

La nouvelle loi sur l'égalité entre hommes et femmes*

par Nathalie Wuïame**

La nouvelle loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ⁽¹⁾ a été promulguée ce 10 mai 2007. Celle-ci s'inscrit dans un «paquet» de trois projets de lois relatives aux discriminations ⁽²⁾:

À l'origine de cette proposition de loi relative à l'égalité des femmes et des hommes, on trouve la nécessité de transposer en droit interne, une série de directives européennes relatives à la non discrimination ⁽³⁾. Ainsi, dans le seul domaine de l'égalité entre hommes et femmes, la Belgique est en retard ⁽⁴⁾ de transposition de la directive 2002/73 qui amende la directive 76/2007 relative à l'égalité des femmes et des hommes dans l'accès à l'emploi et les conditions de travail et est face à une échéance proche, le 21 décembre 2007, pour la transposition de la directive ⁽⁵⁾ «biens et services». Signalons, pour être complète, qu'une toute nouvelle directive «refonte» 2006/54 vient d'être adoptée en 2006, mais que celle-ci ne pose pas de problème particulier de transposition en Belgique puisqu'elle ne fait que consolider le droit existant de l'égalité entre hommes et femmes.

Face à ces impératifs européens, le législateur fédéral a voulu réaliser une harmonisation du droit belge de la non discrimination dans ses domaines de compétence, dans un souci louable d'améliorer l'efficacité des dispositifs fédéraux de lutte contre la discrimination.

Pour ce faire, deux voies s'offraient au Ministre fédéral en charge de l'égalité :

- un code général relatif à la non-discrimination, c'est-à-dire une loi générale couvrant tous les types de discriminations;
- la préparation de lois distinctes portant chacune sur un ou plusieurs type(s) de non discrimination.

Ces options ont été largement discutées et l'approche de la codification «générale» a été particulièrement combattue par les personnes et organes actifs dans la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ⁽⁶⁾. En effet, une codification aurait nié la spécificité des discriminations entre hommes et femmes et des politiques de promotion de l'égalité mises en place depuis de nombreuses années. On discrimine les femmes non pas en tant que minorité - elles constituent la moitié de la population - les discriminations qui persistent sont ba-

sées sur le genre plutôt que sur le sexe proprement dit. Le genre représente donc une division transversale à tous les groupes humains, alors que les autres critères de discrimination déterminent tous un rapport de majorité à minorité. Enfin, le droit communautaire n'accorde pas le même régime à toutes les formes de discriminations. L'adoption d'un code unique pour tous les types de discrimination aurait présenté le risque d'une mise en œuvre partielle des directives communautaires pour certains types de discrimination.

Le ministre a dès lors opté pour la préparation de trois législations distinctes qui ont été présentées au Parlement en octobre 2006.

Néanmoins, la volonté du législateur belge de réaliser une harmonisation entre les diverses législations relatives aux discriminations, qui se marque à plusieurs niveaux - concepts utilisés, structure des lois, champ d'application, dispositifs procéduraux - va engendrer divers problèmes en termes de lisibilité mais aussi de transposition du droit européen en Belgique.

* NDLR : cet article sera publié dans *Chroniques Féministes* fin de cette année.

** Directrice de la scrl Centre for European Socio Economic Policies, experte des politiques européennes sociales et d'égalité.

(1) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination des femmes et des hommes, *Moniteur belge* du 30 mai 2007, 2^{ème} édition, page 29031.

(2) La loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et une autre loi générale tendant à lutter contre certaines formes de discrimination comme par exemple les discriminations sur base de l'âge, de l'orientation sexuelle, du handicap, etc.

(3) Transposition incorrecte des directives 2000/43 et 2000/78 relatives à la non discrimination sur base de la race et de l'origine ethnique, la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, notamment à la suite de l'arrêt 157/2004 de la Cour d'arbitrage qui annule toutes une série de dispositions de la loi adoptée en 2003 en vue de cette transposition.

(4) Transposition au plus tard le 5 octobre 2005. Notons que la transposition des directives est également nécessaire au niveau des instances fédérées dans leurs domaines de compétence.

(5) Directive 2004/113 du 13 décembre 2004 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, *JOCE*, 21 décembre 2004.

(6) Voir l'avis du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes n°113 du 7 juillet 2006.

Des «distinctions» de traitement directes ou indirectes et des «discriminations» directes ou indirectes

Cet article couvre certains aspects des conditions de travail et présente les avancées, mais aussi quelques problématiques soulevées par l'adoption de cette nouvelle législation.

