



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 71.496/3
van 20 juni 2022

avis 71.496/3
du 20 juin 2022

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de wet van
10 mei 2007 ter bestrijding van
discriminatie tussen vrouwen en
mannen en van de wet van
16 december 2002 houdende
oprichting van het Instituut voor de
gelijkheid van vrouwen en
mannen'

un avant-projet de loi 'portant
modification de la loi du
10 mai 2007 tendant à lutter contre
la discrimination entre les femmes
et les hommes, et de la loi du
16 décembre 2002 portant création
de l'Institut pour l'égalité des
femmes et des hommes'

Op 11 mei 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Gendergelijkheid, Gelijke Kansen en Diversiteit, toegevoegd aan de Minister van Mobiliteit verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 16 juni 2022, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen en van de wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 juni 2022. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 juni 2022.

*

Le 11 mai 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Secrétaire d'État à l'Égalité des genres, à l'Égalité des chances et à la Diversité, adjointe au Ministre de la Mobilité à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 16 juin 2022, sur un avant-projet de loi 'portant modification de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 14 juin 2022. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 juin 2022.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de wijziging van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’ en van de wet van 16 december 2002 ‘houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen’. Die wijzigingen behelzen in hoofdzaak de invoering van het beschermd criterium “gezinsverantwoordelijkheden”.

Het voorontwerp strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ‘betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad’.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. De introductie van het begrip “beschermd criterium”

3. Het huidige artikel 4 van de wet van 10 mei 2007 stelt bepaalde vormen van onderscheid gelijk met een onderscheid op basis van geslacht. Artikel 4 van het voorontwerp vervangt die bepaling door de definitie van het begrip “beschermd criterium”. Doorheen de wet van 10 mei 2007 worden de meeste vermeldingen van geslacht vervangen door dat nieuwe begrip. Dat is evenwel niet gebeurd voor elke verwijzing naar (een onderscheid op grond van) geslacht, onder meer niet in de artikelen 9, 10 en 13 van de wet van 10 mei 2007. Het nieuw ontworpen artikel 4 van die wet voorziet niet meer in de gelijkstelling van het begrip geslacht met bepaalde andere gronden van onderscheid en het is onzeker of dat wel strookt met de bedoeling van de stellers van het voorontwerp. De memorie van toelichting bevat hierover alvast geen verduidelijking.

Overigens merkte de gemachtigde uit eigen beweging alvast op dat in artikel 16, § 1, van de wet van 10 mei 2007 het begrip “geslacht” alsnog moet worden vervangen door “een beschermd criterium” en dat het voorontwerp met een bepaling in die zin moet worden aangevuld.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

Het is dan ook raadzaam om het voorontwerp op dit punt aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen, met het oog op de interne coherentie van de te wijzigen wet, en desgevallend de memorie van toelichting aan te vullen met een verantwoording in het licht van het gelijkheidsbeginsel waarom in bepaalde onderdelen van die wet het nieuwe begrip “beschermd criterium” wordt gehanteerd en in andere onderdelen het begrip “geslacht” wordt gehanteerd, dat een beperktere draagwijdte krijgt dan nu het geval is.

B. Het begrip “gezinsverantwoordelijkheden”

4.1. Overeenkomstig het ontworpen artikel 4 van de wet van 10 mei 2007 wordt onder een beschermd criterium verstaan: “geslacht, zwangerschap, medisch begeleide voortplanting, bevalling, het geven van borstvoeding, moederschap, gezinsverantwoordelijkheden, genderidentiteit, genderexpressie, seksekenmerken en geslachtsverandering”. In vergelijking met de gelijkstellingen in het huidige artikel 4 ontbreken in deze opsomming de criteria adoptie, vaderschap en meemoederschap.²

Volgens de memorie van toelichting bij het voorontwerp is het de bedoeling dat die criteria onder het nieuwe criterium “gezinsverantwoordelijkheden” vallen:

“Dit criterium omvat de situatie van werknemers die een van de zorgverloven conform de Richtlijn 2019/1158/EU – met name het geboorteverlof, adoptieverlof, ouderschapsverlof, palliatief verlof, (mantel)zorgverlof, arbeidsverzuim wegens overmacht en flexibele werkregelingen – aanvragen of opnemen, maar ook andere verloven of loopbaanonderbrekingen met het motief zorg voor een kind of een familielid (zoals bijvoorbeeld tijdskrediet met zorgmotief) en meer in het algemeen alle werknemers die verantwoordelijk zijn voor hun afhankelijke kinderen en/of familieleden die duidelijk zorg of steun behoeven, ongeacht of ze hiervoor (willen) gebruik maken van een verlofstelsel. In het kader van adoptie vallen hier ook de eventuele afwezigheden in de loop van de adoptieprocedure onder.”

De gemachtigde verklaarde in dat verband nog het volgende:

“Het klopt inderdaad dat vaderschap, meemoederschap en adoptie niet langer als aparte met geslacht gelijkgestelde criteria worden vermeld in het ontwerp. Hier zijn verschillende redenen voor.

De term mee-moederschap was te eng aangezien niet enkel de door het Burgerlijk Wetboek beschouwde vaders en meemoeders recht hebben op geboorteverlof. Ook andere werknemers die voldoen aan de wettelijke voorwaarden gesteld door artikel 30 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten hebben recht op geboorteverlof. De term mee-moederschap was in die zin dan ook onvolledig.

Door het onderbrengen van de criteria vaderschap, meemoederschap en adoptie onder de overkoepelende term ‘gezinsverantwoordelijkheden’ vermijden we dat de lijst van beschermde criteria onwerkbaar zou worden. Op die manier worden daarenboven de verloven en de hieraan verbonden verantwoordelijkheden die in se genderneutraal zijn aangezien ze, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de moederschapsrust, open staan voor alle werknemers, ongeacht hun geslacht of statuut als moeder, vader of mee-ouder, in een overkoepelend criterium ondergebracht.”

² Huidig artikel 4, §§ 1 en 4, van de wet van 10 mei 2007.

Het criterium “gezinsverantwoordelijkheden” is een nieuw, vrij algemeen begrip, waarbij de vraag rijst wat er al dan niet onder moet worden verstaan. Volgens de zo-even geciteerde passage uit de memorie van toelichting is het begrip niet beperkt tot het gebruik van bepaalde verlofstelsel aangezien het “meer in het algemeen alle werknemers [omvat] die verantwoordelijk zijn voor hun afhankelijke kinderen en/of familieleden die duidelijk zorg of steun behoeven, ongeacht of ze hiervoor (willen) gebruik maken van een verlofstelsel”. In de memorie van toelichting wordt echter ook het volgende uiteengezet:

“Het begrip ‘gezinsverantwoordelijkheden’ in deze wet verwijst naar de situatie die zich voordoet wanneer personen verantwoordelijk zijn voor kinderen ten laste of die bij hen gedomicilieerd zijn, of familieleden die hulp of bijstand nodig hebben vanwege hun kwetsbaarheid of omwille van een situatie van afhankelijkheid.

Het doel is alleen die rechten te bestrijken die reeds beschermd zijn en deze die beschermd moeten worden in het licht van de omzetting van de richtlijn Work Life Balance.

Dit gaat zowel voor werknemers in de privé-sector en voor werknemers in de publieke sector en ook de zelfstandigen.

Dit omvat, de verlopen en regelingen die onder Belgisch recht bestaan voor respectievelijk ambtenaren, zelfstandigen en werknemers onder andere de situaties waarin geboorteverlof, adoptieverlof, ouderschapsverlof, zorgverlof, palliatief zorgverlof, mantelzorgverlof, gezinsverlof familiaal verlof, verlof om dwingende gezinsredenen en flexibele werkregelingen kunnen worden gevraagd of worden gevraagd.”

De gemachtigde verklaarde, wat betreft de drie zo-even vermelde criteria die voortaan deel uitmaken van het nieuwe criterium “gezinsverantwoordelijkheden” dat “het criterium ‘gezinsverantwoordelijkheden’ niet enkel [slaat] op de verlopen die bijvoorbeeld verbonden zijn aan vaderschap, meemoederschap en adoptie maar ook de verantwoordelijkheden die hierbij horen”.

Op de vraag wat onder “gezin” moet worden verstaan en of er bijvoorbeeld vereisten inzake verwantschap of woonplaats gelden, verklaarde de gemachtigde onder meer het volgende:

“Er is geen standaardvereiste van samenwonen, bloed- of aanverwantschap nodig ten einde van een gezinsverantwoordelijkheid te kunnen spreken. In de eerste plaats slaat het begrip ‘gezinsverantwoordelijkheden’ op de verschillende verlopen die hiermee worden beoogd en de toepassingsvoorwaarden die elke van deze verlopen stelt. (...)”

Wat de gezinsverantwoordelijkheden buiten de aanvraag of opname van verlopen betreft, is er evenmin een standaardvereiste van samenwonen aangezien bijvoorbeeld een ouder bepaalde verantwoordelijkheden kan hebben tegenover een kind, zonder dat deze onder hetzelfde dak wonen of het kind daar gedomicilieerd is. (...)”

De gemachtigde verklaarde voorts nog het volgende:

“Het is geenszins de bedoeling dat werknemers of zelfstandigen hun verantwoordelijkheid op het werk kunnen ontlopen en bijvoorbeeld vergaderingen niet bijwonen omdat ze hun kind moeten helpen bij het huiswerk. Het arbeidsrecht voorziet hier overigens geen verlof voor. Het is daarentegen wel de bedoeling om werknemers en zelfstandigen te beschermen tegen een benadeling omdat ze kinderen hebben, ze steun- of zorgbehoevende familieleden hebben of ze een verlof opnemen om voor kinderen of andere personen te zorgen.”

De gemachtigde verklaarde tot slot dat “het de bedoeling [is] om de verloven zoals die op heden bestaan in het sociaal recht te vatten alsook diegene die gecreëerd worden door de Richtlijn 2019/1158. Er ontstaan dus geen bijkomende rechten buiten deze in de Richtlijn 2019/1158.”

4.2. Het gegeven dat er op basis van de ontworpen bepalingen geen bijkomende rechten in de arbeidsverhoudingen worden toegekend, volstaat op zichzelf niet om de draagwijdte van het criterium “gezinsverantwoordelijkheden” in voldoende mate af te bakenen. De te wijzigen wet van 10 mei 2007 is in essentie immers een antidiscriminatiewet die onder meer gepaard gaat met strafrechtelijke sancties. Een voldoende duidelijke afbakening van dat criterium is dan ook noodzakelijk in het licht van het materiële legaliteitsbeginsel in strafzaken, vervat in de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet.

Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat het toepassingsgebied van de wet van 10 mei 2007 ruimer is dan arbeidsbetrekkingen.³

Het is bijgevolg van tweeën een. Indien het de bedoeling is dat het begrip “gezinsverantwoordelijkheden” samenvalt met het toepassingsgebied van bepaalde verlofstelsels die daarmee verband houden, moet dat uitdrukkelijk uit de ontworpen bepaling blijken. Ook moet worden verduidelijkt of enkel het daadwerkelijke gebruik van het verlofstelsel wordt beoogd, of dat het volstaat dat de betrokkene daar op basis van de geldende toepassingsvoorwaarden voor in aanmerking komt. Het is in elk geval raadzaam om, met het oog op de rechtszekerheid, te expliciteren welke verlofstelsels daar (minstens) onder vallen, of minstens op generieke wijze te verwijzen naar de bestaande verlofstelsels, zonder daarbij gewag te maken van specifieke regelgeving.

Indien het daarentegen de bedoeling is dat daarnaast ook andere vormen van “gezinsverantwoordelijkheden” worden beoogd dan enkel de voormelde verlofstelsels, moet dat eveneens duidelijker worden omschreven, zowel wat betreft het aspect “gezin” als het aspect “verantwoordelijkheden”.

In elk geval kan niet worden ingestemd met de zienswijze van de gemachtigde om zich te beperken tot een verklarende bepaling in de memorie van toelichting, gelet op het zo-even aangehaalde legaliteitsbeginsel. De omstandigheid dat de criteria in het huidige artikel 4 van de wet van 10 mei 2007 niet werden gedefinieerd, leidt niet tot een andere conclusie. In vergelijking met die begrippen is het begrip “gezinsverantwoordelijkheden” immers merklijk vager en gaat

³ Zie met name artikel 6 van de wet van 10 mei 2007.

het om een volledig nieuw begrip. Ook de omstandigheid dat het begrip “gezinsverantwoordelijkheid” voorkomt in het verdrag nr. 156 ‘betreffende gelijke kansen voor een gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers: werknemers met gezinsverantwoordelijkheid’, aangenomen door de Internationale Arbeidsconferentie tijdens haar zevenenzestigste zitting te Genève op 23 juni 1981,⁴ leidt niet tot een andere conclusie. De verplichting ten aanzien van “ieder Lid” om “zich in zijn nationale beleid ten doel [te stellen] personen met gezinsverantwoordelijkheid, die een betrekking vervullen of wensen te vervullen, in staat te stellen hun recht om zulks te doen uit te oefenen, zonder aan discriminatie te worden blootgesteld en, voor zover mogelijk, zonder dat de verantwoordelijkheid ten aanzien van hun werk in botsing komt met hun gezinsverantwoordelijkheid” ontslaat de wetgever er immers niet van in de interne rechtsorde een duidelijk juridisch kader met afgebakende begrippen tot stand te brengen.

C. De gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2019/1158

5. Het voorontwerp strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2019/1158. Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde concordantietabel blijkt dat meer bepaald de omzetting van de artikelen 10, 11 en 13 tot 15 van de richtlijn worden beoogd. Zelfs van deze bepalingen lijkt het voorontwerp evenwel niet in een volledige omzetting te voorzien. Zo luidt artikel 10, lid 3, van richtlijn (EU) 2019/1158 als volgt:

“De lidstaten stellen de regeling vast die gedurende het in de artikelen 4, 5 en 6 bedoelde verlof of het in artikel 7 bedoelde arbeidsverzuim op de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking van toepassing is, met inbegrip van de rechten op socialezekerheidsuitkeringen, waaronder pensioenbijdragen, en waarborgen daarbij dat de arbeidsverhouding tijdens bedoeld verlof blijft bestaan.”

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De omzetting van deze bepaling wordt niet geregeld door onderhavig ontwerp. Ter informatie geven wij u graag de verduidelijking mee die wij ontvingen van de FOD WASO:

‘Het recht op geboorteverlof (het bestaande artikel 30, § 2), zorgverlof (nieuwe paragraaf 2 van het bestaande artikel 30bis, zoals voorzien door artikel 7 van het voormeld voorontwerp van wet) en verlof wegens dwingende redenen (het bestaande artikel 30bis, dat overeenkomstig voormeld voorontwerp van wet zal worden ondergebracht in een nieuwe § 1) zoals geregeld in de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten maken arbeidsrechtelijk een schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst uit. Hetzelfde geldt voor de volledige onderbreking van de beroepsloopbaan in het kader van het recht op ouderschapsverlof (zie o.a. art. 100 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen). Tijdens een vermindering van de arbeidsprestaties in het kader van het recht op ouderschapsverlof heeft de werknemer die is tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst het statuut van deeltijdse werknemer.

⁴ Zie de wet van 11 juni 1987 ‘houdende goedkeuring van het Verdrag nr 156 betreffende gelijke kansen voor een gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers: werknemers met gezinsverantwoordelijkheid, aangenomen te Genève op 23 juni 1981, door de Internationale Arbeidsconferentie tijdens haar zevenenzestigste zitting’.

Hij is dan m.a.w. tewerkgesteld op grond van een deeltijdse arbeidsregeling vastgesteld overeenkomstig artikel 11bis van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst (zie art. 105 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen).’

De regeling inzake de rechten op sociale zekerheidsuitkeringen wordt evenmin geregeld door onderhavig ontwerp. We dienen u in deze te verwijzen naar de FOD Sociale Zaken en de Federale Pensioendienst.”

Naast het om advies voorgelegde voorontwerp heeft de Raad van State, wat de omzetting van richtlijn (EU) 2019/1158 betreft, op heden kennis van:

- een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot gedeeltelijke omzetting van de Richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad’, waarover op 7 juni 2022 advies 71.475/1 is gegeven;
- een voorontwerp van wet ‘tot gedeeltelijke omzetting van de Richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers, en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad en tot regeling van een aantal andere aspecten op het vlak van de verlopen’, waarover op 17 juni 2022 advies 71.471/1 is gegeven.

In het kader van adviesaanvraag 71.475/1 verklaarde de in dat dossier aangeduide gemachtigde overigens dat “de federale overheid er ook [dient] voor te zorgen dat de diverse rechtspositieregelingen die onder haar bevoegdheid vallen, tijdig worden aangepast teneinde conform te zijn met de betrokken richtlijn”.

Ook de deelstaten zullen binnen hun eigen bevoegdheden de nodige omzettingsmaatregelen moeten nemen.

De Raad van State verwijst naar wat daarover reeds in advies 71.475/1 is uiteengezet:

“In artikel 20, lid 1, van richtlijn (EU) 2019/1158 wordt bepaald dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om op uiterlijk 30 juli 2020 aan de richtlijn te voldoen en dat zij de Europese Commissie daarvan onverwijld in kennis stellen. Overeenkomstig artikel 20, lid 4, van de richtlijn dienen de lidstaten aan de Europese Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van intern recht mee te delen die zij op het onder de richtlijn vallende gebied vaststellen.

Het nemen van maatregelen ter omzetting van de meermaals genoemde richtlijn op het gehele grondgebied en vervolgens het meedelen van voldoende duidelijke en nauwkeurige inlichtingen met betrekking tot de aldus genomen maatregelen dient *in casu* een bijzonder aandachtspunt uit te maken gelet op, enerzijds, de bevoegdheidsverdelende regels die tot gevolg hebben dat het omzetten van de betrokken richtlijn zaak is van diverse overheden binnen de federale staatsstructuur en, anderzijds, het gegeven dat de omzetting van de richtlijn alleen al op het federale niveau zal gebeuren door middel van verschillende normatieve teksten.

Het bepaalde in artikel 206, lid 3, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ moet in herinnering worden gebracht. In dit artikel wordt voor de Europese Commissie in de mogelijkheid voorzien om het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een lidstaat te veroordelen tot betaling van een forfaitaire som of een dwangsom wanneer de betrokken lidstaat ‘zijn verplichting tot mededeling van maatregelen ter omzetting van een volgens een wetgevingsprocedure aangenomen richtlijn niet is nagekomen’. In het arrest in de zaak Commissie v. België van 8 juli 2019 heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie hieromtrent geoordeeld dat op de lidstaten de verplichting rust om voldoende duidelijke en nauwkeurige inlichtingen over de maatregelen ter omzetting van een richtlijn te verstrekken, waaruit blijkt dat alle bepalingen van de richtlijn op hun volledige grondgebied worden omgezet, en om, in voorkomend geval vergezeld van een concordantietabel, uiteen te zetten met welke nationale bepaling of bepalingen elk van de bepalingen van de richtlijn wordt omgezet.⁵”

Het actueel voorliggende voorontwerp onderstreept het belang om hieraan bijzondere aandacht te besteden.

D. De genderinclusieve spelling

6. In de ontworpen bepalingen wordt de zogenaamde genderinclusieve spelling gehanteerd. De Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 19/1 van de wet van 10 mei 2007 (artikel 10 van het voorontwerp) vermeldt de term “de werkne.em.st.er” en de Franse tekst de term “le-la travailleur-se”. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Ons inziens brengt dit de leesbaarheid van de teksten niet in het gedrang, zeker gezien het feit dat de inclusieve spelling de gendergelijkheid ten goede komt. Bovendien heeft de genderinclusieve spelling geen invloed op de doorzoekbaarheid van de tekst aangezien die niet raakt aan de trefwoorden waarmee wordt gezocht naar regelgeving over genderdiscriminatie. De inclusieve spelling raakt immers niet de thema’s of concepten van het discriminatierecht, maar enkel de personen.”

