble du territoire belge, en manière telle qu'elle conduit à privilégier cette catégorie au détriment de celle qui est surreprésentée dans le domaine d'action considéré, jusqu'à ce que cette surreprésentation soit sensiblement atténuée ou disparue* ».

Il était également prévu les conditions d'admissibilité d'une action positive qui doit :

- poursuivre adéquatement l'atténuation ou la disparition de l'inégalité existante entre les personnes d'un sexe par rapport à un autre sexe ;
- être proportionnée au but poursuivi.

A l'inverse des arrêtés royaux précédent, le projet d'arrêté royal visait les initiatives d'actions positives menées tant par une institution de droit public que de droit privé. Le rapport au Roi mentionnait à cet égard que l'option choisie était une option globalisante eu égard à la nature transversale de la question de l'égalité.

Le cadre envisagé était donc très large et ne prévoyait pas, comme pour les exigences professionnelles déterminantes, de liste fermée. Le rapport au Roi s'en explique sur la base de l'objectif de l'exception qui est différent. Alors que l'exception d'exigence professionnelle déterminante vise à permettre de manière limitée une référence au sexe, l'action positive vise l'atténuation de la discrimination.

Le texte visait également la création d'une commission de recours pour contrôler, a posteriori, les mesures d'actions positives. La commission était dotée d'un pouvoir de décision contraignant. En cas de non-respect de la décision, une action en cessation pouvait être immédiatement introduite.

Dans son avis 1888, le Conseil national du travail a

commenté ce projet d'arrêté royal. Il a rappelé à cet égard et en préambule son précédent avis n° 1.654 du 10 octobre 2008 relatif aux actions positives. Dans cet avis, le Conseil préconisait d'aller au-delà de la recherche de l'égalité formelle. Il estimait que des politiques volontaires « *afin de prévenir ou compenser les désavantages auxquels certaines catégories de personnes continuent d'être confrontés sur le marché de l'emploi.* » devaient être menées. Ils avaient à cet égard mentionnés que les partenaires sociaux jouaient un rôle fondamental en vue de créer et mettre en œuvre des plans de diversité. Déjà dans cet avis, le Conseil attirait l'attention sur le danger de mise en œuvre par des entreprises privées de plan d'actions positives sans encadrement clair.

Le Conseil relève, dans le projet d'arrêté royal :

- Qu'il crée une insécurité juridique certaine notamment pas la définition de la notion d'action positive qui est n'est pas cohérente avec le texte de la loi du 10 mai 2007 ;
- Que l'approche globalisante ne donne aucun rôle aux partenaires sociaux ;
- Que le contrôle a posteriori pourrait venir contre-carrer le dialogue social et les conventions collectives, accords qui pourraient avoir été conclus et ce d'autant plus que la Commission n'est composée que de fonctionnaires et nullement d'acteurs divers, dont les partenaires sociaux.

Il est à regretter que l'avis du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes n'ait pas été sollicité. Certes, l'article 16, §4 de la loi genre ne le prévoit pas, mais force est de constater que cela n'avait pas empêché le réglementant de solliciter cet avis en 2010 sur un projet d'arrêté royal sur les actions positives.

Relevons à cet égard des remarques du Conseil de l'égalité qui auraient pu être transposées au projet d'arrêté et notamment :

- Le fait qu'il faudrait une approche sur les actions positives différenciée selon que l'on s'adresse au secteur privé ou au secteur public.
- L'avis visait également la notion d'actions positives. Il rappelait que « 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. »

- Il soulignait qu'une extrême prudence devait être de mise dans la définition des bénéficiaires.

Pour conclure, aucun arrêté n'a encore à ce jour été adopté. On peut néanmoins se demander ce qu'il en était des arrêtés royaux de 1987 et 1990 examinés *supra*. Selon les travaux préparatoires de la loi de 2007, « *Il faut considérer que ces arrêtés royaux, dans la mesure où ils sont encore pertinents, seront maintenus en vigueur, aux fins de ne pas créer de vide juridique préjudiciable, jusqu'à ce qu'ils soient abrogés par de nouveaux arrêtés royaux pris en exécution des articles 13 et 16 du projet* ».

Même à considérer alors que ces arrêtés restent provisoirement en vigueur, il faut tout de même noter que ceux-ci ne sont applicables qu'au domaine de l'emploi. En l'absence d'état des lieux sur la pertinence des arrêtés royaux existant, la mise en place d'une politique d'action positive par un employeur pose la question de la validité du cadre existant, de son efficacité et de sa pertinence.



5. L'égalité dans l'accès et la fourniture des biens et services

L'obligation d'assurer l'égalité entre femme et homme dans le domaine des biens et services est récente. Elle provient du droit communautaire et de l'adoption de la directive européenne 2004/113/CE qui devait être transposée par les Etats membre au plus tard, le 21 décembre 2007.

La loi genre transpose cette directive dans ses articles 8 à 10 de façon assez littérale, bien que son champ d'application n'exclue pas l'enseignement et les médias sous réserve de respect de la répartition des compétences entre entités fédérale et fédérées. Elle assure dans ses dispositions générales une certaine protection contre les mesures de rétorsion, de même qu'une indemnité minimum forfaitaire à titre de réparation et contient des dispositions concernant l'action positive (dont la mise en œuvre est liée à un arrêté royal d'exécution qui n'a pas encore été pris – voir section sur les actions positives).

Ainsi, l'article 9 permet une distinction directe basée sur le sexe « *si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires* » (article 9 §1) et donne au Roi le pouvoir de déterminer « *de manière limitative les biens et services qui peuvent être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe* » (article 9 §2).

L'article 10 quand à lui interdit l'utilisation des données actuarielles et statistiques sur base du sexe pour l'établissement des primes et prestations dans le domaine des assurances.

Deux questions méritent d'être abordées en profondeur dans ce rapport. D'une part, la liste limitative des exceptions au principe d'égalité à prévoir par arrêté royal et d'autre part, la suppression de la possibilité d'utiliser les données actuarielles et statistiques sur base du sexe dans le domaine des assurances y compris dans le domaine de l'assurance vie.

5.1. Les exceptions au principe d'égalité des femmes et des hommes dans le domaine des biens et services

La directive européenne du 13 décembre 2004 qui garantit le principe d'égalité entre hommes et femmes dans le cadre de l'accès et la prestation de biens et services, précise dans son article 4, que chaque discrimination directe ou indirecte, fondée sur le sexe, en matière d'accès et de prestations de biens et services est en principe exclue.

L'article 4 §5 de la directive précise toutefois que :

« *La présente directive n'exclut pas les différences de traitement si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires.* »

La directive souligne dans son considérant n° 16 que :

« *Les différences de traitement ne peuvent être acceptées que lorsqu'elles sont justifiées par un objectif légitime. Peuvent par exemple être considérées comme un objectif légitime la protection des victimes de violences à caractère sexuel (dans le cas de la création de foyers unisexes), des considérations liées au respect de la vie privée et à la décence (lorsqu'une personne met à disposition un hébergement dans une partie de son domicile), la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes (par des organismes bénévoles unisexes par exemple), la liberté d'association (dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes) et l'organisation d'activités sportives (par exemple de manifestations sportives unisexes). Toute limitation devrait toutefois être appropriée et nécessaire, conformément aux critères tirés de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.* »

Il est important de souligner que la directive s'applique à « *toutes les personnes fournissant des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris, les organismes publics, et qui sont offerts en dehors de la sphère privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre.* » (article 3).

Le cadre des exceptions prévues par le droit européen est donc clair. Il s'agit :

- des prestations offertes dans la sphère privée et familiale ;
- des exceptions qui rencontrent un objectif légitime et qui sont appropriées et nécessaires.

Rappelons également que la directive ne porte pas atteinte aux dispositions plus favorables relatives à la protection des femmes en ce qui concerne la grossesse et la maternité (article 4).

Pour déterminer les exceptions admises au principe d'égalité, la loi genre a choisi de déterminer de manière limitative les exceptions par arrêté royal.

En vue d'établir ces exceptions, l'Institut confié au Centrum voor Longitudinaal en Levensloop Onderzoek (CELLO) de l'Université d'Anvers la mission d'établir un inventaire des biens et des services pour lesquels la livraison ou l'accès sont inégaux pour les femmes et les hommes⁶⁷. Cet inventaire a montré qu'en Belgique, on observe encore un accès inégal sur différents terrains, ou qu'un prix différent selon le sexe est réclamé pour des biens et des services.

Quelles exceptions prévoir ?

Conformément au droit européen, les exceptions à prévoir dans ce domaine, doivent rencontrer un objectif légitime. Sur base de cette objectif légitime, les exceptions prévues doivent être appropriées et nécessaires.

Pour déterminer les exceptions, il est important que l'arrêté royal précise les objectifs légitimes à atteindre qui peuvent justifier les exceptions au principe d'égalité dans la fourniture de biens et services et ensuite de préciser les activités qui dans le cadre de cet objectif sont nécessaires et appropriées.

Sur base de l'inventaire des biens et services réalisé par CELLO, on constate que des différences dans l'accès et la fourniture de services (par ex., les tarifs appliqués) se fondent sur les objectifs suivants :

- **protection de la femme dans son état spécifique de grossesse**, par exemple l'accès à la première classe dans les trains ; des places de parking proches des entrées/sorties réservées aux femmes enceintes. Signalons dès à présent, que comme dans

les autres directives européennes, la protection de la maternité est prévue dans le champ des exceptions au principe de l'égalité (article 4§2). Les exceptions pour ce motif ne doivent dès lors pas être visées par l'arrêté royal, elles sont déjà permises par la loi du 10 mai 2007 ;

- **protection de l'intimité**, surtout des femmes, accès réservés/séparés à des dispositifs de soins ou dans le cadre de soins (chambres unisexes dans les hôpitaux et les homes etc). Dans certains cas plus limités, organisations d'activités sportives (salle de sports, fitness, piscines..) ;
- **sentiment de sécurité** par exemple, refuges pour femmes victimes de violence sur base du sexe ;
- **différences physiques** entre hommes et femmes dans l'accès notamment à des clubs ou compétitions sportives, au niveau des tarifs dans le domaine des soins (par exemple, tarifs coupes de cheveux) ;
- **contexte social spécifique**, par exemple l'organisation de thérapies pour hommes auteurs de violences conjugales ; groupes de paroles pour hommes ou pour les femmes ;
- tendre à une **participation plus égalitaire** dans des services commerciaux par l'octroi de tarifs réduits pour un groupe moins représenté (par exemple les femmes dans les discothèques) ;
- **promouvoir l'égalité** par des actions positives pour des services liés à l'emploi dans des secteurs fortement masculins (ou féminins, bien que ce type d'actions soient plus rares) comme des services de soutien conseil à l'entrepreneuriat féminin, formation ou enseignement des filles/femmes dans les domaines techniques. Faisons remarquer, que les actions positives doivent être considérées différemment des exceptions visées ci-dessus. Les exceptions ne doivent pas être limitées dans le temps, alors que l'action positive est par nature limitée dans le temps (lorsque l'objectif est atteint) ;
- respect de la **liberté d'association**, accès à des clubs privés unisexes dont l'objectif justifie cet accès différenciés.

67 T. Marynissen, J. Van Gorp, D. Mortelmans en D. Cuypers, *Inventaris van goederen en diensten met ongelijke toegang en ongelijke levering voor vrouwen en mannen*, Antwerpen, CELLO, s.d., 121 p.



Dans le cadre de ces objectifs qui peuvent paraître légitimes, il faudra alors examiner dans quelle mesure les actions menées sont nécessaires et appropriées.

Le projet d'arrêté royal

Un projet d'arrêté royal a été rédigé sous la législature précédente (2011-2014) afin de préciser quels sont « *les biens et services qui peuvent être considérés comme exclusivement destinés aux membres d'un sexe* ».

L'article 1^{er} comporte une liste de biens et de services qui peuvent être réservés à l'un ou l'autre sexe sans que cela constitue de la discrimination. Cette liste, selon le rapport au Roi ne doit pas être considérée comme une liste d'exceptions absolues. Il faut en toutes hypothèses qu'ils répondent aux critères de légitimité et de proportionnalité. Il s'agit cependant d'une liste limitative.

Il est ainsi prévu que peut être réservé aux membres d'un sexe déterminés :

- La participation à des compétitions sportives lorsque l'exclusion d'un sexe résulte d'accords conclus sur le plan international ou lorsqu'il s'agit de compétitions dans laquelle il existe une raison objective, de nature biologique, de traiter différemment les personnes sur la base de leur sexe. Il est spécifié dans les commentaires des articles que cette disposition ne porte pas préjudice de la compétence des Communautés dans le domaine du sport.
- L'accès aux services de protection contre les violences liées au sexe, lorsque l'exclusion d'un sexe se justifie par rapport à la vulnérabilité des bénéficiaires de ces services (il est mentionné qu'il s'agit, par exemple, des foyers d'accueil pour femmes victimes de violences conjugales).
- L'accès aux services sanitaires ou aux services d'hygiène ou encore de partage des lieux de sommeil, pour autant que les dispositifs similaires soient disponibles pour les hommes et pour les femmes ou que des aménagements alternatifs d'horaires non mixtes soient prévus. Ce critère vise, selon les commentaires du projet les hypothèses où le respect de la vie privée, de la pudeur ou de la décence de chacun sont de mises. Il vise les saunas, hammams, vestiaires, dortoirs, toilettes.
- L'accès aux biens et services fournis par des ASBL lorsque les statuts visent principale-

ment à la promotion de l'égalité des sexes dans le cadre de son domaine d'action.

- L'accès à des services esthétiques ou vestimentaires réservés à un sexe en raison des compétences spécifiques nécessaires pour fournir ces services ou de la prestation à réaliser.
- La participation à des concours de beauté pour autant que les caractéristiques liées au sexe soit déterminantes par rapport au but du concours.
- La mise à disposition d'un hébergement dans une partie de son domicile peut être différenciée selon le sexe

5.2. L'utilisation de facteurs actuariels : les conséquences de l'affaire Test Achats sur la loi⁶⁸

Comme mentionné, la loi genre transpose, pour les matières fédérales, la directive 2004/113/CE du 14 décembre 2004.

L'article 5 §1 de ladite directive interdit d'utiliser des facteurs actuariels sexués pour établir les primes et prestations des assurances individuelles. Néanmoins, le paragraphe 2 prévoyait la possibilité pour les Etats membres de déroger à ce principe moyennant la collecte et la publication de données pertinentes et un réexamen pour le 21 décembre 2012.

En mai 2007, l'article 10 de la loi dispose que les facteurs actuariels sexués ne peuvent plus être utilisés en matière d'assurance à partir du 21 décembre 2007 (date ultime de transposition de la directive). L'Etat fédéral renonce dès lors à utiliser la faculté d'exception offerte par l'article 5 §2. Pourtant, une loi du 21 décembre 2007 remplace, à partir de la même date, l'article 10 de la loi genre. La nouvelle disposition autorise pour le secteur de l'assurance-vie, l'utilisation des facteurs actuariels sexués sans limite temporelle, moyennant une mission de collecte et publication de données confiées à la FSMA⁶⁹ (Financial Services and Markets Authority) et une évaluation par le Parlement fédéral avant le 1^{er} mars 2011.

L'association Test achats introduit le 26 juin 2008 un recours en annulation de la loi du 21 décembre 2007 devant la Cour constitutionnelle qui pose

⁶⁸ Sur la base de l'avis n° 131 du 31 mars 2011 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes.

⁶⁹ Nouveau nom pour la Commission bancaire et financière CBFA.

une question préjudicielle à la Cour de Justice (arrêt n° 103/2009 du 18 juin 2009). En effet, l'association Test-Achats qui a introduit le recours en annulation conteste la validité de l'article 5§2 de la directive 2004/113. La Cour de Justice rend son arrêt le 1er mars 2011⁷⁰ et déclare l'article 5 §2 de la directive incompatible avec les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE) et en conséquence invalide à partir du 21 décembre 2012.⁷¹ En conséquence, l'arrêt n° 116/2011 de la Cour constitutionnelle a déclaré nulle la loi du 21 décembre 2007 à partir de la même date.

Par conséquent, à partir du 21 décembre 2012, conformément à l'article 10 de la loi du 10 mai 2007, les facteurs actuariels ne pourront plus être utilisés pour établir les primes et prestations dans le domaine de l'assurance vie⁷².

Pour assurer une transposition efficace de cette obligation (y compris dans les autres domaines obligatoires depuis le 10 mai 2007) dans la pratique, le Conseil de l'égalité des chances invite le gouvernement fédéral à :

- Charger la FSMA de veiller à ce qu'aucune compagnie d'assurance ne déforme à son profit l'effet de l'abandon des facteurs actuariels sexués, et à communiquer aux consommateurs les informations propres à dissiper les rumeurs alarmistes à ce sujet ;
- Appliquer au contrat d'assurance en cours l'abandon des facteurs actuariels puisqu'ils induisent une discrimination de genre ;
- Veiller à ce que tout nouveau contrat conclu au cours de la période transitoire n'utilise les facteurs actuariels sexués et à prendre les dispositions nécessaires pour que les assureurs respectent ces lignes directrices ;

70 Voir l'arrêt de la cour et les conclusions du 30 septembre 2020 de l'avocate générale Kokott. Affaire C-236/09 *Test-Achats*.

71 Pour un commentaire de cet arrêt voir aussi Y. Thiery, « observations : la fin de la tarification hommes - femmes en Europe », J.T., 2011, page 342.

72 Signalons à cet égard les lignes directrices de la Commission Européennes qui visent à clarifier les obligations des assurances et les droits des assurés à la suite de l'arrêt Test-Achats. Notons néanmoins que cet avis de la Commission peut être contesté en justice, par exemple, en ce qu'il mentionne que les ajustements ne s'appliquent pas aux modification de contrats d'assurance vie conclu avant le 31 décembre 2012 – point 13.

Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09 (*Test-Achats*) (2012/C 11/01), J.O. 13.1.2012, C-11/1.

- Soumettre au Parlement un projet de loi amendant l'article 12§2 de la loi genre pour interdire l'utilisation des facteurs actuariels sexués dans les régimes complémentaires de sécurité sociale ;
- Amender l'AR du 21 décembre 1971 relatif aux accidents du travail (secteur privé) qui recourt aux facteurs actuariels sexués pour le calcul de la rente due au conjoint ou cohabitant légal survivant en vue de son paiement partiel en capital, en ce qu'il est contraire à l'article 11 de la loi genre ;
- Vérifier qu'il n'existe pas d'autres dispositions de sécurité sociale qui présenteraient la même irrégularité et devraient être elles aussi amendées.

Un suivi spécifique et un rapport sur la mise en œuvre de cette obligation par le secteur des assurances, semble indispensable si l'on veut s'assurer de l'effectivité de l'article 10 de la loi.

Plus récemment encore, soulignons l'arrêt de la Cour de justice de l'Union du 3 septembre 2014⁷³. La question posée est la suivante : le montant d'une prestation sociale légale versée en raison d'un accident du travail peut-elle différer selon que le bénéficiaire est un homme ou une femme, du fait de l'application de facteurs actuariels fondés sur le sexe ? La Cour de justice va apporter une réponse négative, dans cet arrêt préjudiciel, en considérant comme discriminatoire un calcul actuariel fondé sur l'espérance de vie moyenne selon le sexe du bénéficiaire d'une indemnité forfaitaire versée dans le cadre d'un régime d'assurance accident.

En l'espèce, M. X. a été blessé lors d'un accident du travail survenu en août 1991. Le *vakuutusoiikeus* (tribunal finlandais des assurances sociales), par une décision rendue en octobre 2005, a constaté que celui-ci avait droit à une indemnité forfaitaire pour préjudice permanent, en application de la loi finlandaise sur l'assurance accident.

X. va former un recours contre les décisions, prises en décembre 2005, par la compagnie d'assurances compétente, lui octroyant une indemnité pour préjudice permanent, en faisant valoir que l'indemnité versée en une seule fois devait être calculée sur la base des mêmes critères que ceux qui sont prévus pour les femmes. X a réclamé la somme de 278,89 euros, correspond à la différence entre l'indemnité

73 C.J.U.E., aff C318/13, X.



qu'il avait perçue et celle qui aurait été versée à une femme du même âge se trouvant dans une situation comparable.

Le litige au principal porte donc sur les modalités de calcul du montant d'une indemnité due au titre du préjudice résultant d'un accident du travail, qui est versée en une fois sous la forme d'une indemnité forfaitaire. Dans cette affaire finlandaise, ledit calcul actuariel était effectué en fonction, notamment, de l'âge du travailleur ainsi que de l'espérance de vie moyenne résiduelle de celui-ci ; or, pour la détermination de ce dernier facteur, il est tenu compte du sexe du travailleur, puisque statistiquement, l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes, diffère.

Dans cet arrêt, la Cour va consacrer une solution qui constitue un développement de la jurisprudence Test-Achats.

Les points 37 et 38 de l'arrêt sont les plus importants, en ce qu'il en résulte un constat du caractère discriminatoire du régime tel que mis en œuvre en Finlande. Aux termes du point 37, « *nonobstant le fait que l'indemnité forfaitaire en cause au principal est prévue par un régime qui fixe également des prestations pour préjudice en raison d'un accident du travail versées durant toute la vie résiduelle de la personne lésée, le calcul de cette indemnité ne saurait s'effectuer sur la base d'une généralisation relative à l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes* ».

La Cour de justice met en avant deux raisons, l'une de principe, l'autre plus pratique, pour rejeter la prise en compte de l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes. D'abord, elle estime qu'une « *telle généralisation est susceptible de conduire à un traitement discriminatoire des assurés de sexe masculin par rapport à ceux de sexe féminin* » (pt 38). Et en effet, « *l'application de ce facteur conduit à ce que la réparation versée en une fois au titre de ladite prestation est inférieure, lorsqu'elle est allouée à un homme, à celle que percevrait une femme du même âge qui se trouve dans une situation similaire* » (dispositif). De plus, la Cour ajoute qu'on ne peut jamais avoir la « *certitude qu'une assurée ait toujours une espérance de vie supérieure à celle d'un assuré du même âge placé dans une situation comparable* » (pt 38).

Ainsi, et dans la lignée de l'arrêt précité Test-achats, la Cour condamne comme discriminatoire une telle utilisation, dans ce contexte, des données statistiques, relatives à l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes. Un tel calcul actuariel, pour ce type de prestation, est prohibé par le droit

de l'Union.

En conclusion, on peut se demander si en autorisant les Etats membres à permettre indéfiniment l'usage des facteurs actuariels sexués dans les assurances individuelles, l'article 5§2 de la directive 2004/113/CE contrevient à l'article 13 de la CD-FUE, l'article 9 §1 de la directive refonte 2006/54/CE et les dispositions nationales qui le transpose font encore légitimement de même et si dès lors l'interdiction des facteurs actuariels sexués dans les assurances-groupes ne doit pas être formellement reconnue/consacrée.⁷⁴

6. Les mécanismes de protection, sanction et indemnisation

La loi genre a amélioré les dispositions antérieures en matière de voies de recours afin de conférer davantage d'efficacité au pouvoir des tribunaux de délivrer des ordonnances visant à faire cesser les discriminations ; il n'y a encore aucune jurisprudence à cet égard. La loi introduit également un montant minimum de dommages et intérêts forfaitaires (attendu de longue date et fixé à six mois de rémunération) pour l'indemnisation du préjudice moral causé par la discrimination (sauf si la victime peut prouver que le préjudice est plus important). Enfin, elle offre aux victimes et aux témoins, une protection contre les représailles.

6.1. Dispositif pénal

La loi du 7 mai 1999 comportait un dispositif pénal important. Celui-ci a ensuite été abandonné au profit des sanctions civiles. Le législateur à l'appui de ce choix a observé : « *La faible effectivité pratique des dispositifs pénaux qui ont été insérés dans les législations antidiscriminatoires (...) cette ineffectivité est notamment explicable par le fait que, en matière pénale, la difficulté de prouver la discrimination subie ne peut être surmontée par un renversement de la charge de la preuve, comme en matière civile* »⁷⁵.

Dans le premier projet de loi discuté en 2007, il était question d'abroger également les dispositions de la loi du 30 juillet 1981 qui incriminaient la discrimina-

74 Voy. J. Jacqmain et N. Wuiame, « Gender based actuarial factors and EU gender equality law », *European equality law review*, 2015/1, p. 14.

75 Doc.Parl., Ch.repr., sess.ord., 2006-2007, n°2721/001, p.25.

tion dans les domaines des relations de travail et de l'accès aux biens et aux services.

Plusieurs parlementaires et le Centre pour l'égalité des chances (Unia) avaient réagi en s'opposant à cette abrogation.

Unia s'interrogeait sur le bien-fondé d'une dépenalisation des discriminations et ce, notamment pour les motifs suivants :

- « *Sur le plan des principes :*
 - *la perte de l'interdit pénal symbolique et donc notamment d'une certaine pression pour mettre en place des actions préventives ;*
 - *la « normalisation » de certaines attitudes racistes ;*
- (...)
- *Sur le plan pratique :*
 - *la perte de la possibilité de choix pour la victime d'une discrimination raciale entre une procédure au civil et une procédure au pénal ;*
 - *la perte de la possibilité de faire appel à la police, au parquet et au juge d'instruction pour des constatations, la recherche de preuves et de faire usage de la procédure pénale pour obtenir accès au dossier et demander des devoirs complémentaires. »⁷⁶*

Des parlementaires avaient souligné le danger de ne pas maintenir les dispositions réprimant les actes discriminatoires commis dans le domaine des relations de travail dès lors que la dépenalisation risquait d'être interprétée comme un recul symbolique de l'interdit édicté.⁷⁷

Des amendements ont été déposés. Le gouvernement a alors appuyé le maintien de la pénalisation des discriminations dans son projet de loi modifiant la loi race, sans pour autant les introduire dans la loi générale et dans la loi genre, perdant de vue l'objectif d'harmonisation qu'il poursuivait.

La loi genre prévoit néanmoins un dispositif pénal dans ses articles 26 à 31 qui sanctionnent pénalement les comportements prohibés tels que mentionnés dans ces dispositions à savoir :

- pour toute personne :
 - tout comportement prohibé par l'article 444 du Code pénal à savoir l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne en raison du sexe ;
 - tout comportement prohibé par l'article 444 du Code pénal commis à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leur membre en raison de leur sexe ;
 - le fait de ne pas se conformer à un jugement ou arrêt rendu en vertu de l'article 25 dans le cadre d'une action en cessation ;
- pour les fonctionnaires : la discrimination à l'égard d'une personne en raison de son sexe ou encore à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leur membre en raison de leur sexe.

Il résultait de ces dispositions que si l'incitation à la discrimination était punie pénalement, la discrimination effective entendue comme discrimination directe, indirecte, harcèlement, harcèlement sexuel et injonction de discriminer, n'était pas punie pénalement. En dépit de la volonté du législateur de dépenaliser le droit de la discrimination, une telle différence de traitement au niveau pénal ne se justifiait pas. Au contraire comment justifier que l'incitation à la discrimination était punie alors que celui qui discrimine ne pourrait l'être que civilement.

Cette particularité a été abrogée par la loi du 22 mai 2014 qui réintroduit les sanctions pénales dans la loi genre au motif justement que « *la loi de 2007 ne pénalisait que l'incitation à la discrimination mais pas la discrimination en tant que telle. La loi met fin à ce paradoxe en repénalisant l'ensemble des discriminations directes et indirectes* ». Comme signalé (supra titre II, point 1.1) la loi pénalise l'auteur de discrimination quand celui-ci est animé d'un dol spécial.

Il est utile ici de comparer l'incrimination de discrimination qui requiert un dol spécial avec les incriminations en droit pénal social de manière générale. En effet, l'établissement de toute infraction requiert la réunion de trois éléments : un élément légal (un texte d'incrimination), un élément matériel (l'acte ou l'abstention prohibé(e)) et un élément moral (un état d'esprit coupable). La responsabilité pénale de l'auteur d'un fait réunissant les éléments constitutifs de l'infraction ne sera en outre établie que si cette der-

76 Doc. parl., Ch., S.O. 2006-2007, Doc 51 2720/009 p. 143.

77 Doc. parl., Ch., S.O. 2006-2007, Doc 51, 2720/002).



nière lui est moralement imputable, c'est-à-dire s'il a commis le fait incriminé sciemment et librement.

La mise en œuvre de ces principes révèle quelque singularité en droit pénal social, propice à une certaine dénégation de l'élément moral (constitutif de l'infraction), et rigoureux quant à l'admission de causes de non-imputabilité morale (extrinsèques à l'infraction).

Comme le précise Madame KEFER⁷⁸, dans son précis de droit pénal social, alors que le code pénal classique requiert un dol général, en matière de droit du travail ou de droit de la sécurité sociale, où les infractions sont réprimées par des lois particulières, bien souvent, le dol n'est pas exigé. La règle serait donc inversée, sauf dispositions contraire, la seule constatation de l'existence de l'infraction permet de constituer celle-ci. Or tel n'est pas le cas dans le cadre des modifications insérées par la loi du 22 mai 2014.

Sans doute est-ce la volonté de se calquer sur la loi anti-racisme qui conduit à exiger un dol spécial. Cependant pourrait être très compliqué de rapporter la preuve de ce dol spécial. D'où un déficit, de protection.

En relisant les travaux préparatoires, on constate que le Conseil d'état n'a fait aucune objection et que la question de la pénalisation de la discrimination a été discutée sur la notion de discrimination. A savoir est-ce que cette notion est suffisamment claire et précise pour permettre une sanction pénale ?

Il est utile de relever un risque, au niveau civil, de confusion entre la notion de discrimination en droit pénal, qui requiert une intention, alors que sur le plan du droit civil, aucune intention ne doit exister. Seule la présence de faits discriminatoires permet de conduire à la constatation de la discrimination.

Signalons pour clôturer cette question que les définitions du harcèlement et du harcèlement sexuel restent exclues du champ d'application pénal de la loi genre.

Le harcèlement à caractère sexiste sur les lieux du travail n'est pas visé par la loi sur le bien-être, seul le harcèlement sexuel ou fondé sur le critère du sexe est évoqué dans la loi qui a pourtant été revue en février 2014. Si des faits de harcèlement sont constatés, ils donnent lieu à un traitement interne

certes, mais ils peuvent donner lieu à une procédure externe qui est introduite par le biais d'une plainte au juge d'instruction, à la police, au parquet, à l'auditeur ou encore au SPF bien-être.

6.2. La charge de la preuve

Le titre V de la loi genre tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes concerne la charge de la preuve. Il constitue la transposition du droit communautaire en la matière.

Le droit européen a fait évoluer la question de la preuve. Tout d'abord avec la directive communautaire du 15 décembre 1997 qui est venue modifier la répartition de la charge de la preuve dans le cas d'une discrimination fondée sur le sexe. Le nouveau texte instaure un partage entre le demandeur et le défendeur.

Dans un premier temps, le demandeur est tenu d'établir une présomption simple de discrimination en sa faveur. Cette dernière existe dès lors qu'une partie demanderesse met en évidence, un fait ou une série de faits qui s'ils ne peuvent être réfutés, permettent de supposer l'existence d'une discrimination.

La charge de la preuve est alors transférée à l'auteur présumé de la discrimination. Le défendeur va tenter de prouver que la discrimination n'existe pas, que ses décisions ont eu pour fondement des critères objectifs. Il appartient ensuite au juge de se forger une conviction.

Deux autres directives communautaires très importantes ont été prises en application de l'article 13 du traité d'Amsterdam. Tout d'abord la directive du 29 juin 2000 qui vise expressément les seules discriminations à raison de la race ou de l'origine ethnique. Elle couvre à la fois le domaine de l'emploi et ceux de la protection sociale, de la sécurité sociale, de l'éducation. Elle invite les Etats à mettre en place un ou plusieurs organismes de promotion de l'égalité de traitement afin notamment de soutenir et d'aider les victimes dans leurs démarches. Ensuite il faut citer la directive du 27 novembre 2000 qui vise à combattre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de travail.

En son article 32, la loi du 10 mai 2007 dispose :

« Les dispositions du présent titre sont applicables à toutes les procédures juridictionnelles, à l'exception des procédures pénales. Au sens du présent titre, la discrimi-

78 Kéfer, F. (2014). Précis de droit pénal social (2^e éd). Limal, Belgique : Anthémis.

mination s'entend de :

- la discrimination directe ;
- la discrimination indirecte ;
- l'injonction de discriminer ;
- le harcèlement ;
- le harcèlement sexuel. »

« Art. 33. § 1er. Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, l'Institut ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.

§ 2. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur le sexe, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

1° les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes du même sexe ; entre autres, différents signalements isolés faits auprès de l'Institut ou l'un des groupements d'intérêts ; ou

2° les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

1° des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale ; ou

2° l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect ; ou

3° du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable. »

Tout comme en droit européen, la preuve de la discrimination est ainsi facilitée pour la victime, qui doit établir des faits permettant d'établir une présomption de traitement discriminatoire, et ainsi créer une suspicion qui entraîne la nécessité pour l'employeur de renverser celle-ci. Il ne reviendra pas à l'employeur de rapporter la preuve d'un fait négatif (à savoir l'absence de discrimination) mais bien de réfuter les éléments de faits précis évoqués soit de justifier la rupture d'égalité par des considérations étrangères à une politique discriminatoire.

En ce qui concerne les faits permettant de présumer de la discrimination, ils peuvent être de toute nature.

La discrimination ne requiert pas une intention de discriminer. La charge de la preuve consiste à prouver un fait qui a un effet discriminatoire en dehors de toute analyse de l'intention ou non de l'auteur de discriminer. **Un des problèmes dans le contentieux judiciaire en particulier relatif à la discrimination indirecte est pourtant cette recherche de l'intention de discriminer et en son absence la conclusion d'une absence de discrimination.**

Quant aux moyens de prouver les faits discriminatoires, à côtés des modes classiques de preuve contenus dans le Code civil, la loi genre propose, en son article 32, des exemples permettant de présumer l'existence de faits discriminatoires. Cette liste n'est pas exhaustive mais bien exemplative. Ainsi si elle ne mentionne plus expressément les tests de situation, elle n'empêche cependant pas l'utilisation de ceux-ci. En ce qui concerne les tests de récurrence, les travaux parlementaires disposent que : « la présomption est suscitée à la lumière de données dont il ressort qu'il existe un canevas de traitement défavorable à l'égard de personnes ayant une caractéristique donnée »⁷⁹. La récurrence pourra ressortir de témoignages de personnes ayant vécu la même situation. Les travaux parlementaires précisent que pour analyser la récurrence, il peut être tenu compte « des faits ou données antérieures, simultanées ou postérieures à la discrimination présumée ».

Il faut noter cependant qu'une grande liberté d'appréciation est laissée au juge qui devra apprécier le degré de récurrence, l'intensité de la répétition, la question de la comparaison et donc des critères de comparaison, la notion de signalement évoquée dans la disposition légale. Ce signalement signifie-t-il la seule saisine de l'Institut ou faut-il une plainte enregistrée et fondée. Enfin, ce signalement a-t-il des effets limités dans le temps, peut-on considérer que passé un certain délai, il ne peut plus être pris en compte dans l'appréciation de la récurrence.

En ce qui concerne le test de comparabilité, la méthode consiste à apporter des éléments suffisamment convaincants afin d'établir la comparabilité des situations entre la prétendue victime de discrimination et une « personne de référence » (celle-ci ne partageant pas le critère protégé) : en prouvant en détail la comparabilité de ces deux personnes, on élimine tous les facteurs qui auraient légitimement

79 Rapport de la Commission de la justice de la Chambre du 19 mars 2007, Ch.Repr., sess.2006-2007, Doc 51-2720/0009, p.75.



permis de justifier une différence de traitement entre elles. En supprimant ces facteurs, il ne reste plus qu'une seule variable explicative de l'inégalité de traitement, soit une différence fondée sur le sexe. Ce test semble superfétatoire dès lors qu'il ne peut jamais y avoir de questionnement sur l'existence d'une discrimination sans procéder préalablement à une opération de comparaison. En effet, le principe de non-discrimination stipule que seules les personnes placées dans une situation comparable doivent être traitées de la même façon. L'égalité – et son corollaire le principe de non-discrimination – sont donc comparatifs par nature.

Encore une fois, aucune indication n'est donnée quant à l'établissement de la situation comparable.

Le texte parle, tout d'abord des éléments qui relèvent d'une certaine « récurrence » ou « de comparabilité ».

6.3. Protection des victimes de discriminations et des témoins

Conformément à l'article 10 de la directive refonte, la loi du 10 mai 2007 instaure au profit des victimes et des témoins un régime de protection contre les mesures de rétorsions. Cette partie du rapport se concentre sur la protection des témoins. La question de la protection des victimes sera analysée dans le cadre du licenciement représailles (ci-dessous, point 6.5).

L'article 22 de la loi genre instaure un régime de protection des témoins identique à celui dont bénéficie la victime qui a déposé plainte.

Par conséquent, pour que le témoin bénéficie de la protection, il est nécessaire que la victime ait déposé une plainte régulière conforme à l'article 22. Si la plainte n'a pas été déposée ou est irrégulière, le témoin ne sera pas protégé.

La loi ajoute également une condition particulière pour que la protection du témoin puisse être effective. Il faut que celui-ci ait rempli un document *ad hoc* signé et daté relatant les faits dont il a été témoin.

Il faut dès lors constater plusieurs carences dans l'élaboration de cette protection :

- tout d'abord le formalisme nécessaire pour pouvoir bénéficier de cette protection comme témoin et la limitation de la notion. Pour être qualifié de témoin il convient d'intervenir réellement dans la procédure par

un acte écrit. Les collègues qui fournissent une aide ne rentreront pas dans le champ de la protection. Or, l'article 10 de la directive n'est pas aussi restrictif. Il vise un système de protection « des personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à la plainte ou à une action en justice ».

- la protection ne s'applique pas en l'absence de victime désignée. C'est en ce sens que la Cour du travail Gand (section Bruges, 7^{ème} ch.), 28 décembre 2010⁸⁰ dans le cadre d'une affaire relative à la loi du 10 mai 2007 sur le racisme, estime que la déclaration d'un employé de la société, publiée dans la presse et jointe à la plainte à titre de preuve, n'est pas un témoignage pour lequel l'auteur bénéficie de la protection contre les représailles exercées par l'employeur.
- La protection ne joue que dans le cadre du licenciement représailles et non dans le cadre d'un licenciement discriminatoire.

6.4. Nullité des clauses contraires

L'article 18 de la loi genre dispose :

« § 1 Une distinction directe ou indirecte fondée sur le sexe ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée par la présente loi lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu d'une loi. »

Le paragraphe 2 du même article ajoute cependant que le principe énoncé au § 1er n'empêche pas la vérification de la conformité de la loi en question avec la Constitution, le droit de l'Union européenne et le droit international en vigueur.

Par conséquent, si la discrimination prohibée est contenue dans un arrêté ou un règlement, la loi genre prévaudra. Le juge saisi d'un litige devra, par application de l'article 159 de la Constitution, écarter cette disposition réglementaire ou cet arrêté contraire à une loi. Si la discrimination est contenue dans une loi, l'article 142 de la Constitution confie à la Cour constitutionnelle le contrôle de la conformité des lois en référence au principe fondamental d'égalité en général et d'égalité hommes-femmes en particulier. Ce contentieux occupe une place particulière dans la jurisprudence de la Cour constitu-

80 Rechtskundig Weekblad 2011-12, p. 1304.

tionnelle. En effet, jusqu'à la loi du 9 mars 2003, la compétence de la Cour était limitée au contrôle du respect des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. Elle a donc exploité les possibilités de ces principes en les combinant avec les droits et libertés garantis aux citoyens. En conséquence, bien que la Cour soit incompétente pour contrôler une norme internationale, elle peut exercer ce contrôle indirectement :

- soit en combinant 10 et 11 de la Constitution avec le droit international et en estimant que si ce droit est violé, ipso facto les articles 10 et 11 le sont également ;
- soit, lorsque la disposition internationale est ratifiée par le droit belge et a une portée identique à une norme nationale, la Cour considère que la norme internationale et la disposition nationale forment une universalité.

Le respect des directives européennes et du droit fondamental européen doit prendre ici de sérieux détours.

Par ailleurs, on rappelle qu'aux termes de l'article 267, alinéa 2 TFUE, tout juge national peut interroger la Cour de Justice sur la portée du droit communautaire. Depuis la loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le juge national a l'obligation de poser d'abord la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Cette disposition dispose, en effet, que : « § 4. *Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution* ».

Enfin, de par sa formulation, l'article 18 de la loi genre implique que le législateur fédéral peut déroger au principe de non-discrimination. Ce faisant, le gouvernement fédéral oublie une obligation essentielle contenue dans la directive refonte, à savoir mettre en œuvre le principe de *gendermainstreaming* (analyse ex-ante de l'impact de la législation).

L'article 20 de la loi genre déclare nulles les « *dispositions* » qui sont contraires à la présente loi et « *les clauses contractuelles* » qui prévoient une renonciation par avance aux droits garantis par la loi.

La sanction de nullité opère comme une nullité absolue⁸¹.

La notion de « clause contractuelle » ne pose pas de problème particulier. Le terme « dispositions » renvoie notamment aux clauses de conventions individuelles ou collectives, à des règlements de travail ou encore à des actes administratifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale. Ces derniers pourront, à la demande du plaignant, être annulés par le Conseil d'Etat.

La sanction de nullité des dispositions discriminatoires a donc un champ d'application large et ce d'autant plus qu'elle peut être soulevée par toute personne intéressée. Elle peut donc être prononcée d'office par le juge ou à la requête du ministère public⁸².

La loi du 4 août 1978 intégrait les normes législatives à la notion de « dispositions ». Depuis la création de la Cour d'arbitrage datant de 1980, les Cours et Tribunaux ne peuvent certainement plus annuler une norme législative. La Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle, est désormais seule compétente en la matière. La loi du 7 mai 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes l'avait expressément précisé.

Tout au plus, le juge devra, lorsque le délai de transposition de la directive est dépassé, interpréter, dans la mesure du possible, la norme nationale dans un sens conforme à la directive européenne. La Cour du travail de Liège⁸³ en a fait une application dans un arrêt du 6 avril 1995. Sinon, une question préjudicielle pourrait être posée à la Cour constitutionnelle sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution. Il faut remarquer que la CJCE estime que l'effet direct vertical permet de faire valoir certaines dispositions communautaires suffisamment précises auprès de l'Etat employeur.⁸⁴

81 Voir à cet égard les travaux préparatoires selon lesquels : « il s'agit d'une nullité absolue. En effet, l'avant-projet de loi traduit un droit fondamental (le droit à l'égalité de traitement) dans les relations horizontales et verticales. Cette loi, touche, par conséquent, à l'ordre public », Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Exposé des motifs, Doc.Parl., Ch.Repr., sess.ord., 2006-2007, n°2722/001.

82 Voir à cet égard la loi du 10 mai 2007 adaptant le code judiciaire à la législation en ses articles 15, 16 et 17.

83 C.T. Liège 6 avril 1995, *Chr. D.S.*, 1995, 337, obs. J. JACQMAIN.

84 Dans les arrêts *Van Duyn* (4/12/1974, 41/74) et *Tullio Matti* (5/04/1979, 148/78), la Cour de Justice va reconnaître un effet direct à la directive à condition que celle-ci soit « selfsufficient » c'est-à-dire que les principes qui y sont contenus soient clairs, précis et que les obligations soient inconditionnelles. En matière de relation de travail, où l'Etat est l'employeur c'est dans l'arrêt *Marshall I que cet effet vertical direct sera consacré, C.J.C.E., 26 février 1986, Marshall I, aff.152/84, Rec., 1986, p.723, §46.*



L'article 20 de la loi de 2007 ne vise manifestement pas à annuler des actes discriminatoires tels qu'un congé. L'action qui serait menée sur cette disposition ne peut avoir pour but de rendre de nul effet une clause contraire à la loi genre. Une victime de licenciement discriminatoire ne pourrait dès lors solliciter du magistrat l'annulation du congé et sa réintégration dans ses fonctions sur base de cette disposition.

L'interdiction de discrimination est d'ordre public.⁸⁵ Quiconque ayant un intérêt à agir est donc susceptible d'invoquer la nullité prévue par cet article. Le titre VI de la loi de 2007 autorise certains organismes à ester en justice. Dans le cas d'un licenciement, l'accord de la victime de la discrimination devra donner son aval à l'introduction de l'action en vertu de l'article 36.

6.5. Protection contre les représailles à la suite d'une plainte

La loi genre introduit un dispositif de protection contre les représailles, applicable dans le cadre et en dehors des relations de travail. Ce dispositif imposé par les directives européennes et précisé par la jurisprudence européenne (Arrêt *Coote*⁸⁶) fonctionne sur la base d'une présomption réfragable de représailles et sanctionné par l'alternative « réintégration/indemnisation », il s'appliquera également aux modifications unilatérales des conditions de travail équipollentes à rupture, et protège aussi les personnes qui interviennent en qualité de témoins des faits dénoncés.

Une nouveauté cependant par rapport aux anciennes lois de 1978 en 1999. L'article 22, §2 de la loi genre définit ce qu'elle entend par « mesure préjudiciable » qui ne vise pas seulement l'attitude de l'employeur au moment de la rupture du contrat de travail mais également son attitude après la rupture de la relation de travail.

Les travaux préparatoires mentionnent qu'il s'agit d'une mise en accord de la législation belge avec la jurisprudence de la Cour de Justice. Le législateur vise l'affaire *Coote* ici, dans laquelle la Cour rendait un jugement assez étonnant. L'employeur terminait le contrat de Belinda Jane Coote en septembre

⁸⁵ Dans les travaux préparatoire et plus précisément dans les commentaires des articles concernant la nullité des dispositions discriminatoires, il est déclaré que : « Il s'agit d'une nullité absolue. En effet, l'avant-projet traduit un droit fondamental (le droit à l'égalité de traitement) dans les relations horizontales et verticales. Cette loi touche, par conséquent, à l'ordre public », Ch.Repr., Doc.parl., Sess.ord.2006-2007, n° 2721/001, p.54.

⁸⁶ C.J.C.E., 22 septembre 1998, *Belinda Jane Coote contre Granada Hospitality Ltd*, Rec. 1998, p.I-5199.

1993. En réaction, elle introduisait immédiatement une action en justice, estimant qu'elle avait été discriminée sur base de sa grossesse. Le contentieux fut cependant réglé amiablement un peu plus tard. Une année plus tard, elle n'avait toujours pas trouvé un nouveau boulot. Madame Coote l'attribuait à son ancien employeur, qui ne voulait pas délivrer les références nécessaires pour postuler, comme une mesure de représailles contre l'action qu'elle avait introduite une année plus tôt. Interrogée par l'Employment Tribunal, la Cour jugeait que l'article 6 de l'ancienne directive 76/207 oblige les Etats Membres à introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires qui donnent à la victime d'une discrimination la possibilité de « faire valoir ses droits par voie juridictionnelle ».

Cette disposition couvre aussi la situation d'un travailleur dont l'employeur refuse, après la cessation de la relation de travail, de fournir des références en réaction à une action en justice introduite en vue de faire respecter le principe de l'égalité de traitement au sens de cette même directive. Ainsi, la protection particulière contre des représailles doit également couvrir les mesures préjudiciables adoptées après la notification du congé (qui entravent, notamment, la recherche d'un nouveau emploi).

A l'époque de cet arrêt, HUMBLET remarquait que le juge belge pourrait atteindre la même solution en appliquant la doctrine européenne de « l'interprétation conforme » à la loi de 4 août 1978. Quoique cette technique jurisprudentielle ait l'avantage de ne pas exiger de réforme législative, le législateur a choisi d'inscrire le principe « Coote » explicitement dans le texte de la nouvelle loi genre.

Etant donné que cette forme de représailles intervient après la cessation des relations de travail, l'article 22 §8 dispense la victime de l'obligation de demander préalablement sa réintégration pour bénéficier de l'indemnité forfaitaire ou réelle prévue par cet article (comme c'est le cas dans les autres hypothèses de l'art. 22 §2).

Selon le paragraphe 4 de l'article 22, la période de protection contre les mesures préjudiciables, débute lors de l'introduction d'une plainte motivée ou d'une action en justice et court durant une période de 12 mois. Ce délai est prolongé, lorsqu'il y a action en justice, dans un délai de trois mois suivant le jour où la décision est passée en force de chose jugée. Par conséquent, toute mesure préjudiciable survenant durant cette période sera considérée comme des représailles à la plainte, sauf si l'employeur apporte la preuve de motifs étrangers. Les scénarios possibles sont les suivants :

Dans l'hypothèse d'une mesure préjudiciable consistant en une rupture ou une modification des

conditions de travail, la victime doit alors, à la suite de cette mesure préjudiciable, solliciter dans les 30 jours de celle-ci, par lettre recommandée, sa réintégration. L'employeur a trente jours pour prendre position.

- S'il réintègre la victime, il devra payer la rémunération perdue durant la période allant de la rupture à la réintégration.

- S'il ne réintègre pas la victime, l'employeur devra s'acquitter d'une indemnité forfaitaire de 6 mois.

L'indemnité sera due, sans qu'une demande de réintégration soit nécessaire, si les faits qui font l'objet de la plainte ont déjà été considérés comme discriminatoires par une juridiction ; si le travailleur rompt la relation de travail parce que le comportement de l'employeur adopte des mesures préjudiciables, la victime considérant ce comportement comme un motif grave dans le chef de l'employeur ; si l'employeur a rompu le contrat pour motif grave et que la juridiction compétente a estimé ce licenciement irrégulier et a constaté sa contradiction avec l'interdiction pour l'employeur d'adopter des mesures préjudiciables durant la période de protection.

L'indemnité due dans le cadre d'un licenciement représsailles est fixée à 6 mois de rémunération sauf pour la victime à opter pour l'indemnisation de son préjudice réel.

6.6. Sanctions civiles des actes discriminatoires

L'article 23 de la loi genre organise un système d'indemnisation forfaitaire lorsqu'une victime prouve l'existence de faits discriminatoires dans le cadre de l'existence du contrat de travail ou encore dans les conditions de licenciement. On se situe ici dans une option différente du licenciement représsailles. La victime reste libre de poursuivre la réparation du préjudice subi en application du droit commun de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle et non en application des forfaits proposés. Ceux-ci ne sont, en aucune manière, impératifs pour la victime. Par ailleurs, l'indemnisation forfaitaire n'est ouverte qu'au bénéfice des seules victimes et non des groupements d'intérêts ou des acteurs institutionnels (tel que l'Institut) habilités à agir aux fins de dénoncer un manquement à l'une des trois lois.

Dans le cadre d'un licenciement discriminatoire ou d'actes de discrimination, la victime peut réclamer :

- pour le préjudice moral et matériel confondu dans le cadre de la relation de travail : l'indemnité forfaitaire est de six mois sauf si l'employeur démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait tout de même été adopté en l'absence de discrimination. Dans cette hypothèse, l'indemnité est ramenée à trois mois. En

outre en matière de relation de travail et de régimes complémentaires de sécurité sociale, la discrimination est réparée par application de l'article 20 (nullité de la disposition contraire), le dédommagement est limité au montant fixé pour les actes contraires au principe de non-discrimination hors relations de travail soit 650 euros.

- hors relations de travail, seul le préjudice moral est indemnisé à raison de 650 euros. Ce montant peut être doublé si l'auteur de l'acte litigieux ne peut démontrer que ce traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait été également adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances comme la gravité du préjudice moral subi.



6.7. Le cumul des indemnités

La loi de 10 mai 2007 ne fournit aucune indication quant aux possibilités de cumuls entre les indemnités prévues dans la loi avec celles prévues par d'autres législations comme indemnité de protection dans le cadre de la maternité, des interruptions de carrière, ou de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

Distinguons les hypothèses suivantes :

- Le cumul de l'indemnité due dans le cadre d'un licenciement reprisailles avec une autre indemnité de protection. Dans cette hypothèse, la jurisprudence récente démontre une impossibilité de cumul. Ainsi, la Cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 15 mai 2012⁸⁷, estime que le cumul entre l'indemnité de protection en cas de discrimination et celle prévue par la loi sur le bien-être n'est pas possible. La Cour estime que la finalité poursuivie dans les deux lois, dans le cadre de la protection contre les reprisailles, est identique : « *il s'agit de dissuader l'employeur de licencier par mesure de reprisailles un travailleur qui a déposé plainte ou à tout le moins, si l'employeur licencie en dépit de l'interdiction légale, d'indemniser le travailleur* ». En l'espèce, la Cour souligne que la protection dont bénéficiait le plaignant était fondée sur une seule plainte. La protection couvre donc le même préjudice à savoir la perte d'emploi et les reprisailles au dépôt de plainte. La Cour conclut à l'absence possible de cumul. Elle se réfère, à cet égard à la jurisprudence récente de la Cour de cassation du 20 février 2012.⁸⁸
- Le cumul de l'indemnité pour licenciement reprisailles et celle prévue par l'article 63 :

Le Tribunal de Travail de Charleroi jugeait dans un arrêt de 24 janvier 2000 à juste titre que l'indemnité forfaitaire due en cas d'un licenciement abusif (art. 63 loi Contrats de Travail) pouvait être cumulée sans problème avec celle prévue par art. 136 §4 de la loi de 4 août 1978. Selon la théorie générale des indemnités de protection, un cumul des indemnités due sur base de plusieurs législations protectrices, est justifié, quand la loi ne l'interdit pas (ce qui est clairement le cas) et si l'octroi des diverses indemnités n'a pas la même cause juridique. Autrement dit, il est possible de cumuler ces indemnités si on peut prouver que l'employeur a commis deux fautes distinctes, qui sont toutes les deux sanctionnées par

une indemnité spécifique.

L'indemnité forfaitaire de l'art. 136 §4 répare le préjudice causé par le licenciement induit par la plainte déposée par un travailleur. Par contre, l'indemnité forfaitaire de l'art. 63 est octroyée parce l'ouvrier a été licencié pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Ainsi, on peut dire que l'art. 136 sanctionne le caractère de rétorsion du licenciement, alors que l'art. 63 vise le motif abusif qui était à la base du licenciement

Dans une autre affaire, la Cour de Travail d'Anvers⁸⁹ a décidé également à juste titre que le cumul de l'indemnité forfaitaire de l'art. 136 §4 de la loi de 4 août 1978 et (comme il s'agissait d'un employé) une indemnité pour abus de droit de congé (art. 1134 3ième par. C.C.) requiert la preuve d'un dommage distinct de celui causé par le licenciement lui-même et également distinct du dommage couvert par l'indemnité forfaitaire de 6 mois prévue par l'article 136 §4. Contrairement à l'art. 63 de la loi relative aux Contrats de Travail, où la nature forfaitaire exclut des discussions sur l'étendue exacte du préjudice subi, on doit se raccrocher aux règles d'indemnisation du droit commun pour établir la présence d'un abus de droit par l'employeur. Ceci implique entre autres qu'il n'est pas possible de dédommager deux fois la même préjudice (ne bis in idem).

Pour cela, le travailleur devra prouver que l'employeur a utilisé son droit de licenciement d'une manière déraisonnable/anormale (faute spécifique), ce qui a produit un préjudice spécifique. Selon la Cour, ce préjudice doit se distinguer du dommage matériel et moral (normal!) causé par le licenciement lui-même, ce qui est couvert par l'indemnité de préavis, et le dommage matériel et moral causé par le licenciement considéré rétorsif (suite à une plainte), ce qui est couvert par l'indemnité forfaitaire de art. 136 §4. Le travailleur doit alors se borner à délivrer la preuve difficile d'un dommage moral distinct, causé par le caractère abusif du congédiement. Même si le travailleur réussit, il reste le devoir difficile d'évaluer l'étendue exacte de ce dommage distinct. Dans la généralité des cas, la juge n'aura que l'option d'une évaluation *ex aequo et bono*, dont il ne sera pas invraisemblable que le montant soit plus bas que l'équivalent de six mois de rémunération brute.

- cumul de l'indemnité de l'article 23 avec d'autres indemnités de protection : d'une part, on peut tout d'abord considérer qu'aucune disposition dans la loi n'interdit le cumul entre indemnités

87 CT Bruxelles, ERG n° 2010/AB/1189, JTT, 2012, p. 300.

88 S.10.0048.F/1.

89 C.T. Anvers 18 décembre 2002, Chr.D.S. 2003, 174, note. Cf. avec T.T. Charleroi 15 janvier 2001, Chr.D.S. 2002, 48.

forfaitaires et qu'*a priori*, le droit au cumul de ces indemnités serait ouvert. On pourrait d'autre part, considérer la loi n'interdisant pas le cumul et l'octroi des diverses indemnités n'ayant pas la même cause juridique, une même situation, lorsqu'elle justifie la mise en œuvre de législations protectrices différentes, peut conduire au cumul possible.⁹⁰

A ce jour, il faut constater, que la jurisprudence des Cours et tribunaux⁹¹ est éparsée et diverse.

Ainsi, si dans un jugement du 26 octobre 2010⁹², le tribunal du travail de Bruxelles, deuxième chambre, a estimé que le cumul entre indemnité pour harcèlement et celle antidiscrimination, était possible puisqu'aucune disposition ne l'interdisait et que l'octroi de diverses indemnités n'avait pas la même cause juridique.

À l'inverse, dans une affaire où une employée réclamait une indemnité de protection de maternité et des dommages et intérêts pour abus de droit de licenciement, la Cour du Travail de Mons dans un arrêt du 9 mai 2011⁹³ a déclaré : « *en application de l'article 63, alinéa 4, de la loi du 3 juillet 1978, qui renvoie à l'article 39, §3 de la même loi, l'indemnité pour licenciement abusif prévue en faveur des ouvriers ne peut être cumulée avec l'indemnité de protection de maternité. En revanche, en ce qui concerne les employés, aucune disposition légale ne fait obstacle à un tel cumul lequel est dès lors possible s'il est établi que l'employeur a commis une faute entraînant un dommage non réparé par l'octroi d'une indemnité de rupture et/ou d'une indemnité de protection* ».