L'objet de la loi

La loi donne un cadre général pour lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes (article 3) et assure la transposition de sept directives européennes en matière d'égalité entre hommes et femmes (article 2)⁽⁷⁾. Une grande absente de cet effort de consolidation est 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. Cet «oubli» n'est sans doute pas surprenant puisque le droit communautaire lui-même n'a pas inclus cette directive dans son exercice de «refonte» malgré la nécessité de clarifier les liens entre la protection de la maternité et l'interdiction de discrimina-

Le champ d'application de la loi

Le champ d'application est très large et couvre tous les domaines de la vie en société à l'exception des matières qui se situent intégralement en dehors des compétences de l'État fédéral, comme l'orientation et la formation professionnelles, le placement et l'éducation. Sont notamment couverts par cette loi, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé, les régimes complémentaires de sécurité sociale, les relations de travail, c'est-à-dire notamment l'accès à l'emploi⁽⁸⁾, les conditions de travail et la rémunération; l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée ou encore l'accès, la participation et l'exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique.

Il en découle logiquement que le champ d'application personnel sera variable en fonction de l'objet visé par la loi. Ainsi dans le domaine de la rémunération, on visera exclusivement les travailleurs salariés alors que dans le domaine de la fourniture de biens et services, on touche l'ensemble de la population.

Concepts et définitions

Dans son souci d'harmonisation du droit de la non-discrimination, le législateur introduit un nouveau concept, à savoir celui de la distinction. Comme le concept de discrimination, le concept de distinction se décline en distinction directe et indirecte. La distinction directe est définie comme: «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, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable». Quant à la distinction indirecte, il s'agit de 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». Pour tout(e) lecteur/lectrice avisé(e), ces définitions correspondent aux concepts de discriminations directe et indirecte utilisés jusqu'à présent tant dans notre droit national qu'au niveau européen.

De quoi s'agit-il ? La loi établit une scission entre ce qui relève des «distinctions» de traitement directes ou indirectes et des «discriminations» directes ou indirectes.

Pour le législateur belge, une distinction de traitement directe ou indirecte n'est pas nécessairement une discrimination.

Le terme de discrimination désigne ce qui ne peut être licite alors que le terme de distinction a une connotation neutre en terme de licéité ou d'illicéité.

Le droit européen de l'égalité entre femmes et hommes ne permet aucune discrimination directe ou indirecte entre les femmes et les hommes et dans le cas où une telle discrimination est constatée, elle sera automatiquement condamnée, sauf dans le cas des seules discriminations indirectes, si elles peuvent être justifiées⁽⁹⁾. En d'autres termes, le concept de distinction est introduit en droit belge pour permettre la licéité de distinctions sur la base du sexe dans les matières qui n'entrent pas dans le champ du droit européen. Dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes, ces domaines sont très limités. Il s'agit par exemple de la mention dans une pièce officielle ou dans un procès verbal d'une référence au sexe de la personne. On peut dès lors se poser la question de l'utilité de ce concept. Celle-ci s'explique uniquement par le souci du législateur d'harmoniser les concepts utilisés dans les différentes lois «discriminations». Cet argument semble faible au regard de la confusion créée. De plus, elle crée une brèche qui pourra être utilisée par les plaideurs pour tenter de justifier des discriminations directes, en totale contradiction avec le droit européen.

Le harcèlement sexuel

Comme déjà prévu dans la loi du 7 mai 1999⁽¹⁰⁾, le harcèlement sexuel sur les lieux de travail est présumé être une discrimination sur base du sexe. Conformément au droit européen, le législateur ajoute la notion de harcèlement à connotation sexuelle⁽¹¹⁾. Malheureusement,

(7) Il faut souligner à cet égard que la directive «consolidée» européenne 2006/54 ne couvre qu'une partie de ces directives communautaires. La législation belge va donc plus loin dans son effort de consolidation du droit de l'égalité.

(8) Privé comme public, sous contrat ou sous statut. Cependant, une incertitude profonde concerne la fonction publique des Communautés et des Régions : la loi du 10 mai 2007 s'y applique-t-elle ou chaque gouvernement doit-il assurer pour son compte la transposition du droit européen à l'égard de ses agents statutaires ?

(9) La discrimination indirecte ne peut être acceptée qu'à des conditions strictes : poursuivre un but légitime et que les moyens pour y parvenir soient appropriés et nécessaires.

(10) 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, Moniteur Belge, 19 juin 1999.

(11) Harcèlement sexuel : comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement et qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Article 5 point 10°.

