

N° 5687⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI**portant:**

- 1. transposition de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 septembre 2002;**
- 2. modification du Code du Travail;**
- 3. modification de l'alinéa 1 de l'article 2 de la loi du 14 mars 1988 relative au congé d'accueil;**
- 4. modification de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(19.6.2007)

Par dépêche du 28 février 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail et de l'Emploi. La version du projet de loi transmise au Conseil d'Etat remplace celle qui lui avait été communiquée en date du 7 février 2007.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

L'absence d'un tableau de concordance entre le projet de loi et la directive a compliqué la lecture de ce texte plutôt complexe.

Les avis de la Chambre de travail et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur le projet de loi en cause ont été communiqués au Conseil d'Etat par dépêches respectivement du 13 avril 2007 et du 14 mai 2007.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifie la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, qui avait initialement été transposée en droit national par une loi du 8 décembre 1981.

A l'époque, le législateur avait opté pour l'établissement d'un cadre juridique général, s'appliquant tant aux secteurs privé que public, ainsi qu'aux professions indépendantes. Dans son avis du 4 juillet 2006 relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (*doc. parl. No 5583¹*), le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur d'une approche consistant à intégrer les changements apportés à la directive de base, dans la loi ayant trans-

posé cette directive. Or, la loi du 8 décembre 1981 a été abrogée erronément par la loi du 31 juillet 2006 portant introduction d'un Code du Travail, de sorte que le champ d'application de la directive 76/207/CEE a été restreint *ex post* par la loi nationale. Par l'intégration de la loi du 8 décembre 1981 au titre IV du Livre II du Code du travail, l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail n'est plus garantie que pour les seuls travailleurs du secteur privé, excluant ceux du secteur public et les travailleurs indépendants. Une telle réduction du niveau de protection de ces catégories de personnes est inacceptable d'un point de vue constitutionnel et contrevient au droit communautaire. Aussi importe-t-il de combler d'urgence le vide juridique créé par la loi du 31 juillet 2006.

Les auteurs du projet de loi prévoient de modifier la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat en intégrant une référence aux articles du Code du travail relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, alors qu'à défaut d'un tel renvoi il n'y aurait aucune trace de la directive 2002/73/CE dans le statut. Ils affirment „qu'afin de préserver une certaine approche homogène du secteur public, l'inscription de l'application des dispositions du Code du travail à modifier dans l'article 1er du statut (à la suite de l'article 1er *bis* reprenant les principes des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE) permettra de respecter la logique adoptée à l'époque par le législateur, à savoir l'établissement d'un cadre juridique général s'appliquant tant aux secteurs privé et public que pour les professions indépendantes et de se conformer aux observations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 4 juillet 2006“.

Dans le cadre de ses avis relatifs à la transposition de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, le Conseil d'Etat s'était longuement étendu sur la question concernant la création d'un cadre juridique général en matière d'égalité de traitement et il n'entend actuellement plus y revenir. Cependant, à défaut d'établissement d'un tel cadre général, le Conseil d'Etat se doit d'insister sur l'adoption d'une démarche qui, à l'instar de celle adoptée pour la transposition en droit national des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE précitées, englobera toutes les catégories de personnes visées par la directive 76/207/CEE telle que modifiée par la directive 2002/73/CE. Or, le dispositif proposé n'inclut ni les travailleurs indépendants compris dans le champ matériel de la directive pour ce qui est notamment de l'accès aux emplois et la formation professionnelle, de l'affiliation ou de l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ni les fonctionnaires communaux, de sorte qu'il y aura lieu de compléter le projet sous avis par des dispositions afférentes, faute de quoi le Conseil d'Etat se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel. Ce n'est que sous réserve de ces observations que le Conseil d'Etat procède à l'examen des articles.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Observation préliminaire

Suite aux observations développées sous les considérations générales, l'intitulé et la structure du projet de loi seront à adapter en conséquence. Au cas où le projet de loi gardera comme seul objet d'opérer des modifications à des textes en vigueur, il y aura lieu de faire précéder chaque acte qu'il s'agit de modifier d'un article numéroté en chiffres romains et de spécifier ensuite chaque modification en la numérotant par des chiffres arabes.

