



CHAMBRE DES SALAIRES
LUXEMBOURG



Droit du travail

La discrimination sur le lieu de travail

Textes à jour au 1^{er} novembre 2012



Impressum

Éditeurs

Chambre des salariés

18, rue Auguste Lumière
L-1950 Luxembourg
T. +352 27 494 200
F. +352 27 494 250
www.csl.lu • csl@csl.lu

Jean-Claude Reding, président
Norbert Tremuth, directeur
René Pizzaferrri, directeur

Impression

Imprimerie Watgen

Distribution

Librairie « Um Fieldgen Sàrl »
3, rue Glesener
L-1634 Luxembourg
T. +352 48 88 93
F. +352 40 46 22
info@libuf.lu

ISBN : 978-2-919888-89-7

Les informations contenues dans le présent ouvrage ne préjudicient en aucun cas aux textes légaux et à leur interprétation et application par les administrations étatiques ou les juridictions compétentes.

Le plus grand soin a été apporté à la rédaction de cet ouvrage. L'éditeur et l'auteur ne peuvent être tenus responsables d'éventuelles omissions et erreurs ou de toute conséquence découlant de l'utilisation de l'information contenue dans cet ouvrage.

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés quelconques sont réservés pour tous les pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur/auteur de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Pour des raisons de lisibilité du texte, nous avons renoncé à mettre les termes comme par exemple « salarié » à chaque fois au féminin et masculin. Les termes pertinents s'entendent donc toujours comme visant les deux sexes.

Préface



Jean-Claude Reding
Président de la Chambre des salariés

La présente publication de la Chambre des salariés s'inscrit dans l'Initiative « Making Luxembourg », initiative animée par l'Association de Soutien aux Travailleurs Immigrés (ASTI) et qui a comme objectif de réagir contre les discriminations et de sensibiliser le public aux dangers des discriminations raciales et sociales. L'initiative regroupe des partenaires de la société civile, dont la Chambre des salariés, qui s'engagent à œuvrer dans ce sens.

Traiter une personne de manière moins favorable comparée à une autre personne placée dans la même situation ou dans une situation comparable et cela pour un motif interdit par la loi, voilà de quoi il s'agit quand nous parlons de discrimination.

Le Code du travail interdit toute discrimination sur le lieu de travail sur base de la religion, des convictions, de l'orientation sexuelle, de l'âge, du handicap, de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée à une race, de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou sur base du fait qu'on est un homme ou une femme.

Il est important de lutter contre toute sorte d'inégalité de traitement sur le lieu de travail alors que l'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et que c'est par ce biais que les citoyens participent à la vie économique, sociale et culturelle.

Il s'agit donc de garantir le droit au travail et le droit à un travail de bonne qualité.

Raison pour laquelle la Chambre des salariés a procédé à la rédaction du présent ouvrage destiné à permettre au lecteur de mieux cerner le phénomène de la discrimination alors qu'il est souvent mal connu des citoyens.

La première partie de l'ouvrage est consacrée aux règles fondamentales en matière de discrimination sur base de la religion, des convictions, de l'orientation sexuelle, de l'âge, du handicap, de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée à une race, de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie.

La seconde partie est consacrée au principe de non-discrimination entre femmes et hommes au travail. Elle détaille non-seulement les règles entourant la question de la discrimination, mais englobe aussi les explications sur les moyens légaux qui existent pour favoriser activement l'égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, tels par exemple les actions positives, le congé pour raisons familiales, le congé parental ou encore le rôle du délégué à l'égalité dans les entreprises.

L'ouvrage reprend aussi bon nombre d'illustrations tirés de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, les principes de non-discrimination nationaux étant basés sur des textes européens.

Nous vous souhaitons bonne lecture.

Luxembourg, novembre 2012

i**Introduction****7**

- | | | |
|----------|--|----|
| 1 | La notion de « discrimination » | 9 |
| 2 | L'origine du concept de discrimination sur le plan international et européen | 10 |
| 3 | Sur le plan national | 13 |

I**L'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail****19**

- | | | |
|----------|---|----|
| 1 | Les comportements interdits : les notions de discrimination directe et indirecte | 22 |
| | 1.1. <i>La discrimination directe</i> | 22 |
| | 1.2. <i>La discrimination indirecte</i> | 29 |
| 2 | Le champ d'application du principe de non-discrimination | 32 |
| 3 | Les motifs de discrimination interdits | 36 |
| | 3.1. <i>Le motif « religion »</i> | 38 |
| | 3.2. <i>Le motif « convictions »</i> | 39 |
| | 3.3. <i>Le motif « orientation sexuelle »</i> | 39 |
| | 3.4. <i>Le motif « âge »</i> | 40 |
| | 3.5. <i>Le motif « handicap »</i> | 43 |
| | 3.6. <i>Le motif « appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une race ou à une ethnie »</i> | 44 |
| 4 | Les entorses autorisées au principe de non-discrimination | 46 |
| | 4.1. <i>Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes</i> | 46 |
| | 4.2. <i>Les différences de traitement fondées sur l'âge</i> | 47 |
| | 4.3. <i>Avantager les personnes handicapées</i> | 51 |
| | 4.4. <i>Les activités professionnelles religieuses</i> | 52 |
| | 4.5. <i>Les actions positives</i> | 52 |
| 5 | Agir contre les discriminations | 53 |
| | 5.1. <i>Les moyens d'action de la victime</i> | 53 |
| | 5.2. <i>Les moyens d'action des syndicats et des associations sans but lucratif</i> | 54 |
| | 5.3. <i>Nullité de toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement</i> | 55 |
| | 5.4. <i>Le rôle de l'Inspection du travail et des mines</i> | 55 |
| | 5.5. <i>Le rôle du Centre pour l'égalité de traitement</i> | 55 |
| | 5.6. <i>Déposer plainte au tribunal</i> | 56 |

SOMMAIRE



L'égalité de traitement entre les femmes et les hommes sur le lieu de travail

57

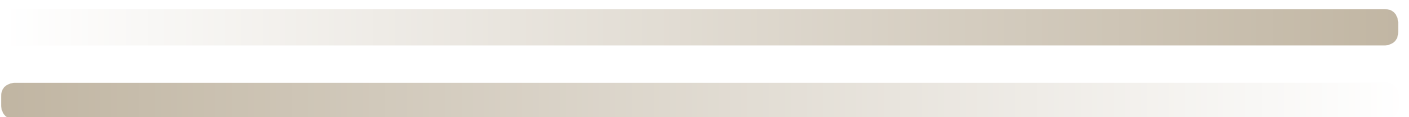
| | | |
|----------|---|----|
| 1 | Le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes dans les conditions d'accès à l'emploi et dans l'emploi | 61 |
| | 1.1. <i>Les notions de discrimination directe et indirecte en matière de l'égalité de traitement entre femmes et hommes</i> | 62 |
| | 1.2. <i>Le harcèlement et le harcèlement sexuel peuvent constituer des discriminations</i> | 63 |
| | 1.3. <i>Le champ d'application du principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes dans l'emploi</i> | 63 |
| | 1.4. <i>L'égalité de rémunération</i> | 64 |
| | 1.5. <i>Deux exceptions au principe de l'égalité de traitement</i> | 69 |
| | 1.6. <i>Comment se défendre face à une discrimination basée sur le sexe ?</i> | 73 |
| 2 | Les moyens légaux en faveur de l'égalité de traitement | 75 |
| | 2.1. <i>Mise en œuvre des dispositions concernant le sexe sous-représenté</i> | 75 |
| | 2.2. <i>Les actions positives</i> | 76 |
| 3 | La problématique du harcèlement sexuel | 79 |
| | 3.1. <i>Définition du harcèlement sexuel</i> | 80 |
| | 3.2. <i>Formes du harcèlement sexuel</i> | 80 |
| | 3.3. <i>Responsabilité de l'employeur</i> | 81 |
| | 3.4. <i>Protection des victimes et des témoins</i> | 81 |
| | 3.5. <i>Assistance de la victime</i> | 82 |
| | 3.6. <i>Rupture du contrat de travail à l'initiative de la victime</i> | 82 |
| 4 | La notion de l'égalité de traitement dans le cadre d'une convention collective de travail | 83 |
| 5 | Le délégué à l'égalité | 85 |
| | 5.1. <i>Ses missions et attributions</i> | 85 |
| | 5.2. <i>Ses prérogatives</i> | 86 |
| 6 | Les autres instruments légaux contribuant à l'égalité entre femmes et hommes | 88 |
| | 6.1. <i>La protection des femmes enceintes, accouchées et allaitantes</i> | 88 |
| | 6.2. <i>Les moyens légaux permettant aux parents salariés de combiner vie privée et vie professionnelle</i> | 94 |





INTRODUCTION

1. La notion de « discrimination »
2. L'origine du concept de discrimination sur le plan international et européen
3. Sur le plan national



1 LA NOTION DE « DISCRIMINATION »

« Discriminer » signifie de manière générale « établir une différence entre des personnes ou des choses en se fondant sur des critères distinctifs¹ ».

En droit, discriminer signifie « traiter de manière moins favorable une personne comparée à une autre personne placée dans la même situation ou dans une situation comparable et cela pour un motif interdit ».

On peut donc dire en termes juridiques, que le fait, dans une même situation, de faire des différences entre des personnes en vue d'un traitement différent sans qu'il y ait des raisons objectives pour ce faire et cela en raison de différents facteurs précis, est susceptible de constituer une discrimination.

Discriminer signifie ainsi distinguer de façon injuste ou illégitime, traiter une personne ou un groupe de personnes moins bien, mais sans raison valable.

De telles différences de traitement injustes peuvent être observées dans de nombreux domaines. Ainsi il arrive que des personnes subissent de tels traitements en faisant leurs courses, en cherchant un logement, à l'école, etc.

Or, toute différence de traitement illégitime est une atteinte aux Droits de l'homme, à l'égalité des droits des personnes et à l'égalité des chances.

Raisons pour lesquelles la loi interdit les discriminations.

Alors que l'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et que c'est par ce biais que les citoyens participent à la vie économique, sociale et culturelle, le droit du travail comprend un cadre légal strict permettant de lutter contre les discriminations sur le lieu de travail.

Or, malheureusement de nombreux cas de discriminations peuvent encore être constatés dans la vie professionnelle, nonobstant les règles légales qui les interdisent. Elles créent des inégalités socio-économiques qui fragilisent la société.

En droit du travail, on parle de discrimination quand on observe un traitement inégal et défavorable appliqué à certaines personnes en raison notamment par exemple, de leur religion, de leur sexe, de leur appartenance à une race.

Ainsi la discrimination en matière d'emploi et de profession est le fait de traiter quelqu'un différemment et moins favorablement pour des motifs qui ne sont liés ni à son mérite, ni aux exigences de l'emploi et qui reposent notamment sur la race, le sexe, la religion, les convictions.

Or, le fait d'être une femme ou un homme, l'appartenance à une religion ou les convictions, un handicap éventuel, l'âge ou l'orientation sexuelle, la race ou l'origine ethnique ne doivent pas constituer des motifs de discrimination dans les relations professionnelles. Dans la plupart des pays, de telles différences de traitement discriminatoires sont interdites par la loi.

Précisons qu'il y a néanmoins des différences de traitement qui peuvent être objectivement justifiées. Ainsi, par exemple, une différence de traitement fondée sur des degrés différents de productivité ne sera pas discriminatoire, certains salariés étant plus productifs que d'autres, en raison de compétences, qualifications et aptitudes différentes.

¹ Source : www.larousse.fr

Aussi le fait de traiter différemment pour prendre en compte les besoins particuliers de certaines personnes et s'assurer qu'elles ont des chances égales n'est pas discriminatoire.

Par exemple, fournir à un travailleur handicapé un matériel de travail particulier, ou mettre à disposition d'une salariée enceinte un fauteuil confortable pour qu'elle puisse se reposer à certains moments de sa journée de travail, ne sera pas considéré comme discriminatoire.

Les lois non seulement interdisent les discriminations sur les lieux de travail, mais elles permettent aussi à un employeur de prendre des mesures actives visant à promouvoir l'égalité de traitement sur le lieu de travail.

Par exemple, un employeur crée une crèche d'entreprise pour inciter plus de femmes à venir travailler dans son entreprise.

2 L'ORIGINE DU CONCEPT DE DISCRIMINATION SUR LE PLAN INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

Au niveau international, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 affirme le principe d'égalité des êtres humains en proclamant que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.* »

Suivant l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

Au niveau de l'Organisation internationale du travail (OIT) deux conventions doivent être citées :

La convention C111 de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, entrée en vigueur le 15 juin 1960 et ratifiée par le Luxembourg seulement le 21 mars 2001.

Selon cette convention, le terme de discrimination comprend :

- toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ;
- toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le pays concerné après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés.

La convention C100 de 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, entrée en vigueur le 23 mai 1953 et ratifiée par le Luxembourg le 23 août 1967.

Selon cette convention :

- le terme rémunération comprend le salaire ou traitement ordinaire, de base ou minimum, et tous autres avantages, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ;
- l'expression égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale se réfère aux taux de rémunération fixés sans discrimination fondée sur le sexe.

En ce qui concerne l'égalité de droits entre les hommes et les femmes, elle est proclamée par les deux Pactes des Nations Unies de 1966, et protégée par la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes de 1979. Au sein de l'Organisation des Nations Unies comme au Conseil de l'Europe, de nombreuses actions sont menées pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, pour l'amélioration de la condition de la femme et pour l'égalité entre hommes et femmes.

Au niveau de l'Union européenne, l'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental en vertu du Traité sur l'Union européenne² et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. À ce titre, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une « mission » et un objectif de l'Union européenne, qui a l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions.

L'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fournit une base juridique spécifique pour l'adoption de mesures européennes visant à garantir l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail entre hommes et femmes, y compris le principe de l'égalité de rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur.

Les articles 10 et 19 du TFUE visent la non-discrimination en raison des motifs suivants : sexe, race, origine ethnique, religion, convictions, handicap, âge et orientation sexuelle.

Différentes directives européennes viennent expliciter les principes de base des traités et visent à protéger les individus contre toutes les formes de discrimination :

- directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;
- directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;
- directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte de directives qui datent des années 1975, 1976, 1986 et 1997).

Il résulte de ces directives européennes que la lutte contre les discriminations constitue un défi majeur pour l'Union européenne (UE), l'Union étant fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par conséquent, l'UE doit prendre toutes les mesures nécessaires afin de combattre toute discrimination, en particulier si celles-ci concernent l'emploi et le marché du travail.

² articles 2 et 3, paragraphe 2

Les États membres doivent interdire la discrimination en matière d'emploi et de travail. Les directives visent à établir un cadre général minimal en posant les principes de non-discrimination aussi bien directe (une différence de traitement est fondée sur une caractéristique précise) que indirecte (une disposition, un critère ou une pratique est apparemment neutre mais est susceptible de produire un effet défavorable pour une ou des personnes déterminées ou encore l'incitation à la discrimination). Le harcèlement, qui crée un environnement hostile, est aussi considéré comme une discrimination.

Les directives couvrent notamment les domaines suivants :

- les conditions d'accès à des activités salariées, y compris en matière de promotion dans l'emploi ;
- la formation professionnelle ;
- les conditions d'emploi et de travail (y compris les conditions de rémunération et de licenciement) ;
- l'affiliation et l'implication dans une organisation d'employeurs ou de travailleurs ou toute autre organisation professionnelle.

Les règles concernent aussi bien le secteur public que le secteur privé, y compris les organismes publics.

Les directives prévoient aussi que dans différents cas, un traitement différent sera autorisé :

- dans certains cas, des différences de traitement peuvent être justifiées lorsque la nature du poste ou les conditions dans lesquelles l'emploi est exercé, le justifient. On parle alors d'exigence professionnelle essentielle ;
- des différences de traitement fondées sur l'âge sont admises lorsqu'elles sont justifiées objectivement, appropriées et nécessaires à la réalisation d'objectifs légitimes sur le marché du travail (assurer la protection des jeunes ou des travailleurs âgés, fixation d'exigence sur la durée de l'expérience professionnelle par exemple) ;
- les États membres ont le droit de maintenir et d'adopter des actions positives visant à prévenir ou à corriger les situations d'inégalité existantes (mesures destinées à promouvoir l'intégration des jeunes, le passage de l'activité professionnelle à la retraite, etc.).

Le rôle des partenaires sociaux est très important en matière de lutte contre les discriminations. Par conséquent, les États membres doivent prendre des mesures afin d'encourager le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par la mise en place de codes de conduite, l'échange d'expériences et de bonnes pratiques, etc.

Les dispositions discriminatoires nationales doivent être supprimées ou déclarées nulles et non avenues. Des sanctions seront prévues par les États membres en cas de violation du principe d'égalité de traitement.

De nombreuses décisions de justice existent au niveau européen, la Cour de justice de l'Union européenne étant souvent saisie pour répondre à des questions de conformité de règles nationales face aux règles européennes. La jurisprudence européenne citée se réfère ou bien à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), sa dénomination actuelle depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009 ou alors à la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE, sa dénomination d'avant décembre 2009).

Citons pour finir la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 qui interdit toute discrimination fondée notamment sur :

- le sexe ;
- la race ;

- la couleur ;
- les origines ethniques ou sociales ;
- les caractéristiques génétiques ;
- la langue ;
- la religion ou les convictions ;
- les opinions politiques ou toute autre opinion ;
- l'appartenance à une minorité nationale ;
- la fortune ;
- la naissance ;
- un handicap ;
- l'âge ou
- l'orientation sexuelle.

Les articles 21 et 23 interdisent plus spécialement toute discrimination fondée sur le sexe et consacrent le droit à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.

La liste des motifs de discrimination interdits est donc plus large que la liste posée par les directives européennes. La Charte a valeur légale depuis le Traité de Lisbonne de 2007.

3 SUR LE PLAN NATIONAL

Citons d'abord deux articles de la Constitution luxembourgeoise en lien avec la question de l'égalité de traitement.

L'article 10bis de la Constitution stipule que « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.* »

Dans leur interprétation de cet article, les juges écrivent régulièrement et constamment que ce principe d'égalité de traitement doit être compris comme interdisant le traitement de manière différente de personnes se trouvant dans des situations similaires, à moins que la différenciation soit objectivement justifiée. Ils estiment qu'il appartient aux pouvoirs publics, tant au niveau national qu'au niveau communal, de traiter de la même façon tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit. Par ailleurs, lesdits pouvoirs publics peuvent, sans violer le principe de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives, qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but.

Depuis 2006, l'article 11 de la Constitution stipule à son paragraphe 2 « *Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'État veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.* »

Le principe d'égalité entre hommes et femmes est donc depuis 2006 un principe constitutionnel.

Bien avant déjà, le Luxembourg s'était doté de moyens légaux permettant d'œuvrer en faveur de l'égalité de traitement entre femmes et hommes au travail. Ainsi dès 1974 un règlement grand-ducal fixe le principe de l'égalité de rémunération entre femmes et hommes pour un même travail.

Sous l'impulsion de l'Europe, le Luxembourg s'est ensuite efforcé de continuer la lutte en faveur de l'établissement d'un équilibre homme/femme sur le marché du travail.

Ce n'est qu'en 2006 qu'une loi est venue consacrer le principe de non-discrimination en raison de l'origine raciale, la religion, les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle, transposant de près les directives européennes citées plus haut.

Relevé chronologique des textes légaux nationaux les plus importants en matière d'égalité de traitement

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 :

- Article 3 : toute convention collective de travail devra obligatoirement prévoir « *des modalités d'application du principe de l'égalité de rémunération exclusive de toute discrimination de sexe* ».
- Article 4(3)4 : Obligation pour les partenaires sociaux de prévoir dans toute convention collective l'application du principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes.

Règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de **rémunération entre les hommes et les femmes**

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 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. 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.

Loi du 3 juillet 1975 concernant la **protection de la maternité** de la femme au travail (modifiée par la loi du 24 mai 1989, la loi du 15 mai 1995, la loi du 7 juillet 1998 et la loi du 1^{er} août 2001)

Cette loi institue au profit des salariées ou apprenties enceintes ou accouchées un certain nombre de « *discriminations positives* » afin de protéger deux ordres de besoins de la femme :

- d'une part, sa condition biologique ;
- d'autre part, le rapport particulier existant entre la mère et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement.

Droits spécifiques reconnus aux femmes :

- droit à un congé de maternité prénatal et postnatal ;
- droit de ne pas devoir prêter du travail de nuit ;
- droit de ne pas être affectée à certaines catégories de travaux ;

- droit de résilier sans préavis le contrat de travail à l'expiration du congé de maternité ;
- droit d'être réembauchée par priorité en cas de cessation des relations de travail à l'expiration du congé de maternité ;
- droit de ne pas devoir prêter des heures supplémentaires ;
- droit à un temps d'allaitement journalier ;
- droit à une dispense de travail en cas de risque de santé ;
- droit de ne pas être licenciée ;
- droit de voir une éventuelle période d'essai stipulée au contrat de travail suspendue jusqu'à l'expiration d'une période de 12 semaines suivant l'accouchement.

En vertu de la loi du 7 juillet 1998, les femmes enceintes bénéficient d'une dispense de travail, sans perte de rémunération, si elles doivent se rendre pendant les heures de travail aux examens prénataux prescrits par la loi du 20 juin 1977 pour obtenir l'allocation de naissance.

Loi du 8 décembre 1981 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (qui est la transposition au niveau national de la directive 76/207/CE modifiée par la directive 2002/73/CE) : article 2 : le principe d'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe soit directement soit indirectement.

La loi interdit aux employeurs et à ceux qui diffusent ou publient des offres d'emploi ou des annonces relatives à l'emploi de faire référence au sexe du travailleur. De même, elle interdit d'utiliser dans de telles offres ou annonces des éléments indiquant ou sous-entendant le sexe du travailleur en dehors même de toute référence explicite. La loi interdit encore de faire référence au sexe du travailleur dans les conditions d'accès et dans les critères de sélection à l'emploi. Par ailleurs, la loi interdit de refuser ou d'entraver l'accès à l'emploi pour des motifs explicites ou implicites fondés sur le sexe du travailleur. La loi décrète la nullité de toute stipulation contraire au principe de l'égalité de traitement, qu'elle soit de nature conventionnelle, statutaire ou réglementaire.

Le principe de l'égalité de traitement dans les conditions d'accès à l'emploi et dans l'emploi est actuellement (loi du 31 juillet 2006) prévu aux articles L.241-1 ff et suivants du Code du travail pour y former le Chapitre premier « Principe de l'égalité de traitement » du Titre IV « Égalité de traitement entre les hommes et les femmes », du Livre II « Réglementation et conditions de travail ».

Loi modifiée du 26 février 1993 portant réglementation du **travail volontaire à temps partiel**

Le régime juridique du travail à temps partiel étant basé sur le consensualisme (accord du salarié et de l'employeur), le salarié ne dispose pas d'un droit général au travail à temps partiel. Néanmoins lorsque le salarié a manifesté le souhait d'occuper un emploi à temps partiel, il est en droit d'être informé en priorité des emplois à temps partiel disponibles dans l'entreprise et correspondant à sa qualification et à son expérience professionnelle.

Les garanties légales du travail à temps partiel :

- Le contrat de travail doit, en dehors du nombre d'heures de travail hebdomadaires et de l'horaire de travail, indiquer la répartition précise des heures de travail sur les différents jours de la semaine. Cette répartition ne pourra être modifiée que de l'accord exprès du salarié.
- Le refus du travailleur à temps partiel de reprendre un travail à temps complet ne constitue pas un motif légitime de licenciement.
- Les heures supplémentaires peuvent uniquement être prestées d'un commun accord des parties. Par ailleurs, l'hypothèse de la prestation d'heures supplémentaires doit être prévue dans le contrat de travail. Le refus du salarié de pres-ter des heures supplémentaires n'est ni un motif grave, ni un motif légitime de licenciement.

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

Elle prévoit que chaque délégation principale et, le cas échéant, chaque délégation divisionnaire, désigne immédiatement après son entrée en fonctions parmi ses membres et pour la durée de son mandat, un délégué à l'égalité.

Loi modifiée du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du **plan d'action national** en faveur de l'emploi 1998

Elle introduit **le congé parental, congé pour raisons familiales et les actions positives.**

Loi du 26 mai 2000 concernant la protection contre le **harcèlement sexuel** à l'occasion des relations de travail et portant modification de différentes autres lois

Elle met à charge de l'employeur l'obligation de prévenir et de réagir contre des situations de harcèlement sexuel dans son entreprise.

Loi du 28 juin 2001 ayant 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

Elle est applicable à tout litige dans le cadre d'une procédure civile ou administrative des secteurs public et privé ayant pour objet l'accès à l'emploi, la rémunération, les possibilités de promotion et de formation professionnelle, l'accès à une profession indépendante, les conditions de travail ainsi que les régimes de sécurité sociale, arrête que le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement.

Loi du 1^{er} août 2001 concernant la protection des **travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes**

Il est mis fin à l'incertitude régnant sous la loi de 1975 par la stipulation expresse que le congé de maternité est à assimiler à une période de travail effectif et donne donc

droit à des jours de congé. Selon la loi du 1^{er} août 2001, en ce qui concerne le travail de nuit, l'interdiction de principe a été remplacée par une dispense sur avis du médecin du travail. Ainsi, la femme enceinte ou allaitante ne peut être tenue de travailler entre 10 heures du soir et 6 heures du matin, lorsque, de l'avis du médecin de travail compétent, cela est nécessaire du point de vue de sa sécurité ou de sa santé. Il en est de même pour la femme allaitante jusqu'à la date du premier anniversaire de l'enfant.

En cas d'existence de risques spécifiques d'exposition des femmes enceintes ou allaitantes aux agents, procédés ou conditions de travail nocifs pour leur sécurité et santé, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour que l'exposition de la salariée concernée à ce risque soit évitée. En cas d'impossibilité de réaffectation à un autre poste de travail, la salariée doit être dispensée de travailler. Une liste des agents et procédés ou conditions de travail est annexée à la loi du 1^{er} août 2001.

L'attribution d'une indemnité pécuniaire de maternité a été étendue au cas de perte de revenu résultant du transfert d'un poste de travail de nuit à un poste de travail de jour, en précisant que cette indemnité se réduit à la perte de revenu brut effective.

Loi du 15 mai 2003 approuvant le Protocole facultatif à la **Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes**

Le protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est un instrument juridique international à vocation universelle, consacrant le droit des individus à agir contre un État accusé d'avoir violé un des droits inscrits dans la Convention, lorsque les voies de recours internes n'ont pas permis d'obtenir réparation.

Loi du 19 décembre 2003 portant modification de la loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du **plan d'action national** en faveur de l'emploi 1998. Elle met en œuvre au niveau de l'égalité femme/homme des dispositions subventionnant l'**engagement de personnes appartenant au sexe sous-représenté** dans une profession ou dans un métier déterminé. Est considéré comme sexe sous-représenté dans une profession ou dans un métier déterminé, celui dont la représentation est égale ou inférieure à 40% de l'ensemble des travailleurs exerçant cette profession ou ce métier sur le territoire national.

Loi du 30 juin 2004 concernant les **relations collectives de travail**

Elle stipule que toute convention collective de travail doit obligatoirement prévoir les modalités d'application du principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. La convention collective doit contenir obligatoirement des dispositions consignnant le résultat des négociations collectives qui devront porter sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les établissements et entreprises auxquels la convention s'applique. La négociation collective doit porter sur l'établissement d'un plan d'égalité en matière d'emploi et de rémunérations.

Révision de la Constitution du 13 juillet 2006

Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'État veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.

Loi du 28 novembre 2006 portant transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/EG

Elle a introduit dans le livre II du Code du travail un Titre V relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette loi définit le « *principe de l'égalité de traitement* » par « *absence de toute **discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la race ou l'ethnie*** ».

La **loi du 13 mai 2008** a modifié les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité entre femmes et hommes dans l'emploi en tenant compte de la directive modifiée 76/207/CEE visant plus particulièrement à assurer l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail à l'égard de la **discrimination fondée sur le sexe**.

Un **règlement grand-ducal du 15 décembre 2009** porte **déclaration d'obligation générale de la convention relative au harcèlement et à la violence au travail**.

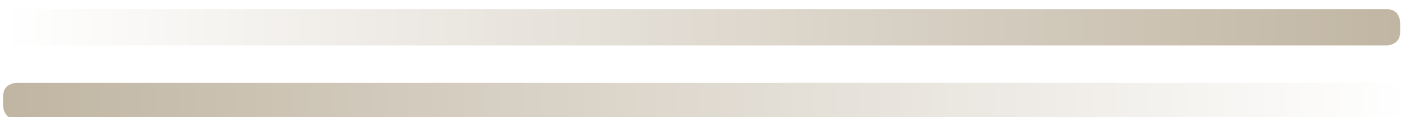
Étant donné que les discriminations fondées sur le sexe et celles fondées sur d'autres critères sont traitées au niveau national par des dispositions légales différentes, la première partie du présent document est vouée aux principes de non-discrimination fondés sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la race ou l'ethnie, alors que la seconde partie sera consacrée à la problématique de l'égalité de traitement entre femmes et hommes sur le lieu de travail.

Aussi le présent document se limitera à analyser les dispositions régissant les salariés qui ont un statut de droit privé. Précisons néanmoins que des dispositions anti-discrimination existent aussi au Luxembourg au bénéfice des travailleurs qui ont un statut de droit public.



L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN MATIÈRE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL

1. Les comportements interdits : les notions de discrimination directe et indirecte
2. Le champ d'application du principe de non-discrimination
3. Les motifs de discrimination interdits
4. Les entorses autorisées au principe de non-discrimination
5. Agir contre les discriminations



Comme nous l'avons déjà relevé, il n'existe pas de principe général d'égalité en droit du travail, obligeant l'employeur à traiter de manière égale tous les salariés.

Toute différence de traitement ne constitue pas d'office une discrimination. Mais il s'agit de protéger les personnes les plus vulnérables sur le marché de l'emploi. D'où la liste limitée de motifs de différenciation de traitement interdits que le législateur national a repris du législateur européen.

Un traitement inégalitaire ou différent ne sera sanctionné que s'il se fonde sur un des critères limitativement énumérés par la loi.

En ce qui concerne les salariés du secteur privé, les règles relatives au principe de non-discrimination sont inscrites dans les articles L. 251-1 et suivants du Code du travail.

Précisons aussi que les articles 454 et suivants du Code pénal érigent en infraction pénale certains cas de discrimination, qui couvrent pour certains encore d'autres motifs de discrimination.

Les articles L.251-1 et suivants du Code du travail couvrent exclusivement les critères de non-discrimination suivants :

- la religion ;
- les convictions ;
- l'orientation sexuelle ;
- l'âge ;
- le handicap ;
- l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée à une race ;
- l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie.

Le principe de non-discrimination entre femmes et hommes, donc basé sur le sexe, est traité aux articles L.241-1 et suivants du Code du travail. Les règles qui l'encadrent sont les mêmes que celles qui seront exposées ci-après.

Or, elles seront brièvement reprises dans la partie II vouée exclusivement à la question de l'égalité entre femmes et hommes au travail.

Bon nombre des règles et principes de base en matière de non-discrimination peuvent être illustrés au moyen du principe de non-discrimination entre femmes et hommes de sorte qu'aussi dans cette partie, pourtant consacrée surtout aux autres principes de non-discrimination, un certain nombre d'exemples de jurisprudence notamment européenne tournent autour du motif « sexe ».

Le Code pénal complète la liste des motifs de discrimination par les critères de l'origine, de la couleur de peau, des mœurs, de la nation, des activités syndicales, de l'état de santé et de la situation de famille.

Ainsi une différence de traitement fondée sur d'autres critères (par exemple sur les compétences linguistiques, l'aspect physique ou le patronyme) ne peut pas constituer une discrimination au sens de la loi nationale.

Mais toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnie est interdite.

1 LES COMPORTEMENTS INTERDITS : LES NOTIONS DE DISCRIMINATION DIRECTE ET INDIRECTE

La loi interdit aussi bien la discrimination directe qu'indirecte.

1.1. La discrimination directe

a. Sa définition

La loi définit la « *discrimination directe*³ » comme étant la situation dans laquelle une personne est

1. traitée de manière moins favorable qu'une autre
 - ne l'est,
 - ne l'a été,
 - ou ne le serait ;
2. dans une situation comparable ;
3. sur base d'un des motifs de discrimination interdits par la loi.

Les éléments sous 1. à 3. doivent être réunis cumulativement pour que l'on puisse parler de discrimination directe.

Exemple

Un employeur décide de rejeter d'office toutes les candidatures de personnes âgées de plus de 50 ans.

De ce fait il inflige aux candidats en question un traitement moins favorable comparé aux autres candidats dans la mesure où les candidats de plus de 50 ans n'auront aucune chance d'être embauchés (1.).

Les candidats de plus de 50 ans se retrouvent dans la même situation que les candidats de moins de 50 ans : ils ont tous postulé pour le même emploi (2.).

Le critère utilisé par cet employeur pour écarter le groupe de candidats de plus de 50 ans est l'âge, partant un des motifs interdits par la loi (3.).

Donc cet employeur commet une discrimination directe sur base de l'âge en rejetant d'office toutes les candidatures de personnes âgées de plus de 50 ans.

Par contre si le même employeur avait décidé de rejeter tous les candidats qui ne satisfont pas aux exigences minimales de formation initiale requises par l'employeur pour l'emploi

³ article L.251-1(2) a) du Code du travail

qu'il propose, il n'aurait alors pas commis de discrimination, son critère d'élimination étant la formation de base des candidats, partant un motif non interdit par la loi.

b. Comment détecter une discrimination directe ?

Pour détecter une discrimination directe il faut procéder par comparaison, la loi visant des situations comparables.

Il faut donc analyser des situations comparables à travers les faits, les situations à observer étant actuelles, passées ou à venir. La comparaison peut avoir lieu au moyen de situations, personnes concrètes, mais il peut aussi s'agir d'une comparaison hypothétique avec des personnes hypothétiques.

Le traitement que subit la victime de discrimination doit donc être un traitement différent, défavorable, basé sur un des motifs interdits par la loi, le tout comparé à la situation d'autres personnes réelles ou hypothétiques.

Par contre, on ne cherchera pas s'il y a eu intention de la part de l'auteur de la discrimination quant à faire subir un tel traitement injuste à la victime.

Le traitement que va subir la victime peut être un acte, mais aussi une omission.

Exemples

- *Le fait de ne pas obtenir une promotion.*
- *Le fait d'être affecté à un autre poste de travail.*
- *Le fait de se voir adresser un avertissement.*
- *Le fait de se voir refuser une demande de congé.*
- *Le fait de se voir refuser une prime etc.*

Le traitement différent subit doit être moins favorable pour qu'on puisse véritablement parler de discrimination.

Exemple

Les salariés de moins de 30 ans de l'entreprise se voient offrir comme cadeau de fin d'année chacun une place de concert, alors que les plus de 30 ans se voient offrir une bouteille de vin par leur employeur. En admettant que les valeurs vénales des deux sortes de cadeaux soient semblables, on ne pourra pas affirmer que les uns sont traités moins bien que les autres, même si certains jeunes auraient préféré le vin comme cadeau et certains des plus de 30 ans la place de concert.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Traitement moins favorable qu'une autre personne ne l'a été

Arrêt de la CJCE du 27 mars 1980 affaire Wendy Smith

Mme Smith a été employée par Macarthy's Ltd en tant que gérante d'entrepôt avec un salaire hebdomadaire de £ 50. Quand elle a découvert que l'homme qui avait été précédemment affecté à l'exécution de sa tâche a été payé £ 60 par semaine, elle fait une demande pour l'égalité salariale. La Cour estime qu'il s'agit là d'une discrimination directe sur base du sexe⁴.

⁴ Ce motif de discrimination est traité dans la partie II à partir de la page 57.

Traitement moins favorable qu'une autre personne ne le serait**Arrêt de la CJCE du 8 novembre 1990, affaire C-177/88 Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen**

Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'un refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse, doit être considéré comme fondé essentiellement sur le fait de la grossesse et engendre une discrimination sur base du sexe⁵. Une telle discrimination ne saurait 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.

Arrêt de la CJCE 30 avril 1998, affaire C-136/95 Evelyne Thibault/CNAVTS

Madame Thibault s'était vue refuser une notation pour l'année 1983 en raison de son absence pour maternité. De ce fait elle n'a pas pu bénéficier d'une inscription au tableau d'avancement au choix du salarié, une disposition conventionnelle exigeant 6 mois de présence sur l'année de référence. La Cour a jugé que le refus de notation constituait une discrimination directe sur base du sexe⁶.

Le traitement moins favorable doit être directement lié à un des motifs de discrimination interdits par la loi.

Exemple

Un employeur accorde des pauses café à ses salariés, mais il n'accorde pas de pause prière aux salariés auxquels leur religion impose de prier à certains moments de la journée. On peut dire que cet employeur favorise les buveurs de café au détriment des non buveurs de café. Mais aucun lien direct ne peut être fait entre le traitement différent et défavorable et le motif de discrimination interdit « religion ». L'employeur fait ici une différence de traitement entre buveurs de café et tous les autres salariés de l'entreprise. Les buveurs de café sont avantagés. Or la loi n'interdit pas une telle différence de traitement.

c. La discrimination directe peut être multi-critères

Précisons qu'une discrimination peut aussi être multi-critères, c'est-à-dire résulter d'une différence de traitement basée sur plusieurs motifs interdits.

Exemple

Un employeur qui tient un commerce vestimentaire, n'accorde pas de prime de fin d'année à un salarié âgé de 58 ans contrairement à ses jeunes collègues féminines. Ce salarié peut penser qu'il est traité moins bien que ses jeunes collègues en raison du fait qu'il est un homme⁷ d'un certain âge.

d. La discrimination directe par injonction

Il s'agit de la situation dans laquelle une personne enjoint ou incite une autre à pratiquer une discrimination. Tout comportement consistant à enjoindre ou à inciter quiconque de pratiquer

⁵ Ce motif de discrimination est traité dans la partie II à partir de la page 57.

⁶ Ce motif de discrimination est traité dans la partie II à partir de la page 57.

⁷ Ce motif de discrimination est traité dans la partie II à partir de la page 57.

une discrimination à l'encontre de personnes pour l'un des motifs de discrimination visés ci-avant est donc aussi considéré comme discrimination⁸.

Exemple

Un employeur n'embauche pas de personnes d'origine africaine, sous prétexte que ses clients ne voudront pas travailler avec des personnes ayant de telles origines.

e. La discrimination directe par harcèlement

Le Code du travail⁹ précise que le harcèlement est aussi considéré comme une forme de discrimination et se produit lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs de discrimination interdits se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Un harcèlement sera donc considéré comme discriminatoire lorsqu'il est pratiqué en raison d'un des motifs de discrimination interdits par la loi. Il en est de même du harcèlement sexuel¹⁰.

Le harcèlement moral

Depuis 2009 une convention signée par le « Onofhängege Gewerkschaftsbond Lëtzebuerg » (OGB•L), le « Lëtzebuerger Chrëschtliche Gewerkschaftsbond » (LCGB) et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL), déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal¹¹, pose un certain nombre de règles en matière de harcèlement moral.

Cette réglementation met l'accent sur la prévention plus que sur la sanction.

Selon cet accord « *le harcèlement moral se produit lorsqu'une personne relevant de l'entreprise commet envers un travailleur ou un dirigeant des agissements fautifs, répétés et délibérés qui ont pour objet ou effet :*

- *soit de porter atteinte à ses droits ou à sa dignité ;*
- *soit d'altérer ses conditions de travail ou de compromettre son avenir professionnel en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;*
- *soit d'altérer sa santé physique ou psychique. »*

Un fait isolé ne constituera donc pas un harcèlement moral. Il faut observer une répétition de comportements harcelants pour qu'on puisse envisager le harcèlement.

Contrairement à la discrimination pure, le harcèlement moral présuppose l'intention de l'auteur de harceler.

La prévention du harcèlement moral

◇ *Interdire le harcèlement au travail*

Le texte demande à l'employeur de signaler, en consultant les représentants du personnel, le cas échéant par une mention y relative au règlement intérieur, qu'il ne tolère aucune forme de harcèlement au sein de l'entreprise.

⁸ article L.251-1 (4) du Code du travail

⁹ article L.251-1 (3) du Code du travail

¹⁰ Pour plus de détails, voir les développements à partir de la page 79.

¹¹ Règlement grand-ducal du 15 décembre 2009 portant déclaration d'obligation générale de la convention relative au harcèlement et à la violence au travail conclue entre les syndicats OGB•L et LCGB, d'une part, et l'UEL, d'autre part (Mémorial A n° 3 du 13 janvier 2010)

L'employeur doit rappeler qu'il est de la responsabilité de chacun des travailleurs et dirigeants de veiller à ce que de tels actes de harcèlement ne se produisent pas sur le lieu de travail.

◇ *Sensibiliser les travailleurs et les dirigeants*

L'employeur doit veiller, en consultant les représentants du personnel, à sensibiliser les travailleurs et les dirigeants via les différents modes de communication internes disponibles.

Cette sensibilisation portera sur :

- la définition du harcèlement ;
- les modes de gestion de celui-ci au sein de l'entreprise et
- les sanctions contre le ou les auteurs des actes de harcèlement.

◇ *Déterminer les mesures de prévention concrètes*

Dans le cadre de la politique de prévention, l'employeur doit déterminer, en consultant les représentants du personnel, les mesures à prendre pour protéger les travailleurs et dirigeants contre le harcèlement au travail.

Les mesures de prévention pourront être fixées en tout ou en partie par des accords entre partenaires sociaux. Si elles sont fixées par un accord au niveau sectoriel, chaque entreprise se chargera de mettre en œuvre ces mesures, à moins qu'elle ne dispose de mesures propres équivalentes aux dispositions de l'accord.

Ces mesures qui doivent être adaptées à la nature des activités et à la taille de l'entreprise pourront porter notamment sur :

- l'information et la formation des travailleurs et des dirigeants sur la politique de prévention et de protection contre le harcèlement au travail ;
- l'identification d'un interlocuteur compétent en matière de prévention et de protection contre le harcèlement au travail ;
- la définition des moyens et procédures mis à disposition des victimes pour obtenir de l'aide.

◇ *Évaluation interne en cas de survenance d'actes de harcèlement*

En cas de survenance d'actes de harcèlement envers des travailleurs et/ou dirigeants, l'employeur doit procéder à une évaluation interne qui portera sur l'efficacité des mesures de prévention ainsi que sur la mise en œuvre éventuelle de nouvelles mesures de prévention à prendre notamment par rapport à l'organisation de l'entreprise, à la révision des procédures appliquées en cas de harcèlement et à l'information des travailleurs. Cette évaluation ainsi que les réévaluations ultérieures se feront en consultant les représentants du personnel.

La gestion des actes de harcèlement - élaboration d'une procédure de gestion des actes de harcèlement

L'employeur doit mettre en œuvre, en consultant les représentants du personnel, une procédure de gestion des problèmes de harcèlement, et ce sur base de l'évaluation interne et des réévaluations ultérieures sur le harcèlement au sein de l'entreprise.

La procédure de gestion pourra être fixée en tout ou en partie par des accords entre partenaires sociaux.

Si elle est fixée par un accord au niveau sectoriel, chaque entreprise se chargera de mettre en œuvre cette procédure, à moins qu'elle ne dispose d'une procédure propre équivalente aux dispositions de l'accord.

La procédure se basera notamment sur les considérations suivantes :

- les parties agiront avec toute la discrétion nécessaire pour protéger la dignité et la vie privée de chacun ;
- aucune information ne sera divulguée aux parties non impliquées dans l'affaire ;
- les plaintes seront examinées sans délai et traitées dans un délai raisonnable ;
- chaque partie devra être entendue dans les plus brefs délais en ses moyens et aura le droit de se faire assister par un représentant du personnel lors de l'entrevue ;
- chaque plainte sera traitée de manière impartiale ;
- chaque plainte devra être appuyée par des informations détaillées ;
- les fausses accusations ne seront pas tolérées et pourront entraîner une action disciplinaire voire des sanctions qui pourront aller jusqu'au licenciement ;
- une assistance externe pour l'analyse et le traitement des plaintes pourra être prévue ;
- les victimes bénéficieront d'un soutien dont la nature sera précisée au sein de l'entreprise à défaut d'accord suffisamment précis à ce sujet entre partenaires sociaux applicable à l'entreprise.

Actions et sanctions contre l'auteur des actes de harcèlement

L'employeur doit déterminer de façon claire et transparente, après consultation des représentants du personnel, les sanctions qu'il pourra prendre en cas de harcèlement. S'il est établi qu'il y a eu harcèlement, des mesures appropriées seront prises à l'encontre du ou des auteurs. Elles peuvent comprendre des actions disciplinaires et des sanctions qui peuvent aller jusqu'au licenciement.

Protection de la victime et du témoin des actes de harcèlement

La victime de harcèlement au travail ne pourra pas faire l'objet de représailles à la suite d'une dénonciation ou d'une résistance à un acte de harcèlement. Son dossier sera traité avec la plus grande discrétion possible. Les mesures destinées à mettre fin au harcèlement ne pourront être prises au détriment de la victime.

En outre, aucun travailleur ou dirigeant ne pourra faire l'objet de représailles pour avoir témoigné d'actes de harcèlement avéré au travail.

JURISPRUDENCE NATIONALE EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT MORAL

Précisons que la jurisprudence se base sur la notion d'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail pour condamner le cas échéant un employeur à des dommages et intérêts lorsqu'il n'a pas protégé son salarié contre un harcèlement moral et qu'il est établi que celui-ci a subi un préjudice du fait de ce harcèlement. Récemment la Cour d'appel a eu l'occasion d'affirmer que la législation en matière de santé et sécurité au travail qui demande à l'employeur d'assurer aussi la santé mentale de son salarié, lui confère une obligation de résultat. S'impose de ce fait à l'employeur l'obligation de résultat d'assurer la protection du salarié contre tout harcèlement moral (Arrêt de la Cour d'appel du 21 juin 2011, n° rôle 36790).

f. La discrimination directe par association

Lorsqu'une personne est moins bien traitée en raison non pas d'une caractéristique qui lui est propre mais en raison d'une caractéristique d'une autre personne à laquelle on la lie, alors on peut parler de discrimination par association.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 17 juillet 2008 affaire C-303/06 Coleman/Attridge Law et Steve Law

Mme Coleman travaillait dans un cabinet d'avocats à Londres depuis le mois de janvier 2001 en tant qu'assistante juridique. Au cours de l'année 2002, elle a donné naissance à un enfant handicapé dont l'état de santé exigeait des soins spécialisés et particuliers qui étaient dispensés essentiellement par elle.

Le 4 mars 2005, Mme Coleman a accepté une mise en chômage volontaire, ce qui a mis fin au contrat qui la liait à son ancien employeur. Le 30 août 2005, elle a saisi l'Employment Tribunal, d'un recours dans lequel elle soutient qu'elle a été victime d'un licenciement implicite et d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres employés, en raison du fait qu'elle a la charge principale d'un enfant handicapé. Elle affirme que ce traitement l'a contrainte à cesser de travailler pour son ancien employeur. À l'appui de sa demande, elle met en avant différents faits constitutifs selon elle d'une discrimination ou de harcèlement dans la mesure où dans des circonstances similaires, les parents d'enfants non handicapés étaient traités différemment. Elle évoque notamment le refus de son employeur de la réintégrer lors du retour du congé de maternité dans l'emploi qu'elle occupait, le refus de bénéficier d'une souplesse horaire et des commentaires déplacés et insultants à l'encontre tant d'elle-même que de son enfant.

Dans ces circonstances, l'Employment Tribunal s'est adressé à la Cour européenne en demandant si la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail doit être interprétée en ce sens qu'elle interdit la discrimination directe fondée sur le handicap et le harcèlement lié à ce dernier uniquement à l'encontre d'un employé qui est lui-même handicapé ou si elle s'applique également à un employé, victime d'un traitement défavorable en raison du handicap dont est atteint son enfant, auquel il prodigue l'essentiel des soins que nécessite son état.

La Cour rappelle que la directive définit le principe de l'égalité de traitement comme étant l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée notamment sur le handicap et s'applique à toutes les personnes en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération.

La Cour relève que la directive ne permet pas de conclure que le principe d'égalité de traitement qu'elle consacre doit être interprété de manière restrictive, c'est-à-dire comme interdisant uniquement les discriminations directes fondées sur le handicap et visant exclusivement les personnes handicapées elles-mêmes. Selon la Cour, la directive, ayant pour objectif de lutter contre toutes les formes de discrimination, s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction de la nature de la discrimination. Une interprétation limitant son application aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées serait susceptible de priver la directive d'une partie importante de son effet utile et de réduire la protection qu'elle est censée garantir.

Concernant la charge de la preuve, la Cour rappelle que, dans le cas où Mme Coleman établirait des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement exigerait alors que la charge

de la preuve pèse sur son employeur, qui devrait prouver qu'il n'y a pas eu une violation dudit principe.

La Cour conclut que la directive doit être interprétée en ce sens que l'interdiction de discrimination directe qu'elle prévoit n'est pas limitée aux seules personnes handicapées. Par conséquent, lorsqu'un employeur traite un employé, n'ayant pas lui-même un handicap, de manière moins favorable qu'un autre employé dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe énoncée par la directive.

Concernant le harcèlement, la Cour adopte un raisonnement identique et conclut que les dispositions de la directive sur ce point ne sont pas limitées aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées.

g. La discrimination directe par propos

Des propos discriminatoires prononcés en dehors d'un acte direct peuvent être considérés comme une discrimination directe.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 10 juillet 2008 affaire C-54/07 FERYN

Selon la Cour des déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir, dans le cadre de sa politique de recrutement qu'il n'embauchera pas des salariés d'une certaine origine ethnique ou raciale, suffisent à établir une présomption d'existence de politique d'embauche directement discriminatoire.

1.2. La discrimination indirecte

Une « *discrimination indirecte*¹² » se produit lorsqu'

- une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre
- sont susceptibles d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de certaines convictions, d'un handicap, d'un certain âge ou orientation sexuelle, d'appartenance ou de non appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnie données
- par rapport à d'autres personnes
- à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.

La notion de discrimination indirecte permet d'éviter de contourner les règles en matière de discrimination directe pour arriver par le biais de critères, pratiques neutres en apparence à effectuer des traitements discriminatoires.

¹² article L.251-1(2) b) du Code du travail

Exemples

1. Une règle défavorisant les salariés à temps partiel peut constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe¹³, puisque statistiquement une nette majorité des salariés à temps partiel sont des femmes.

Par exemple un règlement interne d'une entreprise réserve une prime aux trois salariés qui sur l'année effectuent volontairement le plus d'heures supplémentaires. Or cette disposition risque d'être préjudiciable aux travailleurs à temps partiel qui eux, généralement sont peu disponibles pour effectuer des heures de travail en plus. Si beaucoup de travailleurs à temps partiel dans l'entreprise sont des femmes, alors il s'agira là d'une discrimination indirecte sur base du sexe.

2. De même, des différenciations fondées sur l'ancienneté ou l'expérience peuvent s'analyser en discriminations indirectes fondées sur l'âge.

Un employeur accorde volontairement 28 jours de congé à tous les salariés embauchés avant le 1^{er} janvier 2004. Les salariés embauchés après cette date n'ont droit qu'à 25 jours comme la loi le prévoit. Monsieur X âgé de 25 ans et embauché en 2005 se plaint de subir de ce fait une discrimination sur base de son jeune âge : il estime en effet que les personnes qui auront été ou seront embauchées après 2004 risquent fortement d'être des personnes jeunes et de ce fait elles seront moins bien traitées en raison de leur âge. Or il n'est pas évident de suivre ce raisonnement, l'employeur ne se basant pas sur l'âge pour réserver un traitement différent à une catégorie de salariés, mais sur la date d'embauche. Néanmoins si dans cette entreprise les salariés embauchés après la date clé du 1^{er} janvier 2004 étaient majoritairement des jeunes salariés, un juge pourrait être enclin à y déceler une discrimination sur base de l'âge.

La notion de discrimination indirecte va donc mener à une sorte de présomption de discrimination, mais qui, contrairement à la discrimination directe, pourra être renversée si l'employeur justifie sa décision, son acte etc. par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Le litige partira le cas échéant d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre en apparence.

Cela peut par exemple être une clause d'un contrat de travail ou d'une convention collective de travail, un critère fixé dans un règlement interne, un règlement de travail selon l'horaire mobile, un critère appliqué par l'employeur régulièrement dans le cadre de sa politique d'embauche, de licenciement, de promotion etc.

Officiellement (en apparence) les critères, dispositions, pratiques ne sont pas liées à un des motifs de discrimination interdits par la loi. Ils apparaissent neutres.

Mais à partir du moment où l'on met en œuvre ces dispositions, critères, pratiques, une personne ou un groupe de personnes le/laquelle on peut associer à un motif de discrimination interdit par la loi, seront défavorisés ou risquent de l'être.

Il ne sera pas nécessaire pour que l'on puisse retenir la discrimination indirecte que des personnes soient effectivement désavantagées, le simple risque d'exposition à cela est suffisant.

Mais n'oublions pas que selon la loi, une telle discrimination indirecte peut être objectivement justifiée. Dans ce cas, elle n'est alors plus répréhensible.

La charge de la preuve de la justification objective revient à l'employeur. Tout dépendra en effet des arguments qu'il peut avancer pour expliquer les critères, dispositions et pratiques adoptées.

¹³ Ce motif de discrimination sera traité dans la partie II à partir de la page 57.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 1^{er} juillet 1986 affaire C-237/85 Gisela Rummler

La CJCE a décidé que le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, ne s'oppose pas à ce qu'un système de classification professionnelle utilise, pour déterminer le niveau de rémunération, le critère de l'effort ou de la fatigue musculaire ou celui du degré de pénibilité physique du travail, si, compte tenu de la nature des tâches, le travail à accomplir exige effectivement un certain développement de force physique, à condition que, par la prise en considération d'autres critères, il parvienne à exclure, dans son ensemble, toute discrimination fondée sur le sexe.

Selon la CJCE, se déduit du principe d'égalité des rémunérations entre femmes et hommes :

- les critères conditionnant le classement dans différents niveaux de rémunération doivent assurer la même rémunération pour un même travail objectivement donné, qu'il soit accompli par un travailleur masculin ou par un travailleur féminin ;
- le fait de se baser sur des valeurs correspondant aux performances moyennes des travailleurs 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 ;
- toutefois, pour qu'un système de classification professionnelle ne soit pas discriminatoire dans son ensemble, il doit prendre en considération, dans la mesure où la nature des tâches à accomplir dans l'entreprise le permet, des critères pour lesquels les travailleurs de chaque sexe sont susceptibles de présenter des aptitudes particulières.

Arrêt de la CJCE du 20 mars 2003 affaire Helga Kutz-Bauer

La CJCE a décidé que le principe d'égalité de traitement s'oppose à une disposition d'une convention collective applicable à la fonction publique qui autorise les employés de sexe masculin et de sexe féminin à bénéficier du travail à temps partiel en raison de l'âge, lorsque cette disposition n'accorde le droit à un tel travail à temps partiel que jusqu'à la date à laquelle il est possible de faire valoir pour la première fois ses droits à une pension de retraite au taux plein servie par le régime légal de l'assurance pension et lorsque le groupe des personnes qui peuvent prétendre à une telle pension dès l'âge de 60 ans est composé presque exclusivement de femmes alors que celui des personnes qui ne peuvent percevoir une telle pension qu'à compter de l'âge de 65 ans est composé presque exclusivement d'hommes, à moins que cette disposition ne soit justifiée par des critères objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

◇ *Interdiction de discrimination : un principe à respecter par l'employeur*

Précisons pour finir que tout employeur a l'obligation de s'abstenir de toute discrimination directe ou indirecte, de même que de tout acte de harcèlement. Il doit aussi s'abstenir d'enjoindre à un tiers de ce faire.

2 LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPLE DE NON-DISCRIMINATION

Les règles de non-discrimination édictées par le Code du travail¹⁴ visent :

- 1) *les conditions d'accès à l'emploi et au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion*

Le principe de non-discrimination doit être respecté lors de l'embauche et vise précisément les offres d'emploi, peu importe leur forme ou le support utilisé, l'entretien à l'embauche, de même que la décision d'embauche.

Il vise aussi les décisions de promotion interne à l'entreprise et les critères appliqués ou susceptibles d'être appliqués pour fonder une telle décision.

Exemples

1. *Il est interdit de faire référence au sexe ou à l'âge dans une offre d'emploi.*
2. *Dans le même ordre d'idées, faire référence à l'expérience en demandant une longue expérience, peut entraîner une discrimination indirecte basée sur l'âge, les jeunes personnes étant forcément exclues du recrutement.*

Le fait de ne pas être convoqué à un entretien d'embauche peut aussi constituer une discrimination.

Exemples

1. *L'employeur convoque toutes les personnes de moins de 30 ans, mais aucun candidat de plus de 30 ans.*
2. *L'employeur convoque exclusivement les candidats masculins à un entretien et réfute sans entretien toutes les candidatures féminines.*

Aussi au cours de l'entretien d'embauche, l'employeur doit prendre soin de ne pas faire allusion à un des motifs de discrimination interdits par la loi, car cela serait susceptible de constituer un signe de discrimination.

Exemples

1. *Au cours de l'entretien l'employeur explique au candidat qu'il cherche une personne entièrement valide, qui présente bien, étant donné que le candidat retenu aura pour mission d'assurer la réception de l'entreprise. L'employeur exprime ainsi clairement sa préférence pour une personne valide, ne présentant aucun handicap.*
2. *Lors de l'entretien l'employeur explique à la candidate qu'il a besoin d'une personne d'une grande force physique, disponible à plein temps et flexible quant au temps de travail. Il explique que le job entraîne souvent la nécessité de travailler tard le soir et demande*

¹⁴ article L.251-2 du Code du travail

à la candidate quel est l'âge de ses enfants et l'interroge aussi sur le fait de savoir si elle désire encore d'autres enfants. Cet employeur aura ainsi souligné sa préférence pour un salarié masculin. Son attitude est discriminatoire.

La décision d'embauche doit être basée sur des critères objectifs non liés à un des motifs de discrimination interdits par la loi. Dans ce contexte il est utile pour une entreprise de fixer les critères objectifs de sélection en amont du recrutement et d'y assoir sa décision lors de la sélection. De cette manière le risque de discrimination via des décisions arbitraires et subjectives est limité.

Exemple

L'employeur recrute une personne pour faire des travaux de comptabilité pour son entreprise.

Ses critères de sélection sont les suivants :

- Formation de base : au moins un niveau baccalauréat ;
- Maîtrise d'au moins deux langues, dont le français ou l'anglais ;
- Connaissances de base en comptabilité.

Toutes les candidatures qui satisfont à tous les critères sont recevables. Si aucune candidature ne satisfait à toutes les exigences, alors celles qui satisfont au maximum de critères sont retenues. Ensuite le candidat qui donnera le plus satisfaction lors de l'entretien et lors du test écrit basé sur ces seuls critères, sera retenu.

Si cet employeur écarte la candidature de Madame X parce qu'elle est à deux ans de la retraite, celle de Madame Y parce qu'elle est enceinte¹⁵ et celle de Monsieur Z parce qu'il se déplace en chaise roulante, alors il commet des discriminations.

Si par contre il écarte la candidature de Madame X parce qu'elle ne parle ni le français, ni l'anglais, celle de Madame Y parce qu'elle n'a aucune notion de la comptabilité et celle de Monsieur Z parce qu'il n'a pas un niveau baccalauréat, alors il a strictement appliqué ses critères objectifs et n'a commis aucune discrimination.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 8 novembre 1990 affaire C-177/88 Dekker

La CJCE a décidé qu'un employeur agit directement en violation du principe d'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, s'il refuse de conclure un contrat de travail avec une candidate qu'il avait jugé apte à exercer l'activité concernée, lorsque ce refus d'engagement est fondé sur les conséquences possibles, dommageables pour l'employeur, de l'engagement d'une femme enceinte, et résultant des règles qui, édictées par les autorités publiques en matière d'incapacité de travail, assimilent l'empêchement d'exercer une activité pour cause de grossesse et d'accouchement à l'empêchement d'exercer une activité pour cause de maladie. La circonstance qu'aucun candidat de sexe masculin ne se soit présenté pour le poste à pourvoir ne change pas la décision de la Cour.

L'employeur doit encore tenir compte des principes de non-discrimination lors des promotions. Il est tenu là aussi d'appliquer des critères de sélection objectifs et non discriminatoires.

¹⁵ Ce motif de discrimination sera traité dans la partie II à partir de la page 57.

JURISPRUDENCE

Arrêt de la CJCE du 30 avril 1998 affaire C-136/95 Thibault

La Cour est d'avis que la directive 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, s'opposent à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité.

2) *l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique du travail*

Ces dispositions visent toutes les offres de formation proposées par l'employeur, que ce soit sous forme de plan de formation ou autres. Lors des mesures de formation organisées, mises en place et proposées aux salariés, l'employeur est à chaque instant tenu de traiter ses salariés de manière égale. Cela donc aussi bien dans le cadre de l'offre de formation que lors du déroulement de la formation.

Exemples

1. *L'employeur doit veiller à ce que les salariés à mobilité réduite ne soient pas exclus des mesures de formation en raison du simple fait qu'il organise la formation dans une salle sans accès pour personnes à mobilité réduite.*
2. *Un employeur qui organise une formation continue à 19 heures du soir et qui emploie de nombreuses salariées ayant des enfants en bas âge à charge, est susceptible de commettre une discrimination sur base du sexe, alors qu'il exclut de fait les salariés féminins de sa mesure de formation.*

3) *les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que le salaire*

Cette règle vise toutes les conditions de travail. L'employeur est partant tenu tout au long de la relation de travail de veiller à ne pas discriminer ses salariés.

Sont ainsi visées aussi bien les conditions de travail de départ (fixées lors de l'embauche) que les conditions de travail ultérieures du salarié, suite à un changement ou une évolution dans l'entreprise.

Si la loi pointe particulièrement la non-discrimination en matière de salaire y compris les primes, gratifications etc, la notion de conditions de travail vise notamment aussi la durée du travail, la fonction du salarié, les missions lui confiées, le régime des congés, des jours fériés etc.

Exemples

1. *Le règlement interne de l'entreprise accorde à tous les salariés de plus de 55 ans un jour férié d'usage supplémentaire. Ils ont le droit de chômer le 24 décembre de chaque année. Il s'agit d'une différence de traitement basée sur l'âge au préjudice des travailleurs de moins de 55 ans de l'entreprise, donc d'une discrimination directe.*

2. Le règlement interne de l'entreprise accorde 5 jours de congé supplémentaires pour l'année de calendrier suivante, suite à l'évaluation de la performance du salarié à la fin de l'année. Une telle clause est susceptible de désavantager les travailleurs à capacité de travail réduite de l'entreprise et peut engendrer une discrimination indirecte sur base du handicap.

Le Code du travail relève encore que le principe de non-discrimination doit aussi jouer en matière de licenciement.

On entend par là, en principe, la résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur. Or, la jurisprudence européenne a élargi cette notion et a décidé que cela englobait aussi les départs volontaires et les entrées en retraites.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 26 février 1986 affaire Marshall

La CJCE a décidé qu'une politique générale de licenciement, impliquant le licenciement d'une femme au seul motif qu'elle a atteint ou dépassé l'âge auquel elle a droit à une pension d'État et qui est différent pour les hommes et pour les femmes en vertu de la législation nationale, constitue une discrimination fondée sur le sexe interdite.

En droit national le principe de non-discrimination en matière de licenciement vise bien évidemment aussi bien le licenciement avec préavis que le licenciement avec effet immédiat pour faute grave du salarié. En ce qui concerne le licenciement avec préavis, celui-ci peut être basé sur des motifs qui tiennent au comportement ou à l'aptitude au travail du salarié ou alors sur des motifs économiques qui tiennent aux difficultés financières de l'entreprise ou à une restructuration de l'entreprise.

