

Projet du
Ministère de la Promotion Féminine

«L'Égalité de salaire, défi du développement démocratique et économique»

RAPPORT SUR LA LÉGISLATION
ET LA JURISPRUDENCE LUXEMBOURGEOISES
EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ DE SALAIRE
ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

Projet réalisé dans le cadre de la stratégie communautaire
en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005)
et subventionné par la Commission Européenne



**Projet du
Ministère de la Promotion Féminine**

**«L'Égalité de salaire,
défi du développement
démocratique et économique»**

**RAPPORT SUR LA LÉGISLATION
ET LA JURISPRUDENCE LUXEMBOURGEOISES
EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ DE SALAIRE
ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES**

Rapport élaboré par Maître Viviane Ecker
en collaboration avec Maître Guy Thomas

2002

Les informations contenues dans la présente publication (ou dans d'autres documents)
ne reflètent pas nécessairement l'avis ou le point de vue de la Commission européenne.

Edité par et disponible au

Ministère de la Promotion Féminine
L-2921 Luxembourg
Tél.: 478 58 14
Fax: 24 18 86
www.mpf.lu
e-mail: promotionfeminine@mpf.etat.lu

ISBN 2-919876-47-3

Rapport sur la législation et la jurisprudence luxembourgeoises en matière d'égalité de salaire entre les femmes et les hommes

S O M M A I R E

Rapport sur la législation et la jurisprudence luxembourgeoises en matière d'égalité de salaire entre les femmes et les hommes

I. Sources normatives en droit luxembourgeois	5
1. Dispositions constitutionnelles sur l'égalité salariale	5
2. Dispositions légales et réglementaires	5
II. Applications jurisprudentielles de l'égalité de rémunération par les tribunaux nationaux	7
1. L'effet direct du droit communautaire	7
2. La définition de la rémunération	8
3. Un salaire égal pour un travail de valeur égale	9
4. Discrimination indirecte	12
5. Charge de la preuve	14
6. Représailles	16
7. Prescription	17
8. Sanctions	17
9. Institutions de contrôle	18

RAPPORT SUR LA LÉGISLATION ET LA JURISPRUDENCE LUXEMBOURGEOISES EN MATIÈRE D'ÉGALITÉ DE SALAIRE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

Maître Viviane ECKER
en collaboration avec Maître Guy THOMAS

I. Sources normatives en droit luxembourgeois

1. Dispositions constitutionnelles sur l'égalité salariale

L'ancien article 11, alinéa 2 de la Constitution luxembourgeoise, devenu l'article 10bis suite à la révision au 29 avril 1999, prévoit le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi. Dans le cadre du projet de révision de l'article 11 de la Constitution toujours pendant, la Commission des Institutions et de la Révision Constitutionnelle de la Chambre des Députés a proposé le texte de la teneur suivante : «Les femmes et les hommes sont égaux en droits et devoirs. L'Etat peut adopter des mesures spécifiques en vue d'assurer l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs». Selon l'article 11 (4) qui n'est pas soumis à révision, «la loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit.».

On constate donc qu'aucune référence directe au principe de l'égalité salariale n'est prévue dans notre Constitution, contrairement aux ordres juridiques d'autres Etats membres de l'Union Européenne. Le principe de non-discrimination entre les femmes et les hommes ne se trouve pas non plus énoncé parmi les droits fondamentaux garantis par la Constitution luxembourgeoise.

Dans un procès ayant trait à l'égalité de rémunération, l'article 11, alinéa 2 de la Constitution avait été invoquée avec l'article 119 du Traité C.E.E., la Convention de l'O.I.T. n° 100 sur l'égalité de rémunération (1951) du 29 juin 1951, la directive 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins et le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

En première instance, le tribunal arbitral (en matière de contestations entre employeurs et employés privés) avait écarté l'article 11, alinéa 2 de la Constitution de la discussion ; «ce texte ne contenant, en matière d'égalité des sexes, du point de vue de la rémunération, aucune indication qui serait suffisamment précise pour que ce texte fondamental puisse engendrer des droits subjectifs dans le chef de X.....». (*Tribunal arbitral de Luxembourg, 16 janvier 1981, Valon c/ Société de droit français Crédit Lyonnais*).

Une telle interprétation restrictive de l'ancien article 11, alinéa 2 de la Constitution par le tribunal arbitral quant au champ d'application matériel (précision insuffisante pour s'appliquer à l'égalité de rémunération) appelle des réserves formelles de notre part.

2. Dispositions légales et réglementaires

Suite à une procédure d'infraction de la Commission des Communautés européennes, le Gouvernement luxembourgeois a fini par pallier le vide juridique résultant de l'absence d'une législation de fond en matière d'égalité de rémunération.

Le **10 juillet 1974**, il a adopté un **règlement grand-ducal** qui a anticipé la directive 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, laquelle devait être adoptée le 10 février 1975 par le Conseil des ministres.

Aux termes de ce règlement grand-ducal, tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Par rémunération au sens du présent règlement, il faut entendre le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal et tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Le règlement prévoit que toute disposition figurant notamment dans un contrat de louage de services, une convention collective de travail, un règlement d'entreprise ou d'atelier, et qui comporte, pour un ou des travailleurs de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle du travailleur de l'autre sexe est nulle de plein droit. La rémunération plus élevée dont bénéficient ces derniers travailleurs est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité.

Ce règlement est le principal texte pris par le Grand-Duché de Luxembourg pour mettre en œuvre l'article 119 du Traité CEE (article 141 Traité d'Amsterdam) et la directive 75/117/CEE.

L'égalité salariale des fonctionnaires a encore été soulignée par la **loi du 22 juin 1963, telle que modifiée par après, fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat** dont l'article 2.3 se lit comme suit : «pour les prestations identiques le traitement du fonctionnaire de sexe féminin est égal à celui du fonctionnaire de sexe masculin».

Le législateur semble être parti de l'idée que la discrimination salariale ne pouvait exister que dans le chef des fonctionnaires de sexe féminin.

Il est cependant évident que malgré sa formulation maladroite, cet article vise bien le principe de l'égalité des rémunérations des travailleurs féminins et masculins qui s'applique non seulement à un même travail, mais aussi à un travail de valeur égale.

Parmi les textes pris en exécution de la directive signalons encore la loi du **12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum**, telle qu'elle a été modifiée par la suite et dont l'article 1er a prévoit que «toute personne salariée d'aptitude physique et intellectuelle normale, et sans distinction de sexe peut prétendre au salaire minimum social».

Jusqu'en 1976 certaines personnes avaient été exclues des dispositions de la loi sur le salaire minimum social dont le personnel des services domestiques composé en majeure partie de femmes. Cette discrimination n'a été éliminée que par une loi du 23 décembre 1976.

Il faut encore mentionner **la loi modifiée du 12 juin 1965** (par la loi du 12 février 1999 et par la loi du 26 mai 2000) **concernant les conventions collectives de travail** prévoyant dans son article 4(3)4., l'obligation pour les partenaires sociaux de prévoir dans toute convention collective l'application du principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes.

Enfin, l'inégalité salariale entre hommes et femmes étant une discrimination fondée sur le sexe, il faut également citer **la loi du 8 décembre 1981 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine du travail, à savoir l'accès à l'emploi, à la formation, à la promotion professionnelles et les conditions de travail** qui est la transposition au niveau national de la directive 76/207/CE (modifiée par la directive 2002/73/CE) et qui dit dans son article 2 que le principe d'égalité de traitement au sens des dispositions de la présente loi implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe soit directement soit indirectement.

