

N° 5687⁸**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI**portant**

- 1. transposition de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre 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;**
- 2. modification du Code du Travail;**
- 3. modification de l'alinéa 1 de l'article 2 de la loi du 14 mars 1988 relative au congé d'accueil;**
- 4. modification de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES EMPLOYES PRIVES

(7.6.2007)

Par lettre du 2 février 2007, Monsieur François Biltgen, ministre du Travail et de l'Emploi, a soumis le projet de loi sous rubrique à l'avis de la Chambre des employés privés.

1. Le présent projet a pour objet de transposer la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre 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.

2. La directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre 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 – Egalité de traitement entre les hommes et les femmes, du Livre II – Réglementation et conditions de travail.

3. 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 oeuvre 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.

4. Le présent projet a dès lors pour objet la modification subséquente du Code du travail.

5. La loi du 28 novembre 2006 portant transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE a introduit dans le livre II du Code du travail (CT) un Titre V: Egalité 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, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la race ou l'ethnie*“.

Les motifs de discrimination peuvent ainsi être la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la race ou l'ethnie.

6. Le projet analysé tend à adopter 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.

Il remodèle ainsi le principe actuel d'égalité de traitement entre hommes et femmes par les mesures exposées ci-dessous.

7. L'article premier du présent projet remplace l'actuel Chapitre Premier „Principe de l'égalité de traitement“ du Titre IV – Egalité de traitement entre les hommes et les femmes, du Livre II – Réglementation et conditions de travail du Code du travail par un nouveau chapitre du même nom.

1. Consécration légale des notions de discrimination directe et indirecte en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes (Article L.241-1 du Code du travail proposé)

8. La législation actuelle en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail ne donne pas de définition des notions de discrimination directe et indirecte, contrairement à la réglementation relative à l'égalité de traitement fixée aux articles L.251-1 et suivants CT.

Le présent projet de loi introduit ces notions et les définit de la manière suivante:

- „*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,*
- „*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.*

9. Ces définitions correspondent aux définitions déjà consacrées à ce jour à l'article L.251-1 CT en ce qui concerne l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail pour les motifs de discrimination fondés sur la religion, les convictions, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une race ou une ethnie.

10. La CEP•L approuve que les notions de discrimination directe et indirecte aient dorénavant aussi une assise légale lorsque le motif de discrimination est l'appartenance sexuelle.

Le législateur répond ici à une demande formulée par la CEP•L dans son avis émis lors des travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2006 (à ce jour intégrée dans le Titre V, Livre II du CT) consacrée à l'égalité de traitement au travail et dans l'emploi.

11. Une remarque s'impose néanmoins quant au futur libellé de l'article L.241-1 CT tel que proposé par le projet avisé: il est écrit aux paragraphes 2 et 3 de cet article „Aux fins de la présente loi on entend par ...“ et „... harcèlement sexuel au sens de la présente loi ...“.

Etant donné qu'on raisonne dans le cadre d'articles du Code du travail, l'expression de „*au sens de la présente loi*“ devrait de l'avis de la CEP•L être remplacée par „au sens du présent chapitre“.

2. Nouvelle définition du harcèlement sexuel dans le cadre du futur Chapitre 1 du Titre V du Code du Travail

12. Le projet sous avis qualifie le „*harcèlement*“ et le „*harcèlement sexuel*“ sur les lieux de travail comme étant des discriminations fondées sur le sexe et les interdit.

13. On entend ainsi par

- „harcèlement“ 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,
- „harcèlement sexuel“ la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s’exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d’une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Le projet 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.

14. La CEP•L tient à rappeler que le Titre V du Code du travail contient à ce jour déjà un Chapitre 5 consacré au harcèlement sexuel.

L’article L.245-2 CT définit pour ce Chapitre 5 la notion de harcèlement sexuel en ces termes:

„Constitue un harcèlement sexuel à l’occasion des relations de travail au sens du présent chapitre tout comportement à connotation sexuelle ou tout autre comportement fondé sur le sexe dont celui qui s’en rend coupable sait ou devrait savoir qu’il affecte la dignité d’une personne au travail, lorsqu’une des trois conditions suivantes est remplie:

1. *le comportement est intempestif, abusif et blessant pour la personne qui en fait l’objet;*
2. *le fait qu’une personne refuse ou accepte un tel comportement de la part de l’employeur, d’un travailleur, d’un client ou d’un fournisseur est utilisé explicitement ou implicitement comme base d’une décision affectant les droits de cette personne en matière de formation professionnelle, d’emploi, de maintien de l’emploi, de promotion, de salaire ou de toute autre décision relative à l’emploi;*
3. *un tel comportement crée un climat d’intimidation, d’hostilité ou d’humiliation à l’égard de la personne qui en fait l’objet.*

Le comportement visé peut être physique, verbal ou non verbal.

L’élément intentionnel du comportement est présumé.“

De plus, l’article L.245-3 CT précise que le harcèlement sexuel à l’occasion des relations de travail, tel que défini à l’article L.245-2, est considéré comme contraire au principe de l’égalité de traitement au sens des dispositions du titre V.

15. La CEP•L s’interroge quant à l’articulation des nouvelles dispositions avec celles préexistantes du Chapitre 5. Ne faudrait-il pas faire un renvoi à ces dispositions, lesquelles prévoient pour des situations identiques ou semblables des règles et sanctions encore plus précises et concrètes?

3. Un large champ d’application pour le principe de non-discrimination entre homme et femme au travail et dans l’emploi

(Article L.241-2 du Code du travail proposé)

16. Le futur article L.241-2 CT proposé par le projet, précise que le principe de l’égalité de traitement implique l’absence de discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public et privé, y compris les organismes publics.

16bis. A bien comprendre le commentaire de l’article L.241-2 CT proposé, quand le législateur vise à l’article L.241-2 le secteur public, il entend couvrir par là tous les travailleurs de ce secteur et non pas seulement les personnes qui travailleraient sous le statut privé dans ce secteur.

La CEP•L approuve le fait que le législateur entend consacrer le principe de l’égalité de traitement entre homme et femme au travail et dans l’emploi dans un seul et même texte, valable pour l’ensemble des travailleurs des secteurs privé et public.

Dans son avis relatif aux travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2006 relative à l’égalité de traitement, la CEP•L avait déjà approuvé le fait que ce projet de loi couvrirait finalement les travailleurs des deux secteurs public et privé.

Dans un avis encore préalable relatif au projet de loi No 5249 portant transposition de la directive 2000/78/CE, la CEP•L avait en effet critiqué le fait que ce projet s'appliquait exclusivement aux personnes du secteur privé. La CEP•L avait réclamé un texte unique pour les secteurs privé et public au motif que la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'emploi et du travail est conditionnée par l'homogénéité des dispositions et leur application uniforme dans les deux secteurs. Face à l'avis convergent du Conseil d'Etat, le législateur avait fini par étendre dans la version subséquente du projet, le champ d'application au secteur public.

Cette version subséquente du projet excluait néanmoins en matière de conditions d'accès à l'emploi les fonctionnaires et employés d'Etat, les stagiaires-fonctionnaires de l'Etat ainsi que les personnes susceptibles d'accéder à l'un des statuts ou régimes prédéfinis pour autant que ces personnes soient visées dans leurs relations avec l'autorité publique qui les engage, prise en sa qualité d'employeur.

La CEP•L se permet de rappeler qu'elle critiquait ce point dans son avis et réitérait sa demande quant à un seul texte unique pour tous les travailleurs sans exclusion aucune.

17. Le principe de l'égalité de traitement joue dans quatre domaines différents, à savoir pour:

1. 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.

Tout en posant le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, l'actuel article L.241-3 CT contient une énumération non limitative d'interdictions concrètes.

Ainsi est-il interdit:

- aux employeurs ainsi qu'à tous ceux qui diffusent ou publient des offres d'emploi ou des annonces relatives à l'emploi de faire référence au sexe du travailleur ou d'utiliser dans ces offres ou annonces des éléments qui, même sans référence explicite, indiquent ou sous-entendent le sexe du travailleur;
 - de faire référence au sexe du travailleur, salarié ou indépendant, dans les conditions d'accès et les critères de sélection aux emplois ou postes de travail, quels que soient le secteur ou la branche d'activité, ou d'utiliser dans ces conditions ou critères des éléments qui, même sans référence explicite au sexe du travailleur, aboutissent à une discrimination;
 - de refuser ou d'entraver l'accès à l'emploi ou à la promotion professionnelle pour des motifs explicites ou implicites fondés directement ou indirectement sur le sexe du travailleur.
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.

Egalement l'actuel article L.241-4 CT contient une énumération non limitative d'interdictions concrètes en ce qui concerne l'accès à l'orientation et à la formation professionnelle.

Ainsi est-il notamment interdit:

- de faire mention du sexe de la personne dans les conditions ou critères d'accès à l'orientation, à la formation, au perfectionnement et au recyclage professionnels ou d'utiliser dans ces conditions ou critères, des éléments qui même sans référence explicite au sexe de la personne aboutissent à ou sous-entendent une discrimination fondée sur le sexe;
 - de présenter les formations, notamment dans la publicité et l'information faites par les établissements ou organismes qui les dispensent, comme convenant plus particulièrement aux personnes d'un sexe ou de l'autre;
 - de refuser l'accès à l'orientation, à la formation, au perfectionnement et au recyclage professionnels pour des motifs liés directement ou indirectement au sexe de la personne;
 - de créer suivant le sexe des conditions différentes d'obtention ou de délivrance de tous les types de diplôme et de titres.
3. les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement ainsi que la rémunération.

L'actuel article L.241-5 CT précise en matière de conditions d'emploi et de travail qu'il est notamment interdit:

- de faire référence au sexe du travailleur dans les conditions de travail et dans les conditions, critères ou motifs de licenciement ou d'utiliser dans ces conditions, critères ou motifs des éléments qui, même sans référence explicite au sexe du travailleur, aboutissent à une discrimination;
 - d'établir ou d'appliquer des conditions, critères ou motifs d'une manière discriminatoire en fonction du sexe du travailleur.
4. 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.

18. La CEP•L regrette la disparition des précisions susmentionnées dans le projet de loi sous avis.

Seul le commentaire des articles du projet de loi reprend ces précisions.

4. Deux exceptions au principe de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi, y compris la formation professionnelle (Article L.241-3 du Code du travail proposé)

19. Le projet de loi énonce qu'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.

19bis. L'actuel article L.241-3(2) CT stipule que „Le Gouvernement peut, par règlement grand-ducal, après avoir demandé l'avis des chambres professionnelles compétentes et du Comité du travail féminin, fixer les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi, y compris le cas échéant à une formation y conduisant ou à une activité professionnelle pour laquelle, en raison de la nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.“

L'idée de dérogations en présence d'exigences professionnelles n'est donc pas nouvelle.

Or, actuellement ces cas de figures sont à régler par règlement grand-ducal, alors que le projet de loi les laisse à l'appréciation des citoyens et en fin de compte, des tribunaux.

Dans un souci de sécurité juridique la CEP•L suggère au législateur de prévoir qu'un règlement grand-ducal fixera les cas de figure dans lesquels une exigence professionnelle essentielle et déterminante peut être donnée.

20. Par ailleurs, le projet de 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.

21. La CEP•L approuve ces précisions.

5. Nouvelles voies de recours au profit d'associations sans but lucratif et d'organisations syndicales (Articles L.241-5 à 7 du Code du travail proposé)

22. A 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 permettra en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail et dans l'emploi:

- aux associations sans but lucratif, 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;

- lorsqu'une action née de la convention collective de travail ou de l'accord en matière de dialogue social interprofessionnel et relevant du champ d'application de la présente loi, 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.

23. La CEP•L tient à signaler que l'article 241-6(2) proposé contient une erreur matérielle: cet article renvoie en effet à un article 1 du projet au lieu de renvoyer à l'article L.241-1 CT proposé.

23bis. Outre cette erreur matérielle, il s'avère que le projet de loi sous avis ne consacre pas clairement la possibilité d'une action en justice au profit de la personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement.

A l'instar de l'article L.253-2 CT, lequel fixe clairement l'action de la prétendue victime en matière d'égalité de traitement au travail, la CEP•L demande au législateur d'ajouter un article dans ce sens au projet de loi sous avis, plutôt que de se contenter de faire dans le commentaire des articles du projet un renvoi aux dispositions de droit commun permettant à toute personne qui s'estime lésée d'agir en justice et de réclamer des dommages et intérêts.

24. Précisons encore que l'article L.241-7 CT actuel précise le tribunal compétent pour tout litige né de l'application des dispositions en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, à savoir:

- en ce qui concerne le secteur privé: compétence des juridictions du travail,
- en ce qui concerne le secteur public: compétence des juridictions administratives.

La CEP•L demande aux auteurs du projet de fixer la compétence des juridictions clairement dans le présent projet.

Elle demande néanmoins que la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif, soit fonction du statut du personnel employé, soit:

- compétence des juridictions du travail en ce qui concerne le personnel employé sous un statut de droit privé,
- compétence des juridictions administratives en ce qui concerne le personnel embauché sous un statut de droit public.

6. Plus de protection pour la victime (Article L.241-8 proposé)

25. Alors que l'actuel article L.241-8 CT stipule que tout licenciement dont le motif principal serait fondé sur une plainte du salarié pour discrimination auprès de l'Inspection du travail et des mines ou auprès d'une juridiction est abusif, le projet de loi entend instaurer une véritable nullité de tout licenciement prononcé en violation du principe de l'égalité de traitement.

Le texte précise ainsi qu'un travailleur ne peut pas 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 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 travailleur ne peut faire l'objet de représailles pour avoir témoigné des agissements contraires au principe de l'égalité de traitement ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire à cette protection contre des rétorsions, et notamment tout licenciement en violation de ces dispositions, est nul de plein droit.

26. La CEP•L approuve pleinement ces nouvelles dispositions. Donner aux victimes la possibilité d'invoquer la nullité du licenciement et leur réintégration permet déjà d'éviter la sanction qu'elles subissent à ce jour, à savoir la perte de leur emploi.

A titre plus subsidiaire auront-elles toujours la possibilité de demander des dommages et intérêts pour licenciement abusif si elles ne désirent pas réintégrer l'entreprise, un tel licenciement étant d'office abusif pour être contraire à la loi.

27. La CEP•L permet de rappeler qu'en ce qui concerne la charge de la preuve, l'article L.244-3 CT, lequel a vocation à s'appliquer dans le cadre d'un litige touchant au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail ou dans l'emploi, fixe d'ores et déjà des règles favorables aux victimes:

„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.“

28. A l'instar des dispositions prévues à l'article L.245-6 CT en matière de harcèlement sexuel, la CEP•L propose au législateur de fixer également textuellement dans le cadre des dispositions avisées le rôle et l'intervention du délégué à l'égalité et d'y inscrire une référence aux dispositions de l'article L.414-3 du Code du travail, lequel fixe la mission et les attributions du délégué à l'égalité en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail.

7. Nullité de toute disposition écrite contraire au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (Article L.241-9 CT proposé)

29. L'article L.241-9 CT proposé reprend les dispositions contenues actuellement aux articles L.241-4 et L.241-6 CT.

Il pose le principe de 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.

30. Il ne reprend néanmoins pas la notion de „pratiques“ contenue à ce jour dans l'article L.241-4 CT.

La CEP•L demande que le texte soit amendé en ce sens. A défaut de ce faire le futur texte de loi ne sanctionnera pas clairement une discrimination résultant d'une pratique ou d'une situation de fait, mais se contentera de l'interdire.

La CEP•L demande ainsi qu'à l'article L.241-9 proposé soit ajouté un paragraphe 2 libellé comme suit:

„Toute pratique ou situation de fait discriminatoire est interdite. Tout acte ou état de fait préjudiciable à la victime qui résulte directement de la conséquence de cette pratique ou situation de fait, est nul.“

8. Plus de garanties pour les salariées bénéficiant d'un congé de maternité et pour les salariés et salariées bénéficiant d'un congé d'accueil (Articles 3 et 4 du projet de loi)

31. Alors que dans sa version actuelle l'article L.332-3.(2) CT stipule que „*La période du congé de maternité est prise en compte pour la détermination des droits liés à l'ancienneté. La femme salariée conserve en outre le bénéfice de tous les avantages qu'elle avait acquis avant le début du congé de maternité.*“, le projet de loi ajoute la précision comme quoi la femme salariée bénéficie de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence.

31bis. Le commentaire des articles du projet sous avis ajoute la précision que c'est à l'issue du congé de maternité que la salariée bénéficie des améliorations des conditions de travail auxquelles elle aurait eu droit pendant son absence.

Le projet fixe donc clairement l'obligation pour l'employeur de faire bénéficier, au moins rétroactivement, la salariée de toute amélioration des conditions de travail due pendant le congé de maternité.

Le législateur luxembourgeois tout en transposant fidèlement la directive 2002/73/CE, entérine la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Celle-ci a affirmé dans de nombreuses décisions le principe de la protection des droits des femmes enceintes en matière d'emploi, en particulier leur droit de retrouver le même emploi ou un emploi équivalent, avec des conditions qui ne soient pas moins favorables, et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elles auraient eu droit durant leur absence (par exemple CJCE 16.2.2006/affaire C-294/04, décision affirmant que le principe de l'égalité de traitement s'oppose à une législation nationale qui ne reconnaît pas à une salariée en congé de maternité les mêmes droits que ceux reconnus à d'autres lauréats d'un même concours de recrutement en ce qui concerne les conditions d'accès à la carrière de fonctionnaire en reportant son entrée en fonction à l'échéance de ce congé sans prendre en considération la durée dudit congé pour le calcul de l'ancienneté de service de cette salariée“).

La CEP•L estime néanmoins que si la salariée ne bénéficie que de manière rétroactive de l'amélioration des conditions de travail notamment en ce qui concerne sa rémunération, elle subit clairement un traitement moins favorable qu'un salarié qui n'est pas en congé de maternité, mais qui se trouve par ailleurs dans la même situation.

De ce fait, la CEP•L demande une modification subséquente du paragraphe 2 de l'article L.332-3 du Code du travail, tel que proposé par l'article 3 du projet de loi.

Elle propose de libeller ce paragraphe comme suit: „(2) *La période du congé de maternité est prise en compte pour la détermination des droits liés à l'ancienneté. La femme salariée conserve en outre le bénéfice de tous les avantages qu'elle avait acquis avant le début du congé de maternité et elle bénéficie pendant le congé de maternité de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait droit pendant son absence.*“

31ter. Précisons que l'article 11 (relatif aux droits liés au contrat de travail), point 2 de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, exige qu'au cours du congé de maternité, soient assurés:

- les droits liés au contrat de travail des travailleuses en congé de maternité (par exemple CJCE 18.3.2004/affaire C-342/01, décision affirmant le droit pour une salariée de pouvoir bénéficier de son congé annuel, en l'espèce fixé par accord collectif pendant son congé de maternité, à une période distincte de son congé de maternité)
- le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate; une telle prestation est jugée adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé, dans la limite d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales.

Au Luxembourg, la salariée touche pendant son congé de maternité une indemnité pécuniaire de maternité qui est identique à l'indemnité pécuniaire de maladie (article 25, point 5 du Code des Assurances Sociales (CAS)).

Il résulte des dispositions de l'article 10 du Code des assurances sociales que l'indemnité pécuniaire de maternité (de même que l'indemnité pécuniaire de maladie) est calculée par référence à la rémunération brute que l'assurée aurait gagnée en cas de continuation du travail pendant le congé de maternité.

Ce principe est confirmé par l'article 185 des Statuts de l'Union des caisses de maladie (UCM).

L'article 186 des Statuts de l'UCM précise néanmoins, qu'en cas de travail au rendement ou à la tâche, en cas de rémunération instable, la rémunération servant de référence au calcul de l'indemnité pécuniaire de maternité est établie sur la moyenne des rémunérations touchées pendant les trois mois de calendrier précédant l'absence de la salariée. Pour les salariées dont la rémunération est fixée en pourcentage ou subit des variations saisonnières importantes, la rémunération de référence correspond aux douze mois de calendrier précédant l'absence pour cause de maternité.

Sous peine de discriminer les salariées absentes pour cause de maternité, la CEP•L estime qu'il incombe à l'employeur de prendre soin de déclarer correctement la rémunération de référence auprès de la Caisse de maladie préalablement au congé de maternité et de mentionner notamment l'augmentation de salaire dont sa salariée doit bénéficier pendant le congé de maternité. A défaut de prise en charge par l'assurance maladie-maternité, les augmentations en question seraient autrement à charge de l'employeur.

Quant aux situations visées par l'article 186 des Statuts de l'UCM, les éventuelles augmentations de salaire n'étant pas prises en charge par l'assurance maladie-maternité, il incombera à l'employeur de les prendre en charge sur base de l'article L.332-3 (2) nouveau du Code du travail.

Dans une décision du 13 février 1996, affaire No 342/93, la Cour de Justice des Communautés européennes avait en effet décidé que *„dans la mesure où le calcul des prestations versées pendant le congé de maternité, est fondé sur un salaire perçu par le travailleur féminin avant le début du congé de maternité, leur montant devra intégrer (même de manière rétroactive), à partir de leur entrée en vigueur, les augmentations de salaires intervenues entre le début de la période couverte par les salaires de référence et la fin du congé de maternité. En effet exclure le travailleur féminin d'une telle augmentation pendant son congé de maternité le discriminerait en sa seule qualité de travailleur puisque, si elle n'avait pas été enceinte, la femme aurait perçu le salaire augmenté.“*

31quater. Relevons encore une problématique issue de l'article 25 de notre Code des assurances sociales. Depuis sa dernière modification par la loi du 1er août 2001 concernant la protection des salariées enceintes, accouchées et allaitantes, le point 5 de cet article (stipulant que l'indemnité pécuniaire de maternité est égale à l'indemnité pécuniaire de maladie) fixe le principe de l'interdiction du cumul de l'indemnité pécuniaire de maternité avec l'indemnité pécuniaire de maladie, ainsi qu'avec un autre revenu professionnel.

On peut lire dans les travaux préparatoires de cette loi, que le problème du cumul des prestations de maternité avec un revenu professionnel se pose exclusivement pour les femmes non salariées. En effet depuis une loi du 27 juillet 1992, les femmes non salariées bénéficient aussi des indemnités pécuniaires de maternité. Or, étant donné que l'interdiction de travailler pendant le congé de maternité, ancrée dans la loi de 2001 relative à la protection de la femme enceinte, accouchée et allaitante, s'applique exclusivement aux femmes liées par un contrat de travail, il fallait interdire pour les travailleuses non salariées le cumul des indemnités pécuniaires de maternité avec un revenu professionnel mensuel.

L'article 25 du CAS ne vise donc pas du tout la rémunération au sens large de la femme salariée, mais exclusivement le revenu professionnel des non-salariées.

Certains employeurs, tentés d'interpréter la notion de revenu professionnel au sens large, refusent néanmoins le paiement d'une gratification à la femme salariée pendant son congé de maternité en invoquant l'interdiction de cumul de l'article 25 point 5 du CAS, nonobstant le paiement d'une telle gratification à tous les autres salariés de son entreprise.

Une telle application du texte en question est non seulement contraire à l'intention du législateur luxembourgeois, mais constitue clairement une discrimination au sens aussi bien de la législation communautaire que de la jurisprudence de la CJCE relevée ci-dessus.

La CEP•L demande par conséquent au législateur de profiter du présent projet de loi pour reformuler l'article 25 point 5 du CAS de manière plus précise et d'éviter ainsi toute possibilité de discrimination par une interprétation erronée du texte.

La CEP•L propose de libeller le point 5 de l'article 25 du CAS de la manière suivante: *„L'indemnité pécuniaire de maternité est égale à l'indemnité pécuniaire de maladie. Elle ne peut être cumulée avec celle-ci, ni avec un autre revenu professionnel tiré d'une activité professionnelle non salariée.“*

32. Le projet étend en outre l'ensemble des mesures visant à protéger la femme salariée en congé de maternité résultant des articles L.332-3, L.332-4 (droit de démissionner sans préavis à l'issue du congé et priorité de réembauchage) et 337-1 à 338-1 CT (notamment protection contre le licenciement), aux salariés bénéficiaires d'un congé d'accueil.

33. La CEP•L approuve ces mesures.

9. Insuffisance à l'égard de la directive 2002/73/CE

34. L'article 7 de la directive 2002/73/CE stipule que *„Tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CE constitue une discrimination au sens de la présente directive.“*

Or, ni notre législation nationale existante, ni le projet de loi, ne prévoit une telle règle.

La CEP•L demande partant au législateur d'inclure une telle disposition dans le projet de loi.

Qualifier et sanctionner clairement dans la loi une discrimination liée à l'état de grossesse ou au congé de maternité d'une salariée, est d'autant plus important qu'il est de notoriété que souvent les salariées se trouvent confrontées d'un jour à l'autre à des relations de travail difficiles dès le moment où leur état de grossesse est révélé.

34bis. Dans ce contexte la CEP•L tient à rendre le législateur attentif à une inégalité de traitement ancrée dans notre législation. Cette inégalité de traitement concerne la protection du salarié contre le licenciement en cas de maladie édictée par l'article L.121-6 du Code du travail (ancien article 35 de la loi de 1989 sur le contrat de travail).

Tout comme pour le salarié-délégué du personnel, cette protection ne saurait jouer lorsque l'employeur prononce une mise à pied, voire demande la résiliation du contrat de travail pour faute grave commise par une salariée enceinte sur base de l'article L.337-1(2) du Code du travail.

En ce qui concerne les salariés-délégués du personnel, la Cour d'Appel s'est en effet prononcée dans une affaire en date du 1er juillet 1993 (No 13971 du rôle) dans les termes suivants: *„Les premiers juges ont correctement analysé que la mise à pied prononcée conformément à l'article 34(2) de la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel, ne constitue pas un licenciement, mais une suspension provisoire des obligations respectives de l'employeur et du salarié-délégué en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur demande en résolution du contrat de travail à présenter par l'employeur. L'article 35 de la loi du 24 mai 1989, qui suspend le droit de l'employeur de résilier un contrat d'emploi pendant la maladie du salarié, n'est pas applicable à la situation visée à l'article 34(2) de la loi du 18 mai 1979. Il ne vise que l'hypothèse d'un licenciement proprement dit ou de la convocation à un entretien préalable en vue d'un licenciement définitif“.*

Suivant la jurisprudence susmentionnée, les hypothèses de mise à pied et de résiliation judiciaire du contrat de travail ne sont donc pas visées par les dispositions protectrices de l'article L.121-6 CT.

La femme enceinte, au même titre que le délégué du personnel, ne bénéficie donc pas pendant sa maladie d'une protection contre la résiliation judiciaire de son contrat de travail pour faute grave, contrairement à tout autre salarié, qui lui est protégé contre la résiliation de son contrat de travail par l'employeur même pour cause de faute grave pendant sa maladie.

La loi elle-même est ici à l'origine d'un traitement moins favorable de ces deux catégories de salariés (salariées enceintes et salariés-délégués du personnel) comparé aux autres salariés placés dans la même situation, à savoir celle de la protection contre la résiliation de leur contrat de travail pour faute grave pendant la maladie.

La CEP•L demande partant au législateur d'intervenir, cela d'autant plus qu'en ce qui concerne les salariées enceintes, la directive 2002/73/CE dispose dans son article 7 que „*Tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CE constitue une discrimination au sens de la présente directive.*“.

La CEP•L propose ainsi au législateur d'ajouter à l'article L.121-6(3) un nouvel alinéa deux, libellé comme suit: „*L'interdiction visée au paragraphe précédent s'applique également aux hypothèses visées aux articles L.337-1(2) et L.415-11(2).*“

35. La CEP•L se demande en outre si les exigences posées par l'article 8 quinquies de la directive sont satisfaites par le présent projet de loi.

Cet article demande en effet aux Etats membres de déterminer un régime de sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées conformément à la directive et leur demande de prendre toute mesure nécessaire pour assurer l'application de ces sanctions. Ces sanctions doivent en outre être effectives, proportionnées et dissuasives.

Le législateur national prévoit comme sanctions:

- la nullité des dispositions écrites contraires au principe de l'égalité de traitement,
- la nullité de toute disposition ou acte subi par un travailleur en raison d'un refus ou d'une protestation suite à un acte ou comportement contraire au principe de l'égalité de traitement,
- une amende à charge de l'employeur qui contrevient dans une annonce de recrutement au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

La CEP•L se demande si ce régime de sanction est suffisant au regard des exigences de la directive? Ne faudrait-il pas prévoir des sanctions plus dissuasives et notamment sanctionner tous les cas de non-respect par l'employeur du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes par une amende?

10. Transposition de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre 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)

35bis. La directive 2006/54/CE a pour objet d'augmenter la transparence et la clarté de la législation sur l'égalité de traitement et prévoit de ce fait le regroupement des dispositions des directives sur l'accès à l'emploi, l'égalité salariale, la sécurité sociale professionnelle et la charge de la preuve en un seul texte cohérent, exempt de toute définition contradictoire.

En vigueur depuis le 22 août 2006, la directive 2006/54/CE prévoit l'abrogation des directives 75/117/CEE (égalité de rémunération), 76/207/CEE (égalité de traitement), 86/378/CEE (égalité dans les régimes professionnels de sécurité sociale) et 97/80/CE (charge de la preuve), pour le 15 août 2009 et accorde un délai de transposition jusqu'au 15 août 2008 aux Etats membres.

La directive 2006/54/CE n'innovant que sur quelques points (égalité de rémunération, régimes professionnels de sécurité sociale, obligation générale pour les Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour que soient supprimées toutes dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement), la CEP•L espère que sa transposition soit très prochainement réalisée.

*

36. Sous des réserves des remarques et contestations formulées ci-dessus, la CEP•L marque son accord au présent projet de loi.

Luxembourg, le 7 juin 2007

Pour la Chambre des Employés Privés,

Le Directeur,
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