En l'espèce, la Cour du Travail estimait que le licenciement de l'employée était dû non seulement à l'état de grossesse mais également au refus de l'employée de prêter en raison de son état de santé. La situation de grossesse formant un tout, l'indemnité de protection prévue par l'article 40 de la loi du 16 mai 1971 était applicable et le licenciement ne pouvait être sanctionné une seconde fois.

Dans un jugement du 14 octobre 2009, le tribunal du travail de Liège, quant à lui⁹⁴, rappelle que : « *au-*

cune disposition légale ne prévoit l'interdiction de cumul entre l'indemnité forfaitaire visée par l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 et l'indemnité de protection de la maternité visée par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 ». Le tribunal estime qu'il convient de cumuler les indemnités et ce sur base de la constatation de deux formes de discrimination directe fondées sur le sexe, l'une consistant en une tentative de rétrogradation et l'autre dans le licenciement qui a suivi l'information par l'employé de son état de grossesse. Cette décision a fait l'objet d'un appel.

Dans le cadre de cet appel, la Cour du travail⁹⁵ réforme complètement le jugement. La question du cumul n'y est pas évoquée puisque la Cour estime que l'employeur renverse la présomption de licenciement rétorsif de l'article 40 de la loi sur le travail. La Cour reconnaît que l'employeur avait bien des motifs étrangers à la grossesse pour procéder au licenciement. En ce qui concerne la question de la rétrogradation et la constatation d'une discrimination directe, la Cour estime qu'il n'y a pas de mesure de rétrogradation. Compte tenu d'une appréciation en fait différente de celle opérée par le Tribunal du travail, la question du cumul n'est plus abordée.

Pour le cumul des indemnités relatives à la protection de la maternité et celle de la loi « genre », le tribunal de Nivelles a rendu un jugement du 10 mars 2016⁹⁶ intéressant en ce qu'il consacre la possibilité de cumul. Le tribunal examine dans un premier temps la finalité des législations en cause et constate que celles-ci sont différentes :

« *Les dispositions relatives à la protection de la maternité reprise dans la loi du 16.3.1971 vise exclusivement un groupe cible – les femmes enceintes – sur une période déterminée. La loi est destinée à les protéger d'une mesure de licenciement fondée sur leur état de grossesse. La finalité de cette législation est donc la protection du bon déroulement de la grossesse de la travailleuse.*

Par contre, la loi « genre » quant à elle s'applique de manière plus étendue et vise à la fois les femmes et les hommes qui pourraient subir, dans le cadre de leur travail, une discrimination fondée sur le sexe. En ce sens, la finalité de la loi genre a une portée beaucoup plus générale que l'article 40 de la loi sur le travail. »

Le tribunal considère néanmoins que le cumul ne peut être automatique du seul fait que l'état de grossesse soit invoqué. Il y a lieu de vérifier si les indemnités de protection prévues sont dues au regard des objectifs poursuivis par les législations concernées. Il convient dès lors de vérifier si, lorsque

90 Voir à cet égard J. Jacqmain, « Harcèlement sexuel sur les lieux du travail : les moyens d'action juridiques », *RT*, mars – avril 1988, pages 145 et suivante, 4.2.3 ; T.T Charleroi du 24 janvier 2000, *Chr. D. Soc.* 2001, pp 479 – 483, Obs. J. Jacqmain.

91 C.T. Anvers 18 décembre 2002, *Chr.D.S.* 2003, 174, note. Cf. avec T.T. Charleroi 15 janvier 2001, *Chr.D.S.* 2002, 48 ; T.T Charleroi du 24 janvier 2000, *Chr. D. Soc.* 2001, pp 479 – 483, Obs. J. Jacqmain. ; TT Bruxelles, 26 octobre 2010, *J.T.T.*, 2011, 8/2011, p.125.

92 TT Bruxelles, 26 octobre 2010, *J.T.T.*, 2011, 8/2011, p.125.

93 R.G n° 2007/AM/29.929.

94 R.G n° 379.247., disponible sur Juridat. Cette décision est en appel actuellement.

95 C.T. Liège, section Liège 3 février 2011, RG n° 2010/AL/039.

96 R.G. n° 13/2673/A.



l'indemnité de protection prévue par l'article 40 de la loi du 16 mai 1971 est due, l'acte discriminatoire n'a pas eu lieu aussi parce que la femme est une travailleuse et dès lors plus susceptible ultérieurement de prendre un congé parental ou de solliciter une réduction de son temps de travail. « *Dans cette hypothèse, la femme enceinte pourrait être perçue par son employeur, comme un risque menaçant, à court ou à long terme, la productivité de l'entreprise. Dans ce cas précis, la travailleuse peut se retrouver sans emploi, non seulement parce qu'elle est enceinte, mais aussi parce qu'elle est une femme. Dans cette hypothèse, il s'agit de discriminations superposées qui peuvent aboutir à la violation de la loi du 16.3.1971 et de la loi du 10.5.2007.* »

On peut donc, à ce stade, conclure que **les juridictions constatent systématiquement que les législations n'interdisent pas le cumul**. Cependant, là où pour certaines un préjudice particulier doit être déterminé par la victime pour pouvoir fonder le cumul des indemnités, d'autres estiment que la seule existence de deux législations protectrices permettent automatiquement de bénéficier de cette indemnisation.

La question reste donc ouverte en matière de cumul d'indemnités. A cet égard, nous souhaiterions attirer l'attention sur le récent arrêt de la Cour de cassation du 20 février 2012⁹⁷ lequel se prononce en faveur du cumul de l'indemnité de protection avec d'autres indemnités dues en vertu du contrat de travail et plus particulièrement une clause de stabilité d'emploi.

La Cour de cassation justifie le cumul par la nature différente des indemnités. Elle souligne, rejoignant en cela l'arrêt de la Cour du travail de Liège, que l'indemnité de protection prévue dans la loi du 19 mars 1991 est liée à l'intérêt général alors que l'indemnité de sécurité d'emploi vise des intérêts privés.

Il semble donc que ce soit cette dualité de législation l'une d'ordre public, l'autre d'ordre privé qui ait justifié cette possibilité de cumul.

En conclusion, si rien n'empêche la victime de solliciter le paiement de diverses indemnités de protection, la jurisprudence actuelle est peu encline à admettre ce cumul si elle considère que l'objet de la protection est identique ou si elle estime que la victime devrait rapporter la preuve que le préjudice est distinct. Il serait utile de replacer la question de l'indemnisation forfaitaire et de son cumul éventuel dans le débat sur l'effet utile des directives, législations nationales et de la protection effective contre la discrimination. Comme **le cumul des indemnités**

reste problématique il serait utile que la loi précise expressément ce qui est cumulable ou pas.

6.8. Action en cessation et possibilité d'astreinte- pouvoir d'injonction

Historique

L'exposé des motifs de la loi de 2007 précise que cette nouvelle loi tend à améliorer l'accès à la justice et à renforcer le volet civil des moyens d'action de la victime afin d'obtenir la cessation de l'acte discriminatoire. Cette volonté résulte de l'obligation des Etats membres d'instaurer un système effectif, proportionné et dissuasif de sanctions. Le législateur a constaté l'ineffectivité des actions pénales dû à l'impossibilité d'insérer un système de preuve favorable à la victime sans violer les droits de la défense. Par conséquent, le projet de loi propose d'accentuer l'action sur le plan civil afin d'obtenir la cessation des actes illicites et d'offrir une réelle indemnisation. C'est pourquoi l'article 25 de la loi de 2007 institue une action en cessation comme en référé. La loi du 4 août 1978 instaurait déjà un pouvoir d'injonction du juge. L'article 133 disposait : « *La juridiction saisie d'un litige portant sur l'application du Titre V de la présente loi peut d'office enjoindre, dans le délai qu'elle fixe, aux personnes visées aux articles 124 et 126, de mettre fin à la situation discriminatoire en matière de formation professionnelle, de conditions de travail et de conditions et critères de licenciement, reconnue comme discriminatoire sur base des dispositions du Titre V de la présente loi* ». Cette action en cessation s'inspire essentiellement de celle prévue par la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination (articles 19 et 20). La nouveauté contenue dans la loi genre consiste dans l'octroi, dès l'action en cessation de dommages et intérêts.

Antérieurement à l'adoption de la loi genre, en cas d'urgence, la victime d'un licenciement discriminatoire n'avait d'autres choix que d'agir en référé. Cette procédure permettait uniquement d'obtenir une mesure provisoire. La victime devait obligatoirement introduire une action devant le juge du fond pour obtenir des dommages et intérêts. Cette dernière procédure pouvait parfois se révéler très longue. Désormais, l'article 25 de la loi « genre » permet au président du tribunal d'octroyer rapidement des dommages-intérêts forfaitaires prévus par l'article 23, §2 et d'enjoindre de mettre fin à une situation jugée discriminatoire.

La loi genre instaure, pour la première fois en droit social individuel, une véritable action en cessation avec une indemnisation forfaitaire. La victime, l'Institut, le ministère public, l'auditorat ou encore un groupement d'intérêts peuvent introduire devant le président du tribunal de première instance, du tribunal du travail ou de commerce, compétence déterminée selon la nature de l'acte, une action en cessation sous forme de requête contradictoire. La loi genre n'est donc pas allée jusqu'à instaurer une véritable action en cessation telle que la connaît le président du tribunal de commerce en matière de pratiques du commerce (laquelle se déroule selon une procédure strictement unilatérale). Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une avancée permettant un traitement plus rapide des demandes, d'autant plus que d'éventuelles poursuites pénales n'empêcheront nullement le traitement de l'affaire par le juge en cessation. Dans le cadre de cette procédure, la victime peut déjà réclamer des dommages et intérêts identiques à ceux fixés dans le cadre d'une procédure au fond (cfr ci-dessous). Ici aussi il y a innovation majeure et économie de procédure pour la victime qui ne devra plus réintroduire une action, par citation, à la suite de son action « en cessation », pour réclamer des dommages et intérêts. Le juge pourra également assortir sa condamnation d'une astreinte et prévoir, si cela contribue à la cessation de l'acte, des mesures de publicité.

Compétence du président

Le président du tribunal statuant en référé est doté des compétences traditionnelles d'un juge statuant au contentieux de la cessation. Il s'agit de la possibilité d'ordonner la publication du jugement et d'assortir son jugement d'astreintes.

La spécificité de cette action en cessation réside dans la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts. Le paragraphe 3 de l'article 25 de la loi de 2007 permet au juge de la cessation d'accorder des dommages-intérêts à la victime. Cette faculté est exceptionnelle. Ceux-ci seront exclusivement accordés à la demande de la victime et non à la demande d'un groupement d'intérêts ou d'acteurs institutionnels.

La mise en place d'un système d'indemnisation forfaitaire évite au juge de se livrer à l'exercice périlleux de la fixation du montant de l'indemnité. C'est un avantage certain dans une procédure en cessation qui exige une rapidité particulière. Ceci ne pose donc pas de problème particulier.

Le président du tribunal du travail sera en principe compétent pour connaître de l'action en cessation relative à un licenciement discriminatoire concernant un fonctionnaire statutaire.

Le texte de l'article 25 de la loi de 2007 reprend l'article 21 de la loi du 4 août 1999 relative à la discrimination entre les femmes et les hommes, qui prévoyait que le juge du fond pouvait enjoindre « d'office » de faire cesser une situation discriminatoire. Aujourd'hui la loi de 2007 ne prévoit cette possibilité de statuer *ultra petita*. En ce qui concerne l'action en cessation, l'objet de la demande sera immanquablement la cessation d'une discrimination. Par contre, il semblerait qu'un autre juge que celui de la cessation ne pourra plus ordonner d'office la cessation d'un acte discriminatoire. Ne s'agirait-il pas d'un recul de la protection offerte aux travailleurs ?

De prime abord, on pourrait penser que le président peut prendre toute mesure nécessaire à la cessation d'un comportement discriminatoire.

Le tribunal du travail de Bruxelles en a décidé autrement dans un arrêt du 29 août 2008⁹⁸. La Cour du travail de Bruxelles dans un arrêt du 17 juin 2009 rappelle que la compétence matérielle du juge de la cessation doit être interprétée restrictivement vu le caractère spécifique des procédures comme en référé. Ce jugement attire notre attention sur le fait que l'article 587 bis, 4° du Code judiciaire détermine la compétence du président du tribunal du travail sur la base de l'article 25 de la loi de 2007 et non pas sur la base de l'article 20 qui proclame la nullité des dispositions discriminatoires.

Une interprétation extensive de ses pouvoirs lui permettrait d'utiliser tous les moyens nécessaires à la cessation de l'acte répréhensible.



Astreintes

La loi prévoit la possibilité pour le magistrat, à la demande de la victime, du groupement ou de l'organe institutionnel, assortir sa condamnation d'une astreinte pour le cas où il ne serait pas mis fin à cette discrimination.

Cette astreinte est soumise au régime général des astreintes contenu dans les articles 1385*bis* à 1385*nonies* du Code judiciaire.

Le président du tribunal pourra ordonner la publication de la condamnation à condition que cela contribue à faire cesser la discrimination. L'objectif n'est donc pas punitif ou diffamatoire. La publication d'une telle décision peut éventuellement viser à informer d'autres victimes de leurs droits et les inciter à les faire valoir. L'affichage est effectué au frais du contrevenant. C'est en ce sens que la Cour du travail de Bruxelles dans son arrêt du 28 août 2009⁹⁹ se prononce. En cette affaire qui opposait le Centre pour l'égalité des Chances et la société *Feryn*, la Cour du travail de Bruxelles ordonne la publication du jugement et le justifie en ces termes : « L'article 19 § 2 alinéa dernier de l'ancienne loi sur la discrimination, repris par l'article 20 § 3 de la loi genre, prévoit la publication ou la diffusion du jugement aux frais du contrevenant lorsque la nature de la mesure peut contribuer à la cessation de l'acte incriminé ou de ses effets.

La publication de l'arrêt doit être ordonnée afin d'accroître le caractère effectif de l'ordonnance de cessation.

La société multiculturelle est une réalité et la collectivité doit apprendre à intégrer cette donnée avec respect mutuel pour chacun, ainsi qu'en offrant la possibilité à chacun de travailler contre rémunération. La publication du présent jugement est importante pour chaque citoyen, afin que celui-ci puisse connaître ses droits et en imposer le respect. Les préjugés et partis pris ne reposant sur rien doivent être combattus avec fermeté¹⁰⁰.

La Cour du travail estime que le présent arrêt doit être publié aux frais du contrevenant dans quatre journaux de diffusion nationale, à savoir *De Morgen*, *De Standaard*, *Het Laatste Nieuws* et *De Tijd*.

La publication est par ailleurs nécessaire en raison du fait qu'elle permet d'atteindre les clients au titre

d'énonciation de principes, ce qui peut avoir une influence sur l'attitude de *Feryn* et sur sa politique de recrutement.

La publication est également nécessaire au motif que *Feryn* a exigé à de multiples reprises un droit de réponse, ce dont il résulte qu'il y a incertitude dans l'opinion publique quant à la portée exacte de cette affaire.

La publication poursuit un objectif de dissuasion, pour que chaque citoyen comprenne que la loi antidiscrimination et la loi antiracisme ne demeurent pas lettre morte, ce qui a ce qui a également un effet sur l'acte commis¹⁰¹.

Des astreintes pourront assurer l'exécution du jugement (article 24 de la loi genre). De plus, l'article 29 de la loi de 2007 sanctionne pénalement le non-respect d'une injonction ordonnée par le juge.

Réintégration et pouvoir d'injonction

La possibilité d'ordonner la réintégration d'un travailleur licencié fait débat en droit belge.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation et la jurisprudence majoritaire, dans le cadre d'un licenciement irrégulier, ne permettent pas d'ordonner la réintégration d'un travailleur licencié sauf dispositions particulière.

La loi genre prévoit, dans le cadre du licenciement représsailles la possibilité de solliciter la réintégration. Rien n'est cependant prévu en ce qui concerne les actes discriminatoires. La question posée est celle de savoir si l'action en cessation pourrait viser un acte de licenciement discriminatoire. Le magistrat pourrait-il enjoindre aux parties de reprendre la relation juridique ?

Au regard de la nature du congé (acte irrévocable), de l'absence de texte spécifiant la réintégration et de la jurisprudence de la Cour de cassation, cela ne semble pas possible.

Selon la Cour de cassation, la réparation d'un congé irrégulier ne peut consister qu'en l'octroi d'une indemnité. Elle a exprimé ce principe dans la célèbre affaire *Van Der Vennet contre Sabena*¹⁰².

En l'espèce, le Président du Tribunal du travail de Bruxelles avait ordonné la réintégration de la de-

99 C.T. Bruxelles, 28 août 2009, Chr.D.S., 2010, 260-265.

100 T.T. Gand, référé 26 03 2007, Soc. Kron. 2008,01.

101 T.T. Gand, référé 26 03 2007, cité note 82.

102 T.T. Bruxelles (1ère ch.), 23 déc. 1986, Chr. D. S., 1987, Obs. J. JACQMAIN, p. 193 ; Cass. 20 juin 1988, Chr. D.S., 1988, 345 ; en ce sens : R. GEYSEN, « Réflexion sur quelques nouvelles procédures devant les juridictions du travail », *Revue de droit social*, 1979, p. 384 ; C. BAYARD, *Discriminatie aan differentiatie*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 480.

manderesse licenciée sur base d'une politique de licenciement discriminatoire suscitée par une convention collective pourtant dénoncée. Cette injonction intervenait alors même que la travailleuse prestait encore son préavis. Son jugement fut réformé par le président de la Cour du travail de Bruxelles¹⁰³. Mme Van Der Vennet se pourvu en cassation. Dans un arrêt du 20 juin 1988¹⁰⁴, la Cour de Cassation confirma, conformément à sa jurisprudence constante, que l'article 133 de la loi du 4 août 1978 ne peut servir à imposer à l'employeur la réintégration d'un travailleur. Elle dénie l'existence d'une obligation de réintégrer incombant à l'employeur. Certains auteurs considèrent qu'une telle obligation serait juridiquement intolérable. La motivation très pauvre de l'arrêt de la Cour de cassation de 1988 fut vivement critiquée¹⁰⁵.

Différents arguments soutiennent cette solution. On peut invoquer l'article 1780 du C.C. qui interdit d'engager ses services à vie, l'article 7 de loi sur les contrats de travail qui exclut l'engagement à vie et l'article 4.2 de la CEDH qui prohibe le travail forcé. Cependant, ces références sont peu opportunes étant donné que c'est le travailleur qui accomplit le travail et souhaite être réintégré. Il n'est donc aucunement contraint de prêter.

On peut évoquer également l'article 1142 du code civil qui énonce que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts. Il semble suggérer que le mode normal d'exécution forcée est l'exécution par équivalent.

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 1994¹⁰⁶ énonce que la réparation en nature est le mode normal de réparation des obligations de faire et de ne pas faire. Ce n'est que lorsque cette exécution en nature n'est pas ou plus possible que l'exécution par équivalent s'impose.

L'impossibilité d'ordonner la réintégration d'un travailleur ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs de doctrine considèrent que l'article 133 de la loi de 1978 (article 25 de la loi genre) confère au juge le pouvoir d'ordonner de réintégrer un travailleur licencié sur base de motifs discriminatoires. Cette réintégration pourrait être octroyée même après

la période de prestation du préavis selon J. JACQMAIN¹⁰⁷.

Ces auteurs se fondent essentiellement sur l'esprit du texte de la loi de 1978. Ils se réfèrent généralement à l'exposé des motifs de cette loi, qui semble effectivement encourager le juge à prendre d'office des mesures particulières visant à faire cesser la discrimination. Ils reprochent à la jurisprudence majoritaire une lecture trop formelle des termes de la loi au détriment de la *ratio legis*.

L'exposé des motifs de la loi de 1978 avait été invoqué dans le cadre de l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 juin 1988. L'avocate générale avait alors considéré que l'intention du législateur était claire dans les travaux préparatoires contrairement à la lettre du texte qui doit être interprétée restrictivement vu son caractère exorbitant du droit commun.

Aujourd'hui, le contenu de l'article 133 de la loi de 1978 se retrouve substantiellement dans l'article 25 de la loi de 2007. Cependant, alors que lors de l'élaboration de la loi du 7 mai 1999, la volonté de soumettre à injonction les actes de licenciement a été répétée, tel n'est pas le cas dans la loi genre¹⁰⁸. De toute évidence, la formulation du nouveau texte n'a pas changé, excepté les termes « situations discriminatoires » qui ont été remplacés par « actes discriminatoires ». Ces termes soutiennent la possibilité d'enjoindre de mettre fin à un acte discriminatoire lui-même. A l'heure actuelle cependant, eu égard notamment à la décision du président du Tribunal du travail de Bruxelles du 29 août 2008¹⁰⁹, l'acte de licenciement ne saurait être considéré comme un acte discriminatoire au regard de l'article 25 de la loi genre. Le travailleur ne pourrait donc, en l'état actuel des choses exiger sa réintégration.

6.9. Délais de prescription

La loi ne contient pas de dispositions spécifiques relatives au délai de prescription.

Dans le champ des relations de travail, les délais d'action sont courts puisque l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail prévoit que « *les actions naissant du contrat sont prescrites un an après la cessation de celui-ci ou cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat* ». Ce délai plus court qu'en droit commun n'a pas été

103 C. Trav. Bruxelles (4ème ch.), 9 sept. 1987, Chr. D. S., 1988, p. 340.

104 Cass. 20 juin 1988, Chr. D.S., 1988, 345 ; en ce sens : R. GEYSEN, « Réflexion sur quelques nouvelles procédures devant les juridictions du travail », Revue de droit social, 1979, p. 384 ; C. BAYARD, Discriminatie aan differentiatie, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 480.

105 Cass. 20 juin 1988, Chr. D.S., 1988, 345.

106 Cass. 14 avril 1994, J.L.M.B., 1995, II, p.1240 ; F. GLANS-DORFF et C. DALCQ, « Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », in mélange offert à P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 77.

107 T.T. Bruxelles, réf., 29 août 1988, Chr.D.S., 2009, pp.113-117, note J.Jacqmain.

108 J. Jacqmain, « Les lois anti-discriminations, services publics compris », in C.Bayart, S.Sottiaux et S Van Drooghenbroeck, les nouvelles lois luttant contre la discrimination, La charte, 2008, p.610.

109 Chr.D.S., 2009, pp.113-117, note J.Jacqmain.



considéré comme anticonstitutionnel par la Cour d'arbitrage¹¹⁰ qui estime qu'il n'est pas opportun d'exposer l'employeur et le travailleur « à des procès pouvant s'entamer de nombreuses années après que l'exécution du contrat aura cessé ». Ce délai n'est pas d'ordre public ce qui implique que le juge ne peut soulever d'office le moyen tiré de la prescription.

Néanmoins, face à ce délai très court, le travailleur et l'employeur peuvent s'appuyer sur le droit pénal puisque nombre de normes sociales sont sanctionnées pénalement. Ainsi l'article 15 prévoit que :

« l'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code Civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommage et intérêts.

Toutefois celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique. »

Quant à l'article 2262 bis du Code civil il dispose que :

« §1 Toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans.

§2 Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, toute action en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation ainsi que de l'identité de la personne responsable (...).»

Dans le cadre de l'application de la loi genre, les délais de prescription seront dès lors variables selon qu'il s'agit d'obligations extracontractuelles, que l'employeur et le-la travailleur-euse sont toujours engagés dans la relation contractuelle, ou encore que la disposition de la loi en jeu est sanctionnée par le droit pénal (article 28§2, dol spécial..) et que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis pour que le juge du travail applique le délai de prescription de cinq ans.¹¹¹

Signalons encore, qu'en matière de sécurité sociale, les délais de prescription sont également variables, deux ans pour l'action en paiement de prestations de l'assurance soins de santé et indemnités ou de trois ans pour le paiement des indemnités dans le cadre des accidents du travail.

Cette situation peut engendrer un certain flou pour les victimes de discrimination, être un facteur d'insécurité juridique et dès lors nuire à l'effectivité de la loi.

Par ailleurs, dans le cas d'un délai de prescription

d'un an (par exemple dans le cadre d'un licenciement discriminatoire), la marge de manœuvre de l'Institut s'avère souvent limitée pour rechercher une solution extrajudiciaire, pour analyser la plainte ou encore conduire une enquête.

7. Aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination

On a mentionné les protocoles de collaboration entre l'Institut et les entités fédérées. Ces protocoles permettent aux entités de se mettre en conformité avec la directive 2006/54 qui prévoit qu'une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination doit être prévue.

110 C.A. 18 mars 1997, J.T.T., 1997, p.161.

111 Olivier Vlassembrouck, « Le travailleur salarié face à la prescription pendant, après et en marge du contrat », in *La Prescription*, sous la direction de Béatrice Compagnon, Collection du jeune barreau de Mons, Anthemis, 2011, page 198.

CHAPITRE 3 RECOMMANDATIONS

Sur base de notre évaluation de l'effectivité et de l'utilisation de la loi, mais aussi de sa conformité avec le droit européen, nous pouvons émettre un certain nombre de recommandations.

1. Utilisation de la loi

L'objet de ce rapport visait à présenter des données quantitatives et qualitatives sur l'utilisation de la loi. Cette mission a été remplie au mieux sur base des données disponibles, largement parcellaires.

On relève que le nombre de plaintes auprès de l'Institut augmente constamment, laissant indiquer que des discriminations entre hommes et femmes existent toujours bel et bien, notamment dans le domaine de l'emploi. D'autres situations émergent depuis qu'elles sont visées par la loi genre, en particulier, les discriminations à l'égard des personnes transgenres et dans l'accès et la fourniture de biens et services (forte hausse en 2013).

Par contre, on ne dispose d'aucune donnée fiable quant au contentieux judiciaire sur cette question. Ceci est dû à une absence de publication systématique de la jurisprudence en général et en particulier de la jurisprudence relative à la loi genre, mais aussi à une méconnaissance de la loi genre et des comportements qu'elle vise à réprimer. Il ressort des enquêtes et entretiens, que le contentieux qui s'appuie sur la loi genre est limité et n'a pas explosé depuis l'adoption de la loi.

La discrimination sur la base du sexe ou du genre est sous-utilisée dans les affaires de protection de la grossesse et maternité, de harcèlement ou encore de situations de discrimination indirecte.

Le contentieux général relatif à la discrimination montre également une confusion entre la preuve du fait de la discrimination et la preuve de l'intention de discriminer, cette dernière n'étant pas requise. Dans le domaine de l'égalité des femmes et des hommes, il est particulièrement important de souligner que l'absence d'intention n'entraîne pas l'absence de discrimination, celle-ci étant souvent la conséquence de représentations sociales et culturelles inconscientes. Cette confusion risque d'être renforcée par la pénalisation de la discrimination qui requiert un dol spécial.



Ces constats amènent les recommandations suivantes :

- Une information méthodique du contentieux de l'égalité des femmes et des hommes est nécessaire afin de permettre un traitement et une analyse systématique de la jurisprudence. Celle-ci permettra d'une part de détecter les difficultés et lacunes dans l'utilisation et l'interprétation de la loi par les juges (connaissance qui pourra aider dans des formations ciblées) et d'autre part, par une évaluation approfondie, de détecter les améliorations à apporter à la loi afin que celle-ci rencontre au mieux la réalité et produise les effets recherchés sur les situations qu'elle couvre.
- Pour aboutir à cette information systématique, la loi devrait, à l'instar de ce qui est prévu par la loi sur le harcèlement au travail, prévoir une obligation d'information par les greffes à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. Cette obligation devrait également s'appliquer aux contrôleurs sociaux et à l'auditorat. Il semble qu'un mot clé existe déjà pour les discriminations, le transfert d'information (à Unia et à l'Institut) pourrait dès lors être organisé sur cette base¹¹² si la création d'un mot clé supplémentaire spécifique s'avère difficile.
- Informer du caractère d'ordre public de la loi telle que reconnu par la Cour de Cassation dans son arrêt du 16 septembre 2013.

2. Concepts

2.1. Distinction et discrimination

Le droit européen ne connaît que les concepts de discrimination directe et de discrimination indirecte.

En introduisant le concept de distinction directe et indirecte aux côtés de ceux de discrimination directe et indirecte, le législateur contribue à une confusion

¹¹² L'avantage de cette solution, mis à part l'aspect pratique, est qu'elle permet aussi d'être informé des cas de discriminations multiples qui ne sont pas toujours perçus comme tels (par exemple, foulard religieux) mais aussi de renforcer les échanges quant à l'utilisation de la loi puisque les concepts et dispositions ont été uniformisées.

dans le chef des plaideurs et magistrats. Bien qu'il soit impossible dans le cadre de ce rapport de vérifier l'impact de l'introduction de ces concepts sur la protection réelle des femmes et des hommes contre les discriminations sur la base du genre, on peut s'interroger sur la conformité du concept de distinction avec le droit européen. Par ailleurs, il serait utile de préciser dans la loi le concept de travail de valeur égale et donc la notion de comparabilité.