Par ailleurs le législateur luxembourgeois a introduit dans l'ordre juridique national certaines conventions internationales ayant trait à l'égalité salariale telle la **convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale adopté dans le cadre de l'OIT le 29 juin 1951** approuvée par la loi du 17 mai 1967 et **la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes**, signée à New York le 18 décembre 1979 et ratifiée par le Luxembourg le 2 février 1989 après avoir été adoptée par la loi du 15 décembre 1988 et qui dans son article 11d) proclame également le droit à l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale.

Finalement il est à relever qu'une **loi du 28 juin 2001** a transposé en droit national la directive 97/80/CE **relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe**. Cette loi introduit le partage de la charge de la preuve en cas de discrimination directe ou indirecte d'ailleurs définie dans celle-ci.

II. Applications jurisprudentielles de l'égalité de rémunération par les tribunaux nationaux

- 1. effet direct du droit communautaire**
- 2. la définition de la rémunération**
- 3. un salaire égal pour un travail de valeur égale**
- 4. discrimination indirecte**
- 5. charge de la preuve**
- 6. représailles**
- 7. prescription**
- 8. sanctions**
- 9. les institutions de contrôle**

1. L'effet direct du droit communautaire

Le problème de l'effet direct du droit communautaire a été analysé à plusieurs reprises dans des affaires de rémunération dans lesquelles les employeurs faisaient valoir que l'article 119 du Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, la directive 75/117/CEE du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins et la Convention de l'O.I.T. n° 100 (1951) mettent à charge des Etats membres des obligations qui sont susceptibles de sanctions sur le plan du droit international public, sans pour autant être transposées dans le droit national.

C'est avec une belle constance que les juridictions civiles ont appliqué la théorie moniste, c'est à dire l'applicabilité directe des dispositions européennes dans l'ordre juridique interne (C.S.J. 8 juin 1950, Pas. lux, XV, 41 ; C.S.J. (Cass.) 14 juillet 1954, Chambre des métiers c/ Pagani, Pas. XVI, 150) et ont écarté la théorie dualiste qui veut que le droit international ne soit applicable au niveau national qu'après avoir été correctement transposé en droit national.

Le premier arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg rendu le 21 avril 1982 en matière d'égalité de rémunération (affaire Bank M.M. Warburg-Brinckmann Wirtz International c / Zanardi) a repris les termes de l'arrêt Defrenne II de la Cour de Justice des communautés européennes (aff. 43/75 Defrenne / Sabena) et a statué que:

« Attendu quant au problème de l'applicabilité directe ou du caractère self-executing des dispositions de ces textes invoqués en cause, que l'article 119 du Traité C .E .E . s'applique directement à toutes formes de discriminations directes et ouvertes susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération retenus par cet article, sans que des mesures communautaires ou nationales déterminant ces critères soient nécessaires pour la mise en œuvre de ceux-ci; que constitue notamment une discrimination susceptible d'être ainsi judiciairement constatée, celle ayant sa source dans une convention collective de travail, ainsi que la rémunération inégale des travailleurs masculins et des travailleurs féminins pour un même travail, accompli dans un même établissement ou service, privé ou public (jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes).

Attendu qu'au surplus, l'applicabilité directe dans l'ordre juridique interne de cet article 119 et de la Convention de l'O.I.T. n° 100 (1951) du 29 juin 1951, a été assurée par l'entrée en vigueur du règlement grand-ducal précité du 10 juillet 1974, qui constitue une mesure d'exécution à portée interne de ces textes auxquels il se réfère dans son préambule, régulièrement prise par le pouvoir exécutif conformément au système général de notre Constitution, et qui a eu pour effet d'attribuer aux dispositions des textes en question le caractère de règles conférant des droits et imposant des obligations directement aux particuliers, de telle manière que ces règles peuvent être invoquées par eux devant les juridictions nationales.»

Ce raisonnement a été confirmé par après par une série d'arrêts de la Cour d'appel dont notamment l'arrêt du 17.01.1984 dans une affaire VALON c / Crédit Lyonnais et l'arrêt du 2 mai 1985 dans l'affaire Banque Nationale de Paris c / Stoffel (Pas 1986, p. 273) et a reçu l'aval de la plus haute juridiction en matière civile qu'est la Cour de cassation. Dans une affaire ayant trait à l'allocation de famille dans le secteur hospitalier, la Cour de cassation a déclaré que le droit de l'employée à la même allocation que celle touchée par ses collègues masculins effectuant un même travail découle directement de l'article 119 du Traité de Rome et de la Convention de l'O.I.T. n° 100 (1951), du 1951, et que la demande est ainsi fondée sur les dispositions impératives et self-executing de deux traités, de sorte que l'examen de l'applicabilité éventuelle de la législation nationale en la matière (en l'espèce le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974) est surabondante. (Cass. 25.04.1991, Centre Hospitalier de Luxembourg c / Mergen, Pas 1/1992).

La jurisprudence administrative va dans le même sens et applique la théorie moniste depuis son arrêt du 29 juillet 1951 (CE 29 juillet 1951, Dieudonné c / Administration des Contributions) toutefois à une exception près, car à l'occasion de la première affaire d'égalité de rémunération lui soumise (problème de l'allocation dite «de chef de famille» dans la fonction publique), le Comité du contentieux du Conseil d'Etat est revenu pour un bref moment à la théorie dualiste. Il a refusé de reconnaître la prééminence du Traité de Rome et son application directe en droit national au motif que les requérantes, pour obtenir l'allocation de chef de famille litigieuse, payée sans exception à leurs collègues mariés masculins, et exceptionnellement aux fonctionnaires mariées de sexe féminin, *«devraient pouvoir invoquer une disposition légale en droit national, laquelle est inexistante»* (aff. Jost et Wolter c/ Min. de la Fonction Publique, CE 26.03.1980).

Heureusement, ce retour à la théorie dualiste ne sera que de courte durée. En fait, il n'a donné lieu qu'à cette seule décision du 26 mars 1980. Le Comité du contentieux reviendra à la théorie moniste dès le 10 juillet 1981 dans une affaire ayant trait au même problème de l'allocation de chef de famille, mais cette fois-ci d'une fonctionnaire admise à la retraite (aff. Scheitler c/ Ministre de la Fonction Publique, rôle no 6 950). Il reconnaîtra de nouveau la prééminence du droit international et son caractère direct (caractère «self-executing») en droit national avec, comme corollaire, le devoir pour les juridictions nationales *«d'assurer la protection des droits que les dispositions internationales confèrent aux justiciables, notamment dans le cas de discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives, en écartant l'application de toutes dispositions de droit interne contraires à ces dispositions internationales»*.

Dans une décision subséquente ayant toujours trait au problème de l'allocation de chef de famille, cette fois-ci d'une fonctionnaire en activité, le Comité du contentieux du Conseil d'Etat a constaté que les traités, qui ont créé le droit communautaire, ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que ces traités déterminent. Il a décidé que l'article 119 du Traité C.E.E. a un caractère impératif et qu'il s'impose dans les Etats membre originaires de la Communauté économique européenne, à partir de l'expiration de la première étape de la période de transition, soit à partir du 1er janvier 1962, aux autorités publiques (CE, 8 juillet 1982 aff. Yolande Mersch c / Ministère de la Fonction publique).

Reconnaissant que l'article 119 du traité produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder, le Conseil d'Etat a décidé d'écarter les dispositions de droit interne contraires à l'article 119 du traité en matière d'allocation de chef de famille. (Voir également l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 novembre 1984, Bellion et consorts c / Ministère de la Fonction publique, Pasicrisis 1985, p. 147 ; Arrêt du Conseil d'Etat du 20 février 1985, Epoux André Lecuit-Sylvie Jacoby c / Ministère de la Fonction publique).

2. La définition de la rémunération

Le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 reprend la définition de la rémunération de l'article 119 al.2 du Traité C.E.E., à savoir le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum tout en y ajoutant les avantages et également toutes les rétributions «accessoires» payés directement ou indirectement en espèces ou en nature par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Signalons par ailleurs que le droit luxembourgeois contient en ce qui concerne les employés privés, outre la définition contenue dans le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, dans un texte coordonné du 5 décembre 1989 sur le louage de service des employés privés, article 29, la définition suivante du terme rémunération : «Par les termes de "salaire, rémunération, appointements" ... il faut entendre la rétribution globale de l'employé, comprenant en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature».

Les tribunaux luxembourgeois n'ont pas eu à se prononcer souvent sur la signification des termes «autres avantages» et «rétributions accessoires» dans des affaires concernant l'égalité de rémunération.

Dans l'affaire précitée, Bank M.M. Warburg-Brinkmann Wirtz International c/ Zanardi, la question se posait notamment de savoir si une prime de ménage constituait un avantage payé, directement ou indirectement, aux salariés en raison de l'emploi de ces derniers. La Cour d'appel de Luxembourg a dans son arrêt du 21.04.1982 retenu que cette prime réservée à tous les employés mariés de sexe masculins, *«constitue un avantage payé directement en espèces par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ; que partant elle réunit les critères permettant de la qualifier de rémunération au sens de l'article 119 du Traité CEE, de la convention de l'O.I.T. n° 100 et du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974»*.

Dans une affaire Laroche c/ Administration communale de Pétange (Cour d'appel de Luxembourg, 28 mars 1991) il a été admis que la masse d'habillement et le pécule de vacances faisaient partie de la rémunération.

Les développements de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de régimes de retraite complémentaires ne se sont guère répercutés jusqu'à présent sur la jurisprudence interne luxembourgeoise.

3. Un salaire égal pour un travail de valeur égale

Le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 a donné une base légale au principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes pour «un même travail ou un travail de valeur égale» avant même l'adoption et l'entrée en vigueur de la directive 75/117/CEE. Selon le règlement, les différents éléments composant la rémunération doivent être établis selon des normes identiques pour les hommes et pour les femmes.

3.a. Travail de valeur égale

Dans l'affaire Laroche c/ Administration communale de Pétange citée supra, l'employeur qui reconnaissait la différence des salaires entre travailleurs masculins et féminins occupés dans le même service de nettoyage de la commune, argumentait entre autre, que le traitement plus favorable réservé aux travailleurs masculins se justifierait par le fait que ces ouvriers masculins seraient susceptibles d'être affectés à des tâches plus pénibles.

Le Conseil de prud'hommes avait rejeté en première instance cette argumentation de la commune en s'en tenant au fait que jusqu'au jour du jugement il était établi que les travailleurs masculins avaient toujours fait le même travail que la collègue féminine elle-même, donc un travail de valeur égale au sien et que de ce fait elle pouvait prétendre à une rémunération identique à la leur.

La Cour d'appel quant à elle est allée plus loin dans son arrêt du 28 mars 1991 et a retenu ce qui suit :

«L'infraction aux dispositions et exigences du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est acquise en l'espèce par le pur fait de l'engagement des personnes en question au même service de nettoyage de la commune de Pétange, d'une part, et de la différence de traitement du point de vue du salaire, de la masse d'habillement et de pécule de vacances, dûment constatée, d'autre part. Il n'est point pertinent ou concluant au regard de la discrimination incriminée de rechercher si l'une ou l'autre desdites personnes n'a pas été, à l'intérieur dudit service de nettoyage, affectée, momentanément ou pour une période plus longue, à tel travail particulier ou tel autre. Le service de nettoyage est à considérer à cet égard comme un ensemble pouvant comprendre toute une gamme de travaux particuliers qui sont tous censés avoir, l'un par rapport à l'autre, le caractère de "même travail" ou de "travail de valeur égale" tel que visé au règlement grand-ducal du 10 juillet 1974».

Un pourvoi en cassation dirigé par l'administration communale de Pétange contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1992 (no 03/92 - no 964 du registre), qui a retenu ce qui suit par rapport au moyen dirigé contre le passage cité ci-avant : *«qu'en statuant par de tels motifs de fait qui échappent au contrôle de la Cour de cassation, l'arrêt attaqué n'a pas encouru les griefs visés au moyen en retenant une infraction au règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 et en s'appuyant sur des considérations de pur fait pour rejeter l'offre de preuve présentée par l'Administration communale de Pétange tendant à démontrer que les ouvriers masculins faisaient dans le service de nettoyage un travail bien plus pénible que les ouvrières affectées au même service.»*

3.b. Critères d'évaluation

Aux termes du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974, les catégories et les critères de classification et de promotion professionnels, ainsi que toutes les autres bases de calcul de la rémunération, notamment les modes d'évaluation des emplois, doivent être communs aux travailleurs des deux sexes.

La Cour de Justice CE a souligné la nécessité d'une évaluation objective de la nature du travail. Notamment dans l'affaire Rummler 237/85, elle a disposé que *«le fait de se baser sur des valeurs correspondant aux performances moyennes d'un seul sexe, pour déterminer dans quelle mesure un travail exige un effort ou occasionne une fatigue ou est physiquement pénible, constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe interdite par la directive.»*

Donc, selon la Cour, une classification professionnelle doit prendre en considération des critères pour lesquels les travailleurs de chaque sexe sont susceptibles de présenter des aptitudes particulières.

C'est bien dans cet esprit que notre Cour d'appel a décidé dans l'arrêt Laroche c/ Commune de Pétange précité que le service de nettoyage était un ensemble pouvant comprendre toute une gamme de travaux particuliers, qui sont tous censés avoir l'un par rapport à l'autre, le caractère de «même travail» ou de «travail de valeur égale».

Dans une affaire dirigée contre une entreprise de nettoyage, une ancienne salariée s'est plainte d'avoir subi une discrimination salariale par rapport à des collègues masculins touchant une rémunération plus importante rien que parce qu'ils faisaient le nettoyage de vitres. Lors de la comparution personnelle des parties ordonnée par le tribunal du travail de Luxembourg, il s'est révélé que cette entreprise engageait systématiquement des hommes pour le nettoyage de vitres et que les femmes n'avaient absolument aucune chance d'accéder à ce service et se voyaient partant privées d'un salaire supérieur dont la justification reste d'ailleurs à être établi en présence de la jurisprudence intervenue dans l'affaire Laroche citée ci-dessus. Devant la menace imminente d'une condamnation judiciaire, l'employeur a préféré arranger l'affaire.