In regelgeving is het niet gangbaar om dergelijke termen te gebruiken. Het spreekt vanzelf dat met de term “de werknemer” naast mannelijke ook vrouwelijke, transgender en non-binaire personen worden bedoeld.⁶ Het gebruik van deze vorm van genderinclusieve spelling gaat bovendien ten nadele van de leesbaarheid van de tekst en zou zelfs in bepaalde gevallen

⁵ Voetnoot 1 van het geciteerde advies: HvJ 8 juli 2019, *Commissie v. België*, C-543/17, ECLI:EU:C:2019:573, punt 59.

⁶ Overigens wordt die genderinclusieve spelling in het voorontwerp niet op coherente wijze gehanteerd, want in de voormelde ontworpen bepaling wordt gewag gemaakt van ‘werkgever’.

kunnen leiden tot *a contrario*-redeneringen. Genderinclusief taalgebruik⁷ kan ook in regelgeving worden nagestreefd, maar leesbaarheid is daarbij ook een aandachtspunt,⁸ dat onvoldoende in acht wordt genomen met de voormelde term. In elk geval is een gecoördineerde aanpak verkieslijk, minstens op het federale niveau, veeleer dan dergelijke *ad hoc*-initiatieven.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

7. In het ontworpen artikel 2 van de wet van 10 mei 2007 moet worden aangegeven in welke gevallen het gaat om de gedeeltelijke omzetting van de betrokken richtlijnen, zoals dat onder meer het geval is voor richtlijn (EU) 2019/1158.

Artikel 10

8. De gemachtigde bevestigde dat het ontworpen artikel 19/1 van de wet van 10 mei 2007 moet worden ingevoegd in hoofdstuk I van titel III en niet de eerste bepaling wordt van hoofdstuk II van die titel. Dit moet worden gepreciseerd in de inleidende zin van artikel 10 van het voorontwerp.

9. In de paragrafen 1 tot 3 van het ontworpen artikel 19/1 van de wet van 10 mei 2007 wordt verwezen naar enkele specifieke verlofstelsels en naar “een ander verlof in het kader van gezinsverantwoordelijkheden”. Op de vraag welke andere verloven worden bedoeld, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“In artikel 10 van het voorontwerp werd wederom gekozen om geen opsomming van verloven op te nemen, gelet op mogelijke aanpassingen van de regelgeving en maatschappelijke en sociologische evoluties in de toekomst. Bovendien willen we vermijden dat er tussen de verschillende stelsels een onderscheid wordt gemaakt op vlak van de beschermingsgraad, niettegenstaande de verloven dezelfde finaliteit hebben, namelijk zorg of steun voor familieleden.”

Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 4.2, moet worden geëxpliciteerd welke verlofstelsels worden beoogd. De mogelijkheid van toekomstige wijzigingen ontslaat de wetgever niet van de verplichting om een duidelijk en rechtszeker kader tot stand te brengen. Op die manier wordt het risico op een onderscheid op het vlak van beschermingsgraad overigens net beperkt.

10. Het ontworpen artikel 19/1, § 4, van de wet van 10 mei 2007 bepaalt dat het slachtoffer van een inbreuk op de paragrafen 1 tot 3 een forfaitaire schadevergoeding “kan” vorderen overeenkomstig artikel 23, § 2, van dezelfde wet. Op de vraag of het de bedoeling is dat enkel een forfaitaire vergoeding kan worden gevorderd, dan wel het slachtoffer de keuze te laten

⁷ Zie Federaal Netwerk Diversiteit, *Tips voor genderinclusief schrijven*, 2022, 16 p.

⁸ *Ibid.*, 6 en 9-10.

tussen die forfaitaire aansprakelijkheidsregeling en de gewone (buiten)contractuele aansprakelijkheidsregeling, naar analogie van artikel 23, § 1, van dezelfde wet, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Het is inderdaad niet de bedoeling dat een slachtoffer van een inbreuk op diens arbeidsrechten niet dezelfde keuzevrijheid zou hebben als andere slachtoffers van een discriminatie. Om die reden is het inderdaad aangewezen om het woord ‘forfaitaire’ te schrappen in zowel artikel 10 als 11 van het ontwerp en dusdanig te verwijzen naar een schadevergoeding zoals bepaald in artikel 23 §2 van de Genderwet. Op die manier kan het slachtoffer in dat kader ook kiezen tussen een forfaitaire schadevergoeding of een vergoeding van de reële schade.”

Aangezien artikel 23, § 2, van de wet van 10 mei 2007 uitsluitend de forfaitaire schadevergoeding betreft, volstaat het niet om het woord “forfaitaire” te schrappen in het ontworpen artikel 19/1, § 4. Ook de verwijzing naar artikel 23 moet worden aangepast.

Artikel 20

11. Krachtens het huidige artikel 4, 6°, van de wet van 16 december 2002 is het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (hierna: het Instituut) onder meer bevoegd om:

“in recht[e] op te treden in de rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, van het hoofdstuk Vbis van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werken en van de strafwetten en andere wetten die specifiek tot doel hebben de gelijkheid van vrouwen en mannen te waarborgen, aanleiding kan geven.”

Artikel 20 van het voorontwerp strekt ertoe dit punt te vervangen door de volgende bepaling:

“in rechte op te treden in de rechtsgeschillen die verband houden met de wettelijke opdracht van het Instituut zoals omschreven in artikel 3 van deze wet. Wanneer het slachtoffer een geïdentificeerd natuurlijk persoon of rechtspersoon is, is een vordering namens dit slachtoffer enkel ontvankelijk met diens instemming, met de instemming van diens wettelijke vertegenwoordigers of van diens rechthebbenden, behalve wanneer de vordering tegen hen is gericht. Voor een vordering van het Instituut in eigen naam is geen instemming van een geïdentificeerd slachtoffer vereist.”⁹

De gemachtigde verklaarde dat de ontworpen wijziging tot doel heeft “om de voorwaarde van instemming met de rechtsovereenkomst van het Instituut te uniformiseren en te verduidelijken. Momenteel varieert deze voorwaarde naar gelang van de specifieke wetgeving die van toepassing is op het geschil dat aanleiding geeft tot de vordering.”

⁹ Gelet op deze ruimere omschrijving heft artikel 21 van het voorontwerp artikel 4, 6°/1, van de wet van 16 december 2002 op. Krachtens die bepaling is het Instituut thans bevoegd om “in rechte op te treden voor elk misdrijf bedoeld in de artikelen 371/1 en 371/2 van het Strafwetboek, met toestemming van het slachtoffer of van zijn rechtsopvolgers”.

Dat neemt niet weg dat artikel 36 van de wet van 10 mei 2007, dat door het voorliggende voorontwerp niet wordt gewijzigd, als volgt luidt:

“Wanneer het slachtoffer van de discriminatie een geïdentificeerd natuurlijk persoon of rechtspersoon is, is de vordering van het Instituut en de belangenverenigingen alleen ontvankelijk als zij aantonen dat zij de instemming van het slachtoffer hebben gekregen.”

Artikel 36 van de wet van 10 mei 2007 en artikel 4, 6°, van de wet van 16 december 2002 blijven bijgevolg naast elkaar bestaan, terwijl zij een deels afwijkende regeling bevatten. Zo voorziet artikel 36 van de wet van 10 mei 2007 niet in uitzonderingen op de instemmingsverplichting, terwijl dat in het ontworpen artikel 4, 6°, van de wet van 16 december 2002 wel het geval is. Daarnaast geldt de voorwaarde van de instemming krachtens artikel 36 van de wet van 10 mei 2007 in alle gevallen “[w]anneer het slachtoffer van de discriminatie een geïdentificeerd natuurlijk persoon of rechtspersoon is” – en dus ook indien het Instituut in dat geval een vordering in eigen naam instelt –, terwijl dat krachtens het ontworpen artikel 4, 6°, van de wet van 16 december 2002 niet het geval is.

De verhouding tussen deze twee bepalingen moet bijgevolg worden herbekeken om ze op elkaar af te stemmen.

In zoverre de twee bepalingen behouden blijven, verdient het aanbeveling om, minstens in de memorie van toelichting, te verduidelijken hoe de uitzonderingen op de instemmingsvoorwaarde moeten worden toegepast, bijvoorbeeld wat betreft een meningsverschil tussen verschillende rechthebbenden of wanneer er meerdere wettelijke vertegenwoordigers zijn en de vordering tegen één van hen is gericht. Daarbij wordt ter overweging gegeven dat het bestaan van de voorwaarde van de instemming van het slachtoffer een van de elementen was op grond waarvan het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat de bevoegdheid van het Instituut om in rechte te treden, geen schending uitmaakte van het gelijkheidsbeginsel.¹⁰

*

¹⁰ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.98-B.99.3.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' et la loi du 16 décembre 2002 'portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes'. Ces modifications impliquent principalement l'introduction du critère protégé « responsabilités familiales ».

L'avant-projet tend à transposer partiellement la directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 'concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Introduction de la notion de « critère protégé »

3. L'actuel article 4 de la loi du 10 mai 2007 assimile certaines formes de distinction à une distinction fondée sur le sexe. L'article 4 de l'avant-projet remplace cette disposition par la définition de la notion de « critère protégé ». Dans l'ensemble de la loi du 10 mai 2007, la plupart des références au sexe sont remplacées par cette nouvelle notion. Tel n'a toutefois pas été le cas pour toutes les références au sexe (ou à une distinction fondée sur le sexe), et notamment pas pour celles figurant dans les articles 9, 10 et 13 de la loi du 10 mai 2007. Le nouvel article 4 en projet de cette loi ne prévoit plus d'assimiler la notion de sexe à certains autres motifs de distinction et il n'est pas certain que cela corresponde bien à l'intention des auteurs de l'avant-projet. L'exposé des motifs n'apporte en tout cas aucune précision sur ce point.

Par ailleurs, le délégué a déjà constaté par lui-même que la notion de « sexe » figurant à l'article 16, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 doit encore être remplacée par « un critère protégé » et que l'avant-projet doit être complété par une disposition en ce sens.

Il est dès lors recommandé de réexaminer l'avant-projet sur ce point en vue d'assurer la cohérence interne de la loi dont la modification est envisagée et le cas échéant de compléter l'exposé des motifs en indiquant, au regard du principe d'égalité, pourquoi il est fait mention dans certaines parties de cette loi de la nouvelle notion de « critère protégé » et dans

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

d'autres parties, de la notion de « sexe », dont la portée devient plus restreinte qu'elle ne l'est actuellement.

B. Notion de « responsabilités familiales »

4.1. Conformément à l'article 4 en projet de la loi du 10 mai 2007, il faut entendre par critère protégé : « le sexe, la grossesse, la procréation médicalement assistée, l'accouchement, l'allaitement, la maternité, les responsabilités familiales, l'identité de genre, l'expression de genre, les caractéristiques sexuelles et le changement de sexe ». Par rapport aux assimilations prévues dans l'actuel article 4, les critères d'adoption, de paternité et de comaternité font défaut dans cette énumération ².

Selon l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet, l'intention est de faire en sorte que ces critères relèvent du nouveau critère « responsabilités familiales » :

« Ce critère couvre la situation des travailleur-se-s qui demandent ou prennent l'un des congés prévus par la directive 2019/1158/UE – notamment le congé de naissance, le congé d'adoption, le congé parental, le congé palliatif, le congé d'aidant proche, l'absence pour raisons de force majeure et les formules souples de travail –, mais aussi d'autres congés ou interruptions de carrière ayant pour motif de s'occuper d'un enfant ou d'un membre de la famille (comme le crédit-temps pour raison de soins) et, plus généralement, tou-te-s les travailleur-se-s qui ont des responsabilités à l'égard de leurs enfants à charge et/ou d'autres membres de leur famille qui ont manifestement besoin de leurs soins ou de leur soutien, qu'ils aient ou non recours à un régime de congé à cette fin. Dans le contexte de l'adoption, cela inclut également toute absence au cours de la procédure d'adoption. »

Le délégué a encore déclaré à cet égard ce qui suit :

« Het klopt inderdaad dat vaderschap, meemoederschap en adoptie niet langer als aparte met geslacht gelijkgestelde criteria worden vermeld in het ontwerp. Hier zijn verschillende redenen voor.

De term mee-moederschap was te eng aangezien niet enkel de door het Burgerlijk Wetboek beschouwde vaders en meemoeders recht hebben op geboorteverlof. Ook andere werknemers die voldoen aan de wettelijke voorwaarden gesteld door artikel 30 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten hebben recht op geboorteverlof. De term mee-moederschap was in die zin dan ook onvolledig.

Door het onderbrengen van de criteria vaderschap, meemoederschap en adoptie onder de overkoepelende term 'gezinsverantwoordelijkheden' vermijden we dat de lijst van beschermde criteria onwerkbaar zou worden. Op die manier worden daarenboven de verloven en de hieraan verbonden verantwoordelijkheden die in se genderneutraal zijn aangezien ze, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de moederschapsrust, open staan voor alle werknemers, ongeacht hun geslacht of statuut als moeder, vader of mee-ouder, in een overkoepelend criterium ondergebracht. »

Le critère « responsabilités familiales » constituant une notion nouvelle et plutôt générale, la question se pose de savoir ce qu'il recouvre ou pas. Selon l'extrait de l'exposé des motifs cité ci-dessus, la notion ne se limite pas à viser un régime de congé déterminé dès lors

² Actuel article 4, §§ 1^{er} et 4, de la loi du 10 mai 2007.

qu'elle englobe « plus généralement, tou-te-s les travailleur-se-s qui ont des responsabilités à l'égard de leurs enfants à charge et/ou d'autres membres de leur famille qui ont manifestement besoin de leurs soins ou de leur soutien, qu'ils aient ou non recours à un régime de congé à cette fin ». L'exposé des motifs précise toutefois aussi ce qui suit :

« La notion de 'responsabilités familiales' dans la présente loi fait référence à la situation qui se produit lorsque des personnes sont responsables d'enfants à leur charge ou résident à leur domicile, ou encore de membres de la famille qui ont besoin d'aide ou d'assistance, en raison de leur vulnérabilité ou en situation de dépendance.