Article 1er

L'article 1er qui vise à modifier le Code du travail est à reformuler comme suit: „Le chapitre 1er du titre IV du Livre II du Code du travail est modifié comme suit: ...“. Chaque modification est à numéroter de la manière suivante: 1°, 2°, 3°.

L'article L. 241-1 du Code du travail a transposé en droit national l'article 1er, paragraphe 1er de la directive 76/207/CEE qui délimite le champ d'application de la directive. La directive 2002/73/CE ajoute à cet article un paragraphe 1er *bis* imposant aux Etats membres de tenir activement compte du principe de l'égalité entre femmes et hommes lorsqu'ils adoptent des dispositions, politiques et activités dans les domaines couverts par la directive. Elle ancre ainsi le concept du „gender mainstreaming“,

qui figure déjà à l'article 3, paragraphe 2 du Traité CE. Les auteurs du projet sous avis ne reprennent ni le contenu de l'actuel article L. 241-1 ni l'ajout concernant le concept du „gender mainstreaming“. Il est vrai qu'une telle disposition trouve sa place plutôt dans un dispositif créant un cadre juridique général, tel qu'il existait sous le régime de la loi du 8 décembre 1981. Néanmoins, le Conseil d'Etat s'interroge sur la conformité du texte proposé avec la directive.

La nouvelle section 1 introduite au chapitre 1er reprend les définitions de la directive. Le paragraphe 1er de l'article L. 241-1 sous examen s'applique à définir le „principe de l'égalité de traitement“ comme l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe. Même si ce libellé reproduit les termes de l'article L. 241-2, paragraphe 2 et se conforme à l'article 2 de la directive, le Conseil d'Etat estime qu'il y aura lieu de garder une certaine homogénéité dans le dispositif relatif à l'égalité de traitement. Tout en renvoyant à ses observations émises dans l'avis du 21 mars 2006 relatif au projet de loi transposant les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE en droit national (*doc. parl. No 5518³*), le Conseil d'Etat se prononce en faveur d'un alignement de ce paragraphe au paragraphe 1er de l'article L. 251-1. Aussi le paragraphe 1er de l'article L. 241-1 se lirait-il comme suit:

„(1) Toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial est interdite.“

Par conséquent, les termes „aux fins de la présente loi“ figurant au paragraphe 2 seront à remplacer par ceux de „aux fins du paragraphe 1er“.

Le paragraphe 2 reprend la définition de la discrimination indirecte telle qu'elle découle de la directive 2002/73/CE et dont le libellé correspond au paragraphe 2, point b) de l'article L. 251-1. Le Conseil d'Etat approuve cet alignement, mais attire l'attention des auteurs sur le fait que cette définition se rapportant à une discrimination fondée sur le sexe met en porte-à-faux le libellé de l'article L. 244-1, paragraphe 2 du Code du travail qui définit la discrimination indirecte dans le cadre de la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. En effet, à l'instar de la directive, la rédaction proposée n'exige plus la démonstration qu'une „proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe“ se trouve affectée. De même, la restriction inscrite au paragraphe 2 de l'article L. 244-1, relative aux „facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressé(e)s“ est abandonnée. Cette divergence entre les deux définitions crée une incertitude juridique qu'il importe de supprimer soit par l'adaptation de l'article L. 244-1, paragraphe 2 au nouveau libellé, soit par la suppression de ce paragraphe.