Tout licenciement doit être fondé sur des motifs valables. Ces motifs ne doivent en aucun cas toucher à un des motifs de discrimination interdits par la loi.

Exemples

1. Un employeur licencie une salariée après avoir appris par d'autres salariés que cette personne sera probablement hospitalisée à plusieurs reprises dans les mois à venir alors qu'elle doit subir différentes interventions dans le but de tomber enceinte. Il s'agit probablement d'une discrimination indirecte basée sur le sexe.

2. Un employeur doit réduire ses frais de personnel et décide de supprimer un poste de travail. Parmi tous les postes dans son entreprise, il choisit de supprimer celui occupé Monsieur Oboulu, seul salarié d'origine africaine. Il s'agit probablement d'une discrimination indirecte basée sur l'origine raciale/ethnique.

4) ***l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de salariés ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisation.***

Il s'agit de garantir le traitement égal des personnes qui entrent comme membre dans un syndicat ou dans une organisation d'employeurs.

Il est donc interdit pour un syndicat de refuser un membre sur base du fait qu'il est par exemple homosexuel ou d'une certaine origine.

Il en est de même dans le cadre des activités syndicales.

3 LES MOTIFS DE DISCRIMINATION INTERDITS

Revenons un peu plus en détail sur les différents motifs de discrimination.

Rappelons que les articles L.251-1 et suivants du Code du travail couvrent exclusivement les critères de non-discrimination suivants :

- la religion ;
- les convictions ;
- l'orientation sexuelle ;
- l'âge ;
- le handicap ;
- l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée à une race ;
- l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie.

Le Code pénal complète cette liste par les critères de l'origine, de la couleur de peau, des mœurs, de la nation, des activités syndicales, de l'état de santé et de la situation de famille.

Si l'origine et la couleur de peau peuvent rejoindre les motifs de non-discrimination posés par le Code du travail, il n'en est pas ainsi des motifs mœurs, nation, activités syndicales et état de santé posés par le seul code pénal.

Une discrimination basée sur un de ces derniers critères sera donc le cas échéant sanctionnée au seul niveau pénal.

Extrait du code pénal

Art. 454. Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur couleur de peau, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur situation de famille, de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leurs opinions politiques ou philosophiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales, les groupes ou communautés de personnes, à raison de l'origine, de la couleur de peau, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la situation de famille, de leur âge, de l'état de santé, du handicap, des mœurs, des opinions politiques ou philosophiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race, ou une religion déterminée, des membres ou de certains membres de ces personnes morales, groupes ou communautés.

Art. 455. Une discrimination visée à l'article 454, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, d'un groupe ou d'une communauté de personnes, est punie d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 251 euros à 25.000 euros ou de l'une de ces peines seulement, lorsqu'elle consiste :

- 1) à refuser la fourniture ou la jouissance d'un bien et/ou l'accès à un bien ;

- 2) à refuser la fourniture d'un service et/ou l'accès à un service ;
- 3) à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service et/ou l'accès à un bien ou à un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 454 ou à faire toute autre discrimination lors de cette fourniture, en se fondant sur l'un des éléments visés à l'article 454 ;
- 4) à indiquer dans une publicité l'intention de refuser un bien ou un service ou de pratiquer une discrimination lors de la fourniture d'un bien ou d'un service, en se fondant sur l'un des éléments visés à l'article 454 ;
- 5) à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ,
- 6) à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 7) à subordonner l'accès au travail, tous les types de formation professionnelle, ainsi que les conditions de travail, l'affiliation et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs à l'un des éléments visés à l'article 454 du Code pénal.

Art. 456. Une discrimination visée à l'article 454, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, d'un groupe ou d'une communauté de personnes par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 251 euros à 37.500 euros ou de l'une de ces peines seulement, lorsqu'elle consiste :

- 1) à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;
- 2) à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Art. 457. Les dispositions des articles 455 et 456 ne sont pas applicables :

- 1) aux différenciations de traitement fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ;
- 2) aux différenciations de traitement fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée de l'intéressé ;
- 3) aux différenciations de traitement fondées, en matière d'embauche, sur la nationalité, lorsque l'appartenance à une nationalité déterminée constitue, conformément aux dispositions statutaires relatives à la fonction publique, aux réglementations relatives à l'exercice de certaines professions et aux dispositions en matière de droit du travail, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle ;
- 4) aux différenciations de traitement fondées, en matière d'entrée, de séjour et de droit de vote au pays, sur la nationalité, lorsque l'appartenance à une nationalité déterminée constitue, conformément aux dispositions légales et réglementaires relatives à l'entrée, au séjour et au droit de vote au pays, la condition déterminante de l'entrée, du séjour et de l'exercice du droit de vote au pays.

Notons qu'une discrimination basée sur la nationalité est visée par l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), lequel demande aux États membres d'abolir toute discrimination basée sur la nationalité en matière de travail et d'emploi.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE*Discrimination sur base de la nationalité***Arrêt de la CJCE du 6 juin 2000 affaire C-281/98 Angonese**

L'article 48¹⁶ du traité s'oppose à ce qu'un employeur oblige les candidats à un concours de recrutement à faire la preuve de leurs connaissances linguistiques exclusivement au moyen d'un unique diplôme, délivré dans une seule province d'un État membre.

En effet, cette obligation défavorise les ressortissants des autres États membres étant donné que les personnes qui ne résident pas dans ladite province ont peu de possibilités d'acquérir le diplôme, un certificat de bilinguisme, et qu'il leur sera difficile, voire impossible, d'accéder à l'emploi en cause. L'obligation n'est pas justifiée par des considérations indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi. À cet égard, s'il peut être légitime d'exiger d'un candidat à un emploi des connaissances linguistiques d'un certain niveau et si la détention d'un diplôme tel que le certificat peut constituer un critère permettant d'évaluer ces connaissances, l'impossibilité d'en apporter la preuve par tout autre moyen, et notamment par d'autres qualifications équivalentes obtenues dans d'autres États membres, doit être considérée comme disproportionnée par rapport à l'objectif recherché. L'obligation constitue, dès lors, une discrimination sur le fondement de la nationalité contraire à l'article 48 du traité.

Arrêt de la CJCE du 3 juin 1986 affaire C-307/84 Commission/France

Le fait, pour un État membre, de réserver la nomination et la titularisation dans les emplois permanents du cadre infirmier des hôpitaux publics à ses nationaux n'est compatible avec l'article 48¹⁷, paragraphe 2, du traité qu'à la condition que les ressortissants des autres États membres aient la possibilité d'accéder à tous les emplois du cadre infirmier de ces mêmes hôpitaux et bénéficient, une fois engagés, d'un régime comportant des avantages et des garanties en tous points équivalents à ceux que retirent les nationaux de leur statut d'agent titulaire, à l'exception de la possibilité d'accéder aux emplois qui, au sens de l'article 48, paragraphe 4, relève de l'administration publique.

3.1. Le motif « religion »

Traiter une personne moins bien qu'une autre et cela en raison de sa religion, est prohibé aussi bien par le Code du travail que par le Code pénal. Il en est de même dans l'autre sens, c'est-à-dire qu'il est aussi discriminatoire de traiter une personne moins bien qu'une autre en raison du fait qu'elle n'appartient pas à telle ou telle religion.

Exemples

1. Monsieur Z se présente à un entretien d'embauche en portant sa kippa. Lors de l'entretien, l'employeur explique qu'il ne peut se permettre d'embaucher une personne qui affiche sa religion, que cela n'est pas compatible avec les usages dans son entreprise. Ce faisant, cet employeur commet une discrimination directe envers ce candidat.
2. Madame X travaille dans une administration communale. Dans le cadre de ses attributions, elle est amenée à enregistrer tous les partenariats. Or, Madame X refuse d'enregistrer les partenariats de personnes de même sexe au motif que sa religion n'admet pas

¹⁶ devenu article 39 CE et aujourd'hui article 45 TFUE

¹⁷ devenu article 39 CE et aujourd'hui article 45 TFUE

les unions de personnes de même sexe. Suite à ses refus de travail, elle est licenciée par son employeur. Madame X estime qu'elle subit de ce fait une discrimination indirecte sur base de sa religion.

Or, il ne s'agit pas d'une discrimination en raison de sa religion, alors qu'il est légitime pour l'employeur de demander à (tous) ses salariés d'exécuter le travail pour lequel ils ont été engagés, sans distinction de leur religion.

Notons qu'à ce jour il n'existe pas de décision de justice permettant d'illustrer ce motif de discrimination.

3.2. Le motif « convictions »

Le Code du travail interdit les discriminations basées sur des convictions. Le Code pénal rejoint cette idée en interdisant et en sanctionnant pénalement les discriminations fondées sur les opinions politiques ou philosophiques. La terminologie utilisée par le Code du travail est donc plus large.

Notons que le Larousse définit « *les convictions* » comme étant un « *principe, idée qui a un caractère fondamental pour quelqu'un* ».

Il s'agit donc d'une croyance fondamentale, qu'elle soit religieuse, philosophique, politique, éthique etc.

3.3. Le motif « orientation sexuelle »

Ce motif vise les préférences sexuelles que peuvent afficher les êtres humains, tel le fait de préférer les hommes ou les femmes ou le fait de préférer les hommes et les femmes.

JURISPRUDENCE

Arrêt de la CJCE du 1^{er} avril 2008, affaire Maruko

M. Maruko a conclu un partenariat enregistré avec un allemand affilié au Vddb, un fonds de pension spécial réservé aux personnes travaillant dans le milieu théâtral. À la mort de son partenaire, M. Maruko fait une demande au Vddb¹⁸ pour obtenir une pension de conjoint survivant. L'organisme refuse de faire droit à la demande de M. Maruko, en indiquant que les statuts ne prévoient pas le versement de cette pension aux partenaires enregistrés. Seuls les conjoints (donc unis par le mariage) sont susceptibles de bénéficier de cette prestation. M. Maruko a estimé qu'il y avait là une discrimination à raison de son orientation sexuelle.

La CJCE s'est tout d'abord demandée si la question de la pension de conjoint survivant entrait bien dans le champ d'application de la Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Après avoir répondu positivement à cette première question, la Cour a répondu à l'interrogation quant à savoir s'il y avait une discrimination envers les personnes ayant conclu un partenariat enregistré qui les placerait dans une situation moins favorable que celle dont bénéficieraient les personnes liées par le mariage.

La Cour a rappelé que la Directive 2000/78 a pour objectif de lutter contre les discriminations liées au travail, en faisant valoir ainsi le principe d'égalité de traitement. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle fait partie des discriminations retenues par la

¹⁸ « *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* »

directive. Par ailleurs, la Cour a constaté que depuis 2004 selon la loi allemande le partenariat de vie est assimilé au mariage en ce qui concerne la pension de veuve ou de veuf.

La Cour a fait valoir que si la juridiction allemande (à laquelle l'affaire est renvoyée) décide que les époux survivants et les partenaires de vie survivants sont dans une situation comparable en ce qui concerne cette prestation de survie, la réglementation allemande doit être considérée comme constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

Signalons que cet arrêt constituait une avancée importante par rapport à la jurisprudence antérieure. Dans l'affaire Grant du 17 février 1998 (datant d'avant l'entrée en vigueur de la Directive 2000/78) la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'avait pas été admise.

Arrêt de la CJUE du 11 mai 2011, affaire Römer

Un ancien employé de la ville de Hambourg ayant conclu un partenariat enregistré, a demandé de bénéficier du même système de calcul de pension auquel ont droit les employés mariés.

Or, les statuts du Land de Hambourg prévoient une subdivision des classes d'impôts dans lequel les pensions complémentaires d'entreprise sont moins favorables aux personnes non mariées. Le partenariat civil n'est pas dans ce cas assimilé au mariage, ce qui implique qu'une personne liée par un partenariat tombe dans le champ des personnes non mariées et ne bénéficie pas du niveau de pension complémentaire auquel ont droit les personnes mariées.

La question était de savoir s'il y avait là une discrimination en raison de l'orientation sexuelle puisqu'une réglementation défavorable aux couples non mariés est aussi défavorable aux couples (homosexuels) ayant conclu un partenariat.

Dans cette affaire la CJUE a suivi le raisonnement de la « *situation comparable* » de la jurisprudence Maruko. Elle précise qu'afin d'avoir droit à cette même pension, la situation doit être comparable (et non pas identique) en fait et en droit à celle d'une personne mariée. La CJUE a par ailleurs précisé que la comparaison doit tenir compte des droits et obligations au regard de cette pension et non pas la perception général du droit allemand sur le caractère comparable ou non du mariage et du partenariat enregistré.

Encore une fois la CJUE a considéré qu'il s'agit là d'une discrimination directe, tout en précisant que, du moment où les couples mariés ou les couples en partenariat enregistré de même sexe ont l'obligation légale de subvenir aux besoins des uns envers les autres, ils devraient être traités de manière égale, indépendamment des différences existantes entre l'institution du mariage et le partenariat enregistré.

3.4. Le motif « âge »

Le motif « âge » vise tout âge. Il peut ainsi s'agir aussi bien de la situation dans laquelle des jeunes personnes sont moins bien traitées que des personnes plus âgées ou l'inverse.

Notons que le critère de différenciation « *ancienneté de service* » est souvent utilisé aussi bien par le législateur que par l'employeur pour fonder des décisions dans le cadre de l'exécution du travail. Ce critère est souvent lié au motif « âge » interdit par la loi dans la mesure où les salariés qui ont plus d'ancienneté de travail sont aussi souvent plus âgés. De ce fait, l'utilisation de ce critère peut mener à des situations de discrimination indirecte. Mais si pour des raisons objectives

la différence de traitement engendrée par l'application du critère ancienneté est justifiée, alors il ne s'agira plus de discriminations interdites¹⁹, mais de différences de traitement autorisées.

Précisons que la loi permet sous certaines conditions des différences de traitement sur base de l'âge.²⁰

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 22 novembre 2005, affaire C-144/04 Mangold

Selon la CJCE une réglementation nationale qui autorise, sans restrictions, à moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail antérieur à durée indéterminée conclu avec le même employeur, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans, n'est pas conforme au principe d'égalité de traitement et engendre une discrimination sur base de l'âge.

Cette décision s'explique par le fait qu'un accord-cadre européen²¹ demande aux États membres de limiter le recours aux contrats à durée déterminés.

Arrêt de la CJCE du 18 juin 2009, affaire C-88/08 Hütter contre Technische Universität Graz

Selon la Cour une réglementation nationale qui, aux fins de ne pas défavoriser l'enseignement général par rapport à l'enseignement professionnel et de promouvoir l'insertion des jeunes apprentis sur le marché de l'emploi, exclut la prise en compte des périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans aux fins de la détermination de l'échelon auquel sont placés les agents contractuels de la fonction publique d'un État membre, n'est pas conforme au principe de non-discrimination sur base de l'âge.

Arrêt de la CJUE du 12 janvier 2010, affaire C-229/08 Colin Wolf contre Stadt Frankfurt am Main

Selon la Cour une réglementation nationale, qui fixe à 30 ans l'âge maximal pour le recrutement dans le cadre d'emploi du service technique intermédiaire des pompiers n'est pas contraire au principe de non-discrimination sur base de l'âge.

La Cour expose que les tâches de lutte contre les incendies et de secours aux personnes, qui incombent au service technique intermédiaire des pompiers, ne peuvent être accomplies que par les fonctionnaires les plus jeunes. Afin d'assurer le fonctionnement efficace du service technique intermédiaire des pompiers, il peut être considéré comme nécessaire que les fonctionnaires de ce service soient, dans leur majorité, en mesure d'accomplir les tâches exigeantes sur le plan physique et qu'ils soient donc âgés de moins de 45 ou de 50 ans. Par ailleurs, l'affectation des fonctionnaires ayant dépassé l'âge de 45 ou de 50 ans à des tâches moins exigeantes sur le plan physique nécessite que ceux-ci soient remplacés par de jeunes fonctionnaires. Or, l'âge auquel le fonctionnaire est recruté détermine le temps pendant lequel il sera en mesure d'accomplir les tâches exigeantes sur le plan physique. Le fonctionnaire recruté avant l'âge de 30 ans, alors qu'il devra suivre une formation d'une durée de deux ans, pourra être affecté à ces tâches pendant une durée minimale de 15 à 20 ans. En revanche, s'il est recruté à l'âge de 40 ans, cette durée ne sera que de 5 à 10 ans au maximum. Un recrutement à un âge avancé aurait pour conséquence qu'un trop grand nombre de fonctionnaires ne pourraient être affectés aux tâches les plus exigeantes

¹⁹ voir sous point 1.2. à partir de la page 29

²⁰ voir aussi sous point 4.2. à partir de la page 47

²¹ Accord-cadre sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999, mise en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999

sur le plan physique. De même, un tel recrutement ne permettrait pas que les fonctionnaires ainsi recrutés soient affectés pendant une durée suffisamment longue auxdites tâches. Enfin, ainsi que l'a fait valoir le gouvernement allemand, l'organisation raisonnable du corps des pompiers professionnels requiert, pour le service technique intermédiaire, une corrélation entre les postes physiquement exigeants et non adaptés aux fonctionnaires les plus âgés et les postes moins exigeants physiquement et adaptés à ces fonctionnaires.

Dès lors, il apparaît qu'une réglementation nationale qui fixe à 30 ans la limite d'âge maximale pour le recrutement dans le cadre d'emplois du service technique intermédiaire des pompiers peut être considérée, d'une part, comme étant appropriée à l'objectif consistant à assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du service des pompiers professionnels et, d'autre part, comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de cet objectif.

Arrêt de la CJUE du 21 juillet 2011 dans les affaires jointes C-159/10 et C-160/10 Gerhard Fuchs (C-159/10), Peter Köhler (C-160/10) contre Land Hessen

Selon la Cour, le principe de non-discrimination ne s'oppose pas à une loi, telle que la loi relative à la fonction publique du Land de Hesse (Hessisches Beamtenengesetz), qui prévoit la mise à la retraite d'office des fonctionnaires à vie, en l'occurrence les procureurs, lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans, tout en leur permettant de continuer à travailler, si l'intérêt du service l'exige, jusqu'à l'âge maximal de 68 ans, pour autant que cette loi a pour objectif d'établir une structure d'âge équilibrée afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes, d'optimiser la gestion du personnel et par là même de prévenir les litiges éventuels portant sur l'aptitude du salarié à exercer son activité au-delà d'un certain âge et qu'elle permet d'atteindre cet objectif par des moyens appropriés et nécessaires.

Pour que soit démontré le caractère approprié et nécessaire de la mesure concernée, celle-ci ne doit pas apparaître déraisonnable au regard de l'objectif poursuivi et doit être fondée sur des éléments dont il appartient au juge national d'apprécier la valeur probatoire.

Une loi, telle que la loi relative à la fonction publique du Land de Hesse, qui prévoit un départ à la retraite obligatoire des procureurs lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans, ne présente pas un caractère incohérent en raison du seul fait qu'elle leur permet dans certains cas de travailler jusqu'à l'âge de 68 ans, qu'elle contient, en outre, des dispositions destinées à freiner les départs à la retraite avant l'âge de 65 ans et que d'autres dispositions législatives de l'État membre concerné prévoient le maintien en activité de certains fonctionnaires, notamment certains élus, au-delà de cet âge ainsi qu'un relèvement progressif de l'âge de la retraite de 65 à 67 ans.

Arrêt de la CJUE du 8 septembre 2011 dans les affaires jointes C-297/10 et C-298/10, Sabine Hennigs (C-297/10) contre Eisenbahn-Bundesamt, et Land Berlin (C-298/10) contre Alexander Mai

Dans cette affaire la Cour est d'avis que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure prévue par une convention collective, qui prévoit que, à l'intérieur de chaque grade, l'échelon de rémunération de base d'un agent contractuel du secteur public est déterminé, lors du recrutement de cet agent, en fonction de l'âge de celui-ci.

3.5. Le motif « handicap »

Le Code du travail ne pose pas de définition du « handicap ». Ainsi il n'est pas évident de savoir ce que l'on entend par là. S'est notamment posée la question de savoir si la maladie fait partie de cette notion ou pas.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 11 juillet 2006, affaire C-13/05 Sonia Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA

La CJCE a pu se prononcer sur la notion de handicap en décidant comme suit :

Une personne qui a été licenciée par son employeur exclusivement pour cause de maladie ne relève pas du cadre général établi en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le handicap.

Le principe de non-discrimination fondé sur le handicap, s'oppose à un licenciement fondé sur le handicap qui, compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, n'est pas justifié par le fait que la personne concernée n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles de son poste. Mais la maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels toute discrimination est interdite. La notion de handicap doit être comprise comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. Aussi, il doit être probable que cette limitation soit de longue durée.

Rappelons dans ce contexte que notre Code pénal interdit néanmoins clairement toute discrimination sur base de l'état de santé. Dans une telle situation l'auteur de la discrimination s'expose donc à des sanctions pénales.

Le Larousse définit le handicap comme « *Un désavantage souvent naturel, une infériorité que l'on doit supporter.* »

Pour illustrer la notion, précisons encore que la loi française²² stipule que « *Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant.* »

Au Luxembourg une définition « unique » du terme « handicap » ou « personne handicapée » n'existe pas. Les différents textes législatifs ou réglementaires qui prévoient des prestations en faveur des personnes handicapées ne visent jamais un même groupe de personnes.

Mais dans la majorité des cas l'origine du handicap et la limitation de l'activité de la personne handicapée constituent les facteurs qui permettent à des personnes d'avoir droit à des prestations.

Rappelons que dans l'affaire Coleman²³ la Cour de justice européenne a décidé que sont aussi couvertes les situations dans lesquelles la victime est discriminée en raison du handicap d'une personne qui lui est proche.

²² Définition du handicap selon la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances

²³ voir sous point 1.1.f. page 28

3.6. Le motif « appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une race ou à une ethnie »

Si le Code du travail interdit toute discrimination en raison de l'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une race ou à une ethnie, le code pénal parle en plus de la « *couleur de la peau* ». Or la notion de la couleur de la peau rejoint les notions de race et ethnie dans la mesure où c'est souvent un élément permettant de caractériser/distinguer les différentes races/ethnies.

Le Code du travail ne fournit pas de définition des termes « *race* » ou « *ethnie* ». Le Larousse définit aussi bien la race que l'ethnie comme étant une « *catégorie de classement de l'espèce humaine selon des critères morphologiques ou culturels, sans aucune base scientifique et dont l'emploi est au fondement des divers racismes et de leurs pratiques.* »

Contrairement au Code pénal, le Code du travail ne vise pas la nationalité comme facteur potentiel de discrimination.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 10 juillet 2008, affaire C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV

Selon la Cour, le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche, de telles déclarations étant de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail.

Il incombe alors à cet employeur de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que les faits reprochés sont établis et d'apprécier si les éléments apportés au soutien des affirmations dudit employeur selon lesquelles il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement sont suffisants.

JURISPRUDENCE NATIONALE

Jugement du Tribunal du Travail de Luxembourg du 9 janvier 2009 répertoire fiscal 84/2009

Un salarié a été au service d'un employeur depuis le 28 juin 2001. Le 25 novembre 2004 il a donné sa démission avec effet immédiat.

Il relève que sa situation serait devenue insupportable et qu'il n'aurait pas eu d'autre choix que de donner sa démission, alors qu'il aurait fait l'objet quotidiennement de brimades et d'injures de la part de certains de ses collègues de travail. Le requérant insiste sur le fait que cet acharnement contre sa personne serait dû à ses origines ethniques et surtout ses convictions religieuses. D'après lui, l'employeur se serait rendu coupable de discrimination au regard des dispositions européennes.

Selon le salarié, la discrimination s'est manifestée par des pressions psychologiques, des injures, des attitudes dédaigneuses et des remontrances injustifiées. Il estime que l'employeur n'a rien fait pour protéger sa santé physique et psychologique, mais aurait lui-même adopté un comportement insultant à son égard et aurait fermé les yeux sur les injures, les pressions et les discriminations dont il aurait été victime. Il estime néanmoins que l'employeur aurait été obligé de prendre toutes les mesures de prévention nécessaires pour éviter et faire cesser le harcèlement moral dont il aurait été victime.

L'employeur quant à lui conteste formellement les différents faits reprochés par le salarié.

Il estime en outre que des termes comme « *Bauer, Eselkopf* », insultes que le salarié aurait subi de la part de collègues, seraient dépourvues de toute connotation raciste en tenant compte du fait que le langage entre salariés sur un chantier serait rude et vulgaire. Le directeur de l'entreprise employeuse reconnaît avoir dit au salarié qu'il n'allait pas le licencier et que s'il désirait partir de l'entreprise, il devrait donner sa démission, mais celui-ci conteste cependant de la façon la plus formelle avoir dit au salarié, de nationalité française, d'aller travailler en Algérie. L'employeur prétend encore que si la veste aurait été piétinée avec des chaussures, il ne serait pas établi que ce fait soit à mettre sur le compte de salariés travaillant auprès de son entreprise.

Et finalement, en ce qui concerne la perte de poids de six kilos, l'employeur relève qu'il faudrait prendre en compte un certificat médical attestant qu'il a perdu ces six kilos pendant une période de deux années.

Pour l'employeur qui précise encore que son entreprise comprend un effectif composé à 90% de non nationaux, tous ces incidents, sous-entendant un prétendu racisme de sa part, resteraient à l'état de pures allégations.

Le tribunal du travail souligne d'abord que les divers incidents, tels que décrits par le salarié, à les supposer établis, constituent des manquements répétés à l'obligation de l'employeur de prendre des mesures destinées à faire respecter le droit de toute personne à l'égalité et la protection contre la discrimination à prévenir et à faire cesser des discriminations liées à la religion, les convictions.

Le tribunal relève aussi que le harcèlement est une forme de discrimination, lorsqu'il est constaté un « *comportement indésirable* », lié à la religion, aux convictions, à un handicap, à l'âge, ou à l'orientation sexuelle de celui qui en est victime, « *qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant et offensant* ».

Mais il incombe, au salarié qui se prétend victime d'une discrimination ou d'un harcèlement de soumettre au juge tous les éléments de fait laissant supposer l'existence de la discrimination ou d'un harcèlement moral à son égard.

L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient au tribunal du travail.

Le salarié doit donc établir la matérialité des éléments de fait, qui doivent être précis et concordants, et qu'il présente au soutien de l'allégation selon laquelle il aurait été victime d'une discrimination ou d'un harcèlement moral de la part de ses collègues de travail ainsi que de son employeur.

Parmi ses pièces, le salarié verse une sorte d'attestation d'un témoin mais dont il ne ressort aucun des faits précis reprochés.

De même, un rapport médical du 17 mars 2003 d'après lequel un médecin spécialiste note au sujet d'un bilan digestif du requérant qu'« *Il s'agit d'un patient qui signale depuis plu-*

sieurs années des douleurs abdominales assez diffuses avec... », n'établit rien sinon que le requérant a des problèmes de santé depuis des années.

Il en est encore ainsi d'un autre certificat médical selon lequel un médecin généraliste constate « *un amaigrissement de 6 kg voir plus en deux ans...* », de même qu'un autre certificat établi le 7 octobre 2004 par un médecin psychiatre, d'après lequel celui-ci écrit à l'adresse du médecin généraliste du requérant : « *Ce patient présente effectivement un état anxio-dépressif sévère avec des troubles du sommeil, une anxiété importante, une perte de poids et des préoccupations obsessionnelles centrées sur des difficultés relationnelles rencontrées sur les lieux de travail. Étant actuellement employé comme électricien au Luxembourg, il a le sentiment d'être l'objet de discriminations en relation avec ses origines algériennes...* ».

Pour le tribunal, si ces pièces prouvent que le requérant a présenté de graves problèmes de santé, ces pièces ne sont cependant pas de nature à établir à suffisance que ces problèmes de santé sont liés à des discriminations à son égard sur son lieu de travail.

Le tribunal arrive donc à la conclusion que si ces pièces attestent d'un malaise certain dans le chef du salarié, celles-ci ne sont cependant pas de nature à établir la matérialité des divers faits et incidents dont le requérant fait état dans sa lettre du 25 novembre 2004 pour justifier sa démission sans préavis.

Au vu des contestations formelles de l'employeur quant à la réalité des faits invoqués par le salarié et à défaut de toute offre de preuve tendant à rapporter la matérialité des incidents ainsi imputés à certains de ses collègues de travail et à son employeur, le tribunal ne peut que constater que les faits invoqués par le salarié ne sont pas suffisamment établis pour que le tribunal puisse décider qu'il appartient à présent à l'employeur - dans une deuxième étape et, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'une discrimination ou d'un harcèlement.

4 LES ENTORSES AUTORISÉES AU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Une différence de traitement liée à un ou même plusieurs des motifs de discrimination interdits par la loi, peut être justifiée dans certains cas prévus par la loi.

On ne parlera alors pas de discrimination.

4.1. Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes

Par exception au principe de l'égalité de traitement, une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs de discrimination fixés, ne constitue pas une discrimination lorsque :

- en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante ;
- pour autant que l'objectif soit légitime ;
- et que l'exigence soit proportionnée.

Cette dérogation peut jouer lors de la sélection à l'embauche ou lors du choix d'un salarié pour une promotion interne. Elle peut aussi jouer lorsque le législateur fixe des conditions d'accès à des professions ou métiers.

Exemple

L'employeur cherche à embaucher une personne âgée entre 16 et 18 ans pour présenter des vêtements pour jeunes dans son catalogue publicitaire. Il ne s'agit pas d'une discrimination basée sur l'âge, étant donné qu'il est légitime pour cet employeur de ne pas embaucher une personne adulte pour présenter des vêtements pour adolescents.

4.2. Les différences de traitement fondées sur l'âge

La loi précise aussi que, par exception au principe de l'égalité de traitement, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont

- objectivement et raisonnablement justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle

et

- que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Aussi ne constituent pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation objectivement et raisonnablement justifiée, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des salariés ou des groupes ou catégories de salariés et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 16 octobre 2007 affaire C-411/05 Félix Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA

Rappelons cette affaire dans laquelle la CJCE est d'avis que le principe de l'interdiction de toute discrimination fondé sur l'âge doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle sont considérées comme valables les clauses de mise à la retraite d'office figurant dans des conventions collectives et qui exigent, comme seules conditions, que le travailleur ait atteint la limite d'âge, fixée à 65 ans par la réglementation nationale, pour l'admission à la retraite et remplisse les autres critères en matière de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite de type contributif, dès lors que

- ladite mesure, certes fondée sur l'âge, est objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et au marché du travail, et
- les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif d'intérêt général n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires à cet effet.

Arrêt de la CJUE du 12 janvier 2010 dans l'affaire C-341/08 Domnica Petersen contre Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe

Selon la Cour une mesure nationale, fixant une limite d'âge maximale pour l'exercice de la profession de dentiste conventionné, en l'occurrence 68 ans, lorsque cette mesure a pour seul objectif de protéger la santé des patients contre la baisse de performance de ces dentistes au-delà de cet âge, dès lors que cette même limite d'âge n'est pas applicable aux dentistes non conventionnés, n'est pas conforme au principe de non-discrimination.

Néanmoins lorsqu'une telle mesure a pour objectif de répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné, compte tenu de la situation du marché de l'emploi concerné, cette mesure est appropriée et nécessaire pour atteindre cet objectif.

Il appartient au juge national d'identifier l'objectif poursuivi par la mesure fixant ladite limite d'âge en recherchant la raison du maintien de cette mesure.

Arrêt de la CJUE du 19 janvier 2010, affaire C-555/07 Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG

Dans cette affaire la Cour a décidé que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge s'oppose à une réglementation nationale, qui prévoit que les périodes de travail accomplies par le salarié avant qu'il ait atteint l'âge de 25 ans ne sont pas prises en compte pour le calcul du délai de préavis de licenciement.

Le litige concerne une salariée âgée de vingt-huit ans, qui avait travaillé pour son employeur depuis dix ans avant qu'elle ne soit licenciée. En application de l'article 622, paragraphe 2, second alinéa, du BGB, l'employeur avait calculé le délai de préavis comme si la salariée avait une ancienneté de seulement 3 ans.

La Cour a décidé que l'article 622, paragraphe 2, dernier alinéa, du BGB, n'est pas conforme avec le principe de non-discrimination en fonction de l'âge.

Le législateur voulait avec cette réglementation permettre aux employeurs de gérer leur personnel avec flexibilité, ce qui ne serait pas possible avec des délais de préavis plus longs, d'autant plus qu'il serait aussi raisonnable d'exiger des jeunes travailleurs une mobilité personnelle et professionnelle plus grande que celle demandée aux travailleurs plus âgés. Or la Cour constate que cette loi ne protège pas les salariés plus âgés parce que « *la règle s'applique à tous les salariés entrés dans l'entreprise avant l'âge de 25 ans, quel que soit leur âge au moment de leur licenciement.* »

La Cour a donc estimé que la discrimination ne peut pas être justifiée alors que la réglementation en question n'est pas appropriée à la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur allemand.

Arrêt de la CJUE du 12 octobre 2010 affaire C-45/09 Rosenblatt/Ellerking Gebäudereinigungsges. mbH

La Cour a décidé qu'une disposition nationale, en vertu de laquelle sont considérées comme valables les clauses de cessation automatique des contrats de travail en raison du fait que le salarié a atteint l'âge de départ à la retraite, dans la mesure où, d'une part, ladite disposition est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et du marché du travail et, d'autre part, les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires, n'est pas contraire au principe de non-discrimination sur base de l'âge. La mise en œuvre de cette autorisation par la voie d'une convention collective n'est pas, en soi, exemptée de tout contrôle juridictionnel, mais doit, elle aussi, poursuivre un tel objectif légitime d'une manière appropriée et nécessaire.

Arrêt de la CJUE du 18 novembre 2010 dans les affaires jointes C-250/09 et C-268/09 Vasil Ivanov Georgiev contre Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv

La Cour estime que le principe de non-discrimination sur base de l'âge doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation nationale, qui prévoit la mise à la retraite d'office des professeurs d'université lorsqu'ils atteignent l'âge de 68 ans et la poursuite de leur activité par ces derniers au-delà de l'âge de 65 ans uniquement au moyen de contrats à durée déterminée d'un an renouvelables au maximum deux fois, pour autant que cette législation poursuit un objectif légitime lié notamment à la politique de l'emploi et du marché du travail, tel que la mise en place d'un enseignement de qualité et la répartition optimale des postes de professeurs entre les générations, et qu'elle permet d'atteindre cet objectif par des moyens appropriés et nécessaires. Il appartient au juge national de vérifier si ces conditions sont remplies.

Arrêt de la CJUE du 18 novembre 2010 dans l'affaire C-356/09 Pensionsversicherungsanstalt contre Christine Kleist

Une réglementation nationale qui, afin de promouvoir l'accès à l'emploi de personnes plus jeunes, permet à un employeur de licencier les salariés ayant acquis le droit à la pension de retraite, alors que ce droit est acquis pour les femmes à un âge inférieur de cinq années à l'âge auquel ledit droit est constitué pour les hommes, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe interdite.

Arrêt de la CJUE du 13 septembre 2011 dans l'affaire C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm et Volker Lambach/Deutsche Lufthansa AG

La CJUE décide dans cette affaire qu'interdire aux pilotes de ligne d'exercer leur activité après l'âge de 60 ans constitue une discrimination fondée sur l'âge :

MM. Prigge, Fromm et Lambach ont été employés pendant de nombreuses années par Deutsche Lufthansa en tant que pilotes puis commandants de bord. Lorsqu'ils ont atteint l'âge de 60 ans, leurs contrats de travail ont pris fin automatiquement, conformément à la convention collective. S'estimant victimes d'une discrimination fondée sur l'âge, ils ont saisi les tribunaux allemands afin de faire constater que leurs relations de travail avec Deutsche Lufthansa n'avaient pas cessé à l'âge de 60 ans et d'ordonner la poursuite de leurs contrats de travail.

Le Bundesarbeitsgericht (tribunal fédéral du travail, Allemagne) demande à la Cour de justice si une convention collective prévoyant une limite d'âge de 60 ans pour les pilotes de ligne dans le but de garantir la sécurité aérienne est compatible avec le droit de l'Union européenne.

La Cour rappelle, tout d'abord, que les conventions collectives conclues avec les partenaires sociaux doivent, tout comme les droits nationaux des États membres, respecter le principe de non-discrimination en fonction de l'âge.

Ensuite, la Cour constate que la limitation de la possibilité pour les pilotes d'exercer leur profession à 60 ans poursuit l'objectif de garantir la sécurité des passagers et des habitants des régions survolées ainsi que la sécurité et la santé des pilotes eux-mêmes – objectif susceptible de justifier une différence de traitement – et que cette limitation pouvait être prévue par une convention collective. Toutefois, la Cour relève que les réglementations internationale et allemande ont considéré qu'il n'était pas nécessaire d'interdire aux pilotes d'exercer leur profession après l'âge de 60 ans, mais qu'il suffisait seulement de restreindre cet exercice. La Cour juge donc que l'interdiction de piloter après cet âge, prévue par la convention collective, n'est pas une mesure nécessaire à la protection de la sécurité publique et de la santé.

La Cour constate par ailleurs que le fait de posséder des capacités physiques particulières peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour exercer la profession de pilote de ligne et que la possession de telles capacités est liée à l'âge. Cette exigence visant à garantir la sécurité du trafic aérien, poursuit un objectif légitime susceptible de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge.

Toutefois, ce n'est que dans des circonstances très limitées qu'une telle différence de traitement peut être justifiée. À cet égard, la Cour note que les autorités internationales et allemandes considèrent que, jusqu'à 65 ans, les pilotes disposent des capacités physiques requises pour piloter, même si, entre 60 et 65 ans, ils ne peuvent exercer leurs activités qu'en tant que membre d'un équipage dont les autres pilotes ont moins de 60 ans. En revanche, les partenaires sociaux de Deutsche Lufthansa ont fixé à 60 ans l'âge limite à compter duquel les pilotes de ligne seraient considérés comme ne possédant plus les capacités physiques pour exercer leur activité professionnelle.

Dans ces conditions, la Cour estime que l'âge limite de 60 ans, imposé par les partenaires sociaux pour pouvoir piloter un avion de ligne, constitue une exigence disproportionnée au regard des réglementations internationale et allemande qui ont fixé cet âge limite à 65 ans.

JURISPRUDENCE NATIONALE SUR LA NOTION DE « SITUATION COMPARABLE »

Arrêt de la Cour d'Appel du 27/05/2004 n° 27998 et 28505

Un salarié critique les juges du premier degré pour avoir considéré que l'article 23 de la convention collective du personnel ouvrier de la VILLE DE LUXEMBOURG en distinguant entre différentes catégories de travailleurs quant à l'allocation de la prime de ménage n'est pas contraire au principe de non-discrimination en général et en matière de rémunération en particulier, tel que formulé par différents textes internationaux et communautaires énumérés dans le jugement déféré ainsi que par l'article 11, actuellement 10 bis, alinéa premier de la Constitution.

S'il est certes exact que le droit communautaire prime le droit national, toujours est-il, tel que le soutient à juste titre la VILLE DE LUXEMBOURG, que les déclarations et textes invoqués par le salarié concernent uniquement la discrimination portant sur l'égalité de rémunération de la main-d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale. Par ailleurs, le principe général d'égalité tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés Européennes, oblige les parties à traiter de manière égale les situations comparables, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée.

Tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que les salariés se trouvant dans une situation comparable, à savoir célibataire ou homme marié avec charge de famille, sont traités chacun séparément de manière égale.

En effet, la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée.

Or, la situation des salariés ayant charge de famille n'est pas comparable à celle des personnes n'ayant pas cette charge, de sorte que l'allocation d'une prime de ménage destinée à compenser les dépenses plus élevées des ouvriers ayant charge de ménage n'est pas contraire au principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi²⁴. Il résulte des considérations qui précèdent que l'appel du salarié est non fondé.

4.3. Avantager les personnes handicapées

En ce qui concerne les personnes handicapées et les salariés à capacité de travail réduite, la loi²⁵ précise que des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail et des mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail ne constituent pas une discrimination directe ou indirecte.

Il s'agit plutôt de mesures destinées à favoriser l'égalité de traitement des personnes dont les capacités sont réduites afin de les mettre sur un pied d'égalité avec les personnes à capacité non-réduite.

²⁴ cf. Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 9 du 5 mai 2000, Mémorial A n° 40 du 30 mai 2000

²⁵ article L.252-3 du Code du travail

4.4. Les activités professionnelles religieuses

La loi²⁶ prévoit que si dans les cas d'activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne est prévue par des lois ou des pratiques existant au 2 décembre 2000, celle-ci ne constitue alors pas une discrimination lorsque

- par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées,
- la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation.

Cette disposition vise essentiellement les organisations religieuses et politiques.

Exemple

Il sera légitime pour une école chrétienne d'embaucher un professeur de confession chrétienne pour dispenser les cours de religion chrétienne.

4.5. Les actions positives²⁷

Enfin, la loi donne la possibilité, tant aux autorités publiques qu'aux employeurs privés, de mettre en place des mesures et actions de discrimination positive. Il s'agit d'avantages accordés à des salariés d'une catégorie pour les mettre sur un pied d'égalité avec les autres et lutter ainsi contre une inégalité de fait. Il s'agit donc d'agir en faveur de l'égalité en compensant des inégalités.

Précisons que l'obligation de l'employeur se limite toutefois à respecter le principe de non-discrimination. Il n'est pas obligé d'agir activement pour réaliser une égalité de fait, les mesures de discrimination positive restant purement facultatives.

Des mesures de prévention et de sensibilisation ne sont pas non plus explicitement exigées par la loi et sont laissées à la discrétion de chaque employeur.

²⁶ article L.252-1(2) du Code du travail

²⁷ Voir aussi point 2.2. page 76.

5 AGIR CONTRE LES DISCRIMINATIONS²⁸

5.1. Les moyens d'action de la victime

Subir une discrimination peut entraîner non seulement des préjudices financiers pour la victime, mais souvent elle subit aussi un dommage moral, voire une dégradation de sa santé. Il est donc important pour elle de pouvoir agir contre ces situations.

La loi précise qu'aucune personne ne peut faire l'objet de représailles ni en raison des protestations ou refus opposés à un acte ou un comportement contraire au principe de l'égalité de traitement, ni en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

De même personne ne peut faire l'objet de représailles pour avoir témoigné de discriminations ou pour les avoir relatées.

Aussi bien la prétendue victime de discrimination, que le ou les témoins sont donc protégés et peuvent dénoncer ces situations illégales, voir en témoigner.

Toute disposition ou tout acte contraire à ce qui précède, et notamment tout licenciement en violation de ces règles, serait nul de plein droit. Cette nullité doit néanmoins être invoquée par le salarié concerné devant le juge compétent.

Ainsi en cas de licenciement le salarié victime ou le témoin, peut demander dans les quinze jours qui suivent la notification de la résiliation, par simple requête au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, ou le cas échéant sa réintégration dans l'entreprise. L'ordonnance de la juridiction du travail est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les quarante jours à partir de la notification par voie du greffe, appel qui est porté devant le magistrat président la Chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail.

La victime bénéficie en outre de ce qu'on appelle un renversement de la charge de la preuve. En effet, il lui suffira d'établir devant le tribunal des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe ensuite à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Le même renversement de la charge de la preuve bénéficie aux syndicats ou aux associations qui agiraient conformément aux droits que la loi leur réserve contre une discrimination²⁹].

JURISPRUDENCE NATIONALE

Jugement du Tribunal du Travail du 6 janvier 2010, répertoire fiscal n° 23/2010

Le tribunal du travail relève que l'article L.253-2 du Code du travail précise, quant à la charge de la preuve, que lorsqu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de

²⁸ articles L.253-1 à 4 du Code du travail

²⁹ Voir point 5.2. page 54.

prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. La preuve du salarié qui affirme être victime d'une discrimination est dès lors allégée, mais il lui appartient toujours d'apporter des éléments de fait qui font présumer l'existence d'une discrimination. Ainsi, un salarié qui n'apporte aucun élément montrant l'existence d'une inégalité entre lui et plusieurs autres salariés se trouvant dans une situation comparable quant au déroulement de la carrière ou la fixation de la rémunération ne fournit aucun indice de discrimination. Les éléments apportés par le salarié doivent en outre laisser supposer l'existence d'un lien de causalité entre la décision de l'employeur et un quelconque critère discriminatoire, toute présomption de discrimination devant être écartée.

Le salarié qui s'estime victime d'une discrimination a le droit de s'adresser à son employeur ou à son supérieur hiérarchique pour la dénoncer. Il a un droit d'agir et ne doit pas subir de représailles en raison de sa plainte.

L'employeur sera obligé d'analyser la plainte avec sérieux et, lorsqu'il arrive à la conclusion qu'il y a discrimination, de mettre fin à la situation en accordant au plaignant les avantages dont il a été injustement privé.

Bien entendu le salarié a également le droit de s'adresser aux délégués du personnel étant donné qu'il est de leur rôle et devoir de défendre des conditions de travail justes et équitables et de porter à connaissance de l'employeur toute réclamation individuelle.

Ils pourront donc servir de soutien ou d'intermédiaire dans les entretiens avec l'employeur.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJUE du 19 avril 2012 dans l'affaire C-415/10 Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH

La Cour estime dans cette affaire qu'un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, n'a pas le droit d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat.

Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.

5.2. Les moyens d'action des syndicats et des associations sans but lucratif

La loi accorde aux syndicats et aux associations sans but lucratif la possibilité d'agir en justice contre l'employeur, à condition que le salarié dont ils défendent les droits ne s'y oppose pas.

- Les associations sans but lucratif, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins un an, agréés par le Ministre de la justice et dont l'activité statutaire consiste à combattre la discrimination, ont le droit d'exercer devant les juridictions civiles ou administratives,

les droits reconnus à la victime d'une discrimination en ce qui concerne des faits constituant une violation du principe de l'égalité de traitement et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre en vertu de leur objet statutaire, même si elles ne justifient pas d'un intérêt matériel ou moral.

- Lorsqu'une action née d'une convention collective de travail ou d'un accord en matière de dialogue social interprofessionnel est intentée par une personne liée par ce contrat collectif ou accord, toute organisation syndicale partie à cette convention ou à cet accord peut toujours intervenir dans l'instance engagée si la solution du litige peut présenter un intérêt collectif pour ses membres, sauf désaccord dûment écrit de la part de la personne ayant intenté l'action.
- De même les organisations syndicales justifiant de la représentativité nationale générale ou d'une représentativité dans un secteur particulièrement important de l'économie peuvent exercer devant les juridictions civiles ou administratives, les droits reconnus à la victime d'une discrimination en ce qui concerne des faits susceptibles de constituer des discriminations et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre en vertu de leur objet, même si elles ne justifient pas d'un intérêt matériel ou moral.

Toutefois quand les faits auront été commis envers des personnes considérées individuellement, l'organisation syndicale ne pourra exercer par voie principale les droits reconnus à la victime d'une discrimination qu'à la condition que ces personnes déclarent expressément et par écrit ne pas s'y opposer.

5.3. Nullité de toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement

La loi considère comme nulle et non avenue toute disposition figurant notamment dans un contrat, une convention individuelle ou collective ou un règlement intérieur d'entreprise, ainsi que dans les règles régissant les associations à but lucratif ou non lucratif, les professions indépendantes et les organisations de salariés et d'employeurs, contraire au principe de l'égalité de traitement.

Dans le cadre d'un procès, une telle clause serait donc simplement écartée des débats.

5.4. Le rôle de l'Inspection du travail et des mines

La loi précise que l'Inspection du travail et des mines est chargée de veiller à l'application de la législation anti-discrimination. Conformément à ses attributions légales, elle peut aussi bien assumer un rôle de médiation, qu'un rôle d'autorité et intervenir auprès de l'employeur, soit d'office, soit à la suite d'une plainte.

5.5. Le rôle du Centre pour l'égalité de traitement

Le Luxembourg a mis en place un organisme indépendant chargé de la lutte contre les discriminations, à savoir le Centre pour l'égalité de traitement (CET). Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte peut s'adresser à ce Centre pour avoir des conseils et recueillir des informations. Mais les prérogatives et moyens d'action du Centre face aux employeurs restent limités.

5.6. Déposer plainte au pénal

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination a la possibilité de déposer plainte au pénal pour discrimination, lorsque le traitement dont elle fait l'objet pourra être qualifié de « *délit de discrimination* » au sens du Code pénal.³⁰

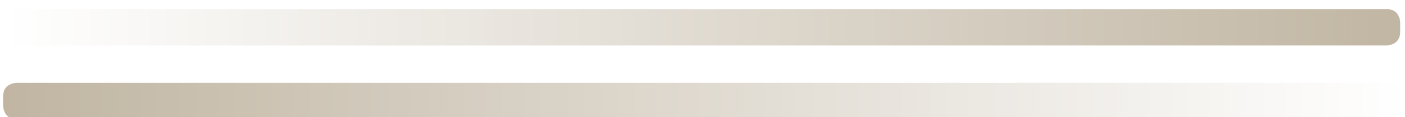
Dans ce cas, l'auteur responsable de la décision discriminante sera cité devant les juridictions pénales et encourt des peines d'amende et d'emprisonnement.

³⁰ Voir aussi pages 36 et 37.



L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES SUR LE LIEU DE TRAVAIL

1. Le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes dans les conditions d'accès à l'emploi et dans l'emploi
2. Les moyens légaux en faveur de l'égalité de traitement
3. La problématique du harcèlement sexuel
4. La notion de l'égalité de traitement dans le cadre d'une convention collective de travail
5. Le délégué à l'égalité
6. Les autres instruments légaux contribuant à l'égalité femmes et hommes



La participation des femmes au marché de l'emploi apparaît toujours plus importante et leur niveau d'éducation est désormais très bon.

À l'inverse, l'aspect qualitatif de l'égalité pose encore de nombreux défis, notamment au niveau de l'écart salarial, de la ségrégation sur le marché du travail ou de la conciliation entre vie professionnelle et vie privée.

Les chiffres³¹ des dernières années montrent en effet que la situation des femmes sur le marché de l'emploi connaît en Europe une évolution à deux vitesses :

- des progrès majeurs sur le plan quantitatif, d'une part ;
- une qualité de l'emploi qui demeure défavorable à bien des égards, d'autre part.

L'emploi féminin continue néanmoins d'être le moteur de la croissance de l'emploi au sein de l'Union européenne.

Donc, malgré le fait que les chiffres au niveau du taux d'emploi s'améliorent, il reste les problèmes :

- de l'écart de salaire ;
- de la ségrégation sectorielle et occupationnelle par sexe ;
- de la participation trop faible des femmes dirigeantes dans les entreprises ;
- de l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée qui reste précaire ;
- du travail à temps partiel qui est essentiellement utilisé par les femmes ;
- du recours au travail temporaire qui est également plus répandu chez les femmes que chez les hommes ;
- du chômage de longue durée qui est plus fréquent chez les femmes que chez les hommes ;
- du risque de pauvreté, qui en particulier chez les femmes de plus de 65 ans est renforcé par un parcours professionnel plus court, plus lent et moins rémunérateur dans le monde du travail.

Au Luxembourg aussi, de plus en plus d'hommes et de femmes recourent à un travail rémunéré. Beaucoup de pères et de mères s'occupent ensemble de l'éducation de leurs enfants et se partagent les travaux de ménage. D'autre part, les filles et les garçons recherchent des relations égalitaires.

Pourtant, il subsiste des inégalités de fait :

- les femmes gagnent en général moins que les hommes pour un travail égal et de même valeur ;
- beaucoup de femmes sont seules à porter la double charge professionnelle et familiale ;
- les hommes hésitent à prendre le congé parental qui leur revient de droit au même titre qu'aux femmes ;
- beaucoup de femmes et d'hommes restent confinés dans des métiers et des professions traditionnels.

Dans la comparaison européenne, le Luxembourg reste en dessous de la moyenne européenne en matière de taux d'emploi féminin

Le Luxembourg doit donc continuer sa lutte pour l'égalité des chances entre sexes dans le monde du travail.

³¹ Rapport 2010 de la Commission européenne sur l'égalité entre les femmes et les hommes COM (2009) 694 final

Selon le programme gouvernemental 2009-2014, « afin d'aboutir à la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, le dispositif légal existant, notamment en matière de négociation collective, sera revu en vue de renforcer les obligations relatives à la mise en œuvre de l'égalité salariale et en vue d'inciter les entreprises à une obligation de résultats pour atteindre les objectifs fixés en la matière.

Pour diminuer l'écart de salaire entre les femmes et les hommes pour un travail égal ou de valeur égale, les outils suivants seront mis à disposition des partenaires sociaux : outil d'auto-évaluation des structures de salaire pour les entreprises de plus de 50 salariés et outil suisse LOGIB (« Lohnleichheitsinstrument Bund »), en collaboration avec le STATEC³².

Le Gouvernement fera publier un guide sur l'égalité de salaire entre femmes et hommes et offrira des cours de formation sur l'évaluation et la classification des fonctions neutres par rapport au genre en collaboration avec les syndicats et le patronat.

Le Gouvernement envisage une révision du congé parental suite à la signature du nouvel accord-cadre signé par les partenaires sociaux le 18 juin 2009.

La directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) sera transposée.

Une révision de la législation concernant les actions positives dans les entreprises du secteur privé est prévue suite à l'examen des actions réalisées depuis 1999. Le programme des actions positives sera étendu au secteur public.

Le programme « actions positives dans les entreprises du secteur privé » sera poursuivi en collaboration avec les partenaires sociaux en vue d'un transfert d'expériences et de bonnes pratiques concernant les thèmes prioritaires, dont notamment l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, l'égalité des femmes et des hommes dans la prise de décision et l'égalité des femmes et des hommes dans la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée.

En ce qui concerne le Plan national pour l'innovation et le plein emploi, l'approche intégrée promouvant l'égalité entre femmes et hommes sera utilisée comme guide de la mise en œuvre de l'ensemble des Lignes directrices pour l'emploi et de lutte contre la crise économique afin de maintenir, voire d'augmenter les taux d'emploi féminin et masculin.

Le Gouvernement procédera à une ventilation par sexe des données clefs de l'emploi afin de mieux analyser l'impact de la crise économique et financière sur les femmes et les hommes et de faciliter la prise de mesures pour contrecarrer les effets négatifs à l'égard de l'un ou de l'autre sexe. Il attachera une attention particulière à l'intégration de la dimension du genre dans l'offre de mesures de lutte contre le chômage en général et des jeunes en particulier.

Le Gouvernement entend analyser l'effet de la crise sur les femmes plus vulnérables.

La prise en charge des enfants scolarisés en dehors des heures de classe sera améliorée par une extension de l'offre.

Une analyse des dispositions relatives au congé parental, à l'allocation d'éducation, aux « baby years » et aux années d'éducation dans leur ensemble permettra au Gouvernement de connaître l'effet des mesures législatives sur la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, ainsi que sur l'évolution du taux de naissance.

Le Gouvernement prévoit une analyse du système de cotisation au niveau de l'aspect du genre et notamment au niveau des couples travaillant et cotisant à deux et du système en matière de cumulés. Il s'engage à promouvoir et à inciter la « cotisation continuée » en matière de sécurité sociale en cas d'interruption de la carrière professionnelle. Dans ce contexte, il réfléchira sur l'obligation de contribution de cotisations à moyen terme et l'intervention éventuelle de l'État.

L'action contre le travail non-déclaré des femmes de ménage sera poursuivie.

³² Institut national de la statistique et des études économiques du Luxembourg

La création d'entreprises par les femmes sera encouragée.

Dans le cadre des négociations concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil portant modification de la directive 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, le Gouvernement s'engage à maintenir le niveau actuel de protection. »

Le titre IV du livre II du Code du travail luxembourgeois fixe toutes les règles en matière d'égalité de traitement entre femmes et hommes dans le monde du travail.

1 LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE FEMMES ET HOMMES DANS LES CONDITIONS D'ACCÈS À L'EMPLOI ET DANS L'EMPLOI

Ce principe et ses modalités font l'objet des articles L.241-1 et suivants du Code du travail national.

Les règles y relatives proviennent à l'origine de la transposition de la directive 76/207/CEE du Conseil 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 telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 septembre 2002.

La directive 76/207/CEE du Conseil 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 avait été transposée par la loi modifiée du 8 décembre 1981 relative à 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.

Cette loi modifiée a été intégrée dans le Code du travail introduit par la loi du 31 juillet 2006 pour y former le Chapitre Premier « Principe de l'égalité de traitement » du Titre IV « Égalité de traitement entre les hommes et les femmes », du Livre II « Réglementation et conditions de travail ».

Par la suite la directive 76/207/CEE a été modifiée, notamment du fait de l'adoption de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Une loi du 13 mai 2008 a finalement modifié les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité entre femmes et hommes dans l'emploi.

Une loi du 28 novembre 2006 portant transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE avait introduit dans le livre II du Code du travail un Titre V relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Cette loi définit le « *principe de l'égalité de traitement* » par « *l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la race ou l'ethnie* ». (voir partie I)

La loi de 2008 a introduit des dispositions analogues à la loi du 28 novembre 2006 mais visant à assurer l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail à l'égard de la discrimination fondée sur le sexe.

Une directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail a refondu les directives existantes dans le but de simplifier, de moderniser et d'améliorer la législation européenne sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi.

1.1. Les notions de discrimination directe et indirecte en matière de l'égalité de traitement entre femmes et hommes

La loi interdit toute discrimination directe et indirecte basée sur le fait qu'on est un homme ou une femme.

Aussi en ce qui concerne la discrimination basée sur le sexe, le Code du travail définit ces notions comme suit :

- « *discrimination directe* » : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable,

JURISPRUDENCE NATIONALE

Arrêt de la Cour Supérieure de Justice du 13 juillet 1995 n° 16893 du rôle

La Cour a relevé qu'une femme engagée par une administration communale et affectée au service de nettoyage et rémunérée en tant qu'ouvrier du service de nettoyage, alors que les deux hommes embauchés préalablement et affectés au même service, ont été rémunérés comme ouvriers communaux, constitue une discrimination directe sur base du sexe

- « *discrimination indirecte* » : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.

Ces définitions correspondent donc aux définitions consacrées en matière d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail pour les motifs de discrimination fondés sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou la non appartenance vraie ou supposée à une race ou une ethnie.³³

³³ Pour de plus amples explications il y a lieu de se porter à la partie I à partir de la page 22.

1.2. Le harcèlement et le harcèlement sexuel peuvent constituer des discriminations

Le Code du travail précise que le harcèlement sur le lieu de travail lorsqu'il est basé sur le sexe constitue une discrimination et l'interdit.

L'article L.241-1(2) du Code du travail donne une définition du harcèlement au sens « *discrimination basée sur le sexe* ». Il s'agit de la situation dans laquelle un comportement non désiré, lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Précisons que les articles L.245-1 et suivants du Code du travail traitent du harcèlement sexuel en l'entourant d'une législation qui lui est propre.³⁴ Le Code du travail précise dans sa partie consacrée à la discrimination³⁵ que le harcèlement au sens de l'article L.245-2 du Code du travail constitue aussi une discrimination sur base du sexe.

Tout harcèlement sexuel ou basé sur le sexe constitue donc une discrimination basée sur le sexe.

La loi précise que le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci ne peut être utilisé pour fonder une décision affectant cette personne.

1.3. Le champ d'application du principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes dans l'emploi

Le principe de l'égalité de traitement tel qu'inscrit dans le Code du travail, s'applique à tous les salariés liés par un contrat de travail de droit privé à un employeur.

Ce principe joue dans les quatre domaines déjà développés dans la partie I, à savoir pour :

- les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ;
- l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique du travail ;
- les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que le salaire ;
- l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisation.

³⁴ Pour de plus amples explications il y a lieu de se porter à la page 79.

³⁵ article L.241-1(3) du Code du travail

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJUE du 18 novembre 2010 ans l'affaire C-356/09, Pensions-versicherungsanstalt contre Christine Kleist

Une réglementation nationale qui, afin de promouvoir l'accès à l'emploi de personnes plus jeunes, permet à un employeur de licencier les salariés ayant acquis le droit à la pension de retraite, alors que ce droit est acquis pour les femmes à un âge inférieur de cinq années à l'âge auquel ledit droit est constitué pour les hommes, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe interdite.

1.4. L'égalité de rémunération

En vertu des articles L. 241-1 et suivants du Code du travail, les hommes et les femmes doivent bénéficier de la même rémunération s'ils accomplissent le même travail ou un travail de valeur égale. La discrimination salariale fondée sur le sexe est donc interdite.

Ce principe est écrit depuis 1974 dans notre droit interne³⁶.

Précisons encore que le principe d'égalité de rémunération est non seulement ancré dans la directive 2006/56, mais aussi à l'article 157³⁷ du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'article L.221-1 du Code du travail stipule qu'il faut entendre par « *salaire, rémunération, appointements* », la rétribution globale du salarié, 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.

Conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice européenne, pour apprécier si les travailleurs exercent un même travail ou un travail de valeur égale, il convient de rechercher si, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, ces travailleurs peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable.

³⁶ Règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes

³⁷ article 157 (ex-article 141 TCE)

1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.
2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

- a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;
- b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.
3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.
4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 31 mars 1981, affaire C-96/80 Jenkins contre Kingsgate

Dans cette affaire, la Cour a relevé une discrimination indirecte légitime, répondant à un but nécessaire de politique sociale dans le contexte d'un taux horaire de rémunération des travailleurs à temps partiel inférieur à celui des travailleurs à temps plein, poursuivant l'objectif d'encourager le travail à temps plein, indépendamment du sexe du travailleur. Pour la Cour le fait d'accorder pour le travail payé au temps une rémunération par heure de travail différente selon le nombre d'heures ouvrées par semaine ne se heurte pas au principe de l'égalité des rémunérations inscrit à l'article 119 du traité CEE [aujourd'hui article 157 TFUE], pour autant que la différence de rémunération entre le travail à temps partiel et le travail à temps plein s'explique par l'intervention de facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Il appartient dans chaque cas d'espèce au juge national d'apprécier si, compte tenu des circonstances de fait, des antécédents et des motifs de l'employeur, une pratique salariale, bien que présentée comme une différenciation en fonction du temps de travail hebdomadaire, constitue ou non, en réalité, une discrimination en raison du sexe des travailleurs. Dès lors, la Cour estime qu'une différence de rémunération entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel ne constitue une discrimination prohibée par l'article 119 du traité que si elle n'est en réalité qu'un moyen indirect pour réduire le niveau de rémunération des travailleurs à temps partiel en raison de la circonstance que ce groupe de travailleurs se compose, de manière exclusive ou prépondérante, de personnes de sexe féminin.

Arrêt de la CJCE du 13 mai 1986, affaire C-170/84 Bilka contre Karin Weber von Hartz

Selon la Cour, s'il devait s'avérer qu'un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein, l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise serait contraire à l'article 119 du traité [aujourd'hui article 157 TFUE] lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour pouvoir travailler à temps plein, cette mesure ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe.

Toutefois, si l'entreprise est en mesure d'établir que sa pratique salariale peut s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, aucune violation de l'article 119 ne pourrait être décelée.

De tels facteurs peuvent résulter du fait que l'entreprise vise à employer le moins possible de travailleurs à temps partiel, dès lors qu'il est démontré que cet objectif répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les moyens choisis pour l'atteindre sont à la fois adéquats et nécessaires.

Arrêt de la CJCE du 4 février 1988, affaire C-157/86 Murphy et a. contre An Bord Telecom Eireann

Selon la Cour, l'article 119 du traité, [aujourd'hui devenu article 157 TFUE] doit être interprété comme visant également, en dehors de l'hypothèse d'une inégalité de rémunération pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'hypothèse dans laquelle le travailleur, invoquant le bénéfice de cette disposition pour obtenir une rémunération égale au sens de celle-ci, accomplit un travail de valeur supérieure à celle du travail de la personne retenue comme base de comparaison.

Arrêt de la CJCE du 27 juin 1990, affaire C-33/89 Kowalska contre Freie und Hansestadt Hamburg

Dans cette affaire, il est question d'une disposition de la convention collective en cause qui n'accorde qu'aux travailleurs à temps plein le bénéfice d'une indemnité temporaire lors de la cessation de la relation de travail. Or, une convention collective comme celle en cause, qui permet aux employeurs de maintenir une différence de rémunération globale entre deux catégories de travailleurs, ceux qui effectuent le nombre minimal d'heures de travail par semaine ou par mois et ceux qui, tout en accomplissant un même travail, n'effectuent pas ce minimum d'heures, aboutit en fait à une discrimination des travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins, lorsqu'il s'avère qu'en fait un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes travaille à temps partiel. Une telle convention doit, en principe, être considérée comme contraire à l'article 119 du traité [aujourd'hui 157 TFUE]. Il n'en serait autrement qu'au cas où la différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs se justifierait par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Arrêt de la CJCE du 2 octobre 1997, affaire C-1/95 Gerster contre Freistaat Bayern

La Cour est d'avis que la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, s'oppose à une législation nationale qui prescrit que, pour le calcul de l'ancienneté des fonctionnaires, les périodes d'emploi pendant lesquelles l'horaire accompli est compris entre la moitié et les deux tiers de l'horaire de travail normal ne sont comptées qu'aux deux tiers, à moins que ladite législation ne soit justifiée par des critères objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Par conséquent, si la circonstance qu'une telle législation frappe un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins constitue en principe une violation de cette directive, tel n'est pas le cas si, en dépit du fait que les travailleurs, à temps partiel, notamment féminins ont bénéficié d'un calcul d'ancienneté plus que proportionnel à l'horaire de travail, il apparaît que, d'une part, les travailleurs à temps partiel acquièrent normalement moins vite que les travailleurs à temps plein les capacités et les compétences relatives à leurs activités et, d'autre part, que les autorités compétentes sont en mesure d'établir que les moyens choisis répondent à un but légitime de leur politique sociale, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet.

Arrêt de la CJCE du 17 février 1998, affaire C-249/96 Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd

Selon la Cour le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable, lorsqu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage, ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 119 du traité [aujourd'hui article 157 TFUE] ou par la directive 75/117.

D'une part, en effet, la condition prévue pour l'octroi de cette réduction ne saurait être considérée comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe, dès lors qu'elle s'applique de la même manière aux travailleurs de sexe féminin qu'à ceux de sexe masculin, les réductions étant refusées à un travailleur masculin s'il vit avec une personne du même sexe de la même manière qu'elles sont refusées à un travailleur féminin s'il vit avec une personne du même sexe. D'autre part, en l'état actuel du droit au sein de la

Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé, et par conséquent, un employeur n'est pas tenu par le droit communautaire d'assimiler la situation d'une personne qui a une relation stable avec un partenaire de même sexe à celle d'une personne qui est mariée ou qui a une relation stable hors mariage avec un partenaire de sexe opposé. Il ne peut appartenir qu'au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation.

Arrêt de la CJCE du 17 juin 1998, affaire C-243/95 Hill et Stapleton contre The Revenue Commissioners et Department of Finance

La Cour estime que le principe de non-discrimination sur base du sexe s'oppose à l'application d'une mesure nationale qui, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Le principe de non-discrimination sur base du sexe s'oppose donc à la situation dans laquelle un pourcentage beaucoup plus élevé de travailleurs féminins par rapport à celui de travailleurs masculins exerce son emploi à temps partagé, les travailleurs à temps partagé qui accèdent à un emploi à temps plein se voient attribuer un échelon de l'échelle des rémunérations applicable au personnel travaillant à temps plein inférieur à celui de l'échelle des rémunérations applicable au personnel employé à temps partagé dont ces travailleurs bénéficiaient auparavant, en raison de l'application par l'employeur du critère du service calculé par référence à la durée du temps de travail effectivement accompli dans un emploi, à moins que cette législation ne soit justifiée par des critères objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Arrêt de la CJCE du 9 septembre 1999, affaire C-281/97 Krüger contre Kreiskrankenhaus Ebersberg

L'exclusion, par une convention collective des personnes exerçant des activités salariées comportant un horaire normal inférieur à quinze heures par semaine et une rémunération normale ne dépassant pas une fraction de la base mensuelle de référence et, à ce titre, exonérées de l'assurance sociale obligatoire, du bénéfice d'une prime spéciale annuelle prévue par ladite convention collective qui s'applique indépendamment du sexe du travailleur, mais qui frappe en fait un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes, constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

Arrêt de la CJCE du 26 juin 2001, affaire C-381/99 Brunnhofer

La Cour estime que le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins énoncé à l'article 119 du traité CE (aujourd'hui article 157 TFUE) et précisé par la directive 75/117/CEE doit être interprété de la manière suivante :

- une majoration mensuelle de salaire, à laquelle les travailleurs concernés ont droit en application de leur contrat individuel de travail et versée par l'employeur en raison de leur emploi constitue une rémunération qui relève du champ d'application dudit article 119 et de la directive 75/117. L'égalité des rémunérations doit être assurée non seulement en fonction d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs, mais également au regard de chaque élément de la rémunération pris isolément ;

- le fait que le travailleur féminin qui prétend être victime d'une discrimination fondée sur le sexe et le travailleur masculin de référence sont classés dans la même catégorie professionnelle prévue par la convention collective régissant leur emploi n'est pas, à lui seul, suffisant pour conclure que les deux travailleurs concernés exercent un même travail ou un travail auquel est attribuée une valeur égale au sens des articles 119 du traité et 1^{er} de la directive 75/117, cette circonstance ne constituant qu'un indice parmi d'autres que ce critère est rempli ;
- en règle générale, il incombe au travailleur qui s'estime victime d'une discrimination de prouver qu'il perçoit une rémunération inférieure à celle versée par l'employeur à son collègue de l'autre sexe et qu'il exerce en réalité un même travail ou un travail de valeur égale, comparable à celui effectué par son collègue de référence; l'employeur a alors la possibilité non seulement de contester que les conditions d'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sont réunies, mais également de faire valoir des motifs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe en vue de justifier la différence de rémunération constatée ;
- une différence de rémunération est susceptible d'être justifiée par des circonstances non prises en considération par la convention collective applicable aux travailleurs concernés, à condition qu'elles constituent des raisons objectives, étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe et conformes au principe de proportionnalité ;
- s'agissant d'un travail payé au temps, une différence de rémunération accordée, au moment de leur engagement, à deux travailleurs de sexe opposé pour un même poste de travail ou un travail de valeur égale ne saurait être justifiée par des facteurs qui ne sont connus qu'après l'entrée en service des travailleurs concernés et ne peuvent être appréciés qu'en cours d'exécution du contrat de travail, tels qu'une différence dans la capacité individuelle de travail des intéressés ou dans la qualité des prestations d'un travailleur déterminé par rapport à celles de son collègue.

1.5. Deux exceptions au principe de l'égalité de traitement

En ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation professionnelle qui y donne accès, une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe n'est pas considérée comme discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

Par ailleurs, la loi précise que ne sont pas considérées comme contraires à l'égalité de traitement entre hommes et femmes les dispositions légales, réglementaires et administratives relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJCE du 29 mai 1997, affaire C-400/95 Larsson contre Føtex Supermarked A/S

La Cour estime que, sous réserve des dispositions du droit national visant à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, les dispositions en matière d'égalité de traitement ne s'opposent pas aux licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement, même si cette maladie est apparue au cours de la grossesse et s'est prolongée pendant et après le congé de maternité.

En particulier, le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que l'absence d'un travailleur féminin allant du début de sa grossesse au début du congé de maternité soit prise en compte pour le calcul de la période qui justifie son licenciement en droit national.

En effet, durant le congé de maternité dont elle bénéficie en application du droit national, la femme est protégée contre les licenciements motivés par son absence. La prise en compte d'absences durant cette période pour justifier un licenciement ultérieur serait donc contraire à l'objectif d'égalité de traitement.

En revanche, en dehors des périodes de congé de maternité, et en l'absence de dispositions nationales ou, le cas échéant, de dispositions communautaires, qui garantissent aux femmes une protection particulière, le travailleur féminin ne bénéficie pas, en vertu de la directive, d'une protection contre le licenciement pour cause d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse.

Or, en 1998 il y a eu un revirement de cette approche avec l'arrêt Brown :

Arrêt de la CJCE du 30 juin 1998, affaire C-394/96 Brown contre Rentokil Ltd.

Contrairement à ce que la Cour a jugé dans l'arrêt Larsson du 29 mai 1997 le principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes, s'oppose au licenciement d'un travailleur féminin à un moment quelconque au cours de sa grossesse en raison d'absences dues à une incapacité de travail causée par une maladie trouvant son origine dans cette grossesse.

À cet égard, la circonstance que le travailleur féminin a été licencié au cours de sa grossesse sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier les

travailleurs, quel que soit leur sexe, après un nombre déterminé de semaines d'absence continue, est sans incidence.

Le licenciement d'un travailleur féminin qui intervient au cours de la grossesse pour cause d'absences dues à l'incapacité de travail découlant de la grossesse est lié à la survenance des risques inhérents à la grossesse et doit donc être regardé comme fondé essentiellement sur le fait de la grossesse. Un tel licenciement ne peut concerner que les femmes et constitue dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe. En revanche, dans la mesure où ils interviennent après la fin du congé de maternité, les états pathologiques trouvant leur origine dans la grossesse ou dans l'accouchement relèvent du régime général applicable au cas de maladie. Il en résulte que, dans l'hypothèse où une telle maladie est apparue au cours de la grossesse et s'est prolongée pendant et après le congé de maternité, l'absence non seulement pendant le congé de maternité, mais également pendant la période qui va du début de la grossesse au début du congé de maternité, ne peut être prise en compte pour le calcul de la période qui justifie le licenciement en droit national. Quant à l'absence du travailleur féminin après le congé de maternité, elle peut être prise en compte dans les mêmes conditions que l'absence d'un homme en raison d'une incapacité de travail de la même durée.

Arrêt de la CJCE du 19 novembre 1998, affaire C-66/96 Høj Pedersen

Selon la Cour, une législation nationale qui prévoit qu'une femme enceinte qui, avant le début de son congé de maternité, est atteinte d'une incapacité de travail résultant d'un état pathologique lié à sa grossesse, établie par un certificat médical, n'a pas droit au paiement de l'intégralité de son salaire par l'employeur, mais à des indemnités journalières versées par une collectivité locale, alors que, en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie, établie par un certificat médical, le travailleur a en principe droit au paiement de l'intégralité de son salaire par l'employeur, doit être regardé comme fondé essentiellement sur la grossesse et donc comme discriminatoire.

Arrêt de la CJCE du 11 janvier 2000, affaire C-285/98 Kreil contre Allemagne

Le refus d'engager la demanderesse dans le service de la Bundeswehr dans lequel elle souhaitait être employée a pour fondement les dispositions du droit allemand qui prévoient l'exclusion totale des femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire.

Compte tenu de sa portée, une telle exclusion, qui s'applique à la quasi-totalité des emplois militaires de la Bundeswehr, ne peut être regardée comme une mesure dérogatoire justifiée par la nature spécifique des emplois en cause ou par les conditions particulières de leur exercice.

La Cour estime que les autorités nationales n'ont pu, sans méconnaître le principe de proportionnalité, considérer d'une manière générale que la composition de toutes les unités armées de la Bundeswehr devait demeurer exclusivement masculine.

Enfin, le gouvernement allemand estime que l'exclusion des femmes a pour but d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme et, d'autre part, les rapports particuliers entre la femme et son enfant. Or, selon la Cour, cela ne permet pas d'exclure les femmes d'un emploi au motif qu'elles devraient être davantage protégées que les hommes contre des risques qui sont distincts des besoins de protection spécifiques de la femme tels que les besoins expressément mentionnés.

Il s'ensuit que l'exclusion totale des femmes de tout emploi militaire comportant l'utilisation d'armes ne rentre pas dans le cadre des différences de traitement admises dans un souci de protection de la femme.

Arrêt de la CJCE du 3 février 2000, affaire C-207/98 Mahlburg contre Land Mecklenburg-Vorpommern

Selon la Cour, le principe de non-discrimination sur base du sexe s'oppose au refus d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale de travail attachée à cet état fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, ledit emploi. En effet, l'application des dispositions relatives à la protection de la femme enceinte ne saurait avoir pour conséquence un traitement défavorable en ce qui concerne son accès à l'emploi.

Arrêt de la CJCE du 19 mars 2002, affaire C-476/99 Lommers

Le principe de non-discrimination sur base du sexe ne s'oppose pas à une réglementation qui est instaurée par un ministère aux fins de lutter contre une sous-représentation importante des femmes en son sein et qui, dans un contexte caractérisé par une insuffisance avérée de structures d'accueil adéquates et abordables, réserve aux seuls fonctionnaires féminins les places de garderie subventionnées en nombre limité qu'il met à disposition de son personnel, tandis que les fonctionnaires masculins ne peuvent y avoir accès que dans des cas d'urgence relevant de l'appréciation de l'employeur. Il n'en va toutefois de la sorte que pour autant que l'exception ainsi prévue en faveur des fonctionnaires masculins soit notamment interprétée en ce sens qu'elle permet à ceux d'entre eux qui assument seuls la garde de leurs enfants d'avoir accès à ce système de garderie aux mêmes conditions que les fonctionnaires féminins.

Arrêt de la CJCE du 27 février 2003, affaire C-320/01 Busch

Le principe de non-discrimination sur base du sexe, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la travailleuse qui souhaite, avec l'accord de son employeur, réintégrer son emploi avant la fin de son congé parental pour éducation, soit obligée d'informer ce dernier de son état de grossesse dans le cas où, en raison de certaines interdictions légales de travail, elle ne pourrait pas exercer certaines de ses fonctions.

En effet, la prise en considération, par l'employeur, de l'état de grossesse d'une travailleuse pour refuser sa réintégration dans son emploi avant la fin de son congé parental pour éducation est constitutive d'une discrimination directe fondée sur le sexe. Dès lors que l'employeur ne peut prendre en considération l'état de la travailleuse pour l'application des conditions de travail de celle-ci, l'intéressée n'est pas tenue d'informer ce dernier qu'elle est enceinte.

Une telle discrimination, qui ne saurait trouver de justification dans l'interdiction temporaire d'effectuer certaines des prestations de travail pour lesquelles la travailleuse a été engagée, serait contraire à l'objectif de protection que poursuit le principe de non-discrimination sur base du sexe. Pareille discrimination ne saurait non plus être justifiée par les conséquences financières qui pourraient découler pour l'employeur de l'obligation de réintégrer la travailleuse dans son emploi, ni par la circonstance que cette dernière a eu l'intention, en demandant sa réintégration, de percevoir les allocations de maternité, plus élevées que les allocations d'éducation, ainsi que le supplément aux allocations de maternité versé par l'employeur.

Arrêt de la CJCE du 11 mars 2003, affaire C-186/01 Alexander Dory contre Allemagne

Cet arrêt soulève la question de la compatibilité avec le droit européen de la limitation aux hommes du service militaire obligatoire en Allemagne.

Le gouvernement allemand a fait valoir que le service militaire obligatoire a, en Allemagne, une grande importance, tant sur le plan politique que sur le plan de l'organisation des forces armées. Il a indiqué que l'institution d'un tel service permettait de contribuer à la transparence démocratique de l'appareil militaire, à la cohésion nationale, au lien entre les forces armées et la population ainsi qu'à la mobilisation des effectifs nécessaires à ses armées en cas de conflit.

Un tel choix, qui est inscrit dans le Grundgesetz, consiste à imposer une obligation de servir les intérêts de la sécurité du territoire, fût-ce au détriment, dans nombre d'hypothèses, de l'accès des jeunes au marché de l'emploi. Il prime ainsi les objectifs des politiques ayant pour objet l'insertion professionnelle des jeunes.

La décision de l'Allemagne d'assurer pour partie sa défense par un service militaire obligatoire est l'expression d'un tel choix d'organisation militaire auquel le droit communautaire n'est en conséquence pas applicable.

La limitation aux hommes du service militaire obligatoire entraîne normalement pour les intéressés un retard dans le déroulement de leur carrière professionnelle, même si le service militaire permet à certains des appelés d'acquérir une formation complémentaire ou d'accéder ultérieurement aux carrières militaires.

Toutefois, le retard pris dans la carrière professionnelle des appelés est une conséquence inévitable du choix effectué par l'État membre en matière d'organisation militaire et n'implique pas que ce choix entre dans le champ d'application du droit communautaire. En effet, l'existence de répercussions défavorables sur l'accès à l'emploi ne saurait avoir pour effet, sans empiéter sur les compétences propres des États membres, de contraindre l'État membre concerné soit à étendre aux femmes l'obligation que constitue le service militaire et donc à leur imposer les mêmes désavantages en matière d'accès à l'emploi, soit à supprimer le service militaire obligatoire.

Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour européenne est d'avis que le droit européen ne s'oppose pas à ce que le service militaire obligatoire soit réservé aux hommes.

Arrêt de la CJCE 11 octobre 2007, affaire C-460/06, Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet + Minne SPRL

La salariée demanderesse, employée dans le bureau d'architecture de la société défenderesse depuis le 24 décembre 1987, était en congé de maternité du mois de septembre jusqu'à la fin du mois de décembre 1995.

Son congé de maternité a pris fin le 31 décembre 1995 et la période de protection contre le licenciement, allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité, a, conformément au droit belge, pris fin le 31 janvier 1996.

La requérante a été licenciée par lettre recommandée du 21 février 1996, soit à un moment où la période de protection était terminée, moyennant un préavis de 6 mois prenant cours le 1^{er} mars 1996. La défenderesse a mis fin à l'exécution du contrat le 15 avril 1996 moyennant le paiement d'une indemnité correspondant au solde du préavis.

La juridiction belge relève que la décision de licencier la requérante a été prise lorsqu'elle était enceinte et avant le 31 janvier 1996, à savoir avant la fin de la période de protection contre le licenciement, et que cette décision a connu une certaine matérialisation.

En effet il est établi que pendant la grossesse, la défenderesse a fait paraître dans un journal, le 27 mai 1995, une annonce visant à recruter une secrétaire et a, le 6 juin 1995, répondu à une candidate que le « *poste est vacant de mi-septembre 1995 à janvier 1996* », ce qui correspondait à la période prévisible du congé de maternité, « *et puis à dater d'août 1996* », soit à partir de l'échéance de ce que serait le préavis de 6 mois normalement notifié après la période de protection. Il n'est pas contesté qu'à la date du 27 mai 1995, la société était au courant de la grossesse et que l'annonce concernait le poste de travail occupé par la requérante.

La société défenderesse a fait paraître une seconde annonce en octobre 1995, soit peu de temps après le début du congé de maternité de la salariée, qui était libellée comme suit : « *comptabilité, McIntosh, disp. Imm., pr carr. ds pet. équip* ». Il n'est pas contesté que la mention « *pr carr.* », signifie « *pour [faire] carrière* », ce qui confirme que l'intention de la société était de pourvoir au remplacement définitif de la requérante et que la décision en ce sens a été prise alors qu'elle était enceinte.

La directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, doit selon la Cour être interprété en ce sens qu'il interdit non seulement de notifier une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant pendant la période de protection visée au paragraphe 1 de cet article, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période.

Une décision de licenciement en raison de la grossesse et/ou de la naissance d'un enfant est en outre contraire à la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, quel que soit le moment où cette décision de licenciement est notifiée et même si elle est notifiée après la fin de la période de protection.

1.6. Comment se défendre face à une discrimination basée sur le sexe ?³⁸

a. Le droit d'agir des syndicats et associations

À l'image des voies de recours consacrées dans le titre V du Code du travail relatif à l'égalité de traitement au travail et dans l'emploi, le législateur permet en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail et dans l'emploi :

- aux associations sans but lucratif, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins un an, agréés par le Ministre de la justice et dont l'activité statutaire consiste à combattre la discrimination, d'exercer devant les juridictions civiles ou administratives, les droits reconnus à la victime d'une discrimination en ce qui concerne des faits constituant une violation du principe de l'égalité de traitement et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre en vertu de leur objet statutaire, même si elles ne justifient pas d'un intérêt matériel ou moral ;

³⁸ articles L.241-5 et suivants du Code du travail

- lorsqu'une action en matière d'égalité de traitement, née de la convention collective de travail ou de l'accord en matière de dialogue social interprofessionnel, est intentée par une personne liée par un de ces contrats collectifs, que toute organisation syndicale partie à cette convention ou à cet accord puisse toujours intervenir dans l'instance engagée si la solution du litige peut présenter un intérêt collectif pour ses membres, sauf désaccord dûment écrit de la part de la personne ayant intenté l'action ;
- aux organisations syndicales justifiant de la représentativité nationale générale ou d'une représentativité « sectorielle », d'exercer devant les juridictions civiles ou administratives, les droits reconnus à la victime d'une discrimination et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre en vertu de leur objet, même si elles ne justifient pas d'un intérêt matériel ou moral, sous la condition que cette victime déclare expressément et par écrit ne pas s'y opposer.

Si les faits sont commis envers des personnes considérées individuellement, les associations et organisations syndicales susmentionnées, ne peuvent exercer par voie principale les droits reconnus à la victime d'une discrimination qu'à la condition que ces personnes déclarent expressément et par écrit ne pas s'y opposer.

b. La protection de la victime

Dès qu'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

Le Code précise qu'aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles ni en raison des protestations ou refus opposés à un acte ou un comportement contraire au principe de l'égalité de traitement défini par la présente loi, ni en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

De même aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir témoigné des agissements discriminatoires ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire aux deux paragraphes qui précèdent, et notamment tout licenciement en violation de ces dispositions, est nul de plein droit.

En cas de résiliation du contrat de travail, le salarié peut demander dans les quinze jours qui suivent la notification de la résiliation, par simple requête au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, ou le cas échéant sa réintégration.

La décision de la juridiction du travail est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les quarante jours à partir de la notification.

c. Nullité de toute disposition écrite contraire au principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes

La loi prévoit en outre la nullité de toute disposition contraire au principe de l'égalité de traitement figurant notamment dans un contrat, une convention individuelle ou collective ou un règlement intérieur d'entreprise, dans les règles régissant les associations à but lucratif ou non lucratif, les professions indépendantes et les organisations de travailleurs et d'employeurs.

d. Non-respect du principe d'égalité de traitement dans une offre d'emploi

Pour finir précisons que si un employeur diffuse ou publie une offre d'emploi ou une annonce d'emploi non conforme au principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes, alors il s'expose à une amende de 251 à 2.000 euros.

2 LES MOYENS LÉGAUX EN FAVEUR DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Le Code du travail fournit deux mécanismes permettant de promouvoir activement l'égalité de traitement.

2.1. Mise en œuvre des dispositions concernant le sexe sous-représenté³⁹

On parle de sexe sous-représenté lorsque dans une profession ou un métier déterminés la représentation du sexe en question est égale ou inférieure à 40% de l'ensemble des salariés exerçant cette profession ou ce métier sur le territoire national.

Un employeur qui embauche une personne du sexe sous-représenté peut le cas échéant se voir aider financièrement.

Un tel employeur doit avant de faire une demande de remboursement d'une quote-part au Fonds pour l'emploi, solliciter l'avis du délégué à l'égalité.

Ensuite il adresse une demande écrite au ministre ayant dans ses attributions l'Égalité des chances.

Sa demande doit contenir :

- le descriptif de l'effectif du personnel arrêté au dernier jour du mois précédant l'introduction de la demande du personnel de l'entreprise avec spécification du sexe, de la profession, du métier, du degré de hiérarchie, des fonctions de l'ensemble des salariés ;
- le descriptif du poste vacant, notamment des points de vue hiérarchie, fonction et profil requis ;
- l'avis du délégué à l'égalité.

Le ministre ayant dans ses attributions l'Égalité des chances transmet, en cas de sous-représentation justifiée, la demande d'obtention de quote-part au ministre ayant le Travail dans ses attributions qui procède à la prise en charge de la quote-part à charge du Fonds pour l'emploi.

Un tel employeur sera autorisé par dérogation à l'article L. 241-2 du Code du travail, à diffuser ou à publier des offres d'emploi ou des annonces relatives à l'emploi et privilégiant les salariés du sexe sous-représenté.

Par ailleurs, afin d'assurer une pleine égalité entre salariés masculins et féminins, l'employeur peut prévoir des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le ou les salariés du sexe sous-représenté qu'il a engagé(s) ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle de ce(s) salarié(s).

Pour pouvoir se prévaloir des dérogations prévues ci-dessus, l'employeur est tenu de se munir préalablement d'une attestation écrite du ministre ayant dans ses attributions l'Égalité des chances certifiant l'état de sous-représentation des salariés du sexe qu'il s'agit de privilégier.

³⁹ articles L.242-1 et suivants du Code du travail

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE**Arrêt de la CJCE du 17 octobre 1995, affaire C-450/93 Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen**

Selon la Cour, le principe d'égalité entre femmes et hommes s'oppose à une réglementation nationale qui accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées, considérant qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonctions prévus selon l'organigramme.

Sont autorisées au regard du droit européen, des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes. Ne constitue pas une mesure de ce type une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion, car celle-ci va au-delà du développement de l'égalité des chances et lui substitue le résultat, l'égalité de représentation, auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité pourrait aboutir.

2.2. Les actions positives⁴⁰

Les actions positives constituent des mesures concrètes prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.

Le programme des actions positives comprend les 3 thèmes prioritaires suivants :

- l'égalité de traitement des femmes et des hommes dans la vie professionnelle avec égalité de salaire pour un travail égal ou de valeur égale, égalité au niveau recrutement et engagement, égalité au niveau formation et qualification professionnelles, égalité en matière de culture d'entreprise ;
- l'égalité des femmes et des hommes dans la prise de décision avec égalité dans la formation et la promotion professionnelles et accès égal des femmes et des hommes aux postes à responsabilité ;
- l'égalité des femmes et des hommes dans la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée.

Les mesures concrètes peuvent être :

- la mise en œuvre d'une nouvelle organisation du travail ;
- les mesures concrètes en matière de recrutement se situant avant ou/et après l'embauche ;
- les actions de formation spéciales ;
- les mesures relatives à des changements de métier ;
- les actions de promotion ;

⁴⁰ articles L.243-1 et suivants du Code du travail

- les actions favorisant l'accès du sexe sous-représenté aux postes de responsabilité et de décision ;
- les mesures tendant à une meilleure conciliation de la vie familiale et professionnelle.

Les actions positives doivent s'inscrire dans le cadre d'un projet d'entreprise. Les projets d'actions positives peuvent concerner soit une ou plusieurs entreprises, soit un secteur ou une branche économique.

Au cas où les actions positives sont prévues par une convention collective, celle-ci fixe le cadre général, conformément aux dispositions du présent chapitre. Un plan ou projet d'entreprise peut, dans ce cas, préciser les conditions et modalités pratiques applicables dans un cas déterminé.

Avant leur mise en œuvre, les projets d'actions positives visés sont soumis pour avis au délégué à l'égalité et au comité mixte de l'entreprise concernée.

Les projets d'actions positives doivent préalablement à leur mise en œuvre, obtenir, sur demande écrite, l'approbation du ministre ayant dans ses attributions les Actions positives, qui y statue après avoir entendu en son avis un comité spécial.

En vue de l'obtention de l'agrément ministériel, les critères et les données suivants sont à remplir, respectivement à fournir au ministre :

- la preuve du caractère innovateur des mesures et actions proposées ;
- l'analyse succincte de la situation actuelle du sexe sous-représenté dans l'entreprise ;
- la description des objectifs mesurables et réalisables, visés par le projet ;
- la durée du projet ;
- la portée du projet ;
- l'effet multiplicateur du projet ;
- l'originalité du projet ;
- les conditions de financement du projet ;
- les modalités de règlement de conflits éventuels.

Les entreprises dont les projets ont été approuvés signent une convention de réalisation du projet avec le ministre ayant dans ses attributions les Actions positives.

La contribution de l'État se fait sous forme de subvention. Cette subvention varie en fonction du coût total des actions positives de l'entreprise, réalisées au cours de l'exercice d'exploitation.

Autres instruments développés pour favoriser l'égalité de traitement

Prix pour la meilleure pratique d'égalité entre les femmes et les hommes dans les entreprises

Ce prix existe depuis 1993, à l'époque sous la dénomination de prix féminin de l'entreprise.

Initialement il était décerné par le ministère du Travail et de l'Emploi pour récompenser les efforts particuliers menés par l'entreprise sélectionnée afin de promouvoir l'égalité des femmes et des hommes.

Aujourd'hui et ce depuis 1995, ce prix est décerné par le ministère de l'Égalité des chances.

Depuis 2000, la sélection de l'entreprise lauréate se fait parmi les entreprises qui ont participé au programme des actions positives du ministère de l'Égalité des chances.

C'est le Comité des actions positives, qui choisit parmi les entreprises candidates celle qui a su s'identifier au programme des actions positives du ministère de l'Égalité des chances de la manière la plus convaincante, et qui s'est engagée à mettre en œuvre un plan d'action comprenant des mesures spécifiques en faveur de l'égalité sur le lieu de travail, à tous les niveaux et dans tous les domaines : le recrutement, les conditions de travail, la formation, la rémunération, la promotion.

Le mérite de l'entreprise choisie vient de ce qu'elle s'est engagée à remédier aux éventuelles inégalités entre hommes et femmes existant au sein de sa structure, en appliquant avec rigueur le programme des actions positives mis en place par le ministère de l'Égalité des chances.

Égalité de salaire entre femmes et hommes

Le ministère de l'Égalité des chances met à disposition des entreprises un logiciel et un guide permettant d'améliorer l'égalité de salaire dans leur entreprise.

Ainsi l'instrument LOGIB est destiné aux entreprises avec plus de 50 salariés. Le guide sur l'égalité de salaire appuie les entreprises de moins de 50 salariés dans leurs démarches en vue d'une égalité de salaire.

Entreprises de plus de 50 salariés

LOGIB est un programme Excel pour mesurer l'égalité de salaire entre femmes et hommes élaboré par le Bureau Fédéral suisse de l'égalité entre femmes et hommes.

Le ministère de l'Égalité des chances du Luxembourg a adopté ce programme, avec l'autorisation du Bureau Fédéral suisse de l'égalité entre femmes et hommes⁴¹.

Cet instrument permet d'analyser si une entreprise garantit ou non l'égalité de salaires entre femmes et hommes – c'est-à-dire un salaire égal pour un travail égal ou de même valeur.

L'instrument offre aux entreprises la possibilité de déterminer à partir d'un programme standardisé de manière relativement facile si d'éventuels écarts de salaire entre le personnel féminin et masculin sont explicables par des facteurs objectifs ou s'ils contiennent un indice d'une discrimination cachée.

Le calcul s'effectue au moyen d'une analyse statistique de régression. On calcule l'impact qu'ont sur le salaire des facteurs importants pour la rémunération comme la qualification ou la fonction. Le sexe est inclus dans la fonction de régression comme autre variable indépendante. En l'absence de discrimination, cette variable ne doit pas avoir d'incidence significative sur le salaire.

Les données concernant le salaire, la qualification et le poste de travail des employés-servent de base au calcul. On peut importer ces données ou les saisir dans LOGIB.

Avec LOGIB les entreprises obtiennent une évaluation, un bilan des principaux résultats statistiques, ainsi que des graphiques complémentaires.

L'utilisation de l'instrument LOGIB présuppose :

- l'accès aux données relatives au salaire, à la qualification et au poste de travail des employés ;

⁴¹ Conception technique et développement : Silvia Rothen, ecotronics, Berne

- la composition mixte du personnel (femmes et hommes) ;
- un minimum de 50 salariés ;
- un maximum de 10.000 salariés (les tests ont montré que le traitement d'un volume plus élevé de données peut durer très longtemps et que LOGIB ne livre plus de résultats fiables).

Entreprises de 50 salariés et moins

Le guide mis à disposition par le ministère se veut être un outil simple et pratique permettant aux petites et moyennes entreprises occupant jusqu'à 50 salariés de :

- s'auto-évaluer en matière d'égalité de salaire ;
- revoir sa politique salariale ;
- garantir une politique salariale égalitaire à long terme entre son personnel féminin et masculin.

Ce guide présente une démarche en 4 étapes :

- analyse de la politique salariale existante ;
- diagnostic détaillé et évolutions ;
- plan d'action ;
- réalisation et communication.

Plus d'informations sur www.mega.public.lu

3 LA PROBLÉMATIQUE DU HARCÈLEMENT SEXUEL

Le Code du travail contient des dispositions visant à protéger les salariés contre tout agissement pouvant être défini comme du harcèlement sexuel au sens des articles L.245-2 et suivants du Code du travail.

Rappelons comme nous l'avons exposé ci-avant⁴², que le harcèlement sexuel au sens des articles L.245-2 et suivants du Code du travail constitue en vertu de la loi une discrimination basée sur le sexe.

⁴² Voir page 63.

3.1. Définition du harcèlement sexuel⁴³

Constitue un harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail

- tout comportement à connotation sexuelle

ou

- tout autre comportement fondé sur le sexe dont l'auteur sait ou devrait savoir qu'il porte atteinte à la dignité d'une personne au travail.

Il doit s'agir d'un acte délibéré, intentionnel. Cependant pour faciliter l'action de la victime, l'intention est présumée, cette présomption légale pouvant être renversée par le harceleur.

Il doit s'agir d'un acte ayant lieu dans le cadre de la relation de travail.

Trois sortes d'agissements sont répréhensibles :

- un comportement intempestif, abusif et blessant pour la victime ;
- le comportement est un moyen de chantage, la réaction de la victime étant susceptible d'influencer une décision affectant sa carrière professionnelle ;
- le comportement envenime l'environnement de travail de la victime (climat d'intimidation, d'humiliation ou d'hostilité).

3.2. Formes du harcèlement sexuel

Ces agissements peuvent revêtir différentes formes :

- **physique** : attouchements, tapotements, pincements, effleurements non souhaités ou agressions physiques ;
- **verbal** : propositions ou pressions pour activités sexuelles, insultes méprisantes à connotation sexuelle, flirts offensants, remarques suggestives ;
- **non verbal** : regards suggestifs, sifflements ou gestes à suggestions sexuelles, étalage d'images, d'objets ou d'écrits pornographiques.

VICTIMES ET AUTEURS POTENTIELS

| Victimes | Auteurs |
|---------------------|------------------------|
| salariés | employeur |
| stagiaires | supérieur hiérarchique |
| apprentis | collègues |
| élèves et étudiants | clients, fournisseurs |

⁴³ article L.245-2 du Code du travail

3.3. Responsabilité de l'employeur

a. Au niveau de la prévention

Outre le fait que l'employeur doive lui-même s'abstenir de tout fait de harcèlement sexuel, il est tenu de prendre toutes les mesures de prévention nécessaires pour assurer la protection de la dignité de ses salariés.

Ces mesures doivent être adaptées aux besoins de son entreprise et comprendre notamment une politique d'information.

Le délégué à l'égalité entre femmes et hommes, ou à son défaut, la délégation du personnel, s'il en existe, est chargé de veiller à la protection du personnel salarié contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail. À cet effet, il peut proposer à l'employeur toute action de prévention qu'il juge nécessaire.

b. Au niveau de la répression

Si un salarié informe l'employeur qu'il s'estime victime d'un acte de harcèlement sexuel, l'employeur doit immédiatement prendre des mesures visant à faire cesser ces agissements.

Il peut pour ce faire utiliser divers moyens :

- mener une enquête, confronter la victime et l'auteur ;
- prendre des mesures disciplinaires à l'encontre de l'auteur, telles sa mutation, son licenciement.

En aucun cas, les mesures destinées à mettre fin au harcèlement sexuel ne peuvent être prises au détriment de la victime du harcèlement.

3.4. Protection des victimes et des témoins

Le salarié ne peut faire l'objet de représailles en raison de ses protestations ou refus opposés à un acte ou comportement de harcèlement sexuel de la part de son employeur ou tout autre supérieur hiérarchique, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur.

De même, aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir témoigné des agissements constitutifs d'harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire aux deux paragraphes qui précèdent, et notamment toute résiliation du contrat de travail en violation de ces dispositions, sont nuls de plein droit.

En cas de résiliation du contrat de travail, le salarié peut demander dans les quinze jours qui suivent la notification de la résiliation, par simple requête au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité de la résiliation du contrat de travail et d'ordonner son maintien, ou le cas échéant, sa réintégration.

L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision. Elle est susceptible d'appel qui est porté par simple requête, dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe, devant le magistrat président la Chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées.

3.5. Assistance de la victime

La délégation du personnel, et le délégué à l'égalité entre femmes et hommes⁴⁴, s'il en existe, sont habilités à assister et à conseiller le salarié qui fait l'objet d'un harcèlement sexuel. Ils sont tenus de respecter la confidentialité des faits dont ils ont connaissance à ce titre, sauf à en être dispensés par la personne harcelée.

Le salarié qui fait l'objet d'un harcèlement sexuel a le droit de se faire accompagner et assister par un délégué du personnel dans les entrevues avec l'employeur, ou le représentant de celui-ci, qui ont lieu dans le cadre de l'enquête sur le harcèlement sexuel.

Il est également possible de faire appel à l'Inspection du travail et mines⁴⁵ ou au Centre pour l'égalité de traitement (CET)⁴⁶.

3.6. Rupture du contrat de travail à l'initiative de la victime

Le salarié victime d'un acte de harcèlement sexuel peut refuser de poursuivre l'exécution du contrat de travail et résilier le contrat de travail sans préavis pour motif grave avec dommages et intérêts à charge de l'employeur dont la faute a occasionné la résiliation immédiate :

- soit que l'employeur a commis le harcèlement sexuel ;
- soit que l'employeur n'a pas fait cesser les situations de harcèlement sexuel ;
- soit que l'employeur n'a pas instauré de mesures préventives.

La preuve du harcèlement appartient à la victime, qui doit saisir le tribunal du travail d'une action tendant à voir constater la faute grave de l'employeur et requalifier le démission du salarié en licenciement abusif.

Parallèlement à son action devant le tribunal du travail, la victime peut demander au Président du tribunal du travail à percevoir le chômage à titre provisoire jusqu'à l'issue du procès.

⁴⁴ Voir aussi point 5 page 85.

⁴⁵ L'Inspection du travail et des mines est chargée notamment :

1. d'assurer l'application des dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles relatives aux conditions du travail et à la protection des travailleurs salariés dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, à la protection contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail, et d'autres matières connexes ;
2. de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles ;
3. de porter à l'attention du Gouvernement les déficiences ou les abus qui ne sont pas spécifiquement couverts par les dispositions légales, réglementaires et administratives existantes ;
4. d'assurer l'application de la législation minière ;
5. d'intervenir dans l'établissement des conditions d'autorisation des établissements classés comme dangereux, insalubres ou incommodes dans le cadre des lois et règlements en vigueur et d'en contrôler l'application ;
6. d'assurer l'application de la législation relative à la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes ainsi que la surveillance des établissements où des travailleurs sont exposés au risque d'irradiation ;
7. de la prévention et de l'aplanissement de tous les conflits du travail qui ne sont pas de la compétence de l'Office national de conciliation.

Le système d'inspection du travail s'applique à tout employeur, entreprise ou établissement occupant des travailleurs dans toutes les activités rémunérées sans exception, soumises aux dispositions légales, réglementaires, administratives ou conventionnelles ayant trait aux conditions du travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, à la seule exception des fonctionnaires publics.

⁴⁶ Dans l'exercice de sa mission, le CET peut notamment :

- publier des rapports, émettre des avis ainsi que des recommandations et conduire des études sur toutes les questions liées aux discriminations ;
- produire et fournir toute information et toute documentation dans le cadre de sa mission ;
- apporter une aide aux personnes qui s'estiment victimes d'une discrimination en mettant à leur disposition un service de conseil et d'orientation visant à informer les victimes sur leurs droits individuels, la législation, la jurisprudence et les moyens de faire valoir leurs droits.

4 LA NOTION DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DANS LE CADRE D'UNE CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL⁴⁷

Lorsque les partenaires sociaux concluent des contrats collectifs, le Code du travail exige qu'ils respectent certaines règles quant à leur contenu minimal obligatoire.

Ainsi le Code du travail fixe un contenu minimal aux conventions collectives de travail :

- les qualités des parties ;
- leur champ d'application professionnel et territorial ;
- leur date d'entrée en vigueur, durée et délai de dénonciation.

La convention collective de travail précise aussi les conditions de travail dont les parties conviennent. Ces conditions de travail à déterminer par les parties comprennent au moins :

- les conditions d'embauchage et de congédiement des salariés, y compris des mesures appropriées d'accueil et de préparation aux tâches à exécuter ;
- la durée de travail et son aménagement, le travail supplémentaire et les repos journalier et hebdomadaire ;
- les jours fériés ;
- le régime des congés applicable, dont, entre autres, le congé annuel ;
- le système des salaires ainsi que les éléments de salaire par catégories professionnelles.

Lorsqu'il s'agit d'une convention collective couvrant un secteur, une branche ou plusieurs entreprises, celle-ci peut prévoir les conditions auxquelles les modalités d'application concrètes, au niveau de l'entreprise, des cinq domaines énumérés ci-dessus peuvent être fixées par un accord entre partenaires sociaux au niveau approprié.

Toute convention collective de travail doit en outre obligatoirement prévoir :

- des majorations pour travail de nuit qui ne peuvent être inférieures à quinze pour cent du salaire ;
- des majorations de salaire pour travaux pénibles, dangereux et insalubres ;
- les modalités d'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ;
- l'inscription des modalités concernant la lutte contre le harcèlement sexuel et moral, dont le mobbing, dans le champ d'application de la convention collective et des sanctions notamment disciplinaires qui peuvent être prises dans ce cadre.

⁴⁷ article L.162-12 du Code du travail

La convention collective ou les accords subordonnés contiennent obligatoirement des dispositions consignant le résultat des négociations collectives, qui doivent obligatoirement porter sur les sujets suivants :

- l'organisation du temps de travail, y compris des formules souples de travail, afin de rendre les entreprises productives et compétitives et d'atteindre l'équilibre nécessaire entre souplesse et sécurité ; les négociations collectives sur l'organisation du temps de travail portent notamment sur des périodes de référence pour le calcul de la durée de travail, sur la réduction du temps de travail, sur la réduction des heures supplémentaires, sur le développement du travail à temps partiel et sur les interruptions de carrière ;
- la politique de formation de l'entreprise, du secteur ou de la branche auxquels la convention collective est applicable, et notamment l'accroissement des possibilités de formation, d'expérience professionnelle, de stages, d'apprentissage ou d'autres mesures propres à faciliter la capacité d'insertion professionnelle, notamment en faveur des chômeurs, ainsi que le développement des possibilités de formation tout au long de la vie ; le nombre des possibilités supplémentaires ainsi créées est consigné dans la convention collective ;
- d'une manière générale, les efforts faits par les parties à la convention collective en vue du maintien ou de l'accroissement de l'emploi et de la lutte contre le chômage, notamment en faveur des salariés âgés de plus de quarante-cinq ans ; les lignes directrices pour les politiques de l'emploi adoptées annuellement par le Conseil européen et faisant l'objet des plans d'action nationaux en faveur de l'emploi servent de lignes de conduite au cours de ces négociations ;
- la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les établissements ou entreprises auxquels la convention collective est applicable ; dans ce contexte, les négociations portent notamment sur l'établissement d'un plan d'égalité en matière d'emploi et de salaires et sur les moyens de rendre l'entreprise et la formation continue y offerte accessibles aux personnes désirant réintégrer le marché de l'emploi après une interruption de carrière.

Lorsqu'il s'agit d'une convention collective couvrant un secteur, une branche ou plusieurs entreprises, celle-ci peut prévoir les conditions auxquelles les modalités d'application concrètes, au niveau de l'entreprise, des quatre domaines énumérés ci-avant qui précède, peuvent être fixées par un accord entre partenaires sociaux au niveau approprié.

Les entreprises doivent donner accès à des mesures de formation continue à leurs salariés absents en raison d'une interruption de carrière du fait notamment d'une maternité, d'une mesure de formation ou d'un congé sabbatique, afin de leur permettre de suivre l'évolution de la technique et des procédés de production.

Les conventions collectives doivent obligatoirement fixer les modalités de ces mesures de formation ou déterminer les conditions auxquelles des accords subordonnés peuvent y pourvoir.

En l'absence de convention collective ou d'accord subordonné, une convention entre le ministre et une ou plusieurs entreprises déterminées, un groupe d'entreprises, un secteur, une branche ou une profession déterminés peut déterminer les modalités de ces mesures de formation.

5 LE DÉLÉGUÉ À L'ÉGALITÉ⁴⁸

Chaque délégation principale⁴⁹ et, le cas échéant, chaque délégation divisionnaire⁵⁰, doit désigner immédiatement après son entrée en fonctions parmi ses membres et pour la durée de son mandat, un délégué à l'égalité.

5.1. Ses missions et attributions

a. Sa mission générale de défense de l'égalité de traitement entre les salariés féminins et masculins

Le délégué à l'égalité a pour mission principale 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.

b. Ses attributions concrètes

Dans les domaines de sa mission, le délégué à l'égalité est habilité :

- à émettre son avis et à formuler des propositions ;
- à proposer à l'employeur des actions de sensibilisation du personnel salarié de l'entreprise ;
- à préparer et à présenter à l'employeur un plan de mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes ;
- à présenter à l'employeur toute réclamation, individuelle ou collective ;
- à prévenir et à apaiser les différends, individuels ou collectifs, pouvant surgir entre l'employeur et le personnel salarié en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes ;
- à saisir, à défaut d'un règlement des différends susmentionnés, l'Inspection du travail et des mines de toute plainte ou observation ;
- à convoquer une fois par an, séparément, le personnel salarié de l'un et de l'autre sexe ;
- à veiller à la formation à l'égalité des apprentis dans l'établissement ;
- à collaborer à l'établissement et à l'exécution du régime de l'apprentissage ;
- à donner des consultations dans un local approprié à l'intention du personnel salarié de l'établissement soit en dehors des heures de travail soit pendant les heures de travail. Dans ce dernier cas, le délégué à l'égalité doit se mettre d'accord avec le chef d'établissement sur l'heure et les modalités d'organisation de ces consultations ;

⁴⁸ article L.414-3 du Code du travail

⁴⁹ Une délégation principale doit être instaurée dans un établissement occupant régulièrement au moins 15 salariés (article L411-1 du Code du travail).

⁵⁰ Si l'établissement se compose de 3 divisions au moins, il est institué sur demande de la délégation principale, dans chaque division une délégation divisionnaire, à condition que chaque division occupe régulièrement au moins 100 salariés (article L.411-3 du Code du travail).

- à émettre son avis préalablement à toute création de poste à temps partiel dans l'établissement.

c. Sa mission en matière d'actions positives⁵¹

Rappelons qu'il s'agit de mesures concrètes prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages professionnels.

La mise en œuvre des actions positives nécessite non seulement l'obtention d'un agrément ministériel préalable, mais également l'avis préalable du délégué à l'égalité, ainsi que le cas échéant celui du comité mixte de l'entreprise.

d. Sa mission en matière d'harcèlement sexuel

Le délégué à l'égalité est chargé de veiller à la protection du personnel salarié contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail. À cet effet il propose à l'employeur toute mesure de prévention qu'il juge nécessaire.

Le délégué à l'égalité est en sus habilité à assister et à conseiller le salarié victime d'un harcèlement sexuel.

5.2. Ses prérogatives

a. Son crédit d'heures

En vue de la réalisation de ses missions, le délégué à l'égalité dispose d'un certain crédit d'heures en fonction de la taille de l'entreprise :

- quatre heures rémunérées par mois, si l'établissement occupe régulièrement entre 15 et 25 travailleurs ;
- six heures rémunérées par mois, si l'établissement occupe régulièrement entre 26 et 50 travailleurs ;
- huit heures rémunérées par mois, si l'établissement occupe régulièrement entre 51 et 75 travailleurs ;
- dix heures rémunérées par mois, si l'établissement occupe régulièrement entre 76 et 150 travailleurs ;
- quatre heures par semaine, si l'établissement occupe régulièrement plus de 150 travailleurs.

b. Son congé formation

L'employeur doit laisser au délégué à l'égalité le temps libre, dit congé-formation, pour participer, sans perte de rémunération, à des actions de formation organisées par les organisations syndicales ou par des institutions spécialisées coïncidant avec les horaires normaux du travail et visant au perfectionnement des connaissances économiques, juridiques, sociales et psychologiques utiles à l'exécution de sa mission.

⁵¹ Voir aussi point 2.2. page 76.

Le délégué à l'égalité dispose ainsi de deux demi-journées de travail de congé-formation par année, non imputable sur son congé annuel de récréation. La durée du congé-formation est assimilée à une période de travail, les dépenses de rémunération afférentes étant à charge de l'État, en ce qui concerne les établissements dont le nombre total de travailleurs n'excède pas 150.

c. Sa protection contre le licenciement

◇ *Le licenciement avec préavis*

En sa qualité de membre de la délégation du personnel, le délégué à l'égalité est protégé contre un licenciement avec préavis, et cela pendant toute la durée de son mandat.

Après son mandat la protection perdure pendant les six premiers mois qui suivent l'expiration ou la cessation de ses fonctions.

Un licenciement ou, le cas échéant, une convocation à l'entretien préalable, notifié par l'employeur serait du fait de cette protection considéré comme nul et de nul effet.

Mais attention : Le délégué dispose alors d'un délai de 15 jours à compter de la résiliation pour demander au président du tribunal du travail de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien.

◇ *La résiliation du contrat de travail pour faute grave*

Le délégué qui commet une faute grave peut faire l'objet d'une mise à pied et l'employeur peut demander en justice la résiliation de son contrat de travail. Il ne s'agit donc dans ce cas pas d'un licenciement par l'employeur, mais d'une résiliation du contrat de travail par le tribunal du travail.

Si le tribunal du travail refuse de faire droit à la demande de l'employeur, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés.

Dans les huit jours de la notification de la mise à pied ou de la demande en résiliation du contrat de travail, le délégué peut demander au président du tribunal du travail de lui accorder le bénéfice du maintien de sa rémunération en attendant la solution définitive sur le caractère régulier ou irrégulier de la mise à pied ou en attendant la décision du tribunal quant à la demande en résiliation du contrat de travail.

6 LES AUTRES INSTRUMENTS LÉGAUX CONTRIBUANT À L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES

6.1. La protection des femmes enceintes, accouchées et allaitantes

La législation du travail accorde un certain nombre d'avantages aux femmes qui sont salariées ou apprenties dans une entreprise et qui attendent un enfant ou viennent d'accoucher.

Ces avantages sont destinés à protéger, d'une part, l'état de santé particulier des femmes concernées, et d'autre part, le rapport particulier existant entre la mère et son enfant dans la période qui suit l'accouchement.

Ils résultent de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la protection des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes, qui a été intégrée aux articles L.331-1 et suivants du Code du travail.

Rappelons que l'article L.241-4 du Code du travail précise que les dispositions en matière de protection des femmes enceintes ne constituent pas une discrimination sur base du sexe, mais bien au contraire un moyen pour favoriser l'égalité de traitement.

a. Les femmes protégées

Les règles protectrices s'appliquent non seulement aux salariées et apprenties, mais également aux élèves et étudiantes travaillant pendant les vacances scolaires, qui sont soit enceintes, soit allaitantes.

L'article L.331-2 du Code du travail définit la femme enceinte comme toute femme salariée en état de grossesse, qui a informé l'employeur de son état par certificat médical envoyé par lettre recommandé à la poste et la femme allaitante comme toute femme salariée allaitant son enfant au-delà de la période de huit semaines suivant l'accouchement et qui en informe son employeur par certificat médical envoyé par lettre recommandé à la poste.

La signature apposée par l'employeur sur le double des certificats médicaux attestant de la grossesse ou de l'allaitement vaut accusé de réception.

b. Les conditions de travail de la femme enceinte ou allaitante

◇ *Le travail de nuit*

En vertu des articles L.333-1 et suivants du Code du travail, une femme enceinte ou allaitante n'est pas automatiquement exemptée du travail de nuit, c'est-à-dire du travail se situant entre

22 heures et 6 heures. Ce n'est que sur demande de sa part qu'une analyse de la situation est faite afin de vérifier si la poursuite du travail de nuit présente un risque pour sa santé.

La procédure prévue à cet égard par la loi est la suivante :

- la femme enceinte ou allaitante introduit une demande d'exemption du travail de nuit auprès de son employeur ;

La demande doit prendre la forme d'une lettre recommandée. Toutefois, la signature apposée par l'employeur sur le double de la demande vaut également accusé de réception.

- à partir de la réception de la demande, l'employeur dispose d'un délai de 8 jours pour réagir et soumettre le dossier à un médecin du travail ;

Ce n'est en effet pas l'employeur, mais un médecin du travail qui décide si la poursuite du travail de nuit est nuisible ou non pour la santé de la travailleuse. Cet avis intervient dans les 15 jours de la transmission du dossier par l'employeur.

- en cas de risque de santé constaté par le médecin du travail, l'employeur est tenu de transférer la femme concernée sur un poste de travail de jour, et ce avec maintien de son salaire ;

Pour éviter que la femme ne subisse une réduction de salaire du fait que la majoration pour travail de nuit disparaît, la loi prévoit que celle-ci doit continuer à être payée par l'employeur.

Ce dernier est cependant remboursé ultérieurement par la Caisse nationale de santé, de sorte qu'il n'en résulte aucune charge financière pour lui.

- si un transfert sur un poste de jour n'est pas possible, la femme doit être dispensée de travail pendant toute la période nécessaire à la protection de sa santé, cette période étant fixée par le médecin du travail ;

Pendant cette période de dispense, l'employeur n'est plus obligé de payer le salaire, la femme étant prise en charge par la Caisse nationale de santé (indemnité pécuniaire de maternité).

Les femmes allaitantes peuvent également bénéficier de la procédure décrite ci-avant jusqu'au premier anniversaire de l'enfant.

◇ *Les travaux pénibles et dangereux*⁵²

Les travaux pénibles et dangereux sont classés en deux listes, qui figurent en annexes 1 et 2 du Code du travail :

- Pour les travaux repris dans la première liste, l'employeur est tenu de procéder à une évaluation pour vérifier si la femme encourt un risque pour sa santé en cas de poursuite du travail. Cette évaluation est menée en collaboration avec le médecin du travail compétent, qui doit rendre un avis y relatif.

Dans le cas où un risque apparaît, un aménagement du poste de travail s'impose, sinon un changement d'affectation ou à défaut une dispense de travail.

En l'absence de risque constaté, elle peut continuer à travailler sur son poste.

Exemples de travaux de la liste 1 : travaux exposant au risque de glisser ou chuter, travaux à la chaîne à effectuer à un rythme prescrit, radiations ionisantes, travaux exigeant une position accroupie ou penchée constante, etc.

⁵² articles L.334-1 et suivants

- Pour les travaux énumérés dans la deuxième liste, il suffit de dénoter un risque d'exposition à ces travaux pour que les mesures protectrices se mettent en place. Si ce risque est donné, l'employeur, sur avis conforme du médecin du travail, est tenu de procéder à un changement de poste, sinon d'accorder une dispense de travail.

Exemples de travaux de la liste 2 : travaux exposant les femmes à des agents chimiques tels que le plomb, travail dans une atmosphère de surpression élevée, travaux exposant les femmes à des agents biologiques tels que le virus de la rubéole, sauf si elles sont protégées par leur état d'immunité, etc.

Les travaux de la liste 2 sont en règle générale considérés plus dangereux encore que ceux de la liste 1, car :

- le simple risque d'exposition est suffisant pour justifier le déclenchement des protections ;
- contrairement aux travaux de la liste 1, il n'est pas question de réaménager le poste de travail, mais on passe de suite à une mutation et, en cas d'impossibilité, à une dispense de travail.

L'ensemble de ces mesures protectrices ne doit entraîner aucune perte de rémunération pour la salariée concernée.

À noter⁵³

En matière de travail de nuit, comme pour les travaux pénibles et dangereux, au cas où l'avis émis par le médecin du travail ne lui donne pas satisfaction, la femme enceinte ou allaitante peut formuler dans les 15 jours une demande en réexamen auprès de la Direction de la santé. La décision rendue par cette dernière peut être attaquée devant le Conseil arbitral des assurances sociales qui réexamine le dossier.

Si le jugement rendu par cette instance n'aboutit toujours pas au résultat souhaité, la femme peut encore introduire un recours devant le Conseil supérieur des assurances sociales.

Les mêmes possibilités sont reconnues à l'employeur.

Précisons que toute cette procédure n'est pas suspensive, ce qui signifie que l'avis rendu par le premier médecin du travail est mis en exécution dans l'attente d'une décision définitive.

◇ *La durée du travail de la femme enceinte ou allaitante*

Les heures supplémentaires⁵⁴

Une femme enceinte ou allaitante ne peut être obligée de prêter des heures supplémentaires.

Les examens prénataux⁵⁵

En vue de toucher l'allocation de naissance, les femmes enceintes doivent se rendre à plusieurs examens médicaux prescrits par la loi.

Si ces examens ont lieu pendant les heures de travail, l'employeur doit accorder une dispense de travail aux salariées concernées.

Cette dispense est considérée comme temps de travail et donne droit au salaire normal.

⁵³ articles L.335-1 et 2 du Code du travail

⁵⁴ article L.336-1 du Code du travail

⁵⁵ article L.336-2 du Code du travail

Le temps d'allaitement⁵⁶

La femme allaitante bénéficie à sa demande au cours d'une journée de travail de temps d'allaitement de deux fois 45 minutes à prendre en début respectivement en fin de son horaire de travail journalier normal.

Si la journée de travail n'est interrompue que par une pause d'une heure, les deux périodes peuvent être ramenées à un seul temps d'allaitement de 90 minutes. Il en est encore ainsi lorsqu'il est impossible à la femme enceinte d'allaiter son enfant au voisinage du lieu de travail.

À noter que le temps d'allaitement est compté comme temps de travail et donne droit au salaire normal.

Si l'employeur en fait la demande, la femme allaitante est tenue de lui fournir un certificat médical attestant de son allaitement.

La demande de l'employeur ne doit néanmoins pas se répéter à des intervalles trop rapprochés.

c. La protection contre un licenciement avec préavis⁵⁷

Les salariés ayant déclaré par le biais d'un certificat médical notifié par lettre recommandée leur grossesse à l'employeur jouissent d'une protection contre le licenciement en ce sens qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un congédiement avec préavis.

La loi n'impose aucun délai à la salariée pour remettre son certificat médical attestant de sa grossesse. Mais à partir du jour où elle a remis ce certificat médical à son employeur, elle est protégée contre un licenciement avec préavis, ce jusqu'à 12 semaines après l'accouchement.

Pendant cette période il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ainsi qu'une convocation à un entretien préalable à la salariée. Tout licenciement et toute convocation à un entretien préalable, notifiés en violation de l'interdiction susmentionnée, sont nuls et de nul effet.

Une salariée enceinte ayant remis à son employeur son certificat médical de grossesse conformément aux exigences légales, confrontée à un licenciement doit obligatoirement, dans les 15 jours qui suivent la résiliation de son contrat de travail, demander par requête au président de la juridiction du travail de constater la nullité du licenciement en vue d'ordonner son maintien, voire sa réintégration dans l'entreprise.

En cas de notification de la rupture avant la remise d'un certificat médical attestant de la grossesse, la femme salariée peut, dans un délai de 8 jours à compter de la signification du licenciement, justifier de son état par la production d'un certificat par lettre recommandée.

Passé ce délai, la femme enceinte ne peut plus demander la nullité du licenciement, mais peut le cas échéant entamer une action en justice pour licenciement abusif dans les formes et délais légaux.

Si la femme enceinte est protégée contre un licenciement avec préavis, elle peut néanmoins être licenciée avec effet immédiat si elle commet une faute grave.

Cependant, l'employeur ne peut pas, de sa propre initiative, envoyer la lettre de licenciement.

Il doit déposer une demande auprès du tribunal du travail pour se faire autoriser à rompre le contrat de travail. Il dispose d'un choix :

- prononcer d'abord la mise à pied de la salariée fautive et introduire ensuite une demande en résolution de son contrat auprès du tribunal du travail ;
- introduire directement une demande en rupture du contrat de travail.

⁵⁶ article L.336-3 du Code du travail

⁵⁷ article L.337-1 du Code du travail

Dans l'un comme dans l'autre cas, il doit donc recueillir l'autorisation du tribunal du travail. Si celui-ci refuse son accord, la salariée doit être maintenue dans l'entreprise respectivement doit y être réintégrée.

Précisons encore que la loi permet à la salariée mise à pied (ou licenciée avec effet immédiat en violation de la loi) de demander le maintien de sa rémunération dans l'attente de l'issue définitive du procès. Elle dispose pour ce faire d'un délai de 15 jours.

Si l'issue du procès lui est défavorable, elle doit rembourser les salaires perçus à titre provisoire. Dans le cas contraire, les salaires lui restent acquis.

La salariée enceinte en contrat de travail à durée déterminée⁵⁸

La protection contre le licenciement de la femme enceinte ne fait pas obstacle à l'échéance de son contrat de travail à durée déterminée.

Par ailleurs, contrairement à une ancienne loi, l'exigence d'une affiliation à la sécurité sociale au jour du départ en congé de maternité n'est plus une condition pour pouvoir bénéficier du mécanisme protecteur prévu par la loi.

Toutefois, pour être indemnisées par la caisse de maladie pendant le congé de maternité, les femmes concernées doivent être affiliées pendant 6 mois au moins au cours de l'année précédant le congé de maternité.

Ainsi une salariée ayant un CDD de 6 mois se terminant quelque temps avant son départ en congé de maternité pourra bénéficier de l'indemnité pécuniaire de congé de maternité.

La survenance d'une grossesse pendant la période d'essai⁵⁹

À partir du jour de la remise du certificat de grossesse à l'employeur, la période d'essai de la salariée enceinte est suspendue.

La salariée continue à travailler normalement jusqu'au début de son congé de maternité. La période d'essai restant à courir reprend seulement son cours à l'expiration d'une période de 12 semaines après l'accouchement.

Précisons que le mécanisme de la suspension joue uniquement en cas de période d'essai prévue dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.

d. Le congé de maternité

◇ *La durée du congé de maternité*⁶⁰

Le congé de maternité correspond à 8 semaines avant et 8 semaines après la naissance de l'enfant (congé prénatal/congé postnatal). Ces périodes sont attestées par certificats médicaux indiquant la date présumée de l'accouchement pour le congé prénatal et la date réelle de l'accouchement pour le congé postnatal.

Le congé postnatal est prolongé de 4 semaines supplémentaires en cas d'accouchement prématuré ou multiple ou en cas d'allaitement de l'enfant.

⁵⁸ article L.337-2 du Code du travail

⁵⁹ article L.337-3 du Code du travail

⁶⁰ article L.332-1 du Code du travail

Si l'accouchement a lieu avant la date présumée figurant sur le certificat de grossesse établi par le médecin, la partie du congé prénatal de 8 semaines non prise n'est pas pour autant perdue. Les jours en question sont tout simplement ajoutés au congé postnatal qui est ainsi prolongé.

Si l'accouchement a lieu après la date présumée, le congé prénatal est prolongé jusqu'à l'accouchement sans que la durée du congé postnatal ne soit réduite pour autant.

◇ *La rémunération pendant le congé de maternité*⁶¹

Pendant la période du congé de maternité, la salariée n'est pas rémunérée par l'employeur, mais par la Caisse nationale de santé. Elle touche une indemnité pécuniaire de maternité égale à l'indemnité pécuniaire de maladie qui correspond en principe au salaire touché antérieurement tout en étant plafonnée à 9.232,54 € bruts/mois (indice 756,27).

L'indemnité pécuniaire de maternité ne peut être cumulée ni avec une indemnité pécuniaire de maladie, ni avec un autre revenu professionnel.

Pour être indemnisées par la caisse de maladie pendant le congé de maternité, les femmes concernées doivent avoir été affiliées pendant 6 mois au moins au cours de l'année précédant le congé de maternité.

Une affiliation minimale de 6 mois sur les 12 mois précédant le congé de maternité est également exigée pour déclencher une indemnisation :

- en cas de perte de revenus occasionnée par un transfert d'un poste de nuit sur un poste de travail de jour⁶² ;
- en cas de dispense de travail accordée dans le cadre d'un travail de nuit ou d'un travail considéré comme dangereux pour une femme enceinte ou allaitante⁶³.

◇ *Le maintien des droits pendant le congé de maternité*⁶⁴

- Pendant le congé de maternité, l'employeur est tenu de conserver à la femme enceinte son poste de travail ou du moins un poste similaire correspondant à son niveau de qualification et assorti d'une rémunération au moins équivalente.
- L'ancienneté de service de la femme enceinte n'est pas interrompue du fait de son départ en congé de maternité.

La loi prévoit même expressément que la période du congé de maternité est prise en compte pour déterminer les droits de la salariée liés à son ancienneté de service (p.ex. paiement d'une prime, gratification ou d'un 13^e mois).

La salariée conserve en outre tous les avantages qu'elle avait acquis avant le début du congé de maternité.

- La période de congé de maternité donne droit au congé ordinaire.
- Les jours de congé non encore pris au début du congé de maternité sont à reporter dans les délais légaux.

◇ *La non reprise du travail après le congé de maternité*⁶⁵

Une salariée, qui décide à la fin de son congé de maternité de ne plus reprendre le travail pour s'occuper de son enfant, peut démissionner sans devoir donner un quelconque préavis à son employeur.

⁶¹ article 25 du Code de la sécurité sociale

⁶² voir page 88 « Le travail de nuit »

⁶³ voir page 89 « Les travaux pénibles et dangereux »

⁶⁴ article L.332-3 du Code du travail

⁶⁵ article L.332-4 du Code du travail

Il faut toutefois souligner que la démission sans préavis est prévue uniquement en faveur des femmes qui décident d'abandonner leur travail pour se consacrer pleinement à l'éducation de leur enfant. Elle n'est pas possible pour celles qui, à la fin de leur congé de maternité, veulent changer d'employeur.

◇ *La priorité de réembauchage*⁶⁶

Les salariées qui, à la fin de leur congé de maternité, renoncent à leur emploi en vue de se consacrer pleinement à l'éducation de leur enfant, bénéficient d'une priorité de réembauchage.

Cela signifie que durant une année à partir de la fin de leur congé de maternité, elles peuvent demander à leur employeur d'être réengagées, moyennant demande de réembauchage par lettre recommandée avec avis de réception.

Pendant un an à partir de cette demande, l'employeur est alors obligé d'embaucher les femmes concernées par priorité s'il recrute du nouveau personnel dans leur niveau de qualification. En pratique, il doit seulement les informer quand il lance une procédure de recrutement pour un poste créé ou devenu vacant répondant à leur profil.

Mais attention : les salariées n'ont aucune garantie d'être reprises par leur employeur, il ne s'agit donc pas d'un congé sans solde.

Au cas où une salariée est effectivement réembauchée, la loi lui garantit tous les avantages dont elle bénéficiait au moment de son départ.

◇ *Le licenciement pour cause de mariage*⁶⁷

Une salariée ne saurait faire l'objet d'un licenciement en raison de son mariage.

Pareil licenciement est considéré comme nul et la salariée peut soit demander la continuation des relations de travail par lettre recommandée adressée à son employeur dans les deux mois de la notification du licenciement, soit réclamer des dommages-intérêts pour licenciement abusif devant le tribunal du travail.

6.2. Les moyens légaux permettant aux parents salariés de combiner vie privée et vie professionnelle

a. Le congé d'accueil⁶⁸

On entend par « *congé d'accueil* » celui qui peut être pris en cas d'adoption d'un enfant non encore admis à la première année d'études primaires.

Le congé d'accueil s'adresse en premier lieu à la femme. Cependant, celle-ci peut y renoncer au profit de son conjoint.

La durée du congé d'accueil est en principe de 8 semaines. En cas d'adoption multiple, le congé est porté à 12 semaines.

Le congé d'accueil est payé par l'État.

⁶⁶ article L.332-4 du Code du travail

⁶⁷ articles L.337-5 et L.337-6 du Code du travail

⁶⁸ articles L.234-56 et suivants du Code du travail

b. Le congé parental⁶⁹

Le congé parental permet aux parents d'un enfant en bas âge d'interrompre leur carrière professionnelle pour assurer une présence auprès de cet enfant à des moments importants de son développement, tout en ayant la certitude de retrouver leur poste de travail à la fin du congé.

Un congé parental peut être demandé aussi bien pour un enfant légitime, que naturel ou légitimé. Il est d'ailleurs également dû en cas d'adoption d'un enfant.

◇ Les principales caractéristiques du congé parental

Chaque parent a droit individuellement à un congé parental

Le congé parental est un droit individuel pour chacun des deux parents. Cela signifie que la mère et le père peuvent tous les deux obtenir un congé parental en cas de naissance ou d'adoption d'un enfant.

Si les parents ont tous les deux droit au congé parental, l'un d'entre eux doit le prendre consécutivement au congé de maternité ou d'accueil (1^{er} congé). À défaut, le droit afférent est perdu. L'autre parent peut prendre le sien jusqu'à l'âge de 5 ans de l'enfant, sachant que le congé doit être consommé au moins à moitié avant le 5^e anniversaire de l'enfant (2^e congé).

Le 1^{er} et le 2^e congé parental

1. 1^{er} congé parental

Il s'agit du congé qui est pris directement à la fin du congé de maternité ou du congé d'accueil soit par la mère, soit par le père.

2. 2^e congé parental

On entend par là le congé qui peut être pris par l'autre parent jusqu'à l'âge de 5 ans de l'enfant, sachant que le congé doit être consommé au moins à moitié avant le 5^e anniversaire de l'enfant.

La règle imposant aux parents de prendre l'un des deux congés immédiatement après le congé de maternité ou le congé d'accueil, sous peine de le perdre, connaît quatre exceptions :

- la première concerne la mère ou le père, vivant seul avec son enfant, qui n'ont droit qu'à un seul congé parental. Ils ne sont pas obligés de le prendre directement après le congé de maternité. Ils peuvent, s'ils le désirent, prendre leur congé plus tard, mais en tout état de cause avant le 5^e anniversaire de l'enfant, sachant que le congé doit être consommé au moins à moitié avant le 5^e anniversaire de l'enfant ;
- la deuxième exception est prévue pour les salariés en période d'essai. Ces derniers doivent attendre la fin de l'essai pour demander un congé parental. En contrepartie de ce délai d'attente, le couple ne doit pas prendre un des deux congés directement à la fin du congé de maternité ou du congé d'accueil. Les deux parents peuvent prendre leur congé parental à n'importe quel moment avant l'âge de 5 ans de l'enfant, sachant que la moitié de leur congé doit être consommé avant l'âge de 5 ans accompli de l'enfant ;
- la troisième exception concerne les apprentis. Ceux-ci peuvent demander le report du premier congé parental s'ils prouvent que, par le fait du congé, ils devraient doubler l'année de formation en cours ou qu'ils ne seraient pas admis à l'examen à la fin de l'année en cours.

⁶⁹ articles L.234-43 à L.234-49 du Code du travail et articles L.306 et suivants du Code de la sécurité sociale

Dans ce cas, les deux parents peuvent prendre leur congé parental à n'importe quel moment avant l'âge de 5 ans de l'enfant ;

- si un seul des parents a droit au congé parental, du fait notamment que l'autre parent ne travaille pas, il peut choisir entre le 1^{er} et le 2^e congé. Au cas où un congé de maternité ou d'accueil n'est pas dû ou n'a pas été pris, le début du premier congé parental est fixé au premier jour de la 9^e semaine qui suit l'accouchement, ou en cas d'adoption, à partir du jugement d'adoption.

Congé parental non indemnisé de 3 mois

Si le 1^{er} congé n'est pris ni par la mère ni par le père, il est définitivement perdu. Les parents ne disposent alors plus que d'un seul congé rémunéré à prendre avant le 5^e anniversaire de l'enfant.

Cependant un congé parental non indemnisé de 3 mois est accordé au parent qui n'a pas pris le 1^{er} congé parental consécutivement au congé de maternité ou au congé d'accueil et qui souhaite réserver le 2^e congé parental (avant l'âge de 5 ans de l'enfant) à l'autre parent.

Le parent doit en faire la demande au moins 6 mois avant la date souhaitée de début du congé parental par lettre recommandée avec accusé de réception.

L'employeur est tenu d'accorder le congé ainsi demandé, sans possibilité de report.

Un projet de loi⁷⁰ prévoit d'augmenter la durée de ce congé à 4 mois, alors que les règles européennes exigent que le congé parental dure au moins 4 mois

Le congé parental est uniquement accordé sur demande

S'il est un droit individuel pour les père et mère d'un enfant en bas âge, le congé parental n'est pas pour autant un droit automatique.

Celui qui veut en profiter doit faire une demande auprès de son employeur.

L'employeur est en principe obligé d'accorder un congé parental

- si l'employeur reçoit une demande portant sur un congé parental consécutif au congé de maternité ou au congé d'accueil, il est tenu d'accorder ce congé.

Il peut toutefois refuser le congé si la demande n'a pas été notifiée dans les forme et délai légaux.

Le non-respect de ces forme et délai n'a néanmoins aucune incidence pour une demande faisant suite au décès de la mère avant l'expiration du congé de maternité ou du congé parental consécutif au congé de maternité. La même disposition s'applique à la mère en cas de décès du père avant l'expiration du congé parental de celui-ci. Dans ces cas, une simple information de l'employeur sera suffisante pour que le parent survivant puisse alors prendre son congé parental consécutivement au décès.

- concernant le 2^e congé, l'employeur a la possibilité non pas de le refuser, mais de reporter le début du congé à une date ultérieure.
- dans 4 cas cependant, il a la possibilité de refuser un congé parental :
 - la personne demande un congé parental à temps partiel de 12 mois ;

⁷⁰ projet de loi n° 6467

L'employeur peut refuser d'accorder cette formule de congé. Le parent doit alors ou bien prendre son congé à plein temps sur 6 mois ou bien renoncer à sa demande.

- la demande est faite par une personne qui a changé d'employeur dans l'année précédant le début du congé. Cette personne peut bénéficier d'un congé parental si le nouvel employeur donne son accord. Ce dernier peut refuser ;
- dans l'hypothèse d'une embauche d'un salarié, qui est déjà en congé parental, le nouvel employeur n'est pas obligé d'accepter la poursuite du congé parental. En cas d'accord du nouvel employeur, le congé parental doit toutefois être continué sans interruption ;
- tant que le salarié est en période d'essai, l'employeur est en droit de refuser un congé parental.

Le congé parental doit être pris en entier et en une seule fois

Un autre élément caractérisant le congé parental est qu'il n'est pas fractionnable et doit être pris en entier.

Le congé parental doit en principe être pris successivement par les deux parents

Le congé parental ne peut pas être accordé simultanément aux deux parents, mais doit être pris successivement. Dans l'intérêt de l'enfant, la prise du congé doit s'étaler sur deux périodes différentes l'une de l'autre afin d'assurer une présence auprès de l'enfant à des moments différents de son développement et de son éducation.

Cette règle de non-cumul s'applique également dans l'hypothèse où l'un des parents bénéficie d'un congé équivalent au titre d'un régime non-luxembourgeois.

Si les deux parents, remplissant les conditions, demandent tous les deux le congé, priorité est donnée à celui des parents dont le nom patronymique est le premier dans l'ordre alphabétique.

Toutefois au cas où le congé au titre du régime non luxembourgeois a déjà été pris, le congé parental est alors reporté jusqu'à la fin du congé en cours.

Nuance : il est cependant possible aux deux parents de partir en congé parental à la même époque lorsque le congé est pris non à temps plein, mais à temps partiel. Dans ce cas, les parents doivent répartir leur congé de façon à assurer une présence permanente auprès de leur enfant (par exemple un des parents prend son congé parental le matin et l'autre l'après-midi).

Le congé parental n'est pas transférable d'un parent à l'autre

Le congé parental ne peut pas être transféré d'un parent à l'autre. Cela signifie que l'un des parents ne peut pas renoncer à son congé au profit de l'autre parent. S'il ne le prend pas lui-même, le congé est perdu.

Ainsi, par exemple, la mère ne peut pas renoncer à son congé parental de 6 mois à plein temps pour que le père puisse plus tard prendre un congé de 12 mois à plein temps. Si la mère n'utilise pas son droit elle-même, les 6 mois de congé à plein temps sont perdus.

◇ Les conditions pour obtenir un congé parental

Pour avoir droit à un congé parental, plusieurs conditions doivent être remplies cumulativement.

Il s'agit, d'une part, de conditions tenant à la situation familiale du demandeur, et, d'autre part, de conditions relatives à la situation professionnelle du demandeur.

La situation familiale du demandeur

Être parent d'un enfant de moins de 5 ans

La première condition est que le demandeur soit parent d'un enfant âgé de moins de 5 ans pour lequel sont versées des allocations familiales.

Il doit élever cet enfant dans son foyer depuis sa naissance ou son accueil en vue de son adoption, pour pouvoir prétendre à un 1^{er} congé parental, ou depuis au moins les 6 mois qui précèdent le début du 2^e congé parental. Rappelons que le 2^e congé doit être consommé au moins à moitié avant que l'enfant n'ait atteint l'âge de 5 ans accomplis.

Se consacrer à l'éducation de l'enfant

La deuxième condition veut que le demandeur se consacre principalement à l'éducation de l'enfant et qu'il n'exerce aucune activité professionnelle durant le congé parental.

Cependant, il est possible de cumuler le congé parental à temps partiel avec l'exercice d'une ou de plusieurs activités professionnelles à temps partiel, à condition que la durée mensuelle totale de travail effectivement prestée, y compris les heures supplémentaires éventuelles, ne dépasse pas la moitié de la durée mensuelle normale de travail applicable dans l'entreprise.

Exemple

Les salariés de l'entreprise A travaillent normalement 40 heures par semaine.

Si le demandeur veut cumuler le congé parental à temps partiel avec une activité professionnelle, il peut au maximum travailler 20 heures par semaine, heures supplémentaires comprises.

Précisons, pour être complet, que le travailleur à temps partiel peut refuser la prestation d'heures supplémentaires. Par ailleurs tout au plus 2 heures supplémentaires par jour sont tolérées par la législation relative à la durée du travail.

Avoir son domicile au Luxembourg ou dans un État membre de l'Union Européenne

La troisième et dernière condition familiale est que le bénéficiaire doit avoir son domicile et résider de façon continue au Luxembourg. Cependant, les ressortissants d'un État membre de l'Union Européenne résidant sur le territoire de l'Union et travaillant au Luxembourg peuvent aussi jouir d'un congé parental. Cela signifie que les travailleurs frontaliers peuvent demander un congé parental.

La situation professionnelle du demandeur

Outre les conditions familiales décrites ci-avant, le parent qui souhaite obtenir un congé parental doit avoir une des qualités suivantes :

- être salarié ;
- être apprenti ;
- exercer une profession indépendante ou libérale ;
- être fonctionnaire, employé ou ouvrier de l'État, d'une commune, d'un établissement public ou agent de la société nationale des chemins de fer.

Cette condition doit être donnée :

- au moment de la naissance de l'enfant ou de l'accueil de l'enfant à adopter ;
- lors de la demande de congé parental ;
- au début du congé parental ;

- en principe sans interruption pendant au moins 12 mois continus précédant immédiatement le début du congé parental ;
- pendant toute la durée du congé parental.

Le salarié ou l'apprenti a droit au congé parental sous les conditions suivantes :

- il bénéficie d'un contrat de travail ou contrat d'apprentissage conclu avec une entreprise légalement établie au Luxembourg ;
- un tel contrat existe au moment de la naissance de l'enfant ou de l'accueil de l'enfant à adopter ;
- cette relation de travail, ainsi qu'une affiliation obligatoire subséquente au titre de l'assurance maladie doivent avoir perduré sans interruption pendant au moins 12 mois continus précédant immédiatement le début du congé parental.

Toutefois, une ou plusieurs interruptions ne feront pas perdre le droit au congé parental, lorsque cette ou ces interruptions ne dépassent pas 7 jours au total, au cours de l'année qui précède le début du congé parental.

De même, la condition d'occupation auprès d'un même employeur est présumée remplie si par suite de cession ou fusion d'entreprise, le parent salarié est transféré sans interruption à un autre poste de travail.

En cas de changement d'employeur au cours de la période de 12 mois précédant le congé parental, le congé peut être accordé à la seule condition d'obtenir l'accord du nouvel employeur.

Par ailleurs, la période d'occupation en qualité d'auxiliaire temporaire précédant immédiatement une période couverte par un contrat de travail conclu avec le même employeur est prise en considération au titre de la durée d'occupation requise de 12 mois ;

- cette relation de travail doit se poursuivre pendant toute la durée du congé parental ;
- son lieu de travail est situé au Luxembourg au moment de la naissance de l'enfant ou de l'accueil de l'enfant à adopter.

Une règle spéciale est prévue au profit des salariés qui ont été détachés à l'étranger. Ils ont aussi droit à un congé parental, à condition qu'ils soient normalement occupés auprès d'une entreprise légalement établie au Luxembourg et dont l'activité normale se déroule sur le territoire luxembourgeois ;

- sa durée mensuelle de travail est au moins égale à la moitié de la durée normale de travail applicable dans l'entreprise.

Ainsi, par exemple, si le salarié est occupé dans une entreprise où l'on travaille normalement 40 heures par semaine, sa durée de travail doit être au moins de 20 heures par semaine, pour qu'il puisse bénéficier du congé parental. Si sa durée de travail est inférieure à cette limite, il n'a pas droit à un congé parental.

Est considérée comme durée de travail mensuelle du parent salarié la durée prévue au contrat de travail. En cas de changement de la durée de travail mensuelle applicable au cours de l'année qui précède le début du congé parental, est pris en compte la moyenne mensuelle calculée sur l'année en question. Toutefois, le changement opéré après la date de la demande du congé parental n'est pas pris en compte pour calculer cette moyenne.

◇ *La durée du congé parental*

Si le parent suspend intégralement son travail, il a droit à un congé à plein temps de 6 mois, même si avant le congé parental, il n'a travaillé qu'à temps partiel. Ce congé est de droit et l'employeur ne peut pas le refuser si la demande a été notifiée en bonne et due forme.

Si le parent ne veut pas suspendre intégralement son travail, il peut prendre un congé parental à temps partiel sur 12 mois. Dans ce cas, il doit réduire son activité professionnelle au moins de la moitié de la durée mensuelle normale de travail dans l'entreprise. La durée de travail prestée, y compris les heures supplémentaires éventuelles, pendant le congé parental à temps partiel, ne doit pas dépasser la moitié de la durée mensuelle normale de travail dans l'entreprise en vertu de la loi ou de la convention collective.

Exemple

La durée légale de travail de 40 heures par semaine est applicable dans l'entreprise.

Si un salarié travaillant effectivement 40 heures par semaine veut prendre un congé parental à temps partiel, il doit réduire son occupation à $40-20=20$ heures par semaine. Étant donné que ce salarié atteint la limite de travail autorisée par la loi avec sa durée de travail normale autorisée pendant le congé parental, il ne pourra pas effectuer d'heures supplémentaires pendant la durée du congé parental.

Au cas où le salarié ne travaille par exemple que 32 heures par semaine, il doit réduire son activité professionnelle à $32-20=12$ heures par semaine.

Si le congé à plein temps est un droit pour le bénéficiaire, il en est autrement du congé à temps partiel qui est soumis à l'accord de l'employeur. Ce dernier peut en effet refuser d'accorder un congé à temps partiel, auquel cas le demandeur doit, soit prendre son congé à plein temps sur 6 mois, soit renoncer à sa demande.

En cas de naissance ou d'adoption multiple, le congé parental est accordé intégralement pour chaque enfant. Étant donné qu'il s'agit d'un droit individuel par rapport à chaque enfant, le parent demandeur devrait pouvoir choisir de prendre le congé pour seulement un des enfants ou pour chacun des enfants.

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Arrêt de la CJUE du 22 octobre 2009, affaire C-116/08 Christel Meerts/Proost NV

La Cour précise les conditions de calcul d'une indemnité de licenciement lorsque celui-ci intervient durant un congé parental à temps partiel.

Mme Meerts était employée à temps plein par Proost NV sur la base d'un contrat de travail à durée indéterminée. Elle a eu recours à la possibilité prévue par le droit belge de prendre un congé parental à mi-temps. Pendant cette période, Mme Meerts a été licenciée avec effet immédiat, moyennant le versement d'une indemnité de licenciement calculée sur la base de la rémunération qu'elle percevait à ce moment-là, c'est-à-dire, réduite de moitié en raison du congé parental à mi-temps.

Elle a contesté le montant de cette indemnité de licenciement devant les juridictions belges en demandant que celle-ci soit calculée sur la base de la rémunération à temps plein qu'elle aurait perçue si elle n'avait pas eu recours au congé parental. La Cour de cassation belge, saisie de cette affaire en dernier ressort, s'est adressée à la Cour de justice en lui demandant l'interprétation de l'accord-cadre sur le congé parental conclu par les organisations interprofessionnelles européennes et mis en œuvre par la directive 96/34. Cet accord-cadre constitue un engagement des partenaires sociaux de mettre en place, par des prescriptions minimales, des mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes en leur offrant une possibilité de concilier leurs responsabilités professionnelles et leurs obligations familiales.

Dans son arrêt la Cour précise que l'accord-cadre sur le congé parental s'oppose à ce que l'indemnité due en cas de licenciement sans motif grave ou sans respecter le délai légal de préavis soit déterminée sur la base de la rémunération réduite que l'employé perçoit durant son congé parental à temps partiel.

La Cour constate dans son arrêt que l'obligation de respect des droits acquis ou en cours d'acquisition des travailleurs exprime un principe de droit social communautaire qui revêt une importance particulière et ne saurait être interprétée de manière restrictive.

Or, selon la Cour, parmi les « *droits acquis ou en cours d'acquisition* » figurent les droits et avantages relatifs aux conditions d'emploi, y compris le droit d'un travailleur à temps plein qui se trouve en congé parental à temps partiel de bénéficier d'une période de préavis en cas de licenciement. Ce droit serait mis en échec si, dans l'hypothèse du non-respect de la période légale de préavis en cas de licenciement intervenu pendant un congé parental à temps partiel, un travailleur engagé à temps plein perdait le droit à ce que son indemnité de licenciement soit déterminée sur la base de la rémunération définie dans son contrat de travail. Une telle réduction des droits en cas de congé parental pourrait dissuader le travailleur de prendre ce congé et inciter l'employeur à licencier en priorité les travailleurs qui se trouvent en congé parental. Cela irait directement à l'encontre de la finalité de l'accord-cadre sur le congé parental, dont l'un des objectifs est de mieux concilier la vie familiale et professionnelle.

◇ *La demande de congé parental*

Comme il a été dit plus haut, le congé parental n'est pas un droit automatique pour les parents d'un enfant de moins de 5 ans. Au contraire, il est uniquement accordé sur demande auprès de l'employeur.

Cette demande doit prendre la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception et doit intervenir endéans un certain délai.

La demande de congé parental à adresser à l'employeur

Les délais à respecter lors de l'introduction d'une demande de congé parental ne sont pas les mêmes suivant qu'il s'agit du 1^{er} ou du 2^e congé :

- pour ce qui est du congé parental consécutif au congé de maternité (1^{er} congé), la demande doit parvenir à l'employeur au plus tard 2 mois avant le début du congé de maternité.

En cas d'adoption, la demande doit parvenir à l'employeur au plus tard avant le début du congé d'accueil.

- en ce qui concerne le 2^e congé (c'est-à-dire celui qui peut être pris jusqu'à l'âge de 5 ans de l'enfant), la demande doit parvenir à l'employeur en respectant un préavis de 6 mois précédant le début du congé parental.

En d'autres termes, le congé parental peut débuter au plus tôt 6 mois après le jour de la demande.

Il est important de souligner que le 2^e congé parental doit être consommé au moins à moitié avant que l'enfant n'ait atteint l'âge de 5 ans. Il convient dès lors d'introduire sa demande en temps utile, compte tenu de la possibilité pour l'employeur de reporter éventuellement le congé.

Exemples

1. Le salarié travaille dans une entreprise occupant moins de 15 salariés.

L'employeur peut de ce fait demander un report du congé de 6 mois.

Si le salarié veut être sûr d'avoir pris la moitié de son congé parental avant le 5^e anniversaire de l'enfant, il est prudent d'introduire la demande au plus tard 15 mois avant cette date pour un congé parental à plein temps et 18 mois avant cette date pour un congé parental à temps partiel.

2. Le salarié occupe une fonction de cadre supérieur et participe en cette qualité à la direction effective de l'entreprise qui compte plus de 15 salariés.

Au cas où il demande un congé parental, l'employeur peut retarder le début de ce congé de 2 mois.

Si le salarié veut être sûr d'avoir pris la moitié de son congé parental avant le 5^e anniversaire de l'enfant, il est prudent d'introduire la demande au plus tard 11 mois avant cette date pour un congé parental à plein temps et 14 mois avant cette date pour un congé parental à temps partiel.

Les démarches administratives à accomplir

Pour pouvoir toucher l'indemnité de congé parental, il faut introduire une demande écrite auprès de la Caisse nationale des prestations familiales (CNPF), qui est l'administration compétente pour l'indemnisation du congé parental. Cette demande correspond en fait à un formulaire préétabli à retirer à la CNPF ou à télécharger sur son site internet www.cnpf.lu.

Ce formulaire, dûment rempli et certifié par l'employeur, doit être retourné à la CNPF :

- concernant le 1^{er} congé parental, dans les 15 jours suivant la notification de la demande de congé parental à l'employeur ;
- concernant le 2^e congé parental, dans les 15 jours suivant la notification de la réponse de l'employeur ou, à défaut de réponse, dans la quinzaine de l'expiration du délai de quatre semaines prévu en cas de report du congé.

Après réception de la demande, la CNPF contacte le demandeur en vue de la production des pièces justificatives qui doivent, le cas échéant, encore être versées.

Pour être complet, précisons que diverses autres informations doivent également être déclarées à la CNPF :

- la naissance de l'enfant doit être déclarée dans les 15 jours à compter de la déclaration à l'état civil ;
- si la mère décide d'allaiter son enfant, la prolongation du congé de maternité en découlant doit être communiquée à la Caisse avant la 7^e semaine suivant l'accouchement ;
Si la mère n'allait pas, elle doit en informer la CNPF par écrit dans le même délai, c'est-à-dire avant la 7^e semaine suivant l'accouchement.
- en cas d'adoption d'un enfant, la demande pour toucher l'indemnité de congé parental doit être accompagnée d'un certificat du tribunal attestant que la procédure d'adoption a été entamée.

L'indemnité est versée au cours de chaque mois pour lequel elle est due, à condition que la demande et les autres pièces justificatives aient été introduites dans le délai prescrit. En cas de présentation tardive de la demande ou des autres pièces justificatives requises, elle est versée dès que l'instruction du dossier par la Caisse est terminée.

Les parents sont tenus de fournir tous les renseignements et données jugés nécessaires pour pouvoir constater l'accomplissement des conditions prévues pour l'octroi de l'indemnité. Ils sont tenus en outre de notifier dans le délai d'un mois tout fait pouvant donner lieu à réduction ou extinction de leurs droits.

L'attitude de l'employeur face à une demande de congé parental

Lorsqu'un parent soumet à son employeur une demande pour obtenir un congé parental, l'attitude que peut ou doit adopter l'employeur face à cette demande n'est pas la même suivant qu'il s'agit du 1^{er} ou du 2^e congé.

Aucun refus ne peut être opposé à une demande portant sur le 1^{er} congé parental

Lorsqu'un parent fait une demande pour obtenir un congé parental directement à la fin du congé de maternité ou du congé d'accueil, l'employeur doit l'accepter, si elle a été notifiée dans les forme et délai prescrits par la loi.

Le droit au premier congé parental est dès lors absolu lorsque la demande a été faite dans les forme et délai requis.

Rappelons simplement que l'employeur peut exiger que ce premier congé soit pris à temps plein et non à temps partiel.

Un report est possible lorsqu'il s'agit du 2^e congé parental

L'employeur peut, sous certaines conditions, demander le report de la date du début du 2^e congé parental, lorsque la date indiquée par le salarié lui pose problème.

L'employeur doit alors adresser sa décision de report par lettre recommandée à la poste avec avis de réception au plus tard dans les 4 semaines de la demande.

Les cas dans lesquels l'employeur peut demander un report du congé parental de 2 mois au maximum, sont les suivants :

- l'organisation au sein de l'entreprise est gravement perturbée du fait que plusieurs travailleurs présentent une demande simultanément ;
- le remplacement de la personne en congé ne peut être organisé pendant la période de préavis de 6 mois en raison de la spécificité du travail effectué par elle ou d'une pénurie de main-d'œuvre dans la branche d'activité en question ;
- le demandeur est un cadre supérieur qui participe à la direction effective de l'entreprise.

Lorsque le travail est de nature saisonnière et que le congé se situe dans une période de forte activité saisonnière. Le congé peut alors être reporté à la fin de la période saisonnière.

Le fait qu'une entreprise occupe moins de 15 salariés est également considéré à lui tout seul comme un motif valable de report. Dans ce cas, l'employeur a même la possibilité de demander un report du congé de 6 mois au maximum.

L'employeur doit proposer au salarié dans le délai d'un mois une nouvelle date pour le congé, qui ne peut se situer plus de 2 mois (6 mois pour les entreprises occupant moins de 15 salariés) après la date de début du congé sollicité, sauf demande expresse du salarié. Dans ce cas, la demande du salarié ne peut plus être refusée.

Par ailleurs, l'employeur doit informer la délégation du personnel s'il en existe.

Si le parent estime que le motif de report avancé par l'employeur n'est pas justifié, il peut s'adresser à l'Inspection du travail et des mines. Le même droit appartient à la délégation du personnel (y compris le délégué à l'égalité), ainsi qu'aux syndicats représentatifs sur le plan national présents au sein de la délégation du personnel ou liés par la convention collective applicable à l'entreprise.

Si aucun accord n'est trouvé dans les 8 jours, l'une des parties peut saisir le tribunal du travail statuant en matière de référé.

Précisons qu'aucun report n'est possible :

- une fois que l'employeur a donné son accord au congé parental ;
- si l'employeur n'a pas répondu à la demande du parent dans les 4 semaines ;
- lorsque le parent travaille pour le compte de plusieurs employeurs et que ceux-ci sont en désaccord quant au report ;
- en cas de survenance d'un événement grave en relation avec l'enfant.

Il s'agit notamment des cas où l'enfant est victime d'une maladie ou d'un accident nécessitant la présence d'un parent. Cette nécessité doit être documentée à l'aide d'un certificat médical. Une autre hypothèse est celle de problèmes scolaires ou de troubles comportementaux de l'enfant. Ces problèmes ou troubles doivent être justifiés par un certificat établi par l'autorité scolaire compétente.

Le report du congé parental

1. Durée du report

- Dans les entreprises de 15 salariés et plus : 2 mois au maximum.
- Dans les entreprises de moins de 15 salariés : 6 mois au maximum.
- Travail de nature saisonnière (peu importe la taille de l'entreprise) : jusqu'à la fin de la période saisonnière.

2. Motifs de report pouvant être invoqués

- perturbation de l'organisation en cas de demandes simultanées ;
- impossibilité d'organiser le remplacement du parent pendant le préavis de 6 mois en raison de la spécificité de son travail ou d'une pénurie de main-d'œuvre dans la branche d'activité considérée ;
- nature de la fonction occupée par le salarié qui est cadre supérieur et participe à la direction effective de l'entreprise ;
- demande intervenant pendant une période saisonnière ;
- demande présentée dans une entreprise occupant moins de 15 salariés.