Le but est de couvrir uniquement les droits qui sont déjà protégés et ceux qui doivent l'être au regard de la transposition de la directive work life balance.

Cela vise aussi bien les travailleurs du secteur privé, que ceux du secteur public et les indépendants.

Cela comprend, les congés et régimes qui existent en droit belge respectivement pour les fonctionnaires, les indépendants et les salariés entre autre, la situation dans laquelle il peut être demandé ou bien dans laquelle il est demandé les congés de naissance, d'adoption, un congé parental, un congé d'aidant, un congé pour soins palliatifs, congé de soins, congé d'assistance médical, un congé d'aidant proche, un congé familial, un congé pour raisons familiale impérieuses (force majeure), et des formules souples de travail. »

En ce qui concerne les trois critères précités, qui sont désormais englobés dans le nouveau critère « responsabilités familiales », le délégué a déclaré que « het criterium 'gezinsverantwoordelijkheden' niet enkel [slaat] op de verloven die bijvoorbeeld verbonden zijn aan vaderschap, meemoederschap en adoptie maar ook de verantwoordelijkheden die hierbij horen ».

À la question de savoir ce qu'il faut entendre par « famille » et si, par exemple, des exigences en matière de parenté ou de domicile s'appliquent, le délégué a notamment répondu ce qui suit :

« Er is geen standaardvereiste van samenwonen, bloed- of aanverwantschap nodig ten einde van een gezinsverantwoordelijkheid te kunnen spreken. In de eerste plaats slaat het begrip 'gezinsverantwoordelijkheden' op de verschillende verloven die hiermee worden beoogd en de toepassingsvoorwaarden die elke van deze verloven stelt. (...) »

Wat de gezinsverantwoordelijkheden buiten de aanvraag of opname van verloven betreft, is er evenmin een standaardvereiste van samenwonen aangezien bijvoorbeeld een ouder bepaalde verantwoordelijkheden kan hebben tegenover een kind, zonder dat deze onder hetzelfde dak wonen of het kind daar gedomicilieerd is. (...) »

Le délégué a en outre déclaré ce qui suit :

« Het is geenszins de bedoeling dat werknemers of zelfstandigen hun verantwoordelijkheid op het werk kunnen ontlopen en bijvoorbeeld vergaderingen niet bijwonen omdat ze hun kind moeten helpen bij het huiswerk. Het arbeidsrecht voorziet hier overigens geen verlof voor. Het is daarentegen wel de bedoeling om werknemers en zelfstandigen te beschermen tegen een benadeling omdat ze kinderen hebben, ze steun- of zorgbehoevende familieleden hebben of ze een verlof opnemen om voor kinderen of andere personen te zorgen. »

Enfin, le délégué a apporté la précision suivante : « het [is] de bedoeling om de verloven zoals die op heden bestaan in het sociaal recht te vatten alsook diegene die gecreëerd worden door de Richtlijn 2019/1158. Er ontstaan dus geen bijkomende rechten buiten deze in de Richtlijn 2019/1158. »

4.2. Le fait que les dispositions en projet n'accordent aucun droit complémentaire dans le cadre des relations de travail, ne suffit pas en soi pour délimiter suffisamment la portée du critère « responsabilités familiales ». En effet, la loi du 10 mai 2007 à modifier est essentiellement une loi anti-discrimination qui s'accompagne notamment de sanctions pénales. Une délimitation suffisamment claire de ce critère est dès lors nécessaire au regard du principe de légalité matérielle en matière pénale, consacré par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution.

En outre, il convient d'ailleurs de noter que le champ d'application de la loi du 10 mai 2007 va au-delà des relations de travail ³.

Dès lors, de deux choses l'une : si l'intention est de faire coïncider la notion de « responsabilités familiales » avec le champ d'application de certains régimes de congé qui y sont liés, il convient de l'indiquer explicitement dans la disposition en projet. Il faut également préciser si seul le recours effectif au régime de congé est envisagé ou qu'il suffit que l'intéressé y ait droit sur la base des conditions d'application en vigueur. Il est en tout cas conseillé d'indiquer, dans un souci de sécurité juridique, quels régimes de congé en relèvent (à tout le moins), ou au moins de faire référence de manière générique aux régimes de congé existants, sans mentionner de réglementation spécifique.

Si, par contre, l'intention est de viser en outre d'autres formes de « responsabilités familiales » que les seuls régimes de congé précités, il faudra les définir aussi plus clairement tant pour ce qui est de l'aspect « famille » que de l'aspect « responsabilités ».

En tout cas, on ne peut se rallier au point de vue du délégué, consistant à se limiter à une disposition explicative dans l'exposé des motifs, eu égard au principe de légalité précité. Le fait que les critères mentionnés dans l'actuel article 4 de la loi du 10 mai 2007 n'ont pas été définis, ne conduit pas à une conclusion différente. Par rapport à ces notions, celle de « responsabilités familiales » est en effet nettement plus vague et il s'agit d'une notion tout à fait neuve. En outre, le fait que la notion de « responsabilité familiale » figure dans la Convention n° 156 'concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, adoptée à Genève, le 23 juin 1981, par la Conférence internationale du Travail lors de sa soixante-septième Session' ⁴, ne conduit pas à une autre conclusion. L'obligation pour « chaque Membre » « de [viser], parmi ses objectifs de politique nationale, (...) à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d'exercer leur droit de l'occuper ou de l'obtenir sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs

³ Voir notamment l'article 6 de la loi du 10 mai 2007.

⁴ Voir la loi du 11 juin 1987 'portant approbation de la Convention n° 156 concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, adoptée à Genève, le 23 juin 1981, par la Conférence internationale du Travail lors de sa soixante-septième Session'.

responsabilités professionnelles et familiales » ne dispense en effet pas le législateur d'établir un cadre juridique clair doté de notions bien définies dans l'ordre juridique interne.

C. Transposition partielle de la directive (UE) 2019/1158

5. L'avant-projet a pour objet de transposer partiellement la directive (UE) 2019/1158. Il ressort du tableau de concordance joint à la demande d'avis qu'il vise plus spécifiquement la transposition des articles 10, 11 et 13 à 15 de la directive. Toutefois, mêmes ces dispositions ne semblent pas être complètement transposées dans l'avant-projet. Ainsi, l'article 10, paragraphe 3, de la directive (UE) 2019/1158 s'énonce comme suit :

« Les États membres définissent le statut du contrat de travail ou de la relation de travail pour la période de congé prévue aux articles 4, 5 et 6 ou de l'absence du travail prévue à l'article 7, y compris en ce qui concerne les droits aux prestations de sécurité sociale, parmi lesquels les contributions au régime des pensions, tout en faisant en sorte que la relation de travail soit maintenue pendant cette période ».

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De omzetting van deze bepaling wordt niet geregeld door onderhavig ontwerp. Ter informatie geven wij u graag de verduidelijking mee die wij ontvingen van de FOD WASO:

'Het recht op geboorteverlof (het bestaande artikel 30, § 2), zorgverlof (nieuwe paragraaf 2 van het bestaande artikel 30bis, zoals voorzien door artikel 7 van het voormeld voorontwerp van wet) en verlof wegens dwingende redenen (het bestaande artikel 30bis, dat overeenkomstig voormeld voorontwerp van wet zal worden ondergebracht in een nieuwe § 1) zoals geregeld in de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten maken arbeidsrechtelijk een schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst uit. Hetzelfde geldt voor de volledige onderbreking van de beroepsloopbaan in het kader van het recht op ouderschapsverlof (zie o.a. art. 100 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen). Tijdens een vermindering van de arbeidsprestaties in het kader van het recht op ouderschapsverlof heeft de werknemer die is tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst het statuut van deeltijdse werknemer. Hij is dan m.a.w. tewerkgesteld op grond van een deeltijdse arbeidsregeling vastgesteld overeenkomstig artikel 11bis van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst (zie art. 105 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen).'

De regeling inzake de rechten op sociale zekerheidsuitkeringen wordt evenmin geregeld door onderhavig ontwerp. We dienen u in deze te verwijzen naar de FOD Sociale Zaken en de Federale Pensioendienst ».

En ce qui concerne la transposition de la directive (UE) 2019/1158, le Conseil d'État connaît actuellement, outre l'avant-projet soumis pour avis, l'existence des projets suivants :

- un projet d'arrêté royal 'transposant partiellement la Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie

privée des parents et des aidants et abrogeant la Directive 2010/18/UE du Conseil', sur lequel l'avis 71.475/1 a été donné le 7 juin 2022;

- un avant-projet de loi 'transposant partiellement la Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la Directive 2010/18/UE du Conseil et réglementant certains autres aspects relatifs aux congés', sur lequel l'avis 71.471/1 a été donné le 17 juin 2022.

En outre, dans le cadre de la demande d'avis 71.475/1, le délégué désigné dans ce dossier a déclaré que « de federale overheid er ook [dient] voor te zorgen dat de diverse rechtspositieregelingen die onder haar bevoegdheid vallen, tijdig worden aangepast teneinde conform te zijn met de betrokken richtlijn ».

Les entités fédérées devront elles aussi prendre les mesures de transposition nécessaires dans leur sphère de compétence propre.

Le Conseil d'État renvoie à ce qui a déjà été exposé à ce sujet dans l'avis 71.475/1 :

« L'article 20, paragraphe 1, de la directive (UE) 2019/1158 prévoit que les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 30 juillet 2020 et qu'ils en informent immédiatement la Commission européenne. Conformément à l'article 20, paragraphe 4, de la directive, les États membres ont l'obligation de communiquer à ladite Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive.

L'adoption de mesures visant à transposer la directive précitée sur l'ensemble du territoire et la communication subséquente d'informations suffisamment claires et précises quant aux mesures ainsi prises doivent, en l'occurrence, faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu, d'une part, des règles répartitrices de compétences qui ont pour conséquence que la transposition de la directive concernée sera assurée par différentes autorités au sein de la structure fédérale de l'État et, d'autre part, du fait que la directive sera, pour le seul niveau fédéral, transposée par différents textes normatifs.

Il convient de rappeler la règle énoncée à l'article 260, paragraphe 3, du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne'. Cet article permet à la Commission européenne de saisir la Cour de justice de l'Union européenne pour condamner un État membre au paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte lorsque l'État membre concerné « a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative ». Dans son arrêt *Commission c. Royaume de Belgique* du 8 juillet 2019, la Grande chambre de la Cour de justice a jugé à ce sujet qu'il incombe aux États membres de fournir des informations suffisamment claires et précises quant aux mesures de transposition d'une directive, établissant que l'intégralité des dispositions de la directive est transposée sur l'ensemble de leur territoire et, le cas échéant, d'accompagner cette communication de la présentation

d'un tableau de correspondance indiquant, pour chaque disposition de ladite directive, la ou les dispositions nationales assurant sa transposition »⁵.

L'avant-projet actuellement à l'examen souligne l'importance d'y consacrer une attention toute particulière.

D. L'orthographe inclusive en matière de genre

6. Les dispositions en projet emploient l'orthographe dite inclusive en matière de genre. Le texte français de l'article 19/1, en projet, de la loi du 10 mai 2007 (article 10 de l'avant-projet) emploie le terme « le-la travailleur-se » et le texte néerlandais « werkne.em.st.er ». À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Ons inziens brengt dit de leesbaarheid van de teksten niet in het gedrang, zeker gezien het feit dat de inclusieve spelling de gendergelijkheid ten goede komt. Bovendien heeft de genderinclusieve spelling geen invloed op de doorzoekbaarheid van de tekst aangezien die niet raakt aan de trefwoorden waarmee wordt gezocht naar regelgeving over genderdiscriminatie. De inclusieve spelling raakt immers niet de thema's of concepten van het discriminatierecht, maar enkel de personen ».

Il n'est pas d'usage d'employer de tels termes dans la réglementation. Il est évident que le terme « le travailleur » vise également, outre les personnes de sexe masculin, les personnes de sexe féminin, les personnes transgenres et les personnes non binaires⁶. En outre, le recours à cette forme d'orthographe inclusive nuit à la lisibilité du texte et serait même susceptible de générer, dans certains cas, des raisonnements *a contrario*. L'usage inclusif du genre⁷ peut également être poursuivi dans les réglementations, mais la lisibilité constitue elle aussi un élément qui mérite une attention particulière⁸ que n'accorde pas suffisamment le terme précité. En tout cas, une approche coordonnée – au moins au niveau fédéral – sera privilégiée à de telles initiatives *ad hoc*.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

7. L'article 2, en projet, de la loi du 10 mai 2007 doit indiquer les cas dans lesquels il concerne la transposition partielle des directives concernées, comme tel est notamment le cas pour la directive (UE) 2019/1158.