La loi du 28 novembre 2006 portant 1. transposition de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique; 2. transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; 3. modification du Code du travail et portant introduction dans le Livre II d'un nouveau titre V relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; 4. modification des articles 454 et 455 du Code pénal; 5. modification de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées innove en ce qu'elle reconnaît le harcèlement moral et sexuel en tant que forme de discrimination même en dehors des relations de travail et donne la possibilité à une victime d'un harcèlement d'introduire une action civile en réparation contre un comportement indésirable, lié à un des motifs énumérés dans la loi, qui porte atteinte à sa dignité ou crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Aux fins de cette loi, la notion de harcèlement ne se limite pas à des conduites répétées et abusives, mais se rapporte également à un comportement ou à un acte isolé s'il présente la gravité nécessaire. L'article L. 251-1 a repris cette définition dans son paragraphe 3 tout en renvoyant aux règles plus spécifiques relatives au harcèlement sexuel et moral sur les lieux de travail édictées par d'autres législations. Tant que le projet de loi modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail et la proposition de loi relative à la protection contre le harcèlement moral à l'occasion des relations de travail (*doc. parl. No 5241 et No 4979*) n'auront pas abouti, la seule définition du harcèlement actuellement applicable sur le lieu du travail est celle découlant des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE. Dans son avis du 15 novembre 2005 relatif au projet précité, le Conseil d'Etat avait insisté sur l'alignement de la définition du harcèlement moral avec celle découlant des directives.

Quant au harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail, il se trouve d'ores et déjà défini à l'article L. 245-2 du Code du travail. Le Conseil d'Etat estime qu'il est inconcevable que le harcèlement sexuel soit défini de manière divergente dans trois articles différents du Code du travail. Aussi recommande-t-il de s'en tenir à la seule définition contenue à l'article L. 245-2, quitte à l'adapter aux exigences de la directive.

L'article L. 241-2 sous avis circonscrit le champ d'applicabilité de la future loi. Dans un souci de cohérence, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de reprendre le libellé de l'article L. 251-2 du Code du travail, de sorte que l'article se lise comme suit:

„Art. L. 241-2. Le présent titre s'applique à tous les travailleurs dont les relations de travail sont régies par le statut d'ouvrier et d'employé privé tel qu'il résulte notamment du Titre II du Livre Premier du Code du travail, en ce qui concerne: ...“.

L'article 5 du projet vise plus spécifiquement les personnes tombant sous le statut général des fonctionnaires de l'Etat, de sorte que la référence au secteur public est superflue dans le cadre du présent article.

L'article L. 241-3 en projet a trait aux exceptions liées à la nature des emplois. Il est le pendant de l'article L. 252-1 du Code du travail et reformule l'actuel paragraphe 2 de l'article L. 241-3 d'une manière plus nuancée, en ajoutant que la caractéristique liée au sexe constitue non seulement une „condition déterminante“, mais une „exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée“. Cependant, si sous la législation actuelle seul un règlement grand-ducal, pris sur avis des chambres professionnelles compétentes et du Comité du travail féminin, peut préciser les cas pour lesquels une exception était autorisée, cette exigence est désormais supprimée. Reste donc à vérifier si la nouvelle formulation ne va finalement contribuer à affaiblir le principe de l'égalité plutôt que de le renforcer.

Le nouvel article L. 241-4 maintient le libellé actuel de l'article L. 241-2, paragraphe 2 en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la femme et notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité. Si le paragraphe 7 de la directive 2002/73/CE a également repris ce libellé, il ajoute cependant que tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination. Le législateur belge a repris cette formulation positive dans l'article 4, alinéa 4 de la loi du 7 mai 1999, affirmant que la protection de la maternité constitue une réalisation de l'égalité: „Les dispositions relatives à la protection de la grossesse et de la maternité ne constituent pas une discrimination, mais sont une condition pour la réalisation de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.“ Le Conseil d'Etat se prononce en faveur d'un tel libellé qui traduit mieux la corrélation égalité et protection de la maternité. Cet article figure d'ailleurs erronément sous la section 2 du projet de loi intitulé „Exigences professionnelles et mesures spécifiques“, car la protection de la grossesse et de la maternité ne constitue évidemment pas une mesure spécifique.

Le Conseil d'Etat constate que la section 2, contrairement à l'énoncé de son intitulé, ne comprend aucune disposition relative à des mesures spécifiques. De telles mesures figurent au paragraphe 2 de l'actuel article L. 241-2 et sont prévues par l'article L. 252-3 du Code du travail pour prévenir ou compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article L. 251-1, paragraphe 1er pour assurer la pleine égalité dans la pratique. Le paragraphe 8 de la directive comporte une formulation analogue, de sorte que le Conseil d'Etat estime qu'une disposition de la même teneur pourrait utilement compléter la section 2 sous rubrique, sans préjudice des dispositions figurant sous le chapitre III sur les actions positives.

Articles L. 241-5 à L. 241-7

La directive prévoit une série de mécanismes visant à contrecarrer les difficultés d'application, dont notamment l'amélioration de la défense des droits par un renforcement de l'accès à la justice. Le Conseil d'Etat approuve les dispositions renforçant tant le droit d'agir en justice des associations œuvrant dans le domaine de la discrimination que le droit des syndicats d'intervenir dans les procédures. Ces articles présentent le corollaire des dispositions prévues sous le chapitre „Défense des droits et voies de recours“ de la loi du 28 novembre 2006 sur l'égalité de traitement.

L'article L. 241-8 reprend le libellé de l'article L. 253-1 du Code du travail et intègre dans le Code une clause de protection pour les salariés qui portent plainte ou témoignent de discriminations fondées sur le sexe. Le Conseil d'Etat, tout en approuvant cette disposition, donne cependant à considérer que la directive ne vise pas uniquement les mesures de protection contre les rétorsions en matière de travail. Il déplore que les auteurs n'aient pas précisé les procédures à la disposition des victimes pour réclamer leurs droits (possibilité d'injonction visant à éviter la réalisation d'un acte de discrimination ou sa

répétition, astreinte, affichage) et il renvoie à ce sujet aux observations émises dans son avis du 7 décembre 2004 relatif aux projets de loi *No 5248* et *No 5249* concernant la transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

La directive aborde dans un nouveau paragraphe 2 à l'article 6 la question de la réparation du préjudice. Rappelant la jurisprudence développée par la Cour de Justice des Communautés européennes, la directive précise que la sanction pécuniaire doit être dissuasive et proportionnée au dommage subi et ne peut être limitée à un plafond maximal. L'article 8^{quinquies} renforce l'article 6, paragraphe 2 en imposant aux Etats membres de fixer des sanctions appropriées. Force est de constater que le projet sous avis ne contient aucune disposition relative aux formes de compensation possibles. Or, l'établissement de sanctions efficaces doit aller de pair avec un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective, comme le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de souligner dans ses avis mentionnés ci-dessus relatifs à la transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Le Conseil d'Etat estime que ni le libellé de l'article L. 241-8, alinéa 4, qui vise la seule hypothèse de la résiliation du contrat de travail ni celui du nouvel article L. 241-9, qui reprend principalement le contenu de l'article L. 241-6 du Code du travail, ne satisfont aux exigences de la directive et qu'il est indispensable de combler cette lacune dans le projet de loi.

La référence aux professions indépendantes est inappropriée dans le cadre du Code du travail et une disposition relative aux sanctions applicables devra figurer dans le dispositif applicable aux indépendants que les auteurs devront créer, conformément aux observations du Conseil d'Etat émises dans les considérations générales du présent avis.

Le contrôle de l'application de la loi prévu par l'article L. 241-10 rentre dans les attributions normales de l'Inspection du travail et des mines, voire, le cas échéant, de l'Administration de l'emploi. Le rappel de cette mission est superfétatoire dans le présent contexte et le Conseil d'Etat propose la suppression de cet article.

L'article L. 241-11 (L. 241-10 selon le Conseil d'Etat) reste inchangé par rapport à sa version actuelle et ne donne pas lieu à observation.

Article 2

Sans observation.

Article 3

La directive 2002/73/CE explicite „le maintien des droits liés au contrat de travail“ prévu par la directive 92/85/CEE et ajoute que l'intéressée doit bénéficier „de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence“. L'ajout proposé à l'article L. 332-3 du Code du travail ne donne pas lieu à observations.

Article 4

La directive prescrit aux Etats membres de faire accompagner les droits accordés en matière de congé de paternité ou d'adoption des mêmes garanties que celles accordées au congé de maternité. Par conséquent, la modification apportée à la loi du 14 mars 1988 relative au congé d'accueil et implicitement à l'article L. 234-57 du Code du travail s'impose.

Article 5

Le projet sous avis vise à étendre les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes insérées dans le Code du travail, aux personnes tombant sous l'application de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat. Le Conseil d'Etat s'étonne de cette façon de procéder, alors que lors de la transposition des deux directives 2000/43/CE et 2000/78/CE concernant l'égalité de traitement en droit national, il a été itérativement soutenu que, pour préserver l'unicité du statut de la Fonction publique, il était indispensable d'intégrer dans le statut les dispositions censées assurer la transposition des directives pour les salariés sous régime statutaire. Le Gouvernement insistait sur le fait que les deux secteurs obéissent à des logiques distinctes et que de ce fait deux projets de loi distincts devaient être prévus pour la transposition des directives (projet de loi modifiant la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, exposé des motifs, *doc.*

parl. No 5583). Le législateur a finalement adhéré à cette approche qui a été ancrée dans la loi du 29 novembre 2006 modifiant 1. la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat 2. la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux.

Le Conseil d'Etat a du mal à comprendre les raisons pour lesquelles cette démarche a été abandonnée pour la transposition de la directive concernant l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Dans un souci de cohérence et de transparence et pour éviter toute hiérarchisation entre les différents motifs de discrimination, il estime préférable d'adopter la même démarche pour tous les motifs de discrimination. D'ailleurs, les auteurs du projet de loi *No 5583* mentionné ci-dessus avaient initialement proposé un texte visant à intégrer les dispositions de la directive 2002/73/CE dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat, mais cette démarche unilatérale avait été critiquée par le Conseil d'Etat qui s'opposait à une transposition incomplète de la directive. Rien n'empêche cependant les auteurs à revenir actuellement à leur approche initiale et d'intégrer, parallèlement aux modifications du Code du travail, des dispositions analogues dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat et des fonctionnaires communaux.

Le simple renvoi aux articles du Code du travail prévu dans le projet soumis à l'avis du Conseil d'Etat aboutit à des incohérences qui mettent en danger la sécurité juridique. Un exemple frappant est celui des dispositions concernant le harcèlement moral et sexuel intégrées dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat, qui ont été modifiées par la loi du 29 novembre 2006 et qui sont sur le point d'être complétées par le biais d'un projet de loi *No 5656* modifiant la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat. Un renvoi supplémentaire aux dispositions du Code du travail en cette matière risque de provoquer un enchevêtrement inextricable des différentes normes juridiques applicables. D'ailleurs, la loi se doit d'indiquer de manière formelle et compréhensible les procédures applicables en matière de recours, ainsi que de définir de façon non équivoque les sanctions applicables en cas de non-observation des obligations prescrites. En l'espèce, le fait d'un renvoi par analogie ne saurait satisfaire à cette condition, car tant les procédures applicables au secteur public, que la compétence des juridictions, de même que les sanctions disciplinaires envisageables, diffèrent de manière significative par rapport au secteur privé.

Aussi le Conseil d'Etat se doit-il d'insister, sous peine d'opposition formelle, auprès des auteurs afin qu'ils revoient le dispositif prévu pour le secteur public.

Selon l'article *8bis* de la directive, les Etats membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur le sexe. Les auteurs estiment que cette disposition serait transposée en droit national par le biais de la loi du 28 novembre 2006 portant transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Le Conseil d'Etat reconnaît que l'article 9 de la prédite loi inclut la discrimination fondée sur le sexe. Il donne cependant à considérer que l'article 10 de la loi énumérant les missions du Centre pour l'égalité de traitement se limite aux discriminations visées à l'article 18 de la loi, ce qui n'inclut pas la discrimination fondée sur le sexe. En outre, aux termes de l'article *8bis*, point a), l'organisme visé doit apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination. Or, l'article 10 précité, n'offre pas cette possibilité. Aux fins d'une transposition correcte de la directive, le Conseil d'Etat insiste afin que la loi du 28 novembre 2006 soit complétée en conséquence.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 juin 2007.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