3. Cas où le report est exclu

- accord donné par l'employeur ;
- absence de réponse de l'employeur dans les 4 semaines ;
- désaccord entre les différents employeurs du parent ;
- survenance d'un événement grave en relation avec l'enfant.

Contrat de travail à durée déterminée (CDD) conclu pour pourvoir au remplacement d'un salarié en congé parental

Les remplacements en cascade sont permis

Le remplacement d'un salarié absent en raison d'un congé parental (d'un congé de maternité ou d'un congé pour raisons familiales) ne doit pas nécessairement se faire sur le poste même occupé par le salarié absent. Il peut s'opérer sur un autre poste libéré dans l'entreprise ou l'établissement concernés du fait de réorganisations ou mutations internes ayant eu lieu suite à l'absence en question.

Le CDD doit mentionner le nom du salarié en congé parental remplacé

Le CDD conclu pour remplacer un salarié absent doit préciser le nom de celui-ci.

Dans l'hypothèse d'un remplacement en cascade, le CDD indiquera le nom du salarié en congé parental indirectement remplacé.

Date de début et de fin du CDD

Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental peut commencer trois mois avant la date du début du congé parental ou trois mois avant la date du début du congé de maternité, si le congé parental est pris suite à un congé de maternité.

De même, il peut cesser trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé.

◇ La protection du salarié pendant le congé parental

Pendant la durée du congé parental, la relation de travail entre l'employeur et le bénéficiaire est maintenue, même si elle est temporairement suspendue.

En effet, pendant la durée du congé parental à plein temps, le contrat de travail est suspendu intégralement, tandis que pendant la durée du congé parental à temps partiel, le contrat de travail est suspendu partiellement.

Cela entraîne qu'à l'expiration du congé parental, le salarié est en droit de réintégrer son poste de travail.

La garantie de réemploi et son étendue

L'employeur est non seulement obligé de reprendre le bénéficiaire à la fin du congé parental, mais aussi de lui conserver dans la mesure du possible son emploi antérieur.

Ce n'est que d'une façon exceptionnelle et objectivement justifiée que l'employeur peut lui offrir un emploi similaire, correspondant alors à ses qualifications et assorti d'une rémunération équivalente.

L'essentiel consiste en ce que les conditions de travail après un congé parental ne soient pas diminuées. Il est bien entendu loisible à l'employeur d'accorder un meilleur poste au bénéficiaire après son retour du congé parental.

La protection contre un licenciement

Afin de garantir au salarié l'exercice plein et entier de son droit au congé parental, il est interdit à l'employeur de le licencier pendant le congé parental, comme de le convoquer à un entretien préalable à un licenciement avec préavis.

Cependant, cette protection n'est pas absolue. Elle joue seulement pour un licenciement avec préavis et ne s'applique pas en cas de licenciement prenant appui sur une faute grave commise par le salarié.

Cette protection joue tant pendant le congé parental à plein temps que pendant le congé parental à temps partiel. Même si le contrat de travail du salarié n'est que partiellement suspendu dans le cas d'un congé parental à temps partiel, l'employeur ne peut pas licencier ce salarié pour des faits qui se sont produits pendant ses heures de travail, sauf en cas de faute grave.

Le licenciement avec préavis

L'interdiction faite à l'employeur de licencier avec préavis le bénéficiaire (ou de le convoquer à un entretien préalable à un licenciement avec préavis) s'applique à partir du dernier jour du délai pour le préavis de notification de la demande du congé parental.

Par conséquent, pour ce qui est du 1^{er} congé parental, la protection prend effet dès le jour avant le début du délai de préavis de 2 mois précédant le début du congé de maternité/dès le jour avant le début du congé d'accueil en cas d'adoption.

Pour le 2^e congé, elle joue à partir du jour avant le début du délai de préavis de 6 mois précédant le début du congé parental.

À compter de ces dates et pendant toute la durée du congé parental, le bénéficiaire ne peut pas faire l'objet d'un licenciement avec préavis ou d'une convocation à un entretien préalable à un licenciement avec préavis.

Toute rupture de contrat prononcée malgré l'interdiction est considérée comme nulle et non avenue.

Toutefois pour faire valoir cette nullité, le salarié doit s'adresser au président du tribunal du travail. Celui-ci constatera la nullité du licenciement et ordonnera le maintien de son contrat de travail. Le salarié dispose pour ce faire d'un délai de 15 jours après le licenciement.

Le licenciement pour faute grave

Le bénéficiaire du congé parental ne jouit d'aucune protection lorsqu'il a commis une faute grave. Dans ce cas, l'employeur conserve son droit de rompre le contrat de travail avec effet immédiat.

La fin du contrat de travail entraîne alors la fin du congé parental et le salarié doit restituer les indemnités de congé parental d'ores et déjà perçues.

Des exemples de faute grave

En général, les juridictions du travail qualifient de fautes graves les faits suivants :

- l'absence injustifiée ;
- les injures adressées à l'employeur ;
- le refus d'ordre ;
- le vol ;
- le refus systématique de respecter les consignes de sécurité existant dans l'entreprise ;
- l'accomplissement de travaux clandestins chez un client de l'employeur ;
- le fait de faire directement ou indirectement concurrence à l'employeur ;
- les menaces et violences physiques à l'égard de l'employeur ou d'un supérieur hiérarchique.

Cette liste n'est pas limitative.

◇ *Le maintien des droits pendant le congé parental*

Comme le congé parental ne doit pas avoir des conséquences négatives sur les droits du bénéficiaire, ces derniers doivent être garantis.

C'est dans cette optique que la période de congé parental est prise en compte pour calculer l'ancienneté de service du bénéficiaire. De même, celui-ci ne perd aucun des avantages qu'il a acquis avant le début du congé parental (primes, gratifications, etc.).

La période de congé parental est mise en compte pour le calcul de la période de stage ouvrant droit à l'indemnité de chômage complet. Toutefois, l'indemnité pécuniaire forfaitaire servie au cours du congé parental n'est pas prise en compte pour le calcul du montant de l'indemnité de chômage complet.

Certaines mesures ont été instaurées afin de faciliter le retour dans l'entreprise du parent absent en raison d'un congé parental.

Ainsi les travailleurs bénéficiant d'un congé parental ont le droit d'accéder aux mesures de formation continue organisées ou offertes par l'employeur, afin de suivre l'évolution de la technique et des procédés de production.

Par ailleurs l'employeur et le travailleur bénéficiaire du congé parental peuvent stipuler d'un commun accord, par avenant au contrat de travail, à signer au plus tard un mois avant le début du congé parental, que le travailleur assistera à des manifestations organisées par ou à la demande de l'employeur. Il s'agit notamment des réunions de service, des réunions ou séances d'information (par exemple, sur l'évolution de l'entreprise, l'évolution des procédures ou des techniques, le fonctionnement du service ou de l'entreprise, l'introduction d'innovations) ainsi que des formations continues susceptibles de garantir ou d'améliorer l'employabilité du salarié à la reprise de son travail.

L'avenant fixe le nombre, les horaires et les autres modalités pratiques de ces manifestations.

Ces mesures ne peuvent néanmoins pas avoir pour but ou pour effet la participation du travailleur au travail normal et courant de l'entreprise, ni à l'exécution de surcroûts de travail. La violation de cette disposition donne droit à des dommages et intérêts au profit du travailleur.

Le travailleur peut dénoncer unilatéralement cet avenant, soit par lettre recommandée à la poste, soit par remise en mains propres de l'employeur ou de son représentant, soit par courrier électronique, le tout avec accusé de réception. La dénonciation ainsi intervenue ne donnera lieu à aucune sanction et ne constituera pas un motif de licenciement.

La période de congé parental ne donne pas droit au congé annuel payé. Le congé accumulé et non encore pris avant le début du congé parental peut en principe être reporté à la période post-congé parental mais dans le respect des délais légaux (soit le 31 décembre de l'année en cours, soit le 31 mars de l'année suivante, suivant la date de reprise de travail du salarié après le congé parental).

◇ *La non reprise du travail à la fin du congé parental par le salarié*

Qu'arrive-t-il dans l'hypothèse où le bénéficiaire décide à la fin de son congé parental de ne pas reprendre le travail ? Dans quelles conditions peut-il donner sa démission ?

La loi a instauré 2 étapes cumulatives :

- le salarié dont le contrat est suspendu suite à la prise d'un congé parental et qui ne souhaite pas reprendre son emploi à l'expiration du congé est tenu d'en informer l'employeur, moyennant lettre recommandée avec accusé de réception, dans un délai égal au délai de préavis à respecter en cas de démission.

Dans la logique du législateur, ce délai de préavis devrait précéder immédiatement la fin du congé parental.

- De plus, le salarié doit démissionner en bonne et due forme, mais au plus tôt le premier jour suivant le dernier jour du congé parental.

À l'expiration du congé, le salarié doit donc se représenter à son lieu de travail et ce n'est qu'après la reprise du travail qu'il peut démissionner en respectant le délai de préavis lui applicable.

Une rupture des relations de travail d'un commun accord avec l'employeur, après le congé parental, est évidemment toujours possible.

Attention : La non reprise du travail par le salarié après le congé parental

- non justifiée par un motif grave et légitime
- et en l'absence de l'information (1^{ère} étape) ou de la notification de la démission (2^e étape)

constitue un motif légitime de résiliation du contrat de travail avec effet immédiat pour motif grave par l'employeur.

Le préavis à respecter en cas de démission suite à un congé parental

ANCIENNETÉ DE SERVICE

moins de 5 ans

entre 5 et moins de 10 ans

10 ans et plus

PRÉAVIS À RESPECTER

1 mois

2 mois

3 mois

Le préavis à respecter pour l'information de l'employeur de la volonté de démissionner suite au congé parental

ANCIENNETÉ DE SERVICE

moins de 5 ans

entre 5 et moins de 10 ans

10 ans et plus

PRÉAVIS À RESPECTER

1 mois

2 mois

3 mois

◇ *L'interruption du congé parental par un nouveau congé de maternité ou congé d'accueil*

La survenance, pendant le congé parental, d'un nouveau congé de maternité, ou d'accueil interrompt le congé parental en cours.

Dans ce cas, le congé de maternité ou le congé d'accueil se substitue au congé parental.

L'indemnité de congé parental cesse d'être payée et elle est remplacée par l'indemnité de maternité. Celle-ci sera calculée à partir des données prévues dans le contrat de travail suivant une recommandation de l'Inspection générale de la sécurité sociale.

Nouvelle grossesse pendant⁷¹ un congé parental : recommandation de l'IGSS pour le calcul de l'indemnité pécuniaire de maternité

La survenance d'une nouvelle grossesse pendant le congé parental de certaines assurées a donné lieu à des controverses et réclamations.

En effet, ces personnes lorsqu'elles étaient en congé parental à temps plein se sont vues refuser l'indemnité pécuniaire de maternité pour le nouveau congé de maternité, et celles qui avaient pris un congé parental à temps partiel ont été confrontées à une limitation du montant leur attribué au titre de l'indemnité pécuniaire de maternité pour la nouvelle grossesse.

L'IGSS s'est prononcée par courrier daté du 17 juin 2010 pour prendre position comme suit :

Selon l'article L.234-49 (2) du Code du travail, en cas de grossesse ou d'accueil d'un enfant pendant le congé parental donnant droit, pour le même parent, au congé de maternité ou d'accueil, celui-ci interrompt le congé parental.

Pour l'indemnisation de ce congé de maternité s'appliquent les dispositions générales de l'article 10, alinéas 1 et 2 du Code de la sécurité sociale (CSS), qui régissent les modalités de calcul de l'indemnité pécuniaire de maladie :

« Pour les salariés, l'indemnité pécuniaire de maladie est calculée sur la base de l'assiette cotisable définie aux articles 34 et 39 relative aux affiliations en cours au moment de la survenance de l'incapacité de travail.

Sont portées en compte séparément :

- *la rémunération de base la plus élevée qui fait partie de l'assiette appliquée au cours de l'un des trois mois de calendrier précédant le début du paiement de l'indemnité pécuniaire par la caisse ;*
- *la moyenne des compléments et accessoires de la rémunération qui font partie des assiettes des douze mois de calendrier précédant le mois antérieur à la survenance de l'incapacité de travail ; si cette période de référence n'est pas entièrement couverte par une activité soumise à l'assurance, la moyenne est calculée sur base des mois de calendrier entièrement couverts. »*

Suivant la législation applicable, l'indemnité de congé parental n'est pas cotisable pour les prestations en espèces et n'entre donc pas dans l'assiette cotisable de l'article 10, alinéa 2 CSS de sorte que celui-ci ne peut s'appliquer.

Un même raisonnement pour le calcul de l'indemnité pécuniaire de maternité si le nouveau congé de maternité est consécutif au congé parental.

La solution au problème est fournie par l'article 10, alinéa 3 du Code de la sécurité sociale :

« À défaut d'un seul mois entièrement couvert, la rémunération de base ainsi que les compléments et accessoires sont portés en compte suivant leur valeur convenue dans le contrat de travail. »

L'indemnité pécuniaire de maternité se calcule ainsi à partir des données prévues dans le contrat de travail des personnes concernées.

Une différence de traitement entre les bénéficiaires d'un congé parental et les salariées en activité ne peut être justifiée et va à l'encontre du principe d'égalité devant la loi.

⁷¹ Même raisonnement pour le calcul de l'indemnité pécuniaire de maternité si le nouveau congé de maternité est consécutif au congé parental.

Sur base de ce raisonnement l'IGSS demande à la CNS de procéder au recalcul de l'indemnité pécuniaire de maternité suivant l'article 10 alinéa 3 du CSS pour les assurées qui ont adressé leur réclamation aux ministres compétents parce qu'elles ont reçu soit une indemnité pécuniaire de maternité incomplète en cas de grossesse pendant un congé parental à temps partiel soit aucune indemnité pécuniaire de maternité en cas de grossesse pendant un congé parental à temps plein.

Toute personne lésée dont le congé de maternité a commencé en 2009 ou 2010 peut demander le recalcul de son indemnité pécuniaire de maternité. L'IGSS précise que la Caisse nationale de santé est alors obligée de procéder à ce recalcul.

La fraction du congé parental restant à courir est rattachée au nouveau congé de maternité.

Si le parent décide de prendre un congé parental pour le nouvel enfant, consécutivement au congé de maternité ou d'accueil, ce nouveau congé parental est alors reporté de plein droit jusqu'au terme de la fraction du congé parental rattachée au congé de maternité ou d'accueil et doit être pris consécutivement à celle-ci.

◇ *La cessation du congé parental*

Il y a plusieurs cas dans lesquels un congé parental entamé prend fin. La Caisse nationale des prestations familiales cessera alors en principe de verser l'indemnité de congé parental.

Dans certains cas spécialement prévus par la loi, le bénéficiaire du congé parental conservera les mensualités de l'indemnité de congé déjà perçues. Dans d'autres cas, il sera tenu de les rembourser.

Le décès du parent bénéficiaire

En cas de décès du parent bénéficiaire, le congé parental de celui-ci cesse. Cette cessation du congé parental n'entraîne pas la restitution des indemnités déjà perçues.

L'autre parent peut le cas échéant prendre son congé parental consécutivement au décès, après en avoir dûment informé son employeur.

Le décès de l'enfant ou le rejet de la demande d'adoption

Si l'enfant décède pendant le congé parental ou lorsque la procédure d'adoption n'aboutit pas, le congé parental entamé prend fin.

Le bénéficiaire est alors tenu de reprendre son travail au plus tard un mois après le décès de l'enfant ou le rejet de la demande d'adoption.

Lorsque l'employeur a procédé au remplacement du bénéficiaire pendant la durée du congé parental, celui-ci a droit, dans la même entreprise, à une priorité de réemploi pour tout emploi similaire vacant correspondant à ses qualifications et assorti d'une rémunération au moins équivalente.

En cas d'impossibilité de pouvoir occuper un tel emploi, le congé parental est prolongé sans pouvoir dépasser son terme initial.

En cas de décès d'un enfant d'une naissance ou adoption multiple avant la période d'extension du congé parental, la durée du congé est réduite en conséquence.

Pour tout mois entamé par le congé parental, le bénéficiaire touche un prorata de l'indemnité de congé parental.

Les mensualités touchées jusque là lui restent acquises.

La violation des conditions d'obtention du congé parental

Le congé parental cesse lorsque les conditions d'obtention ne sont plus remplies, et notamment dans les cas suivants :

La résiliation volontaire du contrat de travail par le parent bénéficiaire

Lorsque la résiliation volontaire prend effet avant l'expiration du congé parental (démission, résiliation d'un commun accord), elle entraîne la cessation du congé parental.

Les mensualités déjà versées doivent être remboursées intégralement.

L'interruption du congé non motivée par une cause extérieure au parent bénéficiaire et entièrement indépendante de sa volonté

Dans ce cas, les mensualités déjà versées donnent également lieu à restitution intégrale.

Toutefois, si en cas de changement d'employeur pendant le congé parental pour des raisons de nécessité économique, le parent bénéficiaire est obligé de reprendre son travail avant l'expiration du congé, les prestations versées jusqu'à cette date lui restent acquises. La preuve de la nécessité économique incombe au parent bénéficiaire.

Ce cas de figure exceptionnel n'est pris en considération qu'à condition que l'interruption du congé et la cause de l'interruption aient été notifiées préalablement à la Caisse par le parent bénéficiaire. Lorsque la cause de l'interruption est extérieure au bénéficiaire, la notification doit être complétée d'une attestation émanant de l'employeur si la cause est inhérente à l'entreprise sinon de l'autorité compétente pour constater la cause en question.

Exemple

Cessation des affaires de l'employeur par faillite, décès, incapacité de travail

En cas de cessation des affaires de l'employeur, par exemple pour cause de faillite, de décès ou d'incapacité physique, la loi prévoit la cessation de plein droit du contrat de travail, sauf continuation des affaires par le curateur (en cas de faillite) ou le successeur de l'employeur (en cas de décès ou d'incapacité physique).

Au vu des développements qui précèdent, la fin du contrat de travail devrait dans ces cas, également entraîner la fin du congé parental, mais sans que le salarié ne doive restituer les indemnités de congé parental d'ores et déjà perçues, la cause lui étant extérieure.

◇ ***L'indemnité due pendant le congé parental***

Pendant la durée du congé parental, le bénéficiaire n'est pas rémunéré par son employeur, mais reçoit une indemnité forfaitaire de la part de la Caisse nationale des prestations familiales, appelée indemnité de congé parental.

Le montant brut de l'indemnité de congé parental

L'indemnité de congé parental n'est pas la même suivant que le congé est pris à temps plein ou à temps partiel.

En cas de congé à plein temps

L'indemnité de congé parental est fixée à 1.778,31 € bruts par mois pour le congé à plein temps.

Ce montant reste invariable quelque soit la durée de travail du bénéficiaire avant le congé parental (minimum : moitié de la durée de travail mensuelle normale applicable dans l'entreprise).

Ainsi, même s'il travaille seulement 25 heures ou 30 heures par semaine et qu'il prend un congé parental de 6 mois à plein temps, ce congé est considéré comme congé à plein temps et le bénéficiaire touche intégralement l'indemnité brute de 1.778,31 €.

En cas de congé pris à temps partiel

Lorsque le congé parental est pris à temps partiel, l'indemnité s'élève à 889,15 € bruts par mois.

En cas de congé à temps partiel, le bénéficiaire est tenu de réduire son activité professionnelle au moins de la moitié de la durée mensuelle normale de travail applicable dans l'entreprise.

Ainsi, si la durée normale de travail dans l'entreprise est, par exemple, de 40 heures par semaine et que le bénéficiaire est effectivement occupé pendant 40 heures, il doit réduire sa durée de travail à $40-20=20$ heures par semaine.

Au cas où le bénéficiaire ne travaille par exemple que 30 heures par semaine et qu'il veut prendre un congé à temps partiel, il doit réduire son activité professionnelle à $30-20=10$ heures par semaine.

Dans l'un comme dans l'autre cas, l'indemnité pour un congé parental pris à temps partiel correspond à 889,15 €.

La détermination de l'indemnité de congé parental nette

L'indemnité de congé parental est exempte d'impôts et, en principe, elle ne donne pas lieu au paiement de cotisations sociales.

Cependant, il y a lieu de retrancher de l'indemnité brute la cotisation pour l'assurance maladie, mais uniquement la part destinée au financement des prestations en nature.

En outre, on retient de l'indemnité de congé parental la contribution dépendance de l'ordre de 1,40%.

Ces retenues sont effectuées d'office par la Caisse nationale des prestations familiales.

Précisons en dernier lieu que les cotisations pour l'assurance pension sont prises en charge par l'État pendant la durée du congé parental.

L'INDEMNITÉ NETTE DE CONGÉ PARENTAL

| | Congé parental à plein temps | Congé parental à temps partiel |
|--------------------------------|---------------------------------|-----------------------------------|
| Indemnité mensuelle | 1.778,31 € | 889,15 € |
| Assurance maladie (2,80%) | -49,79 € | -24,90 € |
| Contribution dépendance (1,4%) | -18,74 € | -9,37 € |
| Indemnité nette | 1.709,78€ | 854,88€ |

L'assiette pour calculer la contribution dépendance correspond à l'indemnité brute, déduction faite d'un abattement correspondant à ¼ du salaire social minimum (439,39 € pour le congé à temps plein et 219,69 € pour le congé à temps partiel).

c. Le congé pour raisons familiales

Le congé pour raisons familiales (CRF) a été introduit par la loi du 12 février 1999 mettant en œuvre le Plan d'action national en faveur de l'emploi.

Les articles de cette loi relatifs au congé pour raisons familiales ont été intégrés aux articles L.234-50 et suivants du Code du travail.

Il s'agit d'un congé pouvant être accordé aux parents d'un enfant de moins de 15 ans ou d'un enfant bénéficiant de l'allocation spéciale d'enfant handicapé au sens de l'article 272 du Code de la sécurité sociale, qui est gravement malade.

Une loi du 19 décembre 2003 a prévu, que pour les enfants âgés de moins de 18 ans, atteints d'une ou de plusieurs affections constitutives d'une insuffisance ou diminution permanente d'au moins 50% de la capacité physique ou mentale d'un enfant normal du même âge, la durée du congé pour raisons familiales est portée à 4 jours par an.

La limite d'âge de 15 ans de l'enfant ne jouera donc pas pour ces enfants.

L'objectif du CRF n'est pas de permettre aux parents de rester au chevet de leur enfant malade pendant toute la durée de la maladie. Il s'agit de leur donner la possibilité d'être présents auprès de l'enfant pendant les premiers moments de la maladie et de résoudre d'éventuels problèmes de garde.

◇ *Les maladies visées*

Il résulte de la définition ci-avant qu'un congé pour raisons familiales peut être pris en cas d'état de santé grave de l'enfant.

La notion de « *maladie grave* » n'est cependant définie nulle part par la loi.

En revanche, la notion de « *maladie exceptionnellement grave* », qui permet une prolongation du congé⁷², a été précisée par un règlement grand-ducal du 10 mai 1999.

Il s'agit :

- des affections cancéreuses en phase évolutive ;
- des pathologies entraînant une hospitalisation de plus de 2 semaines consécutives.

◇ *Les bénéficiaires d'un congé pour raisons familiales*

Les personnes suivantes peuvent prétendre à un congé pour raisons familiales en cas de maladie grave de leur enfant :

- les salariés du secteur privé ;
- les apprentis ;
- les indépendants ;
- les fonctionnaires, employés et ouvriers de l'État ;
- les fonctionnaires, employés et ouvriers d'une commune ou d'un établissement public ;
- les agents des CFL.

Le congé pour raisons familiales n'est pas limité à l'hypothèse selon laquelle les deux parents travaillent. En conséquence, si un seul des parents travaille et que l'autre est au foyer, le parent travailleur salarié, apprenti ou non-salarié a droit au congé pour raisons familiales.

◇ *Les conditions pour obtenir un congé pour raisons familiales*

Celui qui veut obtenir un congé pour raisons familiales doit répondre à plusieurs conditions :

- être parent d'un ou de plusieurs enfants âgés de moins de 15 ans ou d'un enfant bénéficiant de l'allocation spéciale d'enfant handicapé ;
- avoir une des qualités énumérées ci-avant ;
- être en présence d'une maladie grave ou d'une maladie exceptionnellement grave de son ou de ses enfants ;
- prouver, à l'aide d'un certificat médical, que sa présence auprès de l'enfant est indispensable.

⁷² Voir page 114 « La durée du congé pour raisons familiales ».

Une autre condition, primordiale, est celle d'informer l'employeur de la maladie de l'enfant.

Cette information doit se faire de la façon suivante :

- le premier jour de la maladie de l'enfant, le parent doit avertir l'employeur qu'il ne pourra pas se présenter à son lieu de travail ;

Cet avertissement peut se faire soit oralement (p.ex. par téléphone), soit par écrit (p.ex. en envoyant un fax). Le parent peut informer l'employeur personnellement ou bien charger une tierce personne de le faire à sa place.

- le parent doit ensuite remettre un certificat médical à son employeur attestant la maladie de l'enfant.

Ce certificat doit mentionner le nom de l'enfant, la maladie grave dont il souffre (sous forme de code) ainsi que sa durée prévisible. En outre, il doit indiquer que la présence du parent auprès de l'enfant est nécessaire.

Un certificat médical doit être remis à l'employeur quelle que soit la durée de la maladie de l'enfant, même si celle-ci ne dure par exemple qu'un seul jour.

◇ *Qui doit transmettre le certificat à la caisse de maladie compétente ?*

En principe, il appartient au salarié d'accomplir cette démarche, et ce au plus tard dans les 3 jours. En ce qui concerne la Caisse nationale de santé, celle-ci accepte cependant que le certificat lui soit transmis par l'employeur.

À noter que la rémunération due pendant le congé pour raisons familiales doit en principe être avancée par l'employeur. Celui-ci se fait ensuite rembourser par la caisse de maladie compétente.

◇ *La durée du congé pour raisons familiales*

Il faut distinguer deux cas de figure.

L'enfant souffre d'une maladie grave

Dans ce cas, la durée maximale d'un congé pour raisons familiales est de 2 jours par parent actif, par enfant et par an.

La durée du congé pour raisons familiales est portée à 4 jours par an pour les enfants bénéficiant de l'allocation spéciale d'enfant handicapé.

Le CRF peut être fractionné, c'est-à-dire que le parent n'est pas obligé de prendre les 2 jours, respectivement les 4 jours en bloc, mais le congé pour raisons familiales peut être pris par demie-journées. Ainsi, il est possible de prendre par exemple seulement une demie journée lors d'une première maladie de l'enfant et de prendre le restant du congé plus tard en cas de nouvelle maladie⁷³.

À noter qu'un CRF est dû pour chaque enfant du ménage. Ainsi, si un ménage se compose de 2 enfants de moins de 15 ans, un congé pour raisons familiales de 2 x 2 jours = 4 jours maximum peut être pris au courant de l'année par chaque parent éligible.

Ces jours de congé ne sont cependant pas transférables d'un enfant à l'autre. Cela signifie que si le parent a déjà pris 2 jours à l'occasion d'une maladie du premier enfant, les 2 jours restants ne peuvent être pris qu'en cas de maladie du deuxième enfant. Ils ne peuvent pas être utilisés en cas de nouvelle maladie du premier enfant.

Le CRF n'est pas non plus transférable entre parents.

⁷³ article 169 des statuts de la Caisse nationale de santé

L'enfant souffre d'une maladie exceptionnellement grave

Si l'enfant souffre d'une maladie exceptionnellement grave, le CRF peut être prolongé au-delà des 2 ou 4 jours, sur avis du contrôle médical de la sécurité sociale.

La durée de la prolongation est déterminée dans chaque cas individuellement, étant entendu que la durée maximale d'un congé pour raisons familiales est limitée à 52 semaines. Un dossier complet comprenant un rapport médical est à présenter à la Caisse nationale de santé.

La constatation que l'enfant souffre d'une maladie exceptionnellement grave est faite par le contrôle médical de la sécurité sociale. Sur base de cette constatation, l'employeur est tenu d'accorder la prolongation du congé. Il ne peut pas refuser.

ATTENTION !

Le congé pour raisons familiales est assimilé à une absence pour cause de maladie du salarié lui-même.

En cas de CRF prolongé, ceci a notamment les conséquences suivantes :

- l'absence prolongée du parent au-delà de 26 semaines consécutives peut, le cas échéant, constituer un motif de licenciement avec préavis ;

Conformément à une jurisprudence constante en matière de droit du travail, l'absence prolongée d'un salarié pour raisons de santé fait présumer une perturbation du bon fonctionnement de l'entreprise, dès lors que l'employeur ne peut plus compter sur une collaboration régulière du salarié.

- le contrat de travail du parent se termine automatiquement en cas d'absence pendant 52 semaines.

Le parent se retrouve dès lors sans emploi à l'expiration de cette période, tout comme le salarié qui a épuisé ses droits à l'indemnité pécuniaire de maladie.

◇ *L'indemnisation pendant le congé pour raisons familiales*

Les jours de congé pour raisons familiales sont pris en charge non par l'employeur, mais par les caisses de maladie.

Le parent est donc indemnisé dès le premier jour par la caisse de maladie compétente.

Cette indemnité est calculée en principe par référence à la rémunération brute qu'aurait touchée le parent en cas de continuation du travail.

◇ *Les garanties liées à l'octroi d'un congé pour raisons familiales*

Le parent qui prend un congé pour raisons familiales jouit d'un « *avantage* » essentiel : celui d'être protégé contre un licenciement avec préavis à partir du moment où il a averti l'employeur de la maladie de l'enfant.

Il faut cependant souligner que cette protection ne joue pas pendant toute la durée de la maladie de l'enfant, mais qu'elle s'applique uniquement pendant l'absence du bénéficiaire qui est en principe limitée à 2 ou 4 jours.

En cas de prolongation du CRF, la protection prend fin à l'expiration d'une période maximale de 26 semaines à partir du premier jour de la maladie.

Par ailleurs, le parent en CRF peut perdre la protection contre un licenciement dans les cas suivants :

- il n'a pas averti son employeur le premier jour de son absence ;
- il ne soumet pas un certificat médical à l'employeur ;
- l'avertissement du premier jour ou la remise du certificat se font après que le parent ait reçu la lettre de licenciement ou la lettre de convocation à l'entretien préalable ;
- il a commis une faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat.

Pour être complets, précisons que :

- si le parent est titulaire d'un contrat à durée déterminée, ce contrat peut se terminer à l'échéance prévue, même si à ce moment, il est en CRF ;
- si l'employeur cesse ses affaires (par suite de décès, d'incapacité physique ou de faillite), la protection disparaît et le contrat de travail du parent peut être rompu ;
- si la maladie de l'enfant intervient à un moment où le parent est encore en période d'essai, l'essai peut être prolongé pour une durée égale à celle de la maladie (prolongation maximale : 1 mois).

Droit du travail

La discrimination sur le lieu de travail

Le présent ouvrage doit permettre au lecteur de mieux cerner le phénomène de la discrimination sur le lieu de travail alors qu'il est souvent mal connu des citoyens. Celui-ci est composé de 2 parties :

- La première est consacrée aux règles fondamentales en matière de discrimination sur base de la religion, des convictions, de l'orientation sexuelle, de l'âge, du handicap, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée à une race, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie.
- La seconde est dédiée au principe de non-discrimination entre femmes et hommes au travail. Elle détaille non seulement les règles entourant la question de la discrimination, mais englobe aussi les explications sur les moyens légaux qui existent pour favoriser activement l'égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, tels par exemple les actions positives, le congé pour raisons familiales, le congé parental ou encore le rôle du délégué à l'égalité dans les entreprises.

L'ouvrage reprend aussi bon nombre d'illustrations tirées de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, les principes de non-discrimination nationaux étant basés sur des textes européens.

Diffusée par :

Librairie Um Fieldgen

3, rue Glesener - L-1631 Luxembourg
info@libuf.lu

Cette publication est également disponible au siège de la CSL.

Editée par :



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

18 rue Auguste Lumière L-1950 Luxembourg
T +352 27 494 200 F +352 27 494 250
csl@csl.lu www.csl.lu

Prix : 10 €

ISBN : 978-2-919888-89-7