Cet exemple n'a cependant pas fait long feu, alors que dans la convention collective des ouvriers/ières des entreprises de nettoyage de bâtiments applicable à partir du 1er janvier 2000 (la première en la matière), une distinction est faite entre les ouvriers(ières) nettoyeurs(euses) (groupe 1) et les laveurs(euses) de vitres (groupe 2), comme si le lavage de vitres, qui ne se fait pas nécessairement en hauteur, était objectivement d'une valeur supérieure à celle de nettoyage du groupe 1 comportant notamment la cristallisation des pierres marbrières, le nettoyage par produit spécifique et agréé de l'appareil informatique, la bio-décontamination de toutes surfaces, de travaux de nettoyage réalisés en zone sensible de milieu agro-alimentaire, etc.

En fait il faut constater que les critères d'évaluation et de classification des fonctions contenues dans certaines conventions collectives continuent à favoriser les travailleurs masculins. En effet, des critères traditionnellement masculins, tels que l'effort, la fatigue musculaire ou le caractère physiquement pénible du travail sont toujours surévalués par rapport aux critères favorisant les femmes.

En date du 3 juillet 2001 le tribunal de travail de Luxembourg (répertoire fiscal no 3178/2001) a rendu un jugement en première instance dans une affaire concernant le cas d'une ouvrière nettoyeuse qui réclamait une majoration du salaire social minimum de 20%, alors qu'elle justifiait d'une pratique professionnelle d'au moins 10 ans dans la profession et de ce fait devait être reconnue comme travailleuse qualifiée selon la loi sur le salaire minimum. Cette loi considère comme travailleur qualifié le salarié qui exerce une profession comportant une qualification professionnelle usuellement acquise par un enseignement ou une formation sanctionnée par un certificat officiel et qui détient un tel certificat.

S'il n'est pas détenteur d'un tel certificat le travailleur doit justifier d'une pratique professionnelle d'au moins 10 ans dans ladite profession pour être reconnu comme travailleur qualifié et dans les professions où la formation n'est pas établie par un certificat officiel, le travailleur doit avoir acquis une formation pratique résultant de l'exercice pendant au moins 6 années de métier, nécessitant une capacité technique progressivement croissante.

Bien qu'une formation professionnelle sanctionnée par un certificat officiel existe pour les nettoyeurs de bâtiment, rares sont cependant les personnes qui passent effectivement l'examen en vue de l'obtention d'un diplôme de nettoyeur de bâtiments, de sorte que la première question à trancher par le tribunal était celle de savoir si ladite profession pouvait être considérée comme comportant une qualification usuellement acquise par un enseignement ou une formation.

En répondant par la négative le tribunal a mis à la requérante la charge de prouver qu'elle avait acquis une formation pratique résultant de l'exercice du métier nécessitant une «capacité technique progressivement croissante».

Il faut relever que cette profession est exercée par une majorité écrasante de femmes qui «usuellement» ont été considérées comme capables de nettoyer sans recevoir de formation sanctionnée de diplôme, mais auxquelles on ne reconnaît cependant pas les compétences acquises dans la gestion d'un foyer.

A défaut d'actions visant à encourager les femmes à suivre des cours de formation, l'exigence de la loi contribue à perpétuer la ségrégation des emplois occupés par les femmes et la sous-évaluation de leur profession.

Le tribunal du travail a fait une évaluation du travail effectué par la requérante en interprétant les déclarations faites par celle-ci devant le juge. En se basant sur le travail effectivement fait par la requérante, le tribunal a constaté que les travaux effectués par ses soins n'avaient pas nécessité au courant des années une capacité technique progressivement croissante (affaire Beacco c/ Dipro sàrl en présence de la Fédération luxembourgeoise des entreprises de nettoyage des bâtiments asbl, tribunal du travail de Luxembourg, 3 juillet 2001, rép. Fiscal no 3178/2001).

Cette dépréciation d'un travail essentiellement effectué par une main-d'œuvre féminine est en contradiction avec la publicité faite par les employeurs des ouvrières nettoyeuses, les firmes de nettoyage et d'entretien des bâtiments, vantant **le know-how et le professionnalisme de leur personnel sachant manier les équipements les plus modernes et les produits et matériaux adaptés à tous les besoins.**

La Chambre du Travail s'était au contraire prononcée pour la reconnaissance de travailleur qualifié après 10 ans de pratique professionnelle dans la profession en question, relevant à juste titre que la loi ne faisait pas de distinction entre les différentes professions et ne prévoit aucun mécanisme de contrôle ou d'évaluation du travail effectivement fait. Le salaire social minimum dit qualifié est accordé sans une telle évaluation aux travailleurs occupés dans d'autres professions comme par exemple les ouvriers de boucherie.

3.c. Termes de comparaison

La législation luxembourgeoise ne donne pas de précision quant au champ de la comparaison.

La Cour de Justice CE a encore relevé récemment dans son arrêt du 17 septembre 2002 (C-320/00 affaire Lawrence) que rien dans le libellé de l'article 141, paragraphe 1, CE n'indique que l'applicabilité de cette disposition soit limitée à des situations dans lesquelles des hommes et des femmes effectuent leur travail pour un même employeur, mais qu'une situation, où les différences observées dans les conditions de rémunération des travailleurs de sexe différent effectuant un même travail ou un travail de même valeur ne peuvent pas être attribuées à une source unique, ne relève pas de l'article 141, paragraphe 1, CE.

A l'heure actuelle il n'existe pas encore de jurisprudence luxembourgeoise sur la question de savoir si la personne qui se prétend discriminée doit se limiter à se comparer à une personne interne de l'entreprise où elle travaille, ou si elle peut dépasser ce cadre interne et englober dans la comparaison, des entreprises appartenant à la même branche d'industrie, voire à des catégories professionnelles différentes.

En ce qui concerne le travail simultané, la Cour d'appel de Luxembourg s'est prononcée en date du 13 juillet 1995 (affaire no 16893 Raach c/ Commune de Pétange) sur le sujet de la question du travailleur auquel on se compare.

Dans cette affaire une travailleuse du service de nettoyage avait réclamé contre le fait qu'elle touchait un salaire inférieur au salaire que touchaient ses collègues de travail masculins employés dans ce même service à une période antérieure.

L'employeur soutenait que le fait que les collègues masculins en question ne fassent plus partie de l'équipe de nettoyage depuis l'engagement définitif de la plaignante avait fait disparaître toute discrimination de salaire basée sur le sexe.

La Cour d'appel a dans cette affaire suivi le raisonnement de la Cour de Justice CEE dans l'affaire Macarthys/Smith (no 129/79, arrêt du 27 mars 1980) selon lequel l'égalité de rémunération n'est pas limitée à des situations dans lesquelles hommes et femmes effectuent simultanément un travail égal pour le même employeur, mais s'applique également à des cas où un travailleur masculin était employé antérieurement à la période d'engagement de l'agent féminin.

Ainsi, la Cour d'appel retient qu'**«en effet, une discrimination de salaire par rapport au sexe subsiste si la salariée prouve, eu égard à la nature de ses prestations, qu'elle a perçu une rémunération moindre qu'un travailleur masculin employé antérieurement à la période de son engagement qui effectuait le même travail ou un travail à valeur égale pour le même employeur».**

Une autre affaire a trait à la réclamation d'arriérés de salaire, à savoir une prestation pécuniaire supplémentaire de 15 % du salaire brut payée par l'Association de Gestion du Collège Français de Luxembourg à tous les autres enseignants français détachés par la France, à titre de résidents, au Collège Français de Luxembourg à la seule exception de la demanderesse, qui se trouvait pourtant dans la même situation que ses prédits collègues.

En première instance, le tribunal du travail de Luxembourg a estimé ne pas devoir appliquer la règle de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes consacrée par le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974, «*étant donné...que la requérante n'affirme pas qu'elle ne bénéficie pas de ces avantages en raison de son sexe et qu'il résulte de ses propres affirmations que ses collègues féminines et masculins se voient accorder cette rémunération supplémentaire.*» (aff. Lautrec c/ Association de Gestion du Collège Français de Luxembourg asbl, tribunal du travail de Luxembourg, 6 mars 1997, rép. Fiscal no 1386/97)

La Cour d'Appel a confirmé ce jugement par arrêt du 7 mai 1998 en estimant que «*les offres de preuve (par enquête et attestation) présentées par elle en première instance et réitérées en instance d'appel, seulement dans la motivation de l'acte d'appel, ont pour unique objet d'établir qu'un certain nombre de professeurs français masculins et féminins auraient pendant leur détachement à titre de résidents reçu une prestation pécuniaire supplémentaire, représentant 15% de leur salaire brut.*

Les faits y avancés excluent une discrimination de Françoise LAUTREC en raison de son sexe, hypothèse avancée compte tenu de certaines des dispositions légales invoquées, et ne sont en outre pas de nature à établir un traitement discriminatoire précis d'un autre genre.» (Cour d'Appel, 7 mai 1998, aff. Lautrec c/ Association de Gestion du Collège Français de Luxembourg asbl, no 20571 du rôle).

L'affaire se trouve actuellement pendante devant la Cour de cassation, où les débats sont prévus pour le 5 décembre 2002. L'employée a fait valoir, parmi d'autres moyens tirés de la violation de nombreux traités internationaux, la violation de l'article 119 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, de la convention no 100 de l'Organisation Internationale du Travail, de la directive 75/117/CEE du 10 février 1975 et du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 et a fait grief à la Cour d'Appel d'avoir débouté Mme Lautrec de sa demande, alors qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié qui a soumis au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de rémunération, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La question est donc posée de savoir si la circonstance que tous les autres collègues masculins se trouvant dans la même situation que Mme Lautrec bénéficient de cette prime suffit à faire jouer à son profit le bénéfice du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes ou si, au contraire, le fait que d'autres collègues féminines en bénéficient également l'empêche de se comparer à ses collègues masculins.

4. Discrimination indirecte

La notion de la discrimination indirecte n'apparaît pas dans le texte même de la directive 75/117/CE. C'est la directive 76/207/CE qui évoque pour la première fois en termes formels «la discrimination fondée sur le sexe directement ou indirectement» et la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CE vient de définir la discrimination indirecte en s'alignant sur les deux directives 2000/78/CE et 2000/43/CE et en se basant sur une jurisprudence communautaire largement développée antérieurement.

Dans le contexte de l'égalité de rémunération, la Cour de Justice a développé une abondante jurisprudence relative aux rémunérations appliquées à des emplois à temps partiel.

Les tribunaux luxembourgeois ont été saisis à plusieurs reprises dans le cadre de litiges relatifs au sujet de la rémunération du travail à temps partiel.

Une affaire concernant la prise en charge des primes de responsable des employés à temps partiel a été soumise au tribunal du travail de Luxembourg qui a rendu son jugement en date du 15 avril 1997 (aff. JONES c/ Femmes en Détresse asbl - Rép. fiscal no 1993/97)

La requérante était employée auprès d'un organisme gestionnaire de services sociaux et socio-familiaux pour une durée de travail de 30 heures par semaine. Elle avait été nommée au poste de chargée de direction et aurait de ce fait dû toucher une prime de responsable (de 25 points indiciaires) conformément à la convention collective de travail réglant les conditions de travail du personnel du secteur dit «conventionné».

L'employeur ne lui paya cependant qu'une prime de 10 points au motif que l'Etat, participant aux frais de personnel, refuserait de rembourser à l'organisme gestionnaire la contre valeur de la prime de responsable.

Le refus de l'Etat était motivé par le fait qu'aux termes de l'article 31 (2) du statut général des fonctionnaires de l'Etat relatif au congé pour travail à mi-temps, les fonctionnaires assumant dans leur administration une fonction de responsable ne peuvent obtenir un congé pour travail à mi-temps et qu'en vertu d'un certain parallélisme instauré entre le secteur public et le secteur conventionné, le montant versé par l'Etat à l'employeur comme participation au salaire de l'employée serait calculé d'après les mêmes règles que pour le même agent travaillant auprès de l'Etat. L'affaire introduite par la requérante était basée sur la violation du règlement grand-ducal sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes et sur la loi concernant le travail volontaire à temps partiel du 26 février 1993.

Le litige a été tranché par le tribunal, non pas sur base des deux textes précités, mais sur la considération qu'en vertu de la loi du 12 juin 1965 concernant les conventions collectives de travail, l'employeur, ayant adhéré à ladite convention (en sa qualité de membre de l'organisation patronale l'ayant signée) était lié par les clauses de celle-ci. Par contre, la convention signée par l'employeur avec l'Etat au sujet de la participation financière de celui-ci aux frais de fonctionnement de l'employeur constituait pour l'employée une «res inter alios acta». Ainsi, le tribunal a condamné l'employeur à verser l'intégralité de la prime de responsable à son employée.

Il convient de signaler dans ce contexte que le nouveau projet de loi déposé à la Chambre des Députés le 19 décembre 2001 modifiant et complétant la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat n'a pas l'intention de changer le prédit article 31 (2) qui aurait empêché Mme JONES de bénéficier d'un congé pour travail à mi-temps dans l'hypothèse où elle aurait assumé dans l'administration générale, la magistrature, l'enseignement et les douanes, soit la fonction de directeur ou de directeur adjoint, soit la direction d'une division ou d'un service, soit la fonction de directeur ou de directeur adjoint d'un établissement scolaire, de même qu'en qualité de fonctionnaire dirigeant de la Police et de l'Inspection Générale de la Police.

Il en va de même des nouvelles dispositions de ce projet de loi portant introduction d'un service à temps partiel correspondant à vingt-cinq pour cent, cinquante pour cent ou soixante-quinze pour cent d'une tâche complète.

Une disposition du même projet de loi visant à modifier la loi fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat a pour objet de redresser, selon les auteurs dudit projet, une situation inéquitable, touchant les fonctionnaires en congé pour travail à mi-temps. Ceux-ci voient actuellement *l'allocation de famille réduite* (qui est venue remplacer l'ancienne «allocation de chef de famille» après la condamnation de l'Etat luxembourgeois du chef de manquement d'Etat par arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 9 juin 1982 - affaire no 58/81 Commission des Communautés Européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg) non seulement de moitié, mais également de l'intégralité du montant versé, le cas échéant, à titre d'allocation versée au conjoint du fonctionnaire lorsque celui-ci n'est pas agent public.

Pour les bénéficiaires d'un congé pour travail à mi-temps, comme pour ceux bénéficiant dorénavant d'un service à temps partiel, il est proposé de ne porter désormais en déduction que le montant proratisé de l'allocation versée au conjoint du fonctionnaire, suivant le degré d'occupation du fonctionnaire.

En effet la disposition actuelle a donné lieu à un litige toujours pendant devant la Cour d'Appel. En première instance, le tribunal du travail de Luxembourg avait condamné l'employée à restituer à son employeur (faisant partie du secteur dit «conventionné», c'est-à-dire qu'une partie de ses frais de fonctionnement étaient pris en charge par l'Etat moyennant une convention conclue avec celui-ci, comme dans l'affaire JONES qui précède) un montant trop-perçu à titre d'allocation de famille, en appliquant à la lettre le texte désormais jugé «inéquitable» par Madame la ministre de la Fonction publique en sa qualité d'auteur du prédit projet de loi. Tant en première instance, qu'en instance d'appel, l'employée a fait valoir que le mode de calcul préconisé par l'employeur et appliqué par la suite par le tribunal du travail aboutirait à une discrimination indirecte prohibée par la Convention no 100 de l'Organisation Internationale du Travail, l'article 119 du traité CEE, la directive 75/117 CEE, la directive 76/207/CEE du 09 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, le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, la loi modifiée du 08 décembre 1981 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que par la loi du 26 février 1993 concernant le contrat de travail à temps partiel.

Sans autrement s'interroger sur les conséquences discriminatoires du mode de calcul appliqué, le tribunal du travail a estimé que *«l'article 9 de la loi précitée (du 22.06.1963) tel qu'il a été voté et publié, a énoncé de façon claire et précise des modalités de la détermination de l'allocation de famille et qu'il y a donc lieu de s'attacher au texte formel de la loi et du règlement grand-ducal dont il a été fait état. Il en résulte que l'interprétation donnée par la défenderesse (l'employée) de l'article 9 de la loi du 22.06.1963 pour déterminer l'allocation de famille due à un agent public travaillant à temps partiel en prenant comme base de détermination une allocation de famille «Plein temps» (de 25 à 29 points indiciaires) pour en retrancher ensuite la prime versée au conjoint et pour diviser le montant ainsi obtenu par deux, ne repose sur aucune base légale»* (Réseau Psy-Psychesch Hëllef Dobaussen association sans but lucratif c/ Chomé, tribunal du travail de Luxembourg, 15 juillet 1999, rép. fisc. no 3653/99).

Or, le calcul préconisé par la défenderesse arrivait exactement au même résultat que celui figurant dans le projet de loi et était comme tel déjà appliqué par d'autres employeurs du secteur «conventionné», selon qu'ils relevaient d'un ministère plutôt que d'un autre, ce que l'employée avait d'ailleurs prouvé moyennant production en justice de ses fiches de salaire provenant de deux employeurs successifs du secteur «conventionné».

En appliquant aveuglément le texte actuel, le tribunal a abouti à une discrimination indirecte appelée pudiquement «situation inéquitable» par le gouvernement en sa qualité d'auteur du projet de loi: l'ensemble des allocations de famille ou de ménage payées au fonctionnaire à mi-temps et à son conjoint se situait en dessous du montant que le ménage aurait touché si un seul des deux époux s'adonnait à une occupation salariée. Il est clair cependant que l'intention du législateur avait été uniquement d'éviter moyennant une disposition anti-cumul, qu'un seul ménage ne cumule deux allocations de famille.

Il échet de rappeler dans ce contexte que *«la discrimination peut résulter du traitement différent de situations similaires ou à tout le moins comparables, aussi bien que du traitement identique de situations différentes, ou à tout le moins non comparables»* (Francis HERBERT, La discrimination indirecte, Revue du Travail [du Ministère du travail belge] de avril-mai-juin 1990 consacré à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, p.661).

En l'espèce, le mode de calcul adopté par le premier juge aboutit à traiter de manière identique des situations non comparables, à savoir des salariés travaillant à temps partiel qui sont traités comme s'ils travaillaient à temps complet.

Un autre litige concernant les promotions des fonctionnaires et employés communaux bénéficiant d'un congé pour travail à mi-temps est actuellement pendant, mais n'a pas encore été toisé par nos tribunaux.

Conformément à l'article 32 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 concernant le statut des fonctionnaires et employés communaux, le congé pour travail à mi-temps est considéré comme période d'activité de service intégrale pour l'application des avancements en échelon et des avancements en traitement, mais non pas pour les promotions où seule la période des deux premières années consécutives au congé de maternité ou au congé d'accueil serait considérée comme période d'activité de service intégrale.

La question se pose donc actuellement si une telle disposition n'est pas contraire à la législation communautaire et ne va pas à l'encontre et de l'article 141 du Traité et de la directive 75/117/CE concernant l'égalité de rémunération.

L'interprétation expansive et non équivoque de la Cour de Justice des CEE du dispositif communautaire en matière de discrimination indirecte par rapport au travail à temps partiel, ne laisse planer le moindre doute, quant à l'existence d'une discrimination indirecte au détriment des femmes en cas de conséquences défavorables du travail à temps partiel sur leur carrière (cf. arrêts CJCE Kowalska, aff.C-33-89, Nimz C-184/89, Kording C-100/95, Hill et Stapleton C-243/95).

Conformément à la jurisprudence bien établie en la matière, l'article 141 du Traité et la directive 75/117/CE s'opposent à l'effet défavorable de l'occupation à temps partiel et lorsqu'il s'avère qu'en fait un pourcentage plus faible d'hommes que de femmes travaille à temps partiel, l'employeur doit établir que la décision est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe et ne constitue par conséquent pas une discrimination.

Dans le cas litigieux la requérante bénéficie d'un congé pour travail à mi-temps accordé pour l'éducation d'un enfant à charge et il est incontestable que la majorité des fonctionnaires bénéficiant d'un tel congé sont des femmes.

D'autre part il faut rappeler que la politique communautaire consiste à encourager et si possible à adapter les conditions du travail aux charges de famille.

Comme la Cour l'a d'ailleurs souligné dans l'arrêt Hill et Stapleton du 17 juin 1998 (C-234/95), la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle constitue un objectif de la politique communautaire qui apparaît aujourd'hui comme un corollaire du principe de l'égalité entre femmes et hommes.

Ainsi donc, ce sont surtout les services publics qui seraient mal placés à encourager les membres de la fonction publique à réduire leurs prestations et prétendre récompenser (par un calcul plus favorable de l'ancienneté pécuniaire) ceux qui restent à plein temps.

5. Charge de la preuve

Une corrélation étroite existe entre les concepts de discrimination indirecte et de la charge de la preuve. La jurisprudence que la Cour de Justice a développée en matière de discrimination indirecte implique nécessairement un transfert de la charge de la preuve du demandeur au défendeur qui devra prouver qu'il n'y a aucune violation du principe d'égalité.

Bien avant l'adoption de la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve, la Cour de Justice s'est penchée sur la question de la charge de la preuve et a dans ses arrêts Danfoss, Enderby et Royal Copenhagen posé les jalons pour la directive instituant un allègement ou un partage de la charge de la preuve, plutôt qu'un véritable renversement. La Cour avait dégagé dans sa jurisprudence l'objectif de la directive..., à savoir rendre plus efficaces les mesures prises par les Etats membres, en application du principe de l'égalité de traitement, qui permettent à toute personne qui s'estime lésée par la non application à son égard du principe de l'égalité de traitement, de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle.

Dans une affaire concernant le licenciement d'une employée de banque, celle-ci avait fait valoir qu'elle était discriminée au niveau de sa rémunération par rapport à ses homologues masculins. En effet, elle était soumise à la convention collective de travail des employés de banque, tandis que ses collègues masculins effectuant le même travail étaient classés hors cadre et gagnaient un salaire nettement supérieur au sien. En outre la plaignante prétendait que la moyenne des salaires masculins au sein de la banque était largement supérieure à celle des salaires féminins. Suite à cette réclamation l'employée avait été licenciée.

Le premier juge avait décidé **«que l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire dès lors que le travailleur féminin établit par rapport à un nombre relativement important de salariés que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins»**. En se référant à l'arrêt Danfoss de la CJCE du 17 octobre 1989, le tribunal de première instance avait institué dans un premier temps une expertise pour déterminer si la rémunération moyenne des travailleurs féminins au sein de l'entreprise était inférieure à celle des travailleurs masculins, et plus précisément si la requérante gagnait moins en sa qualité de chef de département informatique et touchait une rémunération nettement inférieure à son prédécesseur et à son successeur masculins, ainsi que les autres chefs de département de l'entreprise (affaire Ulber / Berliner Bank International S.A., trib. du travail 20.10.1995, rép. fiscal no 4266/95).

La Cour d'appel dans un arrêt du 6 novembre 1997 (rôle no 18719) a statué un exemple en matière de charge de la preuve.

La Cour a par réformation déclaré que **«l'on ne saurait cependant exiger de l'employeur de fournir la preuve que sa pratique salariale ne serait pas discriminatoire en présence d'une simple affirmation non étayée par un quelconque élément de preuve»**. Elle a clairement énoncé que la charge de la preuve concernant la pratique d'une discrimination salariale incombe à la salariée, tout en lui niant le droit d'établir par expertise que la moyenne des rémunérations des employées de sexe féminin était inférieure à celle de leurs collègues masculins et plus particulièrement la rémunération de la requérante par rapport à ses homologues masculins.

En statuant ainsi, la cour d'appel a fait très peu de cas du souci d'efficacité qui sous-tend la directive no 75/117/CE sur l'égalité de rémunération et qui, aux termes de l'arrêt Danfoss, doit conduire à interpréter celle-ci (conformément à l'article 6 de la directive) comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité.

Dans l'affaire Danfoss, il a été retenu que lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que la travailleuse féminine établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleuses est inférieure.

Dans une autre affaire opposant une vendeuse à son employeur, qui exploite un magasin d'articles de sports, la vendeuse avait fait valoir qu'elle était discriminée par rapport à la rémunération de ses collègues masculins.

Au cours des enquêtes ordonnées par le tribunal de travail, certains témoins avaient déclaré que les salariés masculins touchaient automatiquement un salaire plus élevé que les salariés féminins lors de l'engagement, tandis que d'autres témoins avaient déclaré que la rémunération des salariés était calculée en fonction des critères objectifs, tels que l'expérience du salarié, le salaire perçu par le salarié auprès de son ancien employeur et que l'augmentation des salaires était fixée en fonction de l'assiduité, de l'intérêt du salarié pour son travail et du travail presté et non en fonction du critère subjectif lié au sexe .

Eu égard à ces contradictions flagrantes et étant donné que la discrimination alléguée par la requérante était susceptible d'être établie sur base de la comptabilité de l'employeur, le tribunal de travail a estimé nécessaire d'instituer une expertise comptable sur ce point et a chargé un expert comptable avec la mission d'analyser les fiches de rémunération de l'ensemble des vendeurs/vendeuses de la société défenderesse et de déterminer, en tenant compte de l'ancienneté de service des salariés, de leur formation et de leur expérience professionnelle, la rémunération moyenne des vendeurs et des vendeuses dans la période précitée (trib. arbitral 29 octobre 1993, répertoire fiscal 385A/93, affaire Sand c/ Citabel Sports sàrl)

Comme il a fallu s'y attendre, l'employeur a fait tout son possible pour boycotter cette expertise. Ayant enfin, après de multiples mises en demeure, remis l'ensemble des pièces comptables à l'expert, mais avec interdiction formelle à celui-ci de les communiquer au mandataire de la salariée, il a de nouveau retiré ces mêmes pièces après que le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats avait manifesté son intention lors d'une procédure d'arbitrage entre avocats, d'obliger l'avocat de l'employeur à communiquer officiellement l'ensemble des pièces à l'avocat adverse. Actuellement, le premier expert a pris sa retraite et la nouvelle experte commise pour le remplacer vient d'écrire au Président du tribunal du travail, désigné pour suivre le bon déroulement de l'expertise, qu'il lui est impossible de mener à bien son expertise en l'absence des pièces nécessaires, tout en sollicitant une injonction à l'encontre du Centre commun de la sécurité sociale à l'effet de lui délivrer les pièces utiles au bon déroulement des opérations d'expertise, à savoir des pièces remontant en partie à plus de quinze années.

Dans une autre affaire (Lautrec c/ Association de Gestion du Collège Français de Luxembourg), dont il a déjà été question ci-dessus (sub 3.c.), le tribunal du travail de Luxembourg tout autant que la Cour d'Appel n'ont fait que peu de cas de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe, telle qu'elle se dégage d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Nonobstant l'offre de preuve présentée en ordre subsidiaire par Mme Lautrec pour établir qu'elle était la seule enseignante française détachée, à titre de résidente, par la France au Collège Français à Luxembourg, à ne pas toucher une prestation pécuniaire supplémentaire correspondant à 15% de sa rémunération brute, les magistrats se sont bornés à estimer que **«les faits avancés excluent une discrimination de Françoise Lautrec en raison de son sexe»**... **«et ne sont pas de nature à établir un traitement discriminatoire précis d'un autre genre»**.. **«que Françoise Lautrec reste en défaut de rapporter la preuve qu'elle aurait été victime d'une quelconque discrimination par rapport à des personnes se trouvant exactement dans la même situation qu'elle»** alors qu'il aurait incombé à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé à la salariée, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, sous peine de mettre la Cour de cassation dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions de contrôle, une pareille démarche étant constitutive d'un défaut de base légale et de nature à priver la salariée d'un procès équitable et de violer le principe général de non-discrimination et celui plus particulier d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes.

Comme il a déjà été relevé ci-avant, l'affaire est actuellement pendante devant la Cour de cassation.

Enfin, il échet de relever qu'il n'y a pas encore eu de révision de cette jurisprudence suite à la transposition en droit national de la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe par la loi du 28 juin 2001.

6. Représailles

Pour empêcher que le principe de l'égalité de rémunération ne reste lettre morte, il faut que d'une part, son application soit contrôlée et que d'autre part, les personnes se considérant lésées bénéficient d'une protection judiciaire efficace sans qu'elles n'aient à craindre de représailles. Aux termes de l'article 5 de la directive no 75/117/CE, les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations.

L'article 7 de la directive 76/207 remplacé par le nouvel article 7 de la directive 2002/73/Conseil d'Etat, comporte également un dispositif qui interdit le «licenciement-représailles» et qui a été transposé en droit national par la loi du 8 décembre 1981 sur l'égalité de traitement. La Cour de Justice a dans l'arrêt Coote du 22 septembre 1998 (c-185/97) décidé que l'article 7 de la directive doit se lire en combinaison avec l'article 6, qui exige que les législations nationales donnent à la victime de la discrimination la possibilité de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle. Cette protection doit donc, d'après la Cour, s'étendre à des actes de représailles autres que le licenciement et accomplis, le cas échéant, même après l'extinction des relations de travail.

Une affaire toisée par les Cours et tribunaux luxembourgeois ne prête pas à l'optimisme : dans l'affaire Ulber précitée, le tribunal de première instance avait eu, au vu des éléments du dossier, la conviction que le seul et véritable motif du licenciement avait été la réclamation de l'employée contre la discrimination salariale et avait décidé que le licenciement prononcé contre la requérante revêtait un caractère abusif et donnait lieu au paiement de dommages intérêts.

La Cour d'Appel dans l'arrêt du 6 novembre 1997 précité, a cependant estimé que cette conclusion du premier juge consistait à dénaturer le sens de la motivation du licenciement, laquelle forme un ensemble et a confirmé l'attitude de l'employeur qui «exprimait son indignation face à l'attitude d'une employée qui lui reprochait dans un ton menaçant une attitude discriminatoire basée sur l'appartenance au sexe».

On comprend donc que la peur de représailles soit bien réelle du côté du salarié qui préfère souvent attendre la fin des relations de travail avant d'intenter un procès à son employeur, risquant ainsi d'encourir la prescription extinctive d'une partie de ses rémunérations.

7. Prescription

Les législations de la plupart des Etats membres connaissent des prescriptions extinctives pour les rémunérations et des délais de forclusion pour l'introduction des actes judiciaires. Au Luxembourg, les actions en paiement des rémunérations de toute nature se prescrivent par trois ans aux termes de l'article 44 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail. Cette prescription était encore de cinq années pour les salaires aux termes de l'article 2227 ancien du code civil, sauf qu'elle était ramenée à six mois pour les salaires des ouvriers, en étant entendu que cette courte prescription de six mois reposait sur une présomption de paiement qui cessait à s'appliquer dans l'hypothèse où l'employeur contestait l'existence de la dette - comme par exemple lorsque l'employeur contestait avoir jamais contrevenu aux dispositions du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes [cf. arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1992 dans l'affaire Laroche c/ Administration communale de Pétange, cité ci-avant sub 3.a.] - et l'ouvrier pouvait déférer le serment décisoire à son employeur sur la réalité du paiement allégué.

Une demande en dommages-intérêts pour licenciement abusif doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, endéans les trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation, avec la possibilité d'interrompre ce délai par une réclamation écrite introduite auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Dans cette hypothèse, l'action en justice doit être introduite endéans l'année de cette réclamation.

Dans leur analyse comparative des dispositions concernant le droit de recours dans les Etats membres de la C.E.E. en ce qui concerne l'article 119 du Traité de Rome et les directives relatives à l'égalité de rémunération, à l'égalité de traitement et l'égalité en matière de sécurité sociale, Jennifer CORCORAN et Elaine DONNELLY ont recommandé un délai uniforme minimum de six mois pour l'introduction des recours en justice, ce délai ne devant cependant commencer à courir qu'à partir de la résiliation du contrat de travail.

8. Sanctions

L'adéquation des sanctions est fondamentale pour une application effective de la législation sur l'égalité.

L'article 6 de la directive 76/207/CE, nouvellement article 6 de la directive «2002/73/CE, stipule que les Etats membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime victime de discrimination de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle et d'obtenir une réparation ou une indemnisation dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi.

Cela implique que des remèdes efficaces soient disponibles pour chaque cas d'infraction au principe de l'égalité de traitement entrant dans le champ d'application de la directive.

Dans l'affaire von Colson et Hartz du 10 avril 1984 (CJCE no 14/83) la Cour a dit que, bien que la directive n'impose pas de sanction particulière, la sanction choisie doit assurer une protection juridictionnelle efficace. Elle doit en outre avoir, à l'égard de l'employeur, un effet dissuasif réel.

La sanction prévue par l'article 4 du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 pour les discriminations salariales est particulièrement efficace : *« toute disposition... qui comporte pour un ou des travailleurs de l'un des deux sexes une rémunération inférieure à celle du travailleur de l'autre sexe pour un même travail de valeur égale, est nulle de plein droit. La rémunération plus élevée dont bénéficient ces derniers travailleurs est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité. »*

Dans les affaires des primes de ménage, il a été jugé par les Cours et tribunaux que la clause d'un contrat collectif relative à la prime de ménage, dans la mesure où elle est discriminatoire, est nulle de plein droit et la rémunération plus élevée dont bénéficient les employés masculins mariés est substituée de plein droit à celle que comporte la disposition entachée de nullité (affaires Valon c/ Société de droit français Crédit Lyonnais, Bank M.M. Warburg-Brinckmann, Wirtz International c/ Zanardi, Banque Générale du Luxembourg c/ Hilbes).

9. Institutions de contrôle

Comme tel est le cas également en Belgique, en Grèce et en Italie, le contrôle du respect de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est assuré au Grand-Duché de Luxembourg par l'Inspection du Travail et des Mines (ITM) aux termes de l'article 5 du règlement grand-ducal du 10 juillet 1974. Cet organisme est généralement surchargé de travail, alors que les domaines relevant de son contrôle s'étendent de jour en jour. D'après les statistiques figurant au rapport annuel 2000 de l'ITM, 39 sur un total de 2.252 visites et interventions ont eu lieu de la part de l'ITM au titre du «travail des femmes et des enfants», soit tout juste 1,73% (ces chiffres ne tiennent cependant pas compte des réclamations traitées et des informations données aux bureaux des réclamations des différentes agences lors des permanences des contrôleurs).

Il est un fait, et le réseau des experts chargé de l'application des directives relatives à l'égalité l'a déjà souligné il y a plus de dix années dans son rapport que les institutions chargées de mettre à exécution ou d'arbitrer les plaintes déposées au titre des directives communautaires sur l'égalité de rémunération et l'égalité de traitement (conditions de travail) entre les hommes et les femmes sont inadéquates dans la plupart des Etats membres, où la loi n'est mise à exécution qu'au moyen de rares procédures intentées par des plaignants individuels.

Ce rapport déclare également que la plupart des experts du réseau ont insisté sur la nécessité d'établir des organismes disposant de fonctions consultatives ou de recherche et d'information dans le domaine de la discrimination de sexe. Ces organismes devraient suivre l'exemple de la Commission de l'Egalité d'Emploi qui fonctionne depuis plus de trente ans aux Etats-Unis d'Amérique et qui a servi de modèle à la Commission d'Egalité des Chances au Royaume-Uni et à l'Agence pour l'Egalité de l'Emploi en Irlande.

Signalons également la présence au sein des délégations du personnel **d'un-e délégué-e à l'égalité**, introduit-e par une **loi du 7 juillet 1998** modifiant 1) la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel ; 2) la loi modifiée du 6 mai 1974 instituant des comités mixtes dans les entreprises du secteur privé et organisant la représentation des salariés dans les sociétés anonymes. Le/la délégué-e à l'égalité a pour mission de défendre l'égalité de traitement entre les salariés féminins et masculins de l'établissement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, ainsi que la rémunération et les conditions de travail, tels que défini par la loi du 8 décembre 1981. Dans la loi du 7 juillet 1998 il est prévu que le chef d'entreprise est obligé de fournir semestriellement à la délégation du personnel et au/à la délégué-e à l'égalité des statistiques ventilées par sexe, notamment aussi sur les rémunérations de membres du personnel salarié de l'entreprise.

Luxembourg, le 29 octobre 2002.



