

Personne de contact: Pauline Loeckx 02 233.49.34.
pauline.loeckx@iefh.belgique.be
Nos Références: IEFH/MP/LS/PL/ML/2018-A/005
Vos Références:

Bruxelles,

09 FEV. 2018

Demande d'avis concernant le refus de nommer des femmes dans le cadre statutaire

Madame,

Avis de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes adressé à :

Madame Amal BEN HAMOU, Secrétariat CGSP-ACOD – Interrégionale de Bruxelles


Créé par la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après l'Institut) est un organisme qui a entre autres pour mission de veiller au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et de combattre toute forme d'inégalité ou de discrimination fondée sur le sexe.

En cette qualité, l'Institut est habilité à adresser des avis aux pouvoirs publics.

Suite à votre demande, adressée à l'Institut en date du 5 février 2018, nous vous prions de trouver, en annexe, l'avis de l'IEFH.

L'Institut reste bien entendu à votre disposition pour tout complément d'information à ce sujet.

Nous vous prions d'agréer, Madame, nos salutations distinguées.



Liesbet Stevens
Directrice adjointe



Michel Pasteel
Directeur

Avis n° 2018 A/005

**de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
concernant le refus de nommer des femmes dans le cadre statutaire**



**INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES**

I. Description du contexte

Créé par la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après l'Institut) est un organisme qui a entre autres pour mission de veiller au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et de combattre toute forme d'inégalité ou de discrimination fondée sur le sexe.

En cette qualité, l'Institut est habilité à aider, dans les limites de son objet, toute personne sollicitant une consultation sur l'étendue de ses droits et de ses obligations, émettre un avis à ce propos, et, si nécessaire, agir en justice.

C'est dans ce cadre qu'une organisation syndicale au sein de la Commune de Saint-Gilles a soumis à l'Institut une question concernant une éventuelle discrimination dans le refus de nommer des puéricultrices dans le cadre statutaire car elles sont susceptibles d'être enceintes.

II. Analyse juridique

La législation applicable est la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (M.B., 30 mai 2007), dite loi « genre », dès lors que les puéricultrices concernées sont actuellement engagées dans le cadre d'un contrat de travail.

Le champ d'application de la loi genre vise les relations de travail qui sont définies comme suit : « les relations qui incluent, entre autres, l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement, et ceci :

- tant dans le secteur public que dans le secteur privé;
- tant pour le travail salarié, que pour le travail non salarié, le travail presté dans le cadre de conventions de stage, d'apprentissage, d'immersion professionnelle et de premier emploi ou le travail indépendant;
- à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle et pour toutes les branches d'activité;
- indépendamment du régime contractuel ou statutaire de la personne prestant du travail;
- à l'exception toutefois des relations de travail nouées avec les organismes et institutions visées aux articles 9 et 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, et des relations de travail dans l'enseignement, visées à l'article 127, § 1er, 2°, de la Constitution » (article 5).

En ce qui concerne les relations de travail, la loi genre s'applique, entre autres, mais pas exclusivement aux :

« 1° conditions pour l'accès à l'emploi, y compris entre autres, mais pas exclusivement :

- les offres d'emploi ou les annonces d'emploi et de possibilités de promotion, et ceci indépendamment de la façon dont celles-ci sont publiées ou diffusées;
- la fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisés dans le processus de recrutement;
- la fixation et l'application des critères de recrutement utilisés lors du recrutement ou de la nomination;
- la fixation et l'application des critères utilisés lors de la promotion; (...)

2° dispositions et pratiques concernant les conditions de travail et la rémunération, y compris, entre autres, mais pas exclusivement :

- les régimes contenus dans des contrats de travail, les conventions d'indépendants, les régimes statutaires de droit administratif, les contrats du stage et d'apprentissage, les conventions collectives de travail, les régimes collectifs pour les indépendants, les règlements de travail, ainsi que les décisions unilatérales de l'employeur et les décisions unilatérales imposées à un indépendant;
- l'octroi et la fixation du salaire, des honoraires ou de la rémunération;
- l'octroi et la fixation de tous les avantages actuels ou futurs en espèces ou en nature, à condition que ceux-ci soient payés, même de façon indirecte, par l'employeur au travailleur ou par le

commettant à l'indépendant du chef de son emploi, que ceci se fasse conformément à une convention, conformément à des dispositions légales, ou volontairement; (...)

- la promotion de l'amélioration du travail et du salaire des travailleurs;
- la classification des professions et des fonctions;
(...) » (article 6, §2).

La loi genre interdit toute forme de discrimination fondée sur le critère du sexe mais également les discriminations fondées sur les critères de la grossesse, l'accouchement et la maternité : « Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe. » (Article 4, §1^{er}).

A cet égard, la loi genre transpose la directive européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre homme et femmes en matière d'emploi et de travail (2006/54/CE), dite « directive refonte ».

Or, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la directive estime « qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe » (considérant 23).

La discrimination directe est 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, sans que cette différence de traitement puisse être justifiée (article 5 de la loi genre).

En l'espèce, selon le P.V. de réunion communiqué à L'Institut, la Commune refuserait de nommer des femmes en tant que puéricultrice car elles sont susceptibles d'être enceintes. Par exemple :

- « Il faut faire attention au coût engendré par une puéricultrice enceinte qu'il faudra remplacer. »
- « Cette phrase et « il est difficile de licencier », c'est un contexte que nous avons essayé d'expliquer la fois dernière où le problème qui se pose d'ailleurs dans plusieurs communes, on a eu des échanges là-dessus c'est que quand le personnel est absent pour écartement, on doit donc le maintenir et vu notre état de finances, quand ce personnel doit être remplacé, car dans les crèches, il faut quand même assurer l'encadrement, ça nous occasionne des surcoûts et ça a été une des raisons au Collège qui ont permis d'identifier cette catégorie de personnes, ça nous occasionne un surcoût quand elles sont statutaires de devoir les remplacer. »

Les seules exceptions au principe de l'interdiction de la discrimination directe dans le domaine des relations de travail sont les exigences professionnelles essentielles et déterminantes (article 13) et les mesures d'action positive (article 16), qui ne pourrait trouver à s'appliquer dans la situation exposée ci-dessus.

Dans l'arrêt Dekker (8 novembre 1990, C-177/88), la Cour de justice de l'Union européenne « a fait observer qu'un refus d'engagement pour cause de grossesse ne pouvait être opposé qu'aux femmes et constituait dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe. Or, un refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse devrait être regardé comme fondé essentiellement sur la grossesse. Une telle discrimination ne pouvait être justifiée par des motifs tirés du préjudice financier subi par l'employeur en cas d'engagement d'une femme enceinte pendant la durée de son congé de maternité ».

La Cour a tenu un raisonnement similaire dans l'arrêt Mahlburg (3 février 2000, C-207/98) et il pourrait également être tenu dans le cas d'un refus de nomination en tant que personnel statutaire.

III. Conclusions

A l'issue de l'analyse ci-dessus, et compte tenu des éléments communiqués à l'Institut, il semble que le refus de nommer des femmes dans le cadre statutaire au motif qu'elles sont susceptibles d'être enceintes pourrait être constitutif d'une discrimination directe fondée sur la maternité.

Par conséquent, il conviendrait de mener une politique de nomination dans le cadre statutaire indépendante de tous critères protégés contre les discriminations.

A cet égard, l'Institut suggère de demander l'avis d'Unia sur une éventuelle discrimination fondée sur l'âge dès lors que, selon le P.V. communiqué, seules les jeunes femmes seraient concernées par le refus de nomination.