Les actions positives ne sont pas constitutives de discrimination

sont exclus du bénéfice de la protection offerte par cette nouvelle loi, les victimes de harcèlement qui bénéficie de la protection de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs, c'est-à-dire les travailleurs salariés. Cette exclusion des travailleurs salariés de la protection offerte par la nouvelle loi est problématique au regard du droit européen car elle les prive du droit à un montant minimal de dommages et intérêts (voir infra), lequel n'existe pas dans la loi du 4 août 1996, qui vient pourtant d'être amendée par celle du 10 janvier 2007 ⁽¹²⁾.

Le changement de sexe

La Cour de Justice des Communautés européennes a jugé que le principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes ne peut être limité par la considération qu'une personne appartiendrait à un sexe déterminé une fois pour toutes. En raison de ses objectifs et de la nature des droits qu'il veille à sauvegarder, le droit de l'égalité doit aussi s'appliquer aux discriminations sur la base du changement de sexe. La nouvelle loi de l'égalité consacre ce principe en Belgique. Par contre les discriminations relatives à l'orientation sexuelle sont traitées par la loi générale relative aux autres formes de discriminations ⁽¹³⁾. Cela implique que des acteurs institutionnels différents sont compétents pour ces deux matières: l'Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes pour les transsexuels et le Centre pour l'égalité des chances pour les homosexuels. Comme ces situations peuvent en pratique être liées, cfr. l'affaire Richards ⁽¹⁴⁾ où une personne homosexuelle devient un/une transsexuel(le), une concertation entre ces acteurs sera indispensable afin d'éviter des problèmes pratiques dans la défense des droits des personnes victimes de ce type de discriminations.

Les exceptions au principe d'égalité

Comme par le passé, ne sont pas constitutifs de discrimination les emplois réservés à un sexe en raison de la nature

spécifique de l'activité professionnelle visée, la protection de la maternité et les actions positives qui visent à redresser les inégalités existantes entre hommes et femmes.

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. Pour l'interprétation de cette disposition il faudra se référer à l'interprétation stricte de ce critère donnée par la Cour de Justice et aux dispositions de l'arrêt royal du 8 février 1979 qui fixe les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle (comme acteur, actrice, chanteur, chanteuse, danseur, danseuse, mannequin, modèle pour les peintres, sculpteurs, photographes, instituts de beauté) ou de l'arrêt royal du 10 octobre 2000 ⁽¹⁵⁾ relatif aux conditions d'accès à certains emplois dans les services extérieurs de la Direction générale des établissements pénitentiaires du ministère de la justice qui permet que 60 % au moins du total des emplois impliquant une fonction de surveillance, soient réservés à des personnes du même sexe que celui des détenus dont elles assurent la surveillance. Adoptés sous les législations antérieures, ces arrêtés d'exécution restent en vigueur sous la nouvelle législation.

La directive 2002/73 prévoit que les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141 §4 du traité de Rome coordonné

pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes. Pour rappel, l'article 141, concerne des mesures spécifiques (actions positives) destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. Par ailleurs la déclaration n°28 annexée au traité dispose que les actions positives doivent viser avant tout à améliorer la situation des femmes.

La nouvelle loi confirme que les actions positives ne sont pas constitutives de discrimination et reprend la jurisprudence de la Cour de Justice. Les actions positives doivent dès lors remplir les 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;
- elle ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

Ici aussi, les arrêtés royaux adoptés précédemment restent en vigueur ⁽¹⁶⁾.

Conformément au droit communautaire, l'article 4 de la loi prévoit qu'une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une discrimination directe fondée sur le sexe. Néanmoins, la loi ne reprend pas les dispositions spécifiques relative à la protection de la maternité et de la paternité ⁽¹⁷⁾ que contient la directive 2002/73. Celle-ci vise d'une part la protection renforcée des femmes après leur congé de maternité (elles doivent

(12) *Moniteur belge* du 6 juin 2007.

(13) *Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations*, *Moniteur Belge*, 30 mai 2007, 2^{ème} édition, page 29031.

(14) *Arrêt du 27 avril 2006, affaire C-423/04, S.M. Richards c/ Secretary of State for Work and Pensions*, <http://www.curia.eu>. La Cour rappelle que le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine dont la Cour est tenue d'assurer le respect. Dès lors le champ d'application de la directive –ici 79/7– ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, cette directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe de l'intéressée.

(15) *Moniteur belge* du 13 octobre 2000, page 34705.

(16) *AR du 14 juillet 1987 pour le secteur privé et l'AR du 27 février 1990 pour le secteur public*.

(17) *Ni celles contenues dans 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*.

Les associations ont la possibilité d'ester en justice

retrouver le même emploi ou un emploi équivalent qui ne peut être moins favorable) et d'autre part la protection des pères contre le licenciement en cas d'utilisation du congé de paternité et d'adoption. Signalons, que le droit interne belge, ne protège contre le licenciement que les pères adoptifs qui utilisent le congé de paternité puisqu'aucune protection contre le licenciement n'est prévue dans l'article 30ter de la loi du 3 juillet 1978, qui accorde 10 jours aux pères salariés occupés sous contrat de travail.

Aspects procéduraux

Une des grandes avancées de cette loi relative à l'égalité entre les femmes et les hommes consiste en l'adoption de dispositifs de protection renforcés pour les victimes de discriminations. L'objectif à atteindre par ce nouveau dispositif est d'assurer aux victimes l'accès à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Ce prescrit du droit européen n'avait pas été correctement transposé en droit belge jusqu'à présent.

Conformément aux directives communautaires, la loi consacre le renversement de la charge de la preuve ou plus exactement de partage de la charge de la preuve⁽¹⁸⁾. Il appartient au plaignant de produire des faits ou tout autre élément de preuve susceptibles de faire naître une présomption de discrimination. Il appartiendra alors au défendeur de renverser cette présomption. Ce partage de la charge de la preuve a vocation à s'appliquer à toute procédure juridictionnelle visant la mise en œuvre de la loi – en ce compris les procédures ordinaires menées devant les juridictions civiles et les procédures devant le Conseil d'État – à l'exception des procédures pénales; néanmoins, le droit national peut se montrer plus généreux en transférant toute la charge de la preuve à la partie défenderesse.

Un autre dispositif de protection concerne les représailles dans les relations de travail et hors de celles-ci. Une personne qui introduit une action en discrimination contre son employeur sera protégée contre toutes représailles de sa

part. Ainsi, en cas de licenciement en représailles, la charge de la preuve appartient exclusivement à l'employeur. Ce dispositif de protection contre les représailles est imposé par le droit communautaire et s'applique aussi après la cessation de la relation de travail. Le système prévoit l'octroi d'une indemnisation - éventuellement forfaitaire - de la victime. La protection ainsi offerte s'étend également aux personnes qui interviennent en qualité de témoins des faits dénoncés.

Enfin, une dernière nouveauté importante introduite par cette nouvelle loi, concerne l'octroi d'une indemnité forfaitaire minimum aux victimes de discrimination.

Le droit européen impose que le préjudice subi par une personne lésée soit effectivement réparé ou indemnisé et que la sanction soit dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi. La compensation ou réparation ne peut être a priori limitée par un plafond maximal sauf dans les cas où l'employeur peut prouver que le seul dommage subi est le refus de prendre en considération sa demande d'emploi par exemple. Néanmoins, pour la victime la preuve d'un dommage n'est pas toujours synonyme de l'octroi de dommages et intérêts importants. C'est pourquoi le législateur introduit la possibilité pour la victime d'opter pour une indemnisation forfaitaire. Dans certaines circonstances déterminées, par exemple dans le cadre d'un refus discriminatoire d'embauche, la victime a la possibilité de demander à titre d'alternative à une indemnisation de droit commun, une indemnisation forfaitaire. Cette indemnité est fixée à un montant de 650 à 1300 euros (si le contrevenant ne peut prouver que le traitement défavorable aurait été adopté en l'absence de discriminations. En cas de discrimination dans le cadre des relations de travail, l'indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute et à trois mois si l'employeur démontre que le traitement défavorable

aurait également été adopté en l'absence de discrimination.

La victime est toujours 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 la loi.

Enfin signalons que conformément au droit communautaire, la loi belge donne aux associations qui, en vertu de leurs statuts, ont pour missions de lutter contre les discriminations la possibilité d'ester en justice. Cette nouvelle disposition permettra aux associations de femmes d'introduire une action au nom d'une femme victime de discrimination, moyennant l'accord préalable de celle-ci.

Conclusions

Globalement cette nouvelle loi apporte des éléments importants à la protection des victimes de discriminations en Belgique, en tout les cas dans les domaines de compétences au niveau fédéral. Néanmoins, dans le cadre de la transposition des directives européennes, et en particulier la 2002/73, on peut penser que la Belgique pourrait faire face à une procédure en manquement introduite par la Commission européenne devant la Cour de Justice pour la non prise en compte de l'ensemble des dispositions relatives à la protection de la maternité et paternité, pour l'exclusion du bénéfice de la loi et de ses mécanismes imposée aux travailleuses victimes de harcèlement sexuel ou sexué, et surtout en raison de la confusion qu'elle crée quant à la notion de distinction directe et indirecte.

(18) Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe, J.O.C.E., 20 janvier 1998.