Recommandations

- Editer une note explicative (circulaire ministérielle,...) précisant explicitement les matières couvertes par la loi genre dans lesquelles seules les notions de discrimination directe et indirecte sont à considérer ;
- Préciser le concept de travail de valeur égale en donnant des exemples et en faisant référence à la CCT n° 25¹¹³ et 25 ter.

2.2. Harcèlement

En ne transposant pas totalement la directive refonte dans la loi genre susvisée, le législateur belge a opéré une régression dans la protection contre le harcèlement lié au sexe et ce, pour les raisons suivantes :

- Depuis février 2014, la loi sur le bien-être prévoit maintenant une indemnisation plus générale applicable aux hypothèses de harcèlement en général.
- Alors que la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs exige, pour que l'on puisse parler de harcèlement, plusieurs actes ; il n'en est rien en droit européen où il semble admis que le harcèlement puisse être constitué par un seul acte.

Recommandations

- Renforcer la protection des personnes victimes de harcèlement et de harcèlement sexuel en leur permettant d'invoquer, à leur choix, l'une ou l'autre protection offerte par les deux lois (harcèlement ou non-discrimination).

¹¹³ CCT n° 25 du 15/10/1975 du CNT, sur l'égalité de rémunération entre les travailleurs féminins et masculins, modifiée par les conventions collectives de travail n° 25 bis du 19 décembre 2001 et n° 25 ter du 9 juillet 2008 (ratifiées par les AR des 9 décembre 1975, 4 février 2002. et 28 septembre 2008, parus au MB des 25 décembre 1975, 12 mars 2002 et 14 octobre 2008).

2.3. Conciliation vie familiale et vie professionnelle

La ratification et l'entrée en vigueur de la convention n° 156 ce 10 avril 2016 impose à l'état (ici fédéral et entités fédérées) de se soumettre aux nouvelles obligations découlant de celle-ci et d'appliquer dans son ordre juridique interne ce nouveau cadre juridique.

Le critère de la situation familiale ou des responsabilités familiales n'est à ce jour pas repris comme telle dans la législation fédérale. Sauf à être dans la situation où un traitement discriminatoire est fondé sur divers critères dont un critère protégé par la loi belge (par exemple protection de la maternité ou du congé de paternité) un travailleur discriminé en raison de ses responsabilités familiales ne pourra pas prendre appui sur les lois anti-discrimination. Il est en effet communément admis que vu le caractère général des dispositions de la Convention, celle-ci ne pourra pas être opposée aux employeurs du secteur privé tant que le critère de responsabilités familiales ne sera pas ajouté aux critères protégés contre toutes formes de discriminations.

Le congé de paternité bénéficie d'une reconnaissance limitée et les pères rencontrent de nombreuses difficultés au travail lorsqu'ils souhaitent bénéficier de ce congé. De fait, l'accueil de l'enfant au sein de la famille et les soins à l'enfant reposent davantage sur les mères, et les pères sont souvent discriminés. La loi genre pourrait améliorer la situation des pères en mentionnant explicitement le critère « paternité » parmi les critères protégés. Ainsi, la discrimination fondée sur ce critère pourrait s'analyser en une discrimination fondée sur le sexe.

Recommandations

- **Insérer le critère de responsabilités familiales dans la loi « genre ».**
- **Insérer les critères « paternité » et « responsabilités familiales » dans la loi « genre ».**

3. Exceptions au principe d'égalité

3.1. Maternité

En droit belge, comme en droit européen, la protection de la grossesse et de la maternité est fragmentée dans différentes législations et encore incomplète notamment au regard du prescrit européen.

L'absence de transposition complète des directives concerne les points suivants :

- Tout d'abord, les travailleuses qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure d'écartement total ou partiel ne peuvent revendiquer la protection de l'article 42 *in fine*. Par conséquent, aucune disposition expresse dans la loi genre ou dans celle du 16 mars 1971, ne prévoit le maintien des conditions d'emploi, antérieurement acquises, après le congé de maternité. La seule mention dans l'article 42, *in fine*, de la loi du 16 mars 1971 de l'obligation, pour l'employeur, à la fin de la période d'écartement, d'occuper la travailleuse dans les mêmes conditions qu'auparavant, ne suffit pas à transposer adéquatement l'article 15 de la directive « refonte ». Certes si la travailleuse constate, après son retour de congé de maternité, que les conditions d'exercice de ses fonctions ont été modifiées, elle pourra mettre en demeure son employeur de la réintégrer dans ses droits et à défaut invoquer un acte équivalent à rupture, ce qui signifiera la perte de l'emploi. On peut regretter cependant une absence de protection directe.
- La loi du 16 mars 1971 ne prévoit pas de sanction si l'employeur ne satisfait pas à l'obligation de réintégration après mesure d'écartement.
- L'article 42 de la loi du 16 mars 1971, *in fine*, dispose que : « dès que la période pendant laquelle s'applique une des mesures prévues à l'alinéa 1er prend fin, la travailleuse doit être occupée à nouveau dans les mêmes conditions qu'auparavant, sans préjudice des dispositions de l'article 43 bis ». Il va de soi, que par application de l'article 42, § 1er de la loi sur le travail, la travailleuse enceinte ou allaitante est en droit de retrouver l'ensemble de ses conditions de travail à la fin de la mesure de protection. De cela découle



la réintégration dans ses fonctions, son horaire et l'ensemble de ses conditions de travail. La travailleuse peut-elle cependant revendiquer que cette période d'aménagement d'écartement temporaire ou total soit validée dans le cadre de la relation de travail et revendiquer ainsi un droit à la promotion, un droit à l'indexation, un droit à l'augmentation ou encore un droit à l'augmentation de jours de congé ? L'article 42 § 1er de la loi sur le travail ne vise qu'une restauration dans les droits antérieurement acquis, il reste muet quant à l'incidence d'une période d'écartement partiel, d'une modification du poste sur un droit né durant cette période ou à naître au moment de la réintégration du poste.

- La loi pourrait être revue et intégrer à l'instar du décret du Communauté française¹¹⁴ que le parent doit pouvoir bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle il aurait eu droit durant son absence.

En outre, la loi genre pourrait accroître encore la protection accordée aux femmes contre les discriminations qui les concernent exclusivement, notamment les discriminations fondées sur l'allaitement et celles subies en raison de traitements de procréation assistée, dont la fécondation in vitro. L'Institut est d'avis que l'ajout de ces critères dans la législation contribuerait à rendre visibles ces discriminations, et à informer les femmes de leurs droits.

En effet, dans le domaine du travail, la situation des travailleuses allaitantes n'est pas organisée de manière satisfaisante puisqu'aucune protection particulière n'est prévue et la restriction du droit de licencier cesse un mois après la fin du congé de maternité.

Enfin, l'Institut constate que les femmes sont encore victimes de discrimination dans les situations de traitement de procréation médicalement assistée, dont la fécondation in vitro.

114 Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations, MB 13.01.09 en son article 15 dispose qu'« un parent, engagé dans une relation d'emploi visée au présent chapitre, en congé de maternité, de paternité ou d'adoption a le droit, au terme de ce congé, de retrouver sa fonction ou une fonction équivalente à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle il aurait eu droit durant son absence ; le décret germanophone du 19.3.12 (MB 5.6) contient une disposition identique en son art. 9.

Recommandations

- Assurer la transposition du droit européen en prévoyant que :

- la travailleuse retrouve les mêmes conditions d'emploi à son retour de congé de maternité;
- la travailleuse bénéficie au retour de son congé de toute amélioration survenue pendant son écartement et/ou congé ;
- la loi du 16 mars 1971 inclut une sanction à l'égard de l'employeur qui ne satisfait pas à son obligation en termes de maintien des droits et conditions de travail de la femme à son retour de congé de maternité et de bénéfice de toutes améliorations survenues pendant son absence.

- Accroître la protection des femmes par l'ajout des critères « allaitement » et « procréation médicalement assistée » dans la loi genre.

3.2. Les exigences déterminantes et essentielles

Au sujet de cette notion, on peut tout d'abord regretter son insertion dans un titre « justification », alors même s'il s'agit d'exceptions au principe d'égalité.

Quant à la mise en œuvre de cette exception, la loi donne pouvoir au Roi pour ce faire. A l'heure actuelle, les arrêtés royaux de 1979 et 2000 restent en vigueur¹¹⁵.

En ce qui concerne la conformité au regard du droit européen, conformément à la directive, la liste des exigences professionnelles et déterminantes est de stricte interprétation. En l'espèce, les arrêtés royaux existants énumèrent des fonctions précises. En cela, ils respectent le prescrit européen. Cependant, ces exceptions doivent être revues, périodiquement contenu de l'évolution sociale selon la directive 76/2007 et être évaluées tous les 8 ans selon la directive 2006/54. Une évaluation de la pertinence et nécessité des exceptions doit avoir lieu en 2014. Aucune analyse n'a été réalisée depuis l'adoption

115 Selon les travaux préparatoires de la loi de 2007, « Il faut considérer que ces arrêtés royaux, dans la mesure où ils sont encore pertinents, seront maintenus en vigueur, aux fins de ne pas créer de vide juridique préjudiciable, jusqu'à ce qu'ils soient abrogés par de nouveaux arrêtés royaux pris en exécution des articles 13 et 16 du projet ».

des arrêtés royaux, soit depuis 1979 pour le secteur privé et depuis 2000 pour le secteur public. Aucune donnée objective n'est dès lors disponible pour apprécier la pertinence de la liste des exigences professionnelles déterminantes mentionnées dans ces arrêtés royaux. Cette absence d'analyse objective de la pertinence des métiers visés pose problème au regard de cette nécessité d'évaluation mais également au regard de l'effectivité de l'exception.

Quant au projet d'arrêté royal élaboré sous la législation précédente, la question de son effectivité et de sa pertinence se pose également au regard des nouveaux concepts d'identité de genre et d'expression de genre qui n'ont nullement été intégrés dans ce projet.

Recommandations

- **Consulter les partenaires sociaux (secteur privé et public) en vue de l'élaboration d'un arrêté royal reprenant les fonctions pour lesquelles la condition du sexe est essentielle et déterminante afin que celui-ci reflète la réalité et réponde à l'obligation d'examen périodique de la liste existante des exceptions au principe d'égalité.**
- **Mise en place d'un mécanisme de suivi et d'évaluation de l'application de l'exception.**
- **Intégrer les dimensions « identité de genre » et « expression de genre » dans l'analyse avant l'adoption de l'arrêté royal.**

3.3. Les actions positives

Les actions positives sont un instrument clé vers une égalité substantielle et collective des femmes et des hommes. Elles peuvent être utilisées à cet effet dans tous les domaines couverts par la directive refonte : égalité de rémunération, dans l'emploi, les conditions de travail, la formation et l'orientation professionnelle, l'accès et la fourniture de biens et services.

A nouveau, il faut regretter leur présentation dans la loi genre dans le cadre des justifications à la discrimination. Les actions positives constituent des exceptions au principe d'égalité et le cadre réglementaire dans lequel elles peuvent s'inscrire doit être précisé par les autorités publiques.

Il faut constater qu'à l'heure actuelle, aucun arrêté fixant le cadre des actions positives n'a été adopté. Certes les arrêtés royaux de 1987 et 1990 restent

provisoirement en vigueur, néanmoins, il faut noter que ceux-ci ne sont applicables qu'au domaine de l'emploi.

Par ailleurs, en l'absence d'état des lieux sur la pertinence des arrêtés royaux existant, la mise en place d'une politique d'action positive par un employeur pose la question de la validité du cadre existant, de son efficacité et de sa pertinence.

Enfin le projet d'arrêté royal de 2012 en la matière est à ce point global et transversal qu'il crée une insécurité juridique. Selon ce projet, en dehors de tout cadre général, un employeur public ou privé pourrait élaborer son propre dispositif qui serait sanctionnable a posteriori.

Nous devons également constater que les termes ne sont pas clairs.

Recommandations

- **Clarifier dans un arrêté royal ou plusieurs, selon le domaine, le cadre légal des actions positives dans tous les domaines couverts par la loi. Ainsi dans le domaine de la fourniture et accès aux biens et services, en l'absence d'arrêté royal relatif aux actions positives, celles-ci sont illicites pour l'instant dans ce domaine.**
- **Cet arrêté royal pourrait prévoir un cadre général qui permettrait ensuite une action plus « individuelle » mais dans le respect de la norme. Ce cadre général pourrait être, quant à lui, élaboré avec les participations des partenaires sociaux tant pour le secteur public que le secteur privé.**
- **Mise en place d'une stratégie d'élaboration et de suivi des actions positives.**

4. L'égalité dans les biens et services

Il n'existe à notre connaissance aucune donnée sur la suppression, ou non, de l'utilisation des facteurs actuariels dans les contrats d'assurances (hors « vie »), tant pour les primes que les prestations. Cette même constatation s'applique pour la prise en compte de la maternité et de la grossesse.

En l'absence de telles données, l'effectivité de l'article 10 de la loi pose question. Par ailleurs, à la suite des arrêts de la Cour de Justice et de la Cour constitutionnelle dans l'affaire Test-Achats, la même



question va se poser dès décembre 2012 pour ce qui concerne les contrats d'assurance vie.

Par ailleurs, la proposition d'arrêté royal élaborée sous la législature précédente, relatif aux services réservés ne semble pas adéquate :

- en ce qu'elle ne précise pas les objectifs considérés comme légitimes ;
- la liste des exceptions est peu claire et mélange des activités, objectifs et structures juridiques.

Recommandations

- **Prévoir en collaboration avec le FSMA (Financial Services and Markets Authority) un suivi de l'application effective de la suppression des facteurs actuariels et facteurs relatifs à la maternité et la grossesse dans les primes et prestations d'assurances.**
- **Amender l'AR du 21 décembre 1971 relatif aux accidents du travail.**
- **Vérifier que d'autres dispositions de sécurité sociale ne recourent pas aux facteurs actuariels.**
- **interdire formellement l'utilisation des facteurs actuariels sexués dans les assurances-groupes.**
- **Adopter l'AR d'exécution de la loi et préciser les objectifs légitimes et les mesures considérées comme utiles et appropriées.**

5. Le dispositif de protection, de sanction et d'indemnisation

La loi genre marque une évolution importante et positive dans le système de protection et de sanction des victimes et témoins de discriminations.

Néanmoins, il faut regretter :

- l'absence de protection des témoins en l'absence du dépôt d'une plainte ou de témoignage formel. Ceci constitue une lacune dans la transposition de directives européennes.
- Que la loi ait prévu des procédures de dépôt de plainte très formelles. Ceci peut constituer une entrave à l'efficacité de la loi dans la protection qu'elle entend accorder aux victimes de discriminations.
- On peut s'interroger sur l'aspect réellement

dissuasif des indemnités prévues, équivalentes à 6 mois de salaire.