⁵ Note de bas de page 1 de l'avis cité : CJUE, 8 juillet 2019, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-543/17, ECLI:EU:C:2019:573, point 59.

⁶ Par ailleurs, l'orthographe respectueuse du genre n'est pas employée de manière cohérente dans l'avant-projet, car la disposition en projet précitée fait état de 'employeur'.

⁷ Voir Réseau fédéral Diversité, *Petit guide pour une écriture respectueuse du genre*, 2022, 16 p.

⁸ *Ibid.*, pp. 6 et 9-10.

Article 10

8. Le délégué a confirmé que l'article 19/1, en projet, de la loi du 10 mai 2007 devait être inséré dans le chapitre I du titre III et qu'il ne serait pas la première disposition du chapitre II de ce titre. Cette précision sera apportée dans la phrase liminaire de l'article 10 de l'avant-projet.

9. Les paragraphes 1^{er} à 3 de l'article 19/1, en projet, de la loi du 10 mai 2007 visent certains régimes de congé spécifiques et « un autre congé dans le cadre des responsabilités familiales ». À la question de savoir de quels autres congés il s'agit, le délégué a répondu ce qui suit :

« In artikel 10 van het voorontwerp werd wederom gekozen om geen opsomming van verloven op te nemen, gelet op mogelijke aanpassingen van de regelgeving en maatschappelijke en sociologische evoluties in de toekomst. Bovendien willen we vermijden dat er tussen de verschillende stelsels een onderscheid wordt gemaakt op vlak van de beschermingsgraad, niettegenstaande de verloven dezelfde finaliteit hebben, namelijk zorg of steun voor familieleden ».

Ainsi qu'il a déjà été exposé dans l'observation 4.2, il faut expliciter quels sont les régimes de congé. La possibilité de modifications futures ne dispense pas le législateur de l'obligation de créer un cadre clair et juridiquement sûr. En outre, ce procédé permet de précisément réduire le risque d'une différence au niveau du degré de protection.

10. L'article 19/1, § 4, en projet, de la loi du 10 mai 2007 dispose que la victime d'une infraction aux paragraphes 1^{er} à 3 « peut » réclamer des dommages et intérêts forfaitaires conformément à l'article 23, § 2, de cette même loi. À la question de savoir si l'intention est uniquement de pouvoir réclamer des dommages et intérêts ou si elle est de laisser à la victime le choix entre ce régime de responsabilité forfaitaire et le régime ordinaire de responsabilité (extra)contractuelle, par analogie avec l'article 23, § 1^{er}, de cette même loi, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het is inderdaad niet de bedoeling dat een slachtoffer van een inbreuk op diens arbeidsrechten niet dezelfde keuzevrijheid zou hebben als andere slachtoffers van een discriminatie. Om die reden is het inderdaad aangewezen om het woord 'forfaitaire' te schrappen in zowel artikel 10 als 11 van het ontwerp en dusdanig te verwijzen naar een schadevergoeding zoals bepaald in artikel 23 §2 van de Genderwet. Op die manier kan het slachtoffer in dat kader ook kiezen tussen een forfaitaire schadevergoeding of een vergoeding van de reële schade ».

L'article 23, § 2, de la loi du 10 mai 2007 concernant exclusivement les dommages et intérêts forfaitaires, il ne suffit pas de supprimer le mot « forfaitaires » dans l'article 19/1, § 4, en projet. Il faut en outre adapter la référence à l'article 23.

Article 20

11. En vertu de l'actuel article 4, 6°, de la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des chances des femmes et des hommes (ci-après : l'Institut) est notamment compétent pour :

« agir en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, du chapitre *Vbis* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et des lois pénales et autres lois qui ont spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes ».

L'article 20 de l'avant-projet a pour objet de remplacer ce point par la disposition suivante :

« agir en justice dans les litiges en lien avec la mission légale de l'Institut telle que définie à l'article 3 de la présente loi. Lorsque la victime est une personne physique ou morale identifiée l'action au nom de cette victime n'est recevable qu'avec son consentement, celui de ses représentants légaux ou de ses ayants droit, sauf lorsque l'action est dirigée contre ceux-ci. Une action de l'Institut en son nom propre ne nécessite pas le consentement d'une victime identifiée⁹ ».

Le délégué a déclaré que la modification en projet a pour but de « de voorwaarde van instemming met de rechtsvordering van het Instituut te uniformiseren en te verduidelijken. Momenteel varieert deze voorwaarde naar gelang van de specifieke wetgeving die van toepassing is op het geschil dat aanleiding geeft tot de vordering ».

Il n'en demeure pas moins que l'article 36 de la loi du 10 mai 2007, que ne modifie pas le présent avant-projet, s'énonce comme suit :

« Lorsque la victime de la discrimination est une personne physique ou une personne morale identifiée, l'action de l'Institut et des groupements d'intérêts ne sera recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime ».

Par conséquent, l'article 36 de la loi du 10 mai 2007 et l'article 4, 6°, de la loi du 16 décembre 2002 continuent à coexister, alors qu'ils énoncent des règles pour partie divergentes. Ainsi, l'article 36 de la loi du 10 mai 2007 ne prévoit pas d'exceptions à l'obligation de consentement, alors que tel est bien le cas de l'article 4, 6°, en projet, de la loi du 16 décembre 2002. En outre, la condition de consentement prévue à l'article 36 de la loi du 10 mai 2007 s'applique dans tous les cas « [l]orsque la victime de la discrimination est une personne physique ou une personne morale identifiée » – et donc également si l'Institut intente dans ce cas une action en son nom propre – alors que tel n'est pas le cas en vertu de l'article 4, 6°, en projet, de la loi du 16 décembre 2002.

L'articulation entre ces deux dispositions sera par conséquent revue afin de les aligner.

⁹ Compte tenu de cette définition élargie, l'article 21 de l'avant-projet abroge l'article 4, 6°/1, de la loi du 16 décembre 2002. En vertu de cette disposition, l'Institut est actuellement habilité à « agir en justice, avec l'accord de la victime ou de ses ayants droit, pour toute infraction visée aux articles 371/1 et 371/2 du Code pénal ».

Dans la mesure où les deux dispositions sont maintenues, il est recommandé de préciser, au moins dans l'exposé des motifs, comment les exceptions à la condition de consentement doivent être appliquées, par exemple en cas de divergence d'opinion entre différents ayants droit ou lorsqu'il existe plusieurs représentants légaux et que l'action est dirigée contre l'un d'eux. A cet égard, il est rappelé que l'existence de la condition du consentement de la victime constituait l'un des éléments sur la base desquels la Cour constitutionnelle a jugé que la compétence de l'Institut pour ester en justice ne violait pas le principe d'égalité ¹⁰.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

¹⁰ C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.98-B.99.3.