

**N° 4707<sup>6</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2000-2001

---

**PROJET DE LOI****relatif à la charge de la preuve dans les cas de discrimination  
fondée sur le sexe**

\* \* \*

**RAPPORT DE LA COMMISSION DE L'EGALITE DES CHANCES ENTRE  
FEMMES ET HOMMES ET DE LA PROMOTION FEMININE**

(25.4.2001)

La Commission se compose de: Mme Ferny NICKLAUS-FABER, Présidente; M. Patrick SANTER, Rapporteur; MM. Jeannot BELLING, Jean COLOMBERA, Mmes Lydie ERR, Marie-Josée MEYERS-FRANK, Lydia MUTSCH, Maggy NAGEL, MM. Marco SCHANK, Théo STENDEBACH et Mme Renée WAGENER, Membres.

\*

**I. ANTECEDENTS**

Le 5 octobre 2000, Madame la Ministre de la Promotion féminine a déposé le projet de loi sous rubrique à la Chambre des députés.

Les avis des chambres professionnelles, à savoir la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics (26 octobre 2000), la Chambre des Employés privés (9 novembre 2000), la Chambre de l'Agriculture (10 novembre 2000), la Chambre de Travail (8 décembre 2000), la Chambre des Métiers (15 décembre 2000) ont été émis en date.

Le Comité du Travail Féminin a rendu son avis le 24 janvier 2001.

Le Conseil d'Etat a avisé le projet le 12 décembre 2000.

Dans sa réunion du 28 mars 2001, la Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la Promotion Féminine a désigné M. Patrick Santer comme rapporteur du présent projet de loi. Au cours de la même réunion, la commission a procédé à un examen du texte et de l'avis du Conseil d'Etat.

Le 25 avril 2001, la commission a examiné le présent rapport et l'a adopté.

\*

**II. CONSIDERATIONS GENERALES****Objet de la loi**

Le projet a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la directive européenne 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans le cas de discrimination fondée sur le sexe. La directive s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes („CJCE“), qui avait admis un déplacement de la charge de la preuve afin de permettre aux travailleurs victimes d'une discrimination de faire respecter le principe d'égalité entre hommes et femmes.

L'article 1er du projet pose en premier lieu une définition de la notion de discrimination indirecte.

Le projet procède en deuxième lieu à l'introduction du système de la preuve partagée dans les cas se fondant sur une situation de discrimination sexuelle (article 3).

### **L'avis du Conseil d'Etat**

Tout en proposant certaines modifications de texte la Haute Corporation critique que le projet de loi sous examen vient s'ajouter en tant que texte autonome aux différentes dispositions législatives et réglementaires qui existent déjà dans ce domaine. Le Conseil d'Etat se demande si cette manière de procéder contribue vraiment à une meilleure connaissance des dispositions en vigueur tel que le prescrit l'article 5 de la directive européenne, que le présent texte vise à transposer.

Le Conseil d'Etat donne encore à considérer que ce sont précisément certaines lois, et notamment celles sur la protection de la maternité et le congé parental, qui dérogent au principe de l'égalité de traitement, en instituant légalement une discrimination, quoique positive et bien compréhensible, mais qui pourrait produire ses effets contraires et conduire à long terme à une discrimination indirecte, surtout en matière d'accès à l'emploi.

### **Les avis des chambres professionnelles**

En dépit de quelques considérations ponctuelles les chambres professionnelles donnent leur accord au projet de loi soumis à leur avis.

\*

## **III. COMMENTAIRE DES ARTICLES**

### *Article 1er*

L'article 1er reprenant l'article 2 de la directive 97/80/CE définit le principe de l'égalité de traitement comme l'absence de toute discrimination directe et indirecte fondée sur le sexe.

La notion de discrimination directe ne requiert pas d'observations particulières. A titre d'exemple, on peut citer une réglementation nationale excluant les travailleurs d'un régime légal sur base de leur sexe (voir CJCE arrêt du 14 décembre 1995, Nolte, aff. C-317/93, Rec.p.I-4625).

Le concept de la discrimination indirecte n'est pas inconnu en droit luxembourgeois. Il se retrouve inscrit à l'article 2 de la loi du 8 décembre 1981 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Cependant il n'y fut pas défini.

Cette lacune est désormais comblée par le second paragraphe de l'article 1er du projet de loi sous examen qui transpose la définition donnée à l'article 2 de la directive 97/80/CE.

Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique s'appliquant sans distinction de sexe affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, sauf si la disposition, le critère ou la pratique ne soit approprié et nécessaire et ne puisse être justifié par des facteurs objectifs indépendamment des considérations liées au sexe.

On retrouve ici reprise la jurisprudence de la CJCE d'après laquelle il y a discrimination indirecte ou déguisée lorsqu'une mesure nationale „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“ (arrêt Nolte précité).

Il y aura discrimination indirecte lorsqu'une proportion plus élevée de personnes d'un sexe sera concernée par une mesure défavorable ou lorsqu'une mesure favorable ne sera attribuée qu'à une proportion nettement plus faible de personnes d'un sexe déterminé.

Plusieurs précisions s'imposent.

#### **1. Que faut-il entendre par „proportion nettement plus élevée“?**

Lorsqu'elle aborde la définition de la discrimination indirecte, la CJCE parle d'une mesure affectant un „pourcentage beaucoup plus élevé“ de travailleurs d'un sexe (voir arrêt Nolte précité). Dans un arrêt plus récent, elle invoque même un „pourcentage considérablement plus faible“ ou plus élevé, selon le cas (CJCE arrêt du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez, aff. C-167/97).

Il convient de considérer dans le cadre de l'examen d'une discrimination indirecte les adjectifs „nettement“, „beaucoup“ et „considérablement“ comme équivalents et exprimant la même idée.

2. La détermination de la „proportion nettement plus élevée“ de personnes d'un sexe concernées relève de l'appréciation des autorités ayant à vider les procédures dans lesquelles une discrimination indirecte est invoquée.

Cependant se pose alors la question des termes de comparaison (à ne pas confondre avec la notion de charge de la preuve) à retenir pour procéder à une telle appréciation.

La jurisprudence de la CJCE a fixé les lignes directrices comme suit: „pour établir si une mesure adoptée par un Etat membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure.“ (arrêt Seymour-Smith et Perez, précité)

„Dans l'article 119, la comparaison se fait entre hommes et femmes et non entre *la* travailleuse concernée et ses collègues masculins. L'égalité est donc conçue comme un „droit collectif“, dont la violation est établie par la mesure de l'impact de la réglementation contestée sur un groupe et non sur un individu.“ (D.Martin, Discriminations, entraves et raisons impérieuses, Cah.dr.eur., 1999, p. 308)

Lorsque c'est entre personnes privées, et surtout entre une salariée et son employeur, que le présent texte sera invoqué, les termes de comparaison se réduisent aux personnes travaillant dans l'entreprise concernée.

C'est le cercle des personnes concernées par la disposition, le critère ou la pratique concernée ou qui sont susceptibles de l'être qui formeront la base pour apprécier, en fonction de statistiques fiables, l'impact de cette disposition, de ce critère ou de cette pratique au regard de l'égalité de traitement.

3. Quelles sont les justifications qui peuvent être avancées?

En ce qui concerne une discrimination directe fondée sur le sexe, la CJCE, lorsqu'elle fut confrontée à une telle discrimination directe, n'a pas examiné si celle-ci pouvait être objectivement justifiée (voir, par exemple, arrêt du 17 avril 1997 Evrenopoulos, aff.C-147/95, Rec.p.I-2057).

Quant à la discrimination indirecte, si une disposition, un critère ou une pratique, tout en affectant une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, est appropriée ou nécessaire et peut être justifiée par des „facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés“, il y a à proprement parler une „différence de traitement“ mais pas de discrimination indirecte.

Pour pouvoir éviter qu'une différence de traitement ne dégénère en discrimination indirecte, il convient de se poser les deux questions suivantes:

- A) Y a-t-il une justification, parfois appelée „raison impérieuse d'intérêt général“, tirée de l'existence d'un facteur objectif indépendant du sexe? et
- B) (en cas de réponse affirmative à cette première question): Est-ce que cette justification remplit le test de proportionnalité, c'est-à-dire est-ce qu'elle est appropriée et nécessaire pour atteindre le but recherché?

La charge de la preuve de l'existence d'une justification objective et du caractère approprié et nécessaire est régie à l'article 3 du présent projet.

Dans la proposition de directive qu'elle a présentée, la Commission européenne a indiqué que „des exemples d'objectifs qui pourraient justifier une dérogation au principe de l'égalité de traitement sont, un réel besoin de la part de l'entreprise, la garantie d'un niveau social de subsistance minimale pour les personnes ayant un conjoint ou des enfants à charge (dans les Etats membres où cette notion existe) ou bien des objectifs qui s'encadrent dans la politique sociale des Etats membres“(COM(96) 340 final du 17 juillet 1996).

## Article 2

L'article 2 du projet vise à définir le champ d'application de la loi. Les auteurs du projet de loi ont choisi la voie tracée par la directive en dressant la liste des lois et des règlements nationaux en la matière. Si, comme le Conseil d'Etat l'a souligné à juste titre, cette liste est précise quant aux textes touchés par les dispositions du projet de loi, elle peut tourner au désavantage au cas où cette liste n'est pas complète.

La commission parlementaire décide donc d'adopter le texte de l'article 2 proposé par le Conseil d'Etat qui est d'une portée plus générale et qui ne nécessitera pas de devoir être complété en cas d'entrée

en vigueur de nouvelles dispositions législatives ou réglementaires ayant une retombée, réelle ou potentielle, sur le présent projet de loi.

Le champ d'application du projet concerne les procédures civiles et administratives, y compris les procédures gracieuses qui avaient été exclues dans le projet de loi initial. Sont cependant exclues les procédures pénales où les règles relatives à la charge de la preuve restent inchangées.

Il n'empêche que les législations et règlements ayant figuré au texte initial de l'article 2 demeurent visés par le présent projet de loi, à savoir:

- le règlement grand-ducal du 10 juillet 1974 relatif à l'égalité de rémunération,
- l'article 2 paragraphe 3 du règlement grand-ducal modifié du 4 avril 1964 portant assimilation des traitements des fonctionnaires des communes, syndicats de communes et établissements publics placés sous la surveillance des communes, à ceux des fonctionnaires de l'Etat,
- l'article 2 paragraphe 3 de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat,
- 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,
- la loi modifiée du 3 juillet 1975 concernant la protection de la maternité de la femme au travail,
- la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales.

### *Article 3*

L'article 3 aborde la question de la charge de la preuve.

La commission parlementaire décide de retenir le texte dans sa version initiale. En effet, d'une part, cet article 3 transpose littéralement l'article 4 de la directive 97/80/CE et, d'autre part, il établit un certain parallélisme avec les termes utilisés dans la 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.

La victime doit établir des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination sexuelle. Un seul fait peut suffire. Si ce ou ces faits sont établis, il incombe à la partie défenderesse de démontrer que la différence de traitement s'explique non pas pour des raisons de sexe, mais pour d'autres raisons objectives indépendantes du sexe des intéressés.

Pour l'heure actuelle, alors même que la directive 97/80/CE autorise, dans son article 4, paragraphe 2, les Etats à prévoir un régime probatoire plus favorable à la partie défenderesse, le gouvernement n'a pas l'intention d'aller au-delà de cet aménagement de la charge de la preuve. La commission se rallie à la position du gouvernement qui fut également partagée dans différents avis soumis dans le cadre de l'examen du présent projet. Le gouvernement estime que le droit du travail, tel que complété par les dispositions du présent projet de loi, offrira un cadre suffisant pour que soit assuré le respect du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les domaines couverts par la directive européenne.

### *Article 4*

Le texte est gardé dans sa version initiale.

L'aménagement de la charge de la preuve s'appliquera à toutes les procédures rentrant dans le champ d'application de la loi à venir introduites après son entrée en vigueur, et cela même si les faits à la base de ces procédures se sont produits antérieurement.

\*

## **IV. TEXTE PROPOSE**

La Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la Promotion féminine recommande à la Chambre des Députés de voter le projet de loi dans la teneur suivante:

### **Art. 1er – Définitions**

1. Aux fins de la présente loi, le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement.

2. Aux fins du principe de l'égalité de traitement visé au paragraphe 1er, une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés.

**Art. 2. – *Champ d'application***

La présente loi s'applique 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 professionnels de sécurité sociale.

**Art. 3. – *Charge de la preuve***

Dès qu'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établit, 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.

**Art. 4. – *Disposition transitoire et entrée en vigueur***

La présente loi entre en vigueur le premier du mois qui suit son insertion au Mémorial. Elle s'applique à toutes les procédures nouvellement introduites en première instance après cette date.

Luxembourg, le 25 avril 2001.

*Le Rapporteur,*  
Patrick SANTER

*La Présidente,*  
Ferny NICKLAUS-FABER