- Des délais de prescription trop courts dans le cadre de la rupture de la relation de travail, variables en fonction du caractère pénal de l'infraction (article 2852, existence d'un dol spécial) et du domaine concerné, ce qui engendrent une certaine insécurité juridique.

Enfin, une analyse spécifique de l'efficacité de la loi genre quant au système de sanction qu'elle prévoit serait utile. Un système de réintégration, est-il souhaitable pour assurer une meilleure protection des victimes de discriminations et partant aussi limiter le nombre de comportements discriminatoires, par exemple dans le cadre du licenciement de femmes pour raison de grossesse ou maternité ?

Recommandations

- **Revoir le système de protection des témoins afin de le mettre en conformité avec le droit européen.**
- **Engager avec les parties prenantes et en collaboration avec Unia une discussion sur l'adéquation des sanctions et indemnités (notamment le caractère dissuasif) prévues par la loi et les éventuelles améliorations à y apporter.**
- **Prévoir dans la loi un délai spécial de prescription identique pour toutes les dispositions ; un délai de cinq ans semble pouvoir se justifier pour assurer une cohérence et la sécurité juridique des parties concernées.**

6. Clarté de la loi et prévention

6.1. Pédagogie et sensibilisation

A côté de son effet « répressif », la loi devrait avoir également un effet pédagogique en indiquant clairement et précisément le type de comportements sanctionnés. Ainsi en matière de rémunération ; cet effort de clarté est réalisé par la CCT 25 et 25ter qui explicitent les notions de rémunérations, de classification des fonctions et de travail de valeur égale.

A cet égard, il faut regretter la perte de clarté de la loi genre par rapport à la loi de 1999 :

- La loi du mai 2007 est plus générale et générique dans ses dispositions.
- Les concepts utilisés sont également variés. Comme mentionné l'utilisation des

- concepts de distinctions et de discriminations sont utilisés pour des considérations de parallélisme entre les lois et en dehors de toute utilité pratique quant à l'efficacité de la loi.
- Le manque de clarté aussi dans son champ d'application en mentionnant le harcèlement et harcèlement sexuel dans les comportements discriminatoires et en les excluant ensuite pour les travailleurs couverts par la loi sur le bien-être.
 - La confusion dans les dispositions relatives aux exceptions au principe d'égalité qui sont présentées comme des motifs de justification.
 - L'architecture compliquée de la loi qui la rend peu lisible (voir aussi infra 6.2).

Recommandation

- **Inclure expressément une définition de l'égalité de rémunération dans la loi afin de préciser l'obligation d'éliminer dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération toute discrimination directe ou indirecte pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale.**

6.2. Répression des discriminations

On constate également une absence de réflexion sur la prévention des discriminations. La loi se focalise sur une intervention a posteriori. La législation relative à l'égalité des femmes et des hommes est sous-utilisée, et ce depuis la première loi de 1978 pour lutter contre les discriminations.

Il apparaît nécessaire de promouvoir des mesures positives de prévention, notamment dans le cadre de la réflexion sur les exigences professionnelles et déterminante et les actions positives.

La prévention peut également être renforcée en s'appuyant sur le lien déjà existant (mais malheureusement exclusif) avec le harcèlement.

En ce qui concerne le volet répressif, nous pouvons noter une évolution de la loi genre. Si elle ne prévoyait pas, au départ, une incrimination de la discrimination (seule l'incitation était réprimée), la loi du 22 mai 2014 corrige cette lacune.

La loi genre instaure de nouvelles incriminations qui nécessitent comme élément moral « un dol spécial ». Le dispositif peut être résumé comme suit :

- Pour les discriminations liées à la relation

de travail (article 27 et 28 de la loi genre)

- Nécessité de pouvoir prouver un dol spécial
- Répression de la discrimination directe, indirecte, du harcèlement sexuel, et de l'injonction de discriminer
- Pour ce qui concerne les biens et services (article 28/1 et 28/2)
 - Nécessité d'un dol spécial
 - Répression des comportements visés à l'article 5 de la loi est ses points, 5, 6, 7 et 8.

Or, ce renvoi signifie que seront également punissables les distinctions directes ou indirectes. On a un champ d'application plus étendu, sans pour autant disposer d'une incrimination. Or, l'une de ces règles renvoie au « principe de légalité » (Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege). Elle prévoit notamment qu'en donnant la compétence au pouvoir législatif (= la Chambre des Représentants), d'une part, de définir dans quels cas et sous quelle forme la poursuite pénale est possible, et, d'autre part, d'adopter une loi sur la base de laquelle une peine peut être établie et appliquée, les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution garantissent à chaque citoyen que nul comportement ne peut être puni et nulle peine ne peut être appliquée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante démocratiquement élue.

Recommandations

- **Dans le cadre de l'adoption des arrêtés royaux relatifs aux exigences professionnelles déterminantes et aux actions positives, être pédagogique (mentionner clairement ce qui est permis et ce qui ne l'est pas) et inciter à la mise en place de politique de prévention des discriminations.**



7. Effectivité

Rappelons que la loi prévoyait l'adoption d'arrêtés royaux pour assurer la mise en œuvre de certaines dispositions de la loi genre. A ce jour, n'ont toujours pas été adoptés les arrêtés royaux relatifs :

- aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes
- aux actions positives
- aux biens et services qui peuvent ne pas respecter le principe d'égalité entre hommes et femmes
- aux régimes légaux de sécurité sociale

Recommandations

- **Adopter un arrêté royal d'exécution pour les conditions essentielles et déterminantes**
- **Adopter un arrêté royal d'exécution pour les actions positives**
- **Adopter un arrêté royal d'exécution distinct pour les actions positives dans le domaine des biens et services**
- **Adopter un arrêté royal d'exécution pour les services/biens réservés à un sexe**
- **Adopter un arrêté royal d'exécution dans le domaine des régimes légaux de sécurité sociale conformément à l'article 18 §3 de la loi.**

8. Erreurs matérielles

Il est important de signaler ici la nécessité de corriger des erreurs purement matérielles :

- L'absence de mention de la notion de « travail de valeur égale » à l'article 2 ;
- L'absence de consultation du Conseil de l'égalité des chances pour l'adoption d'un AR dans le domaine des actions positives alors que c'était le cas dans la loi de 1999 et que la consultation du Conseil est prévue pour l'élaboration des autres AR d'exécution de la présente loi.

Recommandation

- **Corriger les erreurs matérielles de la loi.**

ANNEXE 1

QUESTIONNAIRES ENVOYÉS AUX COURS ET TRIBUNAUX



Questionnaire aux Cours et Tribunaux du travail

Nous avons été chargées d'opérer un premier bilan de l'application de la loi du 10 mai 2007 portant sur la discrimination entre femmes et hommes. L'élaboration de ce premier bilan est imposée par la loi elle-même et commandité par l'Institut pour l'Égalité entre les femmes et les hommes. Dans le cadre de notre étude, nous disposons de données statistiques liées aux plaintes déposées à l'Institut et de la jurisprudence publiée. Nous avons souhaité interroger les Cours et tribunaux néanmoins sur l'application de cette loi genre.

Nous avons donc élaboré le questionnaire suivant et nous vous remercions de l'attention que vous lui porterez. Nous vous remercions également de nous transmettre toute jurisprudence émise depuis 2007 sur les items repris dans notre étude

1. Répertoirez-vous toutes vos décisions, même si elles ne sont pas publiées ou visibles sur juridat ?

Si oui, utilisez-vous les mots clés suivants :

CRITÈRES	ENCODAGE DES DÉCISIONS ?		REMARQUES
	OUI	NON	
Loi genre			
Discrimination			
Discrimination entre hommes et femmes			
Discrimination sur base du sexe			
Egalité			
Egalité de rémunération			
Egalité de traitement			
Harcèlement			
Harcèlement sexuel			
Harcèlement discriminatoire			
Maternité			
Conversion sexuelle			
Transgenre			
Transsexualité			

2. Depuis l'application de la loi genre, combien de décisions ont été prononcées dans votre arrondissement sur les thèmes mentionnés ci-avant

3. Recensez-vous également les actions introduites par thème ? Si oui, combien se sont clôturées par un désistement ou un sans objet ?

4. Pouvez-vous établir la ventilation par thème et compléter le tableau ci-dessus.

CRITÈRES	NOMBRE DE DÉCISIONS DEPUIS 2007	NOMBRE D'ACTIONNÉS INTRODUITES DEPUIS 2007
Loi genre		
Discrimination		
Discrimination entre hommes et femmes		
Discrimination sur base du sexe		
Egalité		
Egalité de rémunération		
Egalité de traitement		
Harcèlement		
Harcèlement sexuel		
Harcèlement discriminatoire		
Maternité		
Conversion sexuelle		
Transgenre		
Transsexualité		
Autres critères utilisés pertinents		

5. Avez-vous dû vous prononcer sur une action en cessation dans ce domaine

Si oui, avez-vous octroyé une indemnité ?

6. Pouvons-nous vous contacter pour un entretien plus qualitatif sur l'application de la loi genre relative à l'égalité des femmes et des hommes ?

Pourriez-vous nous communiquer vos disponibilités : jour et horaire ainsi que le numéro de téléphone où vous joindre ?

Merci pour votre collaboration



Questionnaire à l'auditorat du travail

Nous avons été chargées d'opérer un premier bilan de l'application de la loi genre portant sur la discrimination entre femmes et hommes. L'élaboration de ce premier bilan est imposée par la loi elle-même et commandité par l'Institut pour l'Égalité entre les femmes et les hommes. Dans le cadre de notre étude, nous disposons de données statistiques liées aux plaintes déposées à l'Institut et de la jurisprudence publiée. Nous avons souhaité interroger les auditorats sur l'application de cette loi genre.

Nous avons donc élaboré le questionnaire suivant et nous vous remercions de l'attention que vous lui porterez.

1. Encodage des plaintes

1.1. Répertoriez-vous toutes les plaintes, même si elles ne sont pas suivies d'effet ?

1.2. Si oui, utilisez-vous les mots clés suivants :

CRITÈRES	ENCODAGE DES PLAINTES	
	OUI	NON
Loi genre		
Discrimination		
Discrimination entre hommes et femmes		
Discrimination sur base du sexe		
Egalité		
Egalité de rémunération		
Egalité de traitement		
Harcèlement		
Harcèlement sexuel		
Harcèlement discriminatoire		
Maternité		
Conversion sexuelle		
Transgenre		
Transsexualité		
Autres critères utilisés pertinents		

2. Depuis l'application de la loi genre, combien de plaintes ont été déposées dans votre arrondissement sur les thèmes mentionnés ci-avant

3. Pouvez-vous établir la ventilation par thème

4. Combien de dossiers ont abouti à un renvoi devant le tribunal correctionnel

CRITÈRES	NOMBRE DE PLAINTES DEPUIS 2007	NOMBRE DE RENVOIS DEPUIS 2007
Loi genre		
Discrimination		
Discrimination entre hommes et femmes		
Discrimination sur base du sexe		
Egalité		
Egalité de rémunération		
Egalité de traitement		
Harcèlement		
Harcèlement sexuel		
Harcèlement discriminatoire		
Maternité		
Conversion sexuelle		
Transgenre		
Transsexualité		
Autres critères utilisés pertinents		

5. Pouvons-nous vous contacter pour un entretien plus qualitatif sur l'application de la loi genre relative à l'égalité des femmes et des hommes ?

Pourriez-vous nous communiquer vos disponibilités : jour et horaire ainsi que le numéro de téléphone où vous joindre ?



Questionnaire aux Cours et Tribunaux du commerce

Nous avons été chargées d'opérer un premier bilan de l'application de la loi genre. L'élaboration de ce premier bilan est imposée par la loi elle-même et commandité par l'Institut pour l'Égalité entre les femmes et les hommes. Dans le cadre de notre étude, nous disposons de données statistiques liées aux plaintes déposées à l'Institut et de la jurisprudence publiée. Nous avons souhaité interroger les Cours et tribunaux néanmoins sur l'application de cette loi genre notamment dans le cadre de l'accès et de la fourniture de biens et services.

Nous avons donc élaboré le questionnaire suivant et nous vous remercions de l'attention que vous lui porterez. Nous vous remercions également de nous transmettre toute jurisprudence émise depuis 2007 sur les items repris dans notre étude

1. Répertoriez-vous toutes vos décisions, même si elles ne sont pas publiées ou visibles sur juridat ?

Si oui, utilisez-vous les mots clés suivants :

CRITÈRES	ENCODAGE DES DÉCISIONS ?		REMARQUES
	OUI	NON	
Loi genre			
Discrimination			
Discrimination entre hommes et femmes			
Discrimination sur base du sexe			
Egalité			
Maternité			
Conversion sexuelle			
Transgenre			
Transsexualité			
Autres critères utilisés pertinents			

2. Depuis l'application de la loi genre, combien de décisions ont été prononcées dans votre arrondissement sur les thèmes mentionnés ci-avant

3. Recensez-vous également les actions introduites par thème ? Si oui, combien se sont clôturées par un désistement ou un sans objet ?

4. Pouvez-vous établir la ventilation par thème et compléter le tableau ci-dessus.

CRITÈRES	NOMBRE DE DÉCISIONS DEPUIS 2007	NOMBRE D' ACTIONS INTRODUITES DEPUIS 2007
Loi genre		
Discrimination		
Discrimination entre hommes et femmes		
Discrimination sur base du sexe		
Egalité		
Maternité		
Conversion sexuelle		
Transgenre		
Transsexualité		
Autres critères utilisés pertinents		

5. Avez-vous dû vous prononcer sur une action en cessation dans ce domaine

Si oui, avez-vous octroyé une indemnité

6. Pouvons-nous vous contacter pour un entretien plus qualitatif sur l'application de la loi du 10 mai 2007 relative à l'égalité des femmes et des hommes ?

Pourriez-vous nous communiquer vos disponibilités : jour et horaire ainsi que le numéro de téléphone où vous joindre ?

Merci pour votre collaboration



COLOPHON

ÉDITEUR

Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
rue Ernest Blerot 1
1070 Bruxelles
Tél. 02 233 42 65
egalite.hommesfemmes@iefh.belgique.be
<http://igvm-iefh.belgium.be>

ÉDITEUR RESPONSABLE

Michel Pasteel, directeur de l'Institut pour l'égalité
des femmes et des hommes

NUMÉRO DE DÉPÔT

D/2017/10.043/1

Deze publicatie is ook beschikbaar
in het Nederlands.



INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES

