

# **L'EGALITE DES REMUNERATIONS ET DES CONDITIONS DE TRAVAIL**

**VERS LA MISE EN OEUVRE UNIFORME ET DYNAMIQUE DE LA LEGISLATION D'ANTI-DISCRIMINATION DE  
L'UE: LE ROLE DES ORGANISMES SPECIALISES  
RAPPORT DE LA TROISIEME REUNION D'EXPERTS, ACCUEILLIE PAR LA COMMISSION POUR L'EGALITE DE  
TRAITEMENT NEERLANDAISE - LES 23 ET 24 JUIN 2003**

*L'égalité des rémunérations et des conditions de travail* constitue la troisième d'une série de sept publications s'inscrivant dans le cadre du projet "Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE: le rôle des organismes spécialisés", qui bénéficie du soutien du Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006). Les autres publications de cette série sont:

*Prouver la discrimination* (ISBN no. EN: 2-9600266-7-5; FR: 2-9600266-8-3) et *Protection contre la discrimination et égalité entre les sexes - comment répondre à ces deux exigences* (ISBN no. EN: 2-9600266-9-1; FR: 2-930399-00-7)

Les partenaires de ce projet sont :

La Commission pour l'égalité de traitement  
*Commissie Gelijke Behandeling*  
P.O. Box 16001  
NL-3500 DA Utrecht  
Tél. +31 30 888 3888  
Fax +31 30 888 3883  
info@cgb.nl  
www.cgb.nl

La Commission pour l'égalité raciale  
*Commission for Racial Equality*  
St Dunstan's House  
201-211 Borough High Street  
Londres SE1 1GZ, Royaume-Uni  
Tél. +44 20 7939 0000  
Fax +44 20 7939 0001  
info@cre.gov.uk  
www.cre.gov.uk

Le Médiateur/Ombud pour l'égalité des chances dans l'emploi  
*Anwältin für Gleichbehandlungsfragen*  
Judenplatz 6  
A-1010 Vienne  
Tél. +43 1 532 0244  
Fax +43 1 532 0246  
gaw@bmsg.gv.at

La Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord  
*Equality Commission for Northern Ireland*  
7-9 Shaftesbury Square  
Belfast BT2 DP, Royaume-Uni  
Tél. +44 28 90 500 600  
Fax +44 28 90 248 687  
information@equalityni.org  
www.equalityni.org

Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme  
*Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme / Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*  
Rue Royale 138  
B-1000 Bruxelles  
Tél. +32 2 23123000  
Fax +32 2 2123030  
centre@cntr.be  
www.antiracisme.be

Le Médiateur/Ombudsman contre la discrimination ethnique  
*Ombudsmannen mot etnisk diskriminering*  
Katarina Bangata 79  
SE-116 42 Stockholm  
Tél. +46 8 556 095 00  
Fax +46 8 556 095 01  
do@do.se  
www.do.se

L'Autorité pour l'égalité  
Equality Authority  
Clonmel Street  
Dublin 2, Irlande  
Tél. +353 1 4173333  
Fax +353 1 4173366  
info@equality.ie  
www.equality.ie

Le Migration Policy Group  
205 Rue Belliard, Box 1  
B-1040 Bruxelles  
Tél. +32 2 230 5930  
Fax +32 2 280 0925  
info@migpolgroup.com  
www.migpolgroup.com

Directeur de projet : Marcel Zwamborn, membre suppléant de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise. Les points de vue exprimés dans la présente publication ne sont pas nécessairement partagés par tous les partenaires du projet.

Editeur: Janet Cormack, Migration Policy Group  
ISBN No.: 2-930399-02-3

La présente publication est également disponible en anglais : ISBN No. 2-930399-01-5

© 2004 Partenaires du projet "Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE : le rôle des organismes spécialisés"

2	INTRODUCTION EDITH BRONS, VICE-PRESIDENTE, COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT
4	EGALITE DE REMUNERATION: EXPERIENCES DE LA COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT JANNY DIERX, EDITH BRONS & SIEBRAND BISSCHOP
20	RENFORCEMENT DES EFFETS DE LA LEGISLATION COMMUNAUTAIRE SUR L'EGALITE DE REMUNERATION OU POURQUOI LES NORMES FIXEES EN MATIERE D'EGALITE DES REMUNERATIONS ONT UN FAIBLE IMPACT SUR L'ECART SALARIAL EXISTANT SUR LE MARCHE DU TRAVAIL DE L'UE DR. ALBERTINE G.VELDMAN
32	LA DISCRIMINATION INDIRECTE FONDEE SUR LE SEXE AU NIVEAU DE LA REMUNERATION ET DES CONDITIONS DE TRAVAIL: L'APPLICATION D'UN CONCEPT POTENTIELLEMENT DYNAMIQUE DR. SUSANNE BURRI
48	EGALITE DES REMUNERATIONS POUR UN TRAVAIL DE VALEUR EGALE: LE ROLE DES SYSTEMES D'EVALUATION DES FONCTIONS SIEBRAND BISSCHOP
62	LES CRITERES JURIDIQUES DE LA CJCE PORTANT SUR L'EGALITE DE VALEUR CONVIENNENT-ILS AU TRAVAIL EFFECTUE DANS LA PRATIQUE? EVERT JAN HENRICHS
70	L'INEGALITE DES REMUNERATIONS DANS DES CAS DE DISCRIMINATION FONDEE SUR LA RACE OU SUR LE SEXE: MEMES PROBLEMES, MEMES RECOURS? DICK HOUTZAGER
78	LE CAS DES FEMMES SERAIT-IL PLUS FACILE A TRAITER? UNE COMPARAISON ENTRE DES LITIGES EN MATIERE DE DISCRIMINATION FONDEE SUR LE SEXE ET SUR LA RACE EN HONGRIE LILLA FARKAS
86	COMMENTAIRES ET DISCUSSION
90	PROGRAMME
92	PARTICIPANTS

# INTRODUCTION

EDITH BRONS, VICE-PRESIDENT, COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT

La présente publication apporte des informations sur la troisième réunion d'experts d'une série de sept réunions organisées dans le cadre du projet appelé "Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE: le rôle des organismes spécialisés". Tant la Directive d'égalité raciale (Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000) que la Directive modifiant la Directive d'égalité entre hommes et femmes (Directive 2002/73/CE, modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil) requièrent que les Etats membres de l'UE désignent des organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement. Le projet susmentionné doit être considéré en tenant compte du fait que tous les organismes spécialisés sont tenus d'adhérer à la loi d'anti-discrimination européenne. Ce projet a été lancé par plusieurs organismes nationaux luttant pour l'égalité, parmi lesquels la "Commissie gelijke behandeling" néerlandaise, nommée ci-après la Commission pour l'égalité de traitement ("la Commission"). Cette dernière a été invitée à diriger le projet, lequel bénéficie du soutien du Programme d'action de lutte contre la discrimination des Communautés européennes.

Cette troisième réunion d'experts a été accueillie par la Commission à Utrecht, siège de l'évêque d'Utrecht au Moyen-âge, les 23 et 24 juin 2003. La Commission a choisi pour thème de cette réunion "L'égalité des rémunérations et des conditions de travail" en raison de sa grande expérience en la matière. Comme nous le savons tous, l'égalité des rémunérations constitue l'une des plus anciens sujets de l'histoire de la lutte contre la discrimination. En 1951 déjà, le Traité de l'OIT n°100 intégrait l'idée de l'égalité des rémunérations d'un travail de valeur égale pour les hommes et les femmes, comme l'a fait la Charte sociale européenne dans sa Article 4, paragraphe 3, et la Convention de l'ONU pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de (CEDEF), Article 11, paragraphe 1d). En ce sens, le droit à l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale peut être considéré comme un droit humain. Dans le contexte européen, ce droit a également été reconnu depuis assez longtemps, dans le Traité de Rome de 1957, en Article 119 (actuellement 141) du Traité CE, ainsi que dans la première directive sur l'égalité de rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins 75/117/CEE du 10 février 1975, et dans d'autres ensuite. Aux Pays-Bas, le point de départ a été la mise en œuvre de cette directive par la Loi sur l'égalité de traitement (LET) de 1975.

Les Pays-Bas connaissent une longue tradition des systèmes d'évaluation des fonctions, un outil de base destiné à comparer des emplois et à vérifier s'il n'existe pas de facteurs discriminatoires dans la fixation des salaires. Cela a joué un rôle important dans l'acquisition d'expérience de la Commission néerlandaise. C'est en vain que l'on recherchera une tradition comparable dans bon nombre d'autres pays.

Des conférenciers d'exception, présidés avec compétence par Ina Sjerps, ancienne directrice de la Commission pour l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins, se sont livrés à des présentations hautement informatives, exposant les principales questions relatives à l'égalité des rémunérations. Actuellement, Ina Sjerps est secrétaire générale du Collège des Questions d'emploi de l'Association néerlandaise pour les Conseils Urbains (VNG). Elle joue un rôle important dans les conventions collectives conclues entre les instances publiques locales et leurs fonctionnaires. Irene Asscher-Vonk, professeur à l'Université de Nimègue, a présenté un excellent discours d'ouverture. Siebrand Bisschop, expert en évaluation des emplois de la Commission, et Albertine Veldman, chargée de cours à l'Université d'Utrecht, ont expliqué respectivement les aspects techniques et juridiques de questions portant sur la façon de déterminer l'équivalence des emplois et sur le rôle des systèmes d'évaluation des fonctions. Beverley Jones, avocate à Belfast, et Evert-Jan Henrichs, avocat à Amsterdam, ont expliqué la valeur pratique et la pertinence des critères juridiques pour un travail de valeur égale. Susanne Burri, chargée de cours à l'Université d'Utrecht, du département de l'Égalité entre les sexes et la Loi, et Muriel Dalgliesh, spécialiste en égalité des rémunérations auprès de la FNV, un syndicat néerlandais, ont discuté du concept de la discrimination indirecte dans les questions d'égalité de rémunérations. Dick Houtzager, juriste auprès du *Landelijk bureau voor racismebestrijding* (LBR), une ONG néerlandaise contre le racisme, et Lilla Farkas, une avocate hongroise, ont discuté de la question de savoir si les concepts qui ont été élaborés en matière de discrimination fondée sur le sexe peuvent être transposés à la discrimination fondée sur la race en matière d'égalité des rémunérations. Pour conclure, Yvonne Telenga, ancienne juge et membre suppléant de la Commission, et moi-même nous sommes livrées à une comparaison de quelques affaires qui ont été jugées à la fois par la Commission, dans son rôle quasi-judiciaire, et par les tribunaux. Nous avons également tenté d'expliquer la source des différences observées dans les résultats de leurs jugements.

Nous avons été heureux d'accueillir à Utrecht tous les conférenciers et participants venus de toute l'Europe et nous les remercions pour leurs contributions à cet événement et à la présente publication.

# **EGALITE DES REMUNERATIONS: EXPERIENCES DE LA COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT**

**JANNY DIERX, ANCIEN MEMBRE DE LA COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT,  
EDITH BRONS, VICE-PRESIDENTE, COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT ET SIEBRAND  
BISSCHOP, SPECIALISTE EN MATIERE D'EVALUATION DES FONCTIONS, COMMISSION POUR  
L'EGALITE DE TRAITEMENT**

1. Introduction
2. La législation sur l'égalité de traitement aux Pays-Bas
  - 2.1 La Loi sur l'égalité de traitement (LET)
  - 2.2 La Loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins sur le lieu de travail (ETMF)
  - 2.3 La Loi sur le traitement différencié au niveau des heures de travail (LHT)
  - 2.4 Autre législation
3. Sujets choisis parmi les pratiques de la Commission en matière d'égalité des rémunérations
  - 3.1 Enquête-type sur l'égalité des rémunérations
  - 3.2 Différences entre les méthodes de recherche utilisées dans des affaires d'inégalité des rémunérations fondée sur le sexe et sur la race
  - 3.3 Résultats généraux des affaires d'inégalité des rémunérations
  - 3.4 Prévention et recours collectifs
  - 3.5 Recherche d'un recours collectif à l'écart salarial dans l'enseignement
  - 3.6 Actions collectives pour l'égalité des rémunérations
4. La Commission et le juge
5. Conclusions

## 1. INTRODUCTION

Au cours des années 1990, les Pays-Bas ont connu un déplacement de l'objectif politique, glissant de l'égalité sexuelle dans le marché du travail vers les politiques visant l'obtention d'un équilibre entre vie professionnelle et vie familiale. Le gouvernement de 1998-2002 a reporté une part de son attention vers des politiques qui remettaient en cause l'inégalité des rémunérations en 2000.<sup>1</sup> Cette attention renouvelée a été bien accueillie par la Commission pour l'égalité de traitement.

En moyenne, l'écart salarial entre hommes et femmes a fluctué entre 23 et 25% au cours de ces 25 dernières années.<sup>2</sup> Les derniers chiffres d'Eurostat à ce sujet montrent que l'écart entre hommes et femmes à cet égard était de 21% en 1999, ce qui indique une légère réduction de l'écart.<sup>3</sup> Comme c'est le cas dans d'autres pays, il existe une discussion portant sur le fait de savoir dans quelle mesure l'inégalité de traitement et l'inégalité des rémunérations contribuent à l'écart salarial, ceci afin de déterminer les possibilités de réparations par le biais de politiques et de lois à finalité égalitaire. Comme dans la plupart des pays européens, l'élaboration d'une législation traitant de l'égalité des rémunérations s'est vue fortement influencée par le droit des Communautés européennes, y compris les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du Luxembourg (CJCE).

Dans la section 2 du présent article, on trouvera un aperçu général du droit national néerlandais relatif à l'égalité de traitement au niveau des conditions de travail et de rémunération. La section 3 se penche sur les

<sup>1</sup> Programme de lutte contre l'inégalité des rémunérations (Plan van Aanpak gelijke beloning), TK 27099 (Parlement, Seconde Chambre).

<sup>2</sup> Commission européenne, l'emploi en Europe 1999, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes 1999.

<sup>3</sup> Voir [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

pratiques de la Commission en matière d'égalité des rémunérations et commente l'objectif de la Commission visant le renforcement d'une amélioration collective dans le domaine de l'inégalité des rémunérations et la section 4 la relation entre la Commission et les tribunaux.

## 2. LA LEGISLATION SUR L'EGALITE DE TRAITEMENT AUX PAYS-BAS

### 2.1 La Loi sur l'égalité de traitement (LET) <sup>4</sup>

Le principe de l'égalité de traitement a été introduit en 1983 dans la constitution néerlandaise. Conformément à l'Article 1 de la Constitution, toutes les personnes vivant aux Pays-Bas devraient être traitées identiquement dans des circonstances identiques et les distinctions fondées sur la religion, les convictions, l'opinion politique, la race, le sexe ou tout autre motif sont interdites. Les principes de l'égalité de traitement et de non-discrimination s'appliquent, tout comme la loi des droits humains, à la relation entre le gouvernement et la personne. L'Article 1 n'est pas directement applicable aux actions entre citoyens. A la différence de l'Allemagne, il n'existe pas de Tribunal constitutionnel fédéral aux Pays-Bas mais la Constitution impose au pouvoir judiciaire l'obligation d'interpréter la législation nationale conformément au droit exécutoire international.

La Loi sur l'égalité de traitement de 1994 prévoit l'instauration d'une Commission pour l'égalité de traitement investie des pouvoirs d'enquête, de médiation et de jugement. La Commission est un organisme indépendant comptant neuf membres et plusieurs membres suppléants. La Commission fait partie intégrante de la structure nationale. La responsabilité du gouvernement en matière d'égalité de traitement s'exprime également par l'instauration de cette Commission. En agissant de la sorte, le gouvernement a fixé une norme qui permet aux plaignants potentiels d'engager des poursuites, sans renier, par exemple, la responsabilité des partenaires sociaux au niveau des négociations collectives ou la compétence du pouvoir judiciaire.

### 2.2 La Loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins sur le lieu de travail (ETMF)

Avant l'instauration de la LET, il existait une législation sur l'égalité de traitement qui protégeait les employés féminins contre le traitement différencié. Outre la LET, la Loi de 1989 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes est toujours en vigueur. Les dispositions relatives au traitement différencié fondé sur le sexe ont été partiellement intégrées dans la section de législation du travail du Code civil. Elle fonctionne comme une *lex specialis* par rapport à la LET. Elle a donc priorité sur la LET. La Loi ETMF de 1989 donne, par exemple, plus de dispositions détaillées sur la constitution d'une affaire d'égalité de rémunération. Ces dispositions ont suivi l'adoption des Directives 75/117 et 76/207 du Conseil.<sup>5</sup>

### 2.3 La Loi sur le traitement différencié au niveau des heures de travail (LHT)

Depuis le 1er novembre 1996, la loi a également interdit la discrimination fondée sur les heures de travail, à moins que la distinction ne soit objectivement justifiée.<sup>6</sup> Avant la Loi de 1996, les affaires relatives aux violations des droits des travailleurs à temps partiel devaient être interprétées comme une discrimination indirecte à l'égard des femmes, suite à la jurisprudence de la doctrine *Bilka/Weber* développée par la CJCE.<sup>7</sup> La violation devait être étayée par des preuves statistiques montrant les effets disproportionnés sur les travailleurs de sexe féminin. La principale règle en vigueur actuellement veut que la partie lésée doive prouver qu'elle a subi un désavantage ou un dommage par rapport à une personne travaillant un nombre d'heures différent (par semaine, par mois ou par année). La règle de base est que le travailleur à temps partiel a droit à une proportion des conditions de travail,

<sup>4</sup> Le texte intégral de la Loi sur l'égalité de traitement peut être téléchargé à partir de la page en version anglaise de notre site Internet [www.egb.nl](http://www.egb.nl).

<sup>5</sup> Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 sur le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO L 45 du 19 février 1975, p. 19 et 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 en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40.

<sup>6</sup> Loi relative au traitement différencié sur la base des heures de travail (*Wet onderscheid op grond van arbeidsduur WOA*) Stb. 391.

<sup>7</sup> Affaire 170/84 *Bilka-Kaufhaus contre Weber von Hartz* [1986] ECR, 1607 et CJCE 13 juillet 1989; Affaire 171/88, *Rinner-Kühn contre FWW Spezial Gebäudereinigung* [1989] ECR 1989, 2743; Affaire C 184/89, *Nimz contre Freie und Hansestadt Hamburg* [1991] ECR I-313.

à moins que cela ne soit impossible. A titre d'exemple, on peut prendre le cas d'un travailleur à temps partiel qui travaille cinq heures par jour et qui voit ses frais de déplacement remboursés au pro rata. Cela ne serait pas équitable compte tenu du fait qu'il aurait pourtant exactement les mêmes frais de déplacement qu'un travailleur à plein temps. Un autre exemple serait celui d'un travailleur à temps partiel qui ne bénéficierait pas d'avantages comparables en se voyant accorder la moitié des avantages d'une voiture en crédit-bail. D'autres options doivent être envisagées dans de tels cas. S'il est possible d'établir l'existence d'un désavantage en matière d'heures de travail, la violation peut être légitime, pourvu que l'autre partie présente une justification objective. La loi suit la vérification de la justification objective formulée par la CJCE dans sa jurisprudence.

## 2.4 Autre législation

Une loi sur le droit à l'adaptation des heures de travail est entrée en vigueur aux Pays-Bas le 1er juillet 2000.<sup>8</sup> Bien qu'elle ne soit pas directement liée à l'égalité de traitement, il est probable que ce seront surtout les femmes qui demanderont une adaptation de leurs heures de travail afin de pouvoir concilier leurs tâches ménagères et leurs prestations professionnelles. Une législation supplémentaire visant à interdire les distinctions fondées sur les motifs du caractère ou du type de contrat de travail est entrée en vigueur le 22 novembre 2002.<sup>9</sup> Cette législation interdit le traitement différencié de personnes sous contrats flexibles ou temporaires par rapport à un personnel sous contrat à durée indéterminée. A la différence des distinctions fondées sur l'âge, la distinction fondée sur le handicap a été incorporée récemment aussi dans la loi d'anti-discrimination néerlandaise, notamment dans la Loi sur l'égalité de traitement fondée sur le handicap et la maladie chronique.<sup>10</sup>

## 3. SUJETS CHOISIS PARMIS LES PRATIQUES DE LA COMMISSION EN MATIERE D'EGALITE DES REMUNERATIONS

Une grande part de l'écart des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins provient du taux de concentration élevé de femmes parmi les bas salaires. Ce problème ne peut pas être remis en question en vertu de la législation actuelle sur l'égalité de traitement. La loi s'applique chaque fois que le niveau de rémunération est influencé par une discrimination indirecte, un traitement différencié au niveau des heures de travail, une application inéquitable des conditions de travail ou une inégalité de rémunération pour un travail de valeur égale. Ceci n'enlève rien au fait que, en moyenne, les niveaux des salaires perçus dans les sections du marché du travail dominées par les hommes sont plus élevés que ceux perçus dans les sections à prédominance féminine. D'autres politiques sont nécessaires si l'on veut améliorer cette situation. Il est assez frappant de voir que, jusqu'à présent, aucune recherche n'a été effectuée en vue d'enquêter sur l'égalité de valeur entre les postes à prédominance masculine et ceux à prédominance féminine et en vue d'analyser plus étroitement la nature et l'éventail des divers avantages. Pourtant, le Ministère néerlandais des Affaires sociales et de l'Emploi mène actuellement une enquête portant sur la nature et l'éventail de l'inégalité des rémunérations dans le secteur privé.

### 3.1 Enquête-type sur l'égalité des rémunérations

Les principales dispositions relatives à l'égalité des rémunérations entre les sexes sont établies dans les articles 7 - 9 de la Loi ETMF et sont appliquées par la Commission dans des études portant sur l'inégalité des rémunérations.

<sup>8</sup> Loi sur l'adaptation des heures de travail (Wet aanpassing arbeidsduur, WAA) Stb. 114.

<sup>9</sup> Loi du 7 novembre 2002 visant la transposition de la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. (Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd), Stb. 2002, 560, mentionnée par la Commission en tant que WOBOT.

<sup>10</sup> Wet van 3 april 2003 tot vaststelling van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, Stb. 206. Il existe également des dispositions juridiques qui couvrent l'égalité des chances en matière d'emploi pour les travailleurs handicapés (Article 3, Wet reïntegratie arbeidsgehandicapten) et les examens médicaux dans les demandes d'emploi, (Wet Medische Keuringen), voir aussi A. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Kluwer Deventer, 2000, Résumé, p. 301.

Dans une procédure d'enquête-type, la Commission:

- déterminera la période à prendre en considération;
- évaluera l'égalité de valeur des fonctions qui doivent être prises en considération;
- évaluera les normes des conditions appliquées généralement par l'employeur pour déterminer les salaires et
- examinera si et, le cas échéant, comment ces normes ont été appliquées dans le cas spécifique étudié (en ce qui concerne la partie demanderesse et les collègues avec lesquels elle se compare)

L'Article 8 de la Loi ETMF prévoit qu'il serait préférable que l'égalité de valeur soit évaluée à l'aide d'un système d'évaluation des fonctions qui soit fiable et, lorsque c'est possible, à l'aide du système appliqué par l'entreprise elle-même. Si l'on ne peut disposer d'un tel système – parce que l'employeur n'en applique pas et /ou que la convention collective n'en prescrit pas ou que le système ne semble pas fiable – la Commission opte généralement pour un système d'évaluation des fonctions qui correspond au type de travail dont il est question.

La Commission a développé un test avec plusieurs critères afin de déterminer si un système d'évaluation des fonctions est fiable.<sup>11</sup> Ces critères concernent:

- la cohérence de la méthode
- les protocoles relatifs aux profils de poste
- l'évaluation et la classification des caractéristiques des fonctions
- l'existence de documents de référence et de listes de fonctions afin de comparer l'évaluation et la classification des niveaux de fonctions
- la transparence du système
- la possibilité d'évaluer des facteurs clés tels que les connaissances, les responsabilités, les capacités et les conditions de travail spécifiques (telles que la charge physique et émotionnelle durant l'exécution de la fonction)
- la mise à jour régulière des méthodes et des descriptions de fonctions

L'interprétation par la Commission de l'arrêt *Rummeler*<sup>12</sup> de la CJCE est qu'un système d'évaluation des fonctions devrait se fonder sur une méthode analytique d'évaluation. Cela signifie que le système doit être en mesure d'évaluer les fonctions sur la base de chaque caractéristique concernée qui fait partie de la totalité des exigences nécessaires pour s'acquitter d'une fonction. Une méthode fondée sur la comparaison des descriptions de fonctions en tant qu'ensemble et qui ne compare pas les fonctions sur la base de leurs caractéristiques spécifiques ne sera pas acceptée comme fiable par la Commission.

### **3.2 Différences entre les méthodes de recherche utilisées dans les affaires d'inégalité des rémunérations fondée sur le sexe et la race**

La Loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins sur le lieu de travail (ETMF) décrit exactement comment des affaires traitant d'inégalité des rémunérations et de discrimination fondée sur le sexe doivent faire l'objet d'un examen. En vertu des Articles 7, 8 et 9 de cette Loi, le revenu de la partie plaignante doit être comparé à celui d'une personne du sexe opposé afin de découvrir si la Loi a été violée. Les salaires ne peuvent être comparés que si les fonctions sont de même valeur. La valeur de la fonction doit être déterminée par un bon système d'évaluation des fonctions. La rémunération est considérée comme étant la même si les mêmes normes ont été utilisées pour déterminer le montant des salaires.

<sup>11</sup> Voir par exemple *Commission 18 mai 1998, 1998-55*.

<sup>12</sup> *Affaire 237/85 Rummeler contre Dato Druck GmbH, [1986] ECR 2101*.

La Loi sur l'égalité de traitement (LET) est moins explicite que la Loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins sur le lieu de travail (ETMF) quant à la façon dont les affaires d'égalité des rémunérations devraient être examinées. L'Article 5 de la Loi sur l'égalité de traitement stipule qu'il est interdit d'agir de façon discriminatoire au niveau des conditions de travail mais ne dit pas comment ce point doit être déterminé.

Dans plusieurs affaires, la Commission a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'utiliser, pour des affaires relatives à des inégalités de rémunérations fondées sur le sexe, une méthode différente de celle utilisée pour des affaires traitant de motifs de race, de nationalité ou de tout autre motif quel qu'il soit. Cela pourrait donner l'impression qu'il n'existe pas de différence dans la façon dont la Commission examine les différents types de cas. Dans la pratique, une légère différence existe bien cependant. En vertu de la Loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins sur le lieu de travail, il suffit de comparer les revenus avec ceux d'un seul autre collègue. Mais la question consiste à savoir si l'on peut prétendre que l'employeur agit de façon discriminatoire simplement sur la base du fait qu'il existe une différence entre la rémunération d'un ressortissant néerlandais de race blanche et celle d'une personne d'autre race ou nationalité. Comme il est impossible de répondre simplement à cette question en ces termes, dans les affaires de discrimination fondée sur la nationalité ou la race, la Commission étudie également toutes les différences structurelles de rémunérations entre les différentes catégories d'employés. Un diagramme est alors dressé, comportant une courbe salariale différente pour chaque catégorie de travailleurs (par exemple, des courbes différentes pour les travailleurs d'origine marocaine et pour les travailleurs d'origine néerlandaise). Ce diagramme comporte également une courbe salariale moyenne de tous les travailleurs. Ces courbes salariales montrent la relation entre le niveau de la fonction et le niveau salarial par catégorie de travailleurs (parfois avec une "correction" en raison de la situation spécifique des travailleurs). En principe, les courbes salariales corrigées ne devraient pas présenter de différences. En créant une courbe salariale séparée pour le/la plaignant(e) et le travailleur (ou les travailleurs) avec lequel/lesquels il/elle compare sa rémunération, on peut déterminer s'il existe des différences structurelles ou individuelles de rémunération entre certaines catégories de travailleurs. Cette méthode aide la Commission à déterminer si l'on est en présence ou non d'une inégalité des rémunérations fondée sur la race ou la nationalité.

### **3.3 Résultats généraux des affaires d'inégalité des rémunérations**

Les avis de la Commission concernant l'inégalité des rémunérations sont devenus une source d'informations intéressante pour ce qui concerne la nature et les origines de l'inégalité des rémunérations. Bon nombre de titres des avis de la Commission sont désormais rassemblés dans la "Liste de vérification de l'égalité des rémunérations" que la Fondation néerlandaise des organisations des employeurs et travailleurs distribuent à leurs membres.

Beaucoup d'affaires portées devant la Commission reflètent les désavantages que connaissent les femmes lorsqu'elles tentent de négocier leurs conditions de travail.<sup>13</sup> Il se peut que ces désavantages ne soient pas réparés au début ou soient indemnisés plus tard. L'attention portée dans l'enseignement aux compétences de négociation, par exemple, constituerait un investissement qui serait immédiatement payant au moment d'arriver sur le marché de l'emploi. L'écart salarial du départ peut même s'amplifier encore au cours de la période active si des augmentations salariales périodiques sont accordées en pourcentage du niveau de rémunération atteint (contrairement à une augmentation fixe selon une table des traitements). La jurisprudence montre aussi qu'un employé féminin présente plus de probabilités de se trouver en face d'un employeur qui nourrit de "plus hautes attentes" d'un travailleur masculin que d'un travailleur féminin. La Commission soutiendra que les performances effectives constituent une norme objective pour justifier des différences alors que les attentes ultérieures ne le sont pas.

<sup>13</sup> Par exemple, Commission 2002-62.

On peut citer comme cas type d'inégalité salariale standard celui d'un employeur qui tend à ne pas appliquer toutes les conditions salariales de manière comparable à l'égard de tous ses employés. Dans la majeure partie des cas, les employés découvrent de telles disparités par hasard. Habituellement, l'employeur proposera une explication de son comportement. Une explication généralement avancée sera de prétexter le faible niveau de performances de la plaignante. La Commission demandera dans ce cas une preuve tangible d'une telle allégation. Lorsque l'employeur avancera pour explication la formation éducative ou la force physique, la Commission évaluera la façon dont ces éléments affectent réellement les performances.

La justification d'avantages en nature se fonde parfois sur le marché du travail. Il arrive que des employeurs affirment, par exemple, qu'un travailleur a plus de valeur en raison de la situation sur le marché du travail. La Commission demande des informations objectives concernant les chiffres du marché du travail qui justifient les rémunérations déterminées par le marché. Si les pénuries sont temporaires, l'employeur peut éprouver des difficultés à maintenir ses inégalités salariales.<sup>14</sup> Dans notre jurisprudence, nous observons également que les hommes parviennent mieux à maintenir des conditions salariales profitables après rétrogradation à un poste de valeur moindre. Les femmes tendent à ne pas recevoir autant d'avantages en nature (telle qu'une formation, un véhicule ou un téléphone mobile) que les hommes.

Il va sans dire qu'une source caractéristique de l'inégalité de rémunération réside dans la différence de classification des fonctions qui s'avèrent être pourtant de même valeur. La jurisprudence de la Commission révèle une grande créativité dans les profils de poste qui cherchent à distinguer un poste de travail d'un autre ou à distinguer le niveau ou le degré de responsabilité des postes en question. Comme indiqué dans la section 3.1, l'égalité de valeur est ordinairement évaluée à l'aide d'un système d'évaluation des fonctions. Habituellement, dans les affaires les postes à caractéristiques comparables sont contestés, bien qu'en certaines occasions la Commission ait évalué les descriptions de la fonction de secrétaire par rapport à celle d'un conducteur de bulldozer et à celle d'un électricien. Elle a pu prouver que ces fonctions étaient de valeur égale mais ce n'est pas toujours le cas. Certaines des actions intentées pour inégalité des rémunérations se révéleront non fondées.

Conformément aux récentes Directives de la CE, la législation prévoit un déplacement de la charge de la preuve vers la partie défenderesse dans des cas de discrimination motivée par le sexe. Le déplacement de la charge de la preuve a été couramment pratiqué par la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise dans des affaires de discrimination quels qu'en soient les motifs, même avant la Directive relative à la charge de la preuve de 1997 et celles de l'Article 13 de 2000. La Commission a invoqué la jurisprudence de la CJCE, qui avait déjà établi une doctrine sur le déplacement de la charge de la preuve.<sup>15</sup> C'est ainsi, par exemple, que, si la partie demanderesse soutient que la distinction fondée sur le sexe a constitué la raison d'un refus de promotion et qu'elle peut prouver que ses états de service répondaient suffisamment aux exigences posées en cette matière, la partie défenderesse est tenue de fournir une preuve attestant que d'autres raisons pertinentes ont justifié ladite décision. La Commission considère généralement que le risque de ne pas disposer, par exemple, d'un système salarial fondé sur des principes, des réglementations et des critères clairs, relève de l'employeur. Si l'employeur ne peut clarifier ses décisions d'une manière adéquate, on supposera qu'il y a violation de la loi.

<sup>14</sup> Par exemple *Commission 2000-22 et 45, 1999-27, 1998-140 et 146, 1997-05 et 09, 1996-31, 46 et 71.*

<sup>15</sup> Voir notamment *Affaire C-109/88 Danfoss [1989] ECR 3199.*

### 3.4 Prévention et recours collectifs

Le vaste éventail de sources d'inégalité des rémunérations révèle une insistance sur les circonstances individuelles des affaires. Habituellement, l'on relève une association de différentes sources d'inégalité de rémunérations dans le cas individuel. En maintes circonstances, cet élément rend difficile tout recours à des intérêts collectifs par l'intermédiaire de cas individuels. Dans la pratique, l'on voit que l'employeur indemnisera les dommages dans le cas individuel mais n'aura pas tendance à se concentrer sur des changements de pratique en vue de prévenir une répétition ultérieure de la situation. Cela explique partiellement la lente évolution que connaît la réduction de l'écart salarial et l'impact relativement faible de l'expérience acquise à partir des cas individuels. Le besoin d'action pourrait se voir accentué par le simple calcul du montant chiffré que représente l'écart salarial en moyenne nationale. Un écart de 23 % en moyenne représente une somme d'argent énorme. Une simple réduction de l'écart, de l'ordre d'un ou deux pour cent, se traduira en millions d'euros. Si l'on veut réduire l'écart salarial moyen, il faudrait réserver ou consacrer un budget à cette fin, ce qui n'est généralement pas le cas. C'est la raison pour laquelle il conviendrait d'intensifier l'obtention de chaque résultat collectif et de persuader les parties concernées de prendre des mesures à cet égard.

Toutefois, un développement positif est né de l'instauration de la Loi sur les heures de travail (LHT) susmentionnée. Cette Loi a conduit à une cinquantaine d'actions en justice. Quoique qu'il ne s'agisse pas d'un montant très important, un nombre considérable d'affaires ont conduit à l'adaptation de conventions collectives ou à la modification des conditions de travail pour des entreprises complètes. Nous avons également observé que les avis sont aisément acceptés par d'autres parties dans des affaires comparatives. Ainsi donc, l'énoncé de nouveaux avis dans des cas similaires s'est souvent avéré inutile en raison de la mise en application directe d'avis antérieurs de la Commission par d'autres employeurs. Bien que ce point ne constitue pas un sujet de recherche, nous avons le sentiment que le système judiciaire se montre moins réticent à donner effet au principe de l'égalité de traitement dans de tels cas. Nous supposons que cet effet se voit renforcé par la neutralité du principe de l'égalité de traitement fondé sur les heures de travail. Bien qu'en réalité ce principe soit conçu pour protéger les femmes qui travaillent à temps partiel, les hommes peuvent également réclamer une protection, un droit auquel ils recourent dans la pratique.

Souhaitant accélérer le rythme des enquêtes menées, la Commission cherche également à lancer de nouveaux outils de recherche permettant d'évaluer la situation en vigueur dans une entreprise. C'est ainsi, par exemple, que la Commission a introduit la possibilité d'une comparaison du niveau des rémunérations des travailleurs individuellement avec le niveau salarial moyen perçu par leurs collègues à des postes de travail comparatifs. Cet outil s'est avéré très utile pour obtenir un rapide aperçu des cas d'inégalité des rémunérations fondée sur la race ou la nationalité. Cette méthode peut également servir d'outil de recherche dans des cas d'inégalité des rémunérations fondée sur le sexe, pour autant qu'elle n'interfère pas avec l'arrêt de la CJCE (*Macarthy*)<sup>16</sup> qui dit que la comparaison avec un collègue hypothétique n'est pas possible.<sup>17</sup>

La Commission mène actuellement aussi, en coopération avec le Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi, une étude sur les possibilités d'utilisation de la technologie de l'information pour accélérer la recherche "Quickscan" sur la base de données informatiques extraites d'informations relatives au personnel et aux rémunérations d'une entreprise donnée. En cas de succès, cela pourrait devenir un outil que les employeurs eux-mêmes pourraient utiliser pour procéder à des audits au sein de leur propre entreprise. Le "Quickscan" est maintenant prêt à l'emploi mais la Commission doit encore décider comment interpréter les résultats du scannage.

<sup>16</sup> Affaire C - 129/79 *Macarthy's Ltd contre Smith*, [1980] ECR I-1275.

<sup>17</sup> Bien que ce point puisse être révisé à la lumière des Directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE qui autorisent des comparateurs hypothétiques.

### 3.5 La recherche d'un recours collectif à l'écart salarial dans l'enseignement

L'approche néerlandaise s'est montrée sensible aux alternatives aux procès et opte pour l'autoréglementation. On peut citer comme exemple récent de cette option aux Pays-Bas celui de la "Liste de vérification de l'égalité salariale"<sup>18</sup> créée par la Fondation des organisations des employeurs et travailleurs et présentée dans le cadre d'une Conférence qui s'est tenue récemment à Berlin et était consacrée aux Modèles et initiatives d'égalité des rémunérations.<sup>19</sup> Cette liste de vérification a été établie avec le soutien du gouvernement. Il est trop tôt encore pour dire quels en seront les effets mais il se peut qu'elle soit capable de susciter une sensibilisation et une meilleure compréhension des principes égalitaires. Il se peut aussi qu'elle permette un changement des attitudes à l'égard de ces principes. Cette liste de vérification expose les sources et les effets principaux de l'inégalité des rémunérations aux Pays-Bas. Les facteurs qui déterminent largement le contexte des actions intentées en vertu de la loi d'anti-discrimination néerlandaise sont plus ou moins similaires à ceux rencontrés dans d'autres pays européens. L'approche néerlandaise se caractérise par une forte focalisation sur le gouvernement et sa responsabilité d'élaboration de politiques et d'exécution de programmes destinés à améliorer l'égalité de traitement. De puissantes organisations de lutte pour l'égalité de traitement et d'autres groupes de pression travaillant dans les principaux domaines de la loi sur l'anti-discrimination sont indispensables. Heureusement, de telles organisations existent encore aux Pays-Bas.

La Commission tâche également de favoriser les recours d'intérêt collectif. Elle veut favoriser ainsi l'angle de prévention des dommages futurs par rapport à la recherche d'une réparation des infractions (individuelles) passées. La stratégie souvent utilisée, et qui s'inscrit dans la lignée de la structure sociétale néerlandaise orientée vers une approche consensuelle, met sur pied des "conférences de suivi". Une ou deux réunions suffiront parfois à déterminer le type de mesures qui devraient être prises. Il peut également s'avérer que cette stratégie constitue un processus fort long, spécialement lorsque le recours représente une somme considérable d'argent.

On pourrait citer en guise d'exemple d'un projet fort lent celui qui consiste à tenter de combattre l'inégalité des rémunérations dans le secteur de l'enseignement secondaire aux Pays-bas, une inégalité qui concerne les traitements de quelque 30.000 enseignants du secondaire. Il se peut que la situation vécue aux Pays-Bas en général soit typique vu le nombre disproportionné de plaintes relatives à l'effet que produit chez les femmes un congé parental en termes de rémunération et d'ancienneté. Les congés parentaux peuvent s'avérer gravement dommageables en termes de rémunération, comme l'a montré le cas dans l'enseignement. En raison de barèmes salariaux basés sur une période de 23 ans (d'un niveau minimal à un niveau maximal) et du manque d'égards envers un important travail préalable non payé, les enseignantes réintégrant l'école après un congé parental s'en trouvent défavorisées tout au long de leur carrière. La Commission a également trouvé qu'à la suite d'une structure salariale introduite en 1985, l'écart des rémunérations entre enseignantes et enseignants pouvait atteindre 500-1200 euros par mois. Les femmes tendent à être payées en fonction de ce que l'on appelle le "barème 10" alors que les hommes ont tendance à percevoir des salaires basés sur un "barème 12".

La Commission a mené une enquête quant à la valeur du travail, a découvert qu'il existait une égalité de valeur du travail exercé par les hommes et les femmes et donc que les différences de modèles barémiques ne se justifiaient pas. Il fallait trouver la source même de cette inégalité dans la structure adoptée en 1985. Une preuve factuelle a montré que les enseignants masculins bénéficiaient sensiblement mieux des barèmes salariaux transitoires établis en fonction du système salarial d'avant 1985. Avant 1985, l'enseignement secondaire était un secteur dominé par les hommes. De nos jours, les femmes représentent 32 % des enseignants du secondaire. La Commission a décidé en 2000 que cette structure créait effectivement une discrimination indirecte à l'égard des femmes. Une période à systèmes mixtes visant à faciliter le passage à un nouveau système barémique n'est pas clairement

<sup>18</sup> Présentée par L. van Hoogstraten, A. Embden Andres et K. Kuiper à la conférence de Berlin.

<sup>19</sup> Conférence internationale sur l'égalité des rémunérations, les modèles et les initiatives, 17-19 juin 2002, organisée par le Ministère fédéral allemand des Affaires familiales, Citoyens âgés, femmes et jeunes.

contraire à la loi mais, dans ce cas, la Commission a décrété qu'en raison des effets disproportionnés sur les femmes, portant sur toute une vie, cette inégalité ne pouvait être soutenue.<sup>20</sup>

Dans un premier temps, le Ministère de l'éducation et les partenaires sociaux se sont montrés peu enclins à modifier les dispositions salariales en faveur des enseignantes. Les résultats de cette enquête ont provoqué une attention massive des médias et ont suscité un véritable débat public. Par centaines, les enseignants se sont tournés vers leurs syndicats afin de se plaindre de "ce vieux sujet sensible". L'attention médiatique jointe à des pénuries de main-d'œuvre dans le secteur de l'enseignement ont obligé le Ministre de l'éducation et les partenaires des conventions collectives à envisager la mise en place de réparations. Il en a résulté une réduction du nombre d'années requises pour atteindre le barème salarial final, permettant ainsi aux femmes de réduire l'écart des rémunérations. De même, une disposition spéciale a été prévue dans la convention collective en vue de réduire l'écart salarial entre les enseignants expérimentés qui avaient pris un congé parental et ceux qui n'en avaient pas pris. Les réparations ne couvrent pas tout l'écart salarial mais le réduisent. L'un dans l'autre, l'obtention de ce résultat collectif a pris plus de cinq ans. Dans l'état actuel des choses, de nouvelles demandes émanant de ce secteur continuent à être soumises à la Commission, tous les Conseils d'établissements scolaires ne respectant pas les nouvelles réglementations, semblant ne pas avoir eu vent de l'écart des rémunérations dans l'enseignement néerlandais. Ce cas illustre les difficultés qui doivent être surmontées si l'on veut atteindre des résultats collectifs (coûteux).

Plus réussi a été le suivi d'une série d'affaires relatives à une inégalité de rémunérations trouvant son origine dans une convention collective conclue dans le secteur de la sécurité sociale. Elle prévoyait un système barémique différent, fixant des salaires inférieurs pour les employés qui travaillaient pour des groupes d'immigrants. Il s'agissait principalement de femmes et/ou d'immigrants qui travaillaient pour ces groupes d'immigrants. Ce système a donné lieu à un désavantage salarial pour les femmes et les immigrants qui travaillaient dans le secteur de la sécurité sociale. Après que la Commission ait statué que ce système n'était pas conforme à la loi, les syndicats ont entamé de nouvelles négociations sur ce sujet. Les fédérations d'employeurs et d'employés ont désigné une tierce partie chargée d'élaborer un nouveau système de postes et rémunérations afin de prévenir toute autre discrimination. En outre, les employés qui ont déposé plainte ont reçu une indemnisation pour leur rémunération plus basse.

### 3.6 Actions collectives pour l'égalité des rémunérations

L'efficacité de la loi ne dépend pas seulement de la norme mais aussi de mesures procédurales telles que la charge de la preuve, les actions collectives, les référés et d'autres actions de soutien entreprises, par exemple, par les organisations d'employeurs et d'employés et d'autres institutions. Le Rapport Blom/Fitzpatrick et al. de 1995 sur l'utilisation des procédures judiciaires portant sur l'égalité entre hommes et femmes a souligné précisément les manquements du "modèle de justice individuelle" inscrit comme principe majeur de la législation dans l'ensemble des Etats membres.<sup>21</sup> Dans un modèle de justice individuelle, la violation des droits est perçue comme donnant lieu à une action individuelle (l'employé individuel contre l'employeur). La nature collective du litige est masquée par la nature individuelle de la partie demanderesse et sa recherche de réparation. Un impact indirect sur les résultats collectifs, tel qu'une détérioration provenant d'un comportement répétitif, est présumé mais pas automatiquement. Le rapport de 1995 suggère la possibilité du *locus standi* pour les agences, syndicats et groupes d'intérêt à titre de réparation ainsi qu'un centrage sur des questions de discrimination structurelle. La législation relative à l'égalité de traitement et le droit civil néerlandais autorisent l'existence d'actions collectives aux Pays-Bas. Le titre des organisations pour engager une action dans certains domaines a été incorporé dans la législation néerlandaise en juillet 1994 (Article 12, paragraphe 2(e) LET). La Loi accorde le *locus standi* à des personnes juridiques représentant les intérêts des particuliers. Les actions collectives sont importantes car les victimes de

<sup>20</sup> Commission 2000-98, 99,100 et Commission 2001-125 et 126.

<sup>21</sup> Blom/Fitzpatrick, 1995, Chapitre 4.

discrimination éprouvent généralement des réticences à intenter une action, par crainte d'une détérioration de leurs conditions (de travail), même si la loi stipule que le licenciement ayant pour motif le fait que l'employé a invoqué son droit à une égalité de traitement n'est pas valable (Article 8, paragraphe 1 LET). Les dispositions nationales ne permettent pas à la fondation/l'association de la personne plaignante de demander des dommages et intérêts financiers.<sup>22</sup> Si un particulier qui est victime d'une inégalité de traitement ne souhaite pas que son affaire soit utilisée pour déposer une plainte, la Commission n'est pas autorisée à enquêter (Article 12, paragraphe 3 de la LET). En outre, une personne peut ne pas être d'accord avec un avis consistant en un ordre ou une interdiction. Cette personne n'est pas liée par cet avis.

Bien que la majorité des procès soient intentés par des demandeurs individuels, les actions collectives se sont avérées importantes dans les tentatives d'obtention d'une égalité systématique de rémunérations et pour une focalisation sur des causes de discrimination structurelles. La réussite ou l'échec de la Commission à se centrer sur les exemples importants et systématiques de traitement différencié dépend fortement du type de plaintes en souffrance. Un grand nombre des affaires importantes ont été intentées devant la Commission par les syndicats (à titre individuel ou en actions collectives soutenues par les juristes syndicaux).

On pourrait mentionner pour autre exemple la demande d'un syndicat de soins de santé portant sur le système d'évaluation des postes de travail dans ce secteur, lequel comprend quelque 150.000 personnes. La Commission a dirigé une recherche, incluant la mise sur pied d'une méthode d'évaluation de la neutralité des systèmes d'évaluation des emplois par rapport aux femmes. Pour la première fois, une méthode fiable a été développée afin d'évaluer la neutralité en terme de sexe d'un système de classification des fonctions. La Commission a sélectionné 88 profils de poste qui pouvaient se répartir en fonctions à prédominance masculine et à prédominance féminine. Une analyse statistique a été exécutée sur 8.888 résultats du système d'évaluation des fonctions. La différence entre les possibilités de fonctions dominées par les femmes et par les hommes d'enregistrer certains niveaux de valeur a été évaluée et suivie d'une analyse qualitative comparative sur la base de données statistique divulguées.

La Commission a trouvé que ce système n'était pas neutre en termes de sexe.<sup>23</sup> La Commission a utilisé l'arrêt *Rummler* pour approcher la sous-structure de genre dans le système d'évaluation des fonctions. Un certain nombre de mécanismes désavantageaient systématiquement l'évaluation des fonctions féminines. La Commission a pu observer notamment que certaines fonctions dominées par les hommes, telles que le personnel de gestion et le personnel technique, étaient décrites d'une façon plus détaillée que le personnel infirmier, ce qui renforçait la probabilité d'un enregistrement de points au cours du processus d'évaluation. De plus, le système prévoyait des possibilités de doubles points en faveur des postes à dominance masculine. Paradoxalement, d'autres mécanismes destinés à réduire les possibilités de cotation se sont également révélés désavantageux pour les femmes. La même conclusion a été tirée pour le mécanisme du système destiné à relier plusieurs caractéristiques de façon à ce qu'un résultat ne puisse être obtenu que pour une seule caractéristique pourvu qu'un résultat soit obtenu à propos de l'autre caractéristique (liée) de la fonction. De même, l'attention accordée aux compétences de cadres était disproportionnée par rapport à l'attention accordée à la prestation effective des soins de santé. Un exemple frappant à cet égard était celui de la sous-évaluation du contact du personnel infirmier avec les patients par rapport à l'estimation positive de cet aspect dans le cas du personnel technique. La Commission a soutenu que l'insistance sur les caractéristiques des fonctions à dominance masculine n'était pas contraire à la loi pour autant qu'elle s'accompagnât d'une attention comparable aux caractéristiques de fonctions existantes à dominance féminine. Il est apparu que cette attention comparable accordée à la fois aux caractéristiques de fonctions masculines et féminines n'était pas mise en œuvre par le système.

<sup>22</sup> Voir *Leenders 2000*, p. 83.

<sup>23</sup> *Commission 1998-55*.

L'avis de la Commission a été utilisé au cours du processus de réélaboration du système d'évaluation des fonctions en question. Après que la Commission ait rendu son jugement sur ce système spécifique d'évaluation des fonctions, le Ministère des Affaires sociales a également pris l'initiative de développer davantage la méthode, ce qui a eu pour résultat la rédaction d'un code de conduite à respecter lors de l'exécution d'audits appliqués aux systèmes d'évaluation des fonctions.<sup>24</sup> Les partenaires sociaux se sont engagés à promouvoir l'application de ce code aux systèmes disponibles. Les résultats, tels qu'ils seront vérifiés par le ministère, devraient être publiés sous peu. Il se peut que cette initiative s'étende à d'autres motifs d'inégalité tels que la race et la nationalité.

## 4. LA COMMISSION ET LE JUGE

En rendant des avis non contraignants, la Commission interprète les lois évoquées ci-dessus. Les décisions de la Commission peuvent également inclure, ce qu'elles font souvent, des recommandations sur la façon de se conformer au texte de la loi. Ces recommandations peuvent favoriser la transformation de dispositions juridiques dans des situations concrètes et réelles et garantir que la législation d'anti-discrimination s'inscrit comme élément d'une politique plus large. Les parties demandent souvent aussi à la Commission de fournir de telles recommandations afin de prévenir toute discrimination ultérieure. Les particuliers comme les organisations peuvent porter une affaire devant la Commission. Les personnes ou les organisations peuvent également souhaiter savoir si leur propre conduite est conforme à la loi. Un employeur peut, par exemple, demander si une réglementation spécifique sur le travail à temps partiel est autorisée ou une société de location de véhicules qui souhaite demander à des ressortissants non nationaux des garanties supplémentaires peut demander à la Commission si cette conduite est légitime. Les conseils d'entreprise ou les organes représentants des fonctionnaires peuvent porter une affaire devant la Commission. Des actions collectives sont également autorisées. Par ailleurs, au vu de la législation néerlandaise, le fait de ne pas coopérer avec les enquêtes de la Commission constitue une infraction pénale (Article 19 de la LET).

L'article 15 de la LET autorise la Commission à consulter un tribunal afin d'obtenir un jugement du tribunal sur un traitement discriminatoire déterminé. La Commission peut demander que la conduite soit déclarée illégale et interdite ou rectifiée. La Commission n'a pas encore utilisé cette compétence. Ce mode d'action pourrait offrir comme avantages de créer un précédent et d'améliorer le statut des avis de la Commission. Elle pourrait avoir comme aspect négatif d'être source d'une confusion provenant de la combinaison du rôle de juge et de ministère public ainsi que le temps et les ressources que requièrent cette compétence.

### Impact des décisions

Il n'existe pas d'obligation de passer par la Commission avant de porter une affaire devant les tribunaux. Engager des poursuites devant la Commission n'empêche pas une action en justice. Toutefois, une minorité d'affaires jugées par la Commission sont portées devant les tribunaux par la suite. Il est parfois nécessaire d'ester en justice, par exemple pour obtenir des dommages et intérêts, mais généralement les décisions de la Commission font fonction d'alternative au recours judiciaire. Ce point est parfois considéré comme désavantageux parce que le pouvoir judiciaire ne traite pas assez d'affaires de discrimination pour pouvoir acquérir de l'expérience et des compétences dans ce domaine. Les décisions de la Commission ne revêtent pas de caractère juridiquement contraignant. Au cours du débat parlementaire à propos de la Loi sur l'égalité de traitement, il a été suggéré de conférer aux décisions de la Commission une force contraignante en leur donnant le statut d'avis d'expert que

<sup>24</sup> A. Veldman, *De weegschaal gewogen*, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi, La Haye, 2000.

les tribunaux ne peuvent rejeter sans motivation bien fondée. Le gouvernement a rejeté cette suggestion. Au lieu de cela, la Commission a reçu le pouvoir de porter une affaire devant les tribunaux afin d'obtenir une injonction interdisant une conduite qui serait contraire aux lois d'anti-discrimination concernées ou afin d'obtenir un ordre de réparer les conséquences d'une conduite.

La Cour Suprême a déclaré en 1987, concernant l'organe prédécesseur de la Commission, la Commission pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes, que les tribunaux peuvent émettre un jugement contraire aux décisions de la Commission mais uniquement en s'appuyant sur des motifs bien fondés.<sup>25</sup> Toutefois, l'on trouve aussi des exemples de jugements d'instances inférieures rejetant la décision de la Commission sans le raisonnement approprié.<sup>26</sup> Il y a eu aussi un jugement de la Cour Suprême du 24 avril 1992 qui n'a pas prêté attention au fait que les instances inférieures avaient rejeté les décisions de la Commission sans donner de raison valable. La Commission recherche une fois encore un soutien à l'idée de conférer à ses décisions le statut d'avis d'expert qui ne puisse être annulé sans raisonnement correct.

La loi ne prévoit que deux recours et la LET est souvent critiquée sur ce point. La Loi sur l'égalité de traitement protège le travailleur contre la présence de conditions discriminatoires dans son contrat en stipulant que ces conditions sont nulles (Article 9) et que la résiliation d'un contrat de travail qui contrevient la loi peut être annulée (Article 8). Dès lors, l'intention de la loi vise davantage à permettre à une partie dont les droits ont été violés d'engager des poursuites pour actes délictueux et de réclamer des dommages et intérêts et une indemnisation. La Commission ne dispose pas des moyens de faire appliquer ses avis. Par conséquent, la Commission a une politique de suivi active qui consiste à suivre les résultats de la décision et, si nécessaire, à organiser des conférences entre les importants acteurs dans les succursales ou groupes d'encadrement. Le bilan des résultats est positif. La plupart des décisions sont sérieusement prises en compte et plusieurs d'entre elles ont provoqué des changements au niveau des réglementations et des pratiques discriminatoires.

Il convient de noter encore que la Commission dispose d'un statut d'expert au tribunal. L'Article 12, paragraphe 2c) de la LET donne à un juge qui doit se prononcer sur une question d'égalité de traitement la possibilité de solliciter l'avis d'expert de la Commission. Cette possibilité n'a jamais encore été utilisée à ce jour.

## 5. CONCLUSIONS

On sait peu de choses de l'écart salarial entre travailleurs d'origine étrangère et néerlandais de souche. On sait que le taux de chômage est beaucoup plus élevé chez les étrangers que chez les natifs, que leur niveau d'éducation est plus faible et que leur maîtrise de la langue néerlandaise est souvent insuffisante. L'écart des rémunérations dans leur cas peut être même plus large que l'écart entre hommes et femmes. Le fait que les femmes étrangères connaissent actuellement un très bon parcours d'études se transformera peut-être en un développement prometteur.

Nous avons expliqué dans cet article que les Pays-Bas ont élaboré une importante législation au cours de ces 25 dernières années. Malgré toute la législation relative à l'égalité de traitement et en dépit des efforts déployés par la Commission et bien d'autres instances, l'écart des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins reste encore assez large. Même si nous partons des chiffres les plus favorables d'Eurostat, il atteint encore les 21 %.<sup>27</sup> Nous ne pouvons, bien entendu, pas connaître l'ampleur qu'aurait cet écart si de tels efforts n'avaient été

<sup>25</sup> Cour suprême (HR) 13 novembre 1987, NJ 1989, 698.

<sup>26</sup> Voir I.P. Asscher-Vond et C. A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, SDU Publishers, La Haye, 1999, p. 273.

<sup>27</sup> Voir: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

consentis. Il est donc trop facile de dire que rien de cela n'a d'importance. Au lieu de cela, il est préférable de porter un regard plus attentif sur ce que nous avons réalisé.

L'utilité des actions collectives ou groupées s'est vue réaffirmée dans les affaires d'inégalité des rémunérations, non seulement en raison du fait qu'une action individuelle masque la nature collective du litige mais aussi parce qu'elle permet de protéger la position du plaignant individuel.

Grâce à des études basées sur des systèmes d'évaluation des fonctions, il a été prouvé qu'il était possible de déterminer s'il existait une discrimination fondée sur le sexe ou la race dans des affaires individuelles. Il importe de noter ici que, lors de l'examen d'une éventuelle affaire de discrimination, seuls comptent les faits. Qu'il y ait ou non intention de discrimination n'est pas la question. C'est une chose que la plupart des tribunaux éprouvent parfois de la difficulté à saisir.

Sur la base de la jurisprudence de la CJCE et de l'utilisation de ce que l'on appelle les courbes salariales, il a été possible de traiter aussi la discrimination indirecte fondée sur la race. Les diagrammes à courbes salariales donnent habituellement une indication claire du groupe ou de la personne qui fait l'objet d'une discrimination.

Les systèmes d'évaluation des fonctions constituent, dès lors, un outil très utile dans le cadre des efforts que nous déployons pour réduire l'écart des rémunérations. Ces systèmes nous permettent d'obtenir des informations qui peuvent servir à constituer une politique générale d'égalité salariale. Dans la lignée des informations obtenues aux Pays-Bas, une liste de vérification pour l'égalité salariale a été élaborée, laquelle constitue un autre outil de lutte contre l'écart salarial. On n'en connaît pas encore les résultats mais elle donne aux syndicats et aux employeurs un élément qui leur permet de progresser lorsqu'ils enquêtent sur l'égalité des rémunérations.

La position prédominante des systèmes d'évaluation des fonctions dans les enquêtes sur l'égalité salariale signifie également qu'il importe particulièrement que ces systèmes ne soient pas discriminatoires en soi. La Commission a mis sur pied une enquête visant à vérifier le système d'évaluation des fonctions dans le secteur des soins de santé et en a conclu qu'en appliquant les critères de la CJCE, il n'était pas exempt d'aspects discriminatoires à caractère sexiste.

Dans le futur, la Commission aura compétence pour enquêter de sa propre initiative sur l'égalité des rémunérations au sein d'une entreprise ou de petits groupes d'entreprises. Ses pouvoirs d'investigation sont encore limités actuellement. De son propre chef, la Commission ne peut enquêter que sur un cas individuel ou une succursale complète mais pas sur une entreprise ou sur de petits groupes. La Commission élabore actuellement un logiciel d'égalité des rémunérations nommé "Quickscan", un logiciel conçu pour indiquer les différences de rémunérations dans une entreprise ou un petit groupe d'entreprises. La Commission étudiera alors, sur la base de ces informations, s'il est question ou non d'un cas de discrimination. "Quickscan" sera très important pour ce type d'enquête dans la mesure où la vérification de grandes entreprises est une procédure longue et fastidieuse.

Enfin et surtout, nous avons vu que les connaissances des juges devaient être améliorées. Non seulement leur jugement ne correspond pas toujours au système prescrit par la jurisprudence de la CJCE mais ils n'utilisent pas les instruments présentés par la LET. L'existence de la Commission et de la législation sur l'égalité de traitement doit être mieux reconnue par le pouvoir judiciaire. En outre, ce dernier doit être encouragé à solliciter l'avis de la Commission lorsque des questions d'égalité de traitement surviennent. Le pouvoir judiciaire doit être encouragé à ne pas rendre de jugement contraire à l'avis de la Commission sans une motivation bien fondée, ce qui est, somme toute, un principe général en matière de justice.

## BIBLIOGRAPHIE

I.P. Asscher-Vonk et C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Editeurs SDU 1999 (Rapport d'évaluation I).

J. Blom, B. Fitzpatrick, J. Gregory, R. Knecht et U. O'Hare, *The Utilisation of Sex Equality Litigation Procedures in the Member States of the European Community*, Une étude comparative, juin 1995, Commission européenne, Bruxelles.

J.R. Dierx, *Equal pay in Dutch legislation and the experiences of the Equal Treatment Commission*, Conférence internationale sur l'égalité des rémunérations, Berlin, 17-19 juin 2002, [www.equalpay.de](http://www.equalpay.de)

J.R. Dierx, *The Incorporation of Equality in Dutch Legislation and the experiences of the Equal Treatment Commission*, Séminaire international sur la non-discrimination, Droits des minorités et Intégration dans la société estonienne, Estonie, 11 et 12 janvier 2001.

*Gelijke behandeling in beweging*, Commission pour l'égalité de traitement 2000 (Rapport d'évaluation II)

J.E. Goldschmidt, *The CEDAW in case law on equal treatment in the Netherlands, with special attention to the Equal Treatment Commission*, Présentation au Colloque judiciaire sur l'application de la législation internationale des droits de l'homme au niveau national. Division de l'ONU pour l'avancement des femmes, Vienne, du 27 au 29 octobre 1999.

J. E. Goldschmidt, *Treating discrimination: Experiences from the Netherlands in an International Context*, Contribution à un ouvrage publié en hongrois sur l'anti-discrimination et l'action positive, en 1998.

J.E. Goldschmidt et L. Gonçalves-Ho Kang You, *Enforcement of Equal Treatment: the Role of the Equal Treatment Commission in the Netherlands*, dans Martin MacEwen (éd.), *Anti-Discrimination Law Enforcement: a Comparative Perspective*, Aldershot, Avebury, 1997, p. 141.

L.Y. Gonçalves-Ho Kang You, *Accommodating Ethnic Diversity in Cases of Employment*, dans *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen & P.R. Rodrigues, Kluwer Law International, 1999, La Haye, Londres, Boston, p. 143.

A. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Kluwer Deventer, 2000, Sommaire, p. 301.

R. Holtmaat, Chapitre *The Netherlands*, tiré du Rapport des Services de données des revenus sur l'égalité des rémunérations remis au Gouvernement néo-zélandais, 2002.

R. Holtmaat, *Equality law and the work of the Equal Treatment Commission in the Netherlands*, Commission pour l'égalité de traitement, Utrecht 2001

A. Kruyt, Protection against discrimination on the ground of religion in The Netherlands, septembre 2001 (disponible par l'intermédiaire de la Commission, info@cgb.nl)

T. Loenen & P.R. Rodrigues (éds.), Non-discrimination Law: Comparative Perspectives, Kluwer Law International, 1999, La Haye, Londres, Boston.

P.R. Rodrigues, Experiences with the Dutch Equal Treatment Act, 12 mars 2001, Séminaire de Vienne, Autriche, (disponible par l'intermédiaire de P.Rodrigues@Annefrank.nl )

P.R. Rodrigues, *The Dutch Experience of Enforcement Agencies: Current Issues in Dutch Anti-Discrimination Law*, dans Martin MacEwen (éd.), *Anti-Discrimination Law Enforcement: a Comparative Perspective*, Aldershot, Avebury, 1997, p. 50.

**RENFORCEMENT DES  
EFFETS DE LA LEGISLATION  
COMMUNAUTAIRE  
SUR L'EGALITE DE REMU-  
NERATION OU POURQUOI  
LES NORMES FIXEES EN  
MATIERE D'EGALITE DES  
REMUNERATIONS ONT UN  
FAIBLE IMPACT SUR L'ECART  
SALARIAL EXISTANT  
SUR LE MARCHE DU  
TRAVAIL DE L'UE**

**DR. ALBERTINE G.VELDMAN, CHARGEE DE COURS PRINCIPALE EN LEGISLATION DU TRAVAIL  
NATIONALE ET INTERNATIONALE, FACULTE DE DROIT, UNIVERSITE D'UTRECHT, DEPARTEMENT DE DROIT  
INTERNATIONAL PUBLIC ET SOCIO-ECONOMIQUE**

# 1. INTRODUCTION

Cela fait plus de deux décennies que les normes d'égalité des rémunérations de la Communauté pour les travailleurs masculins et féminins sont en vigueur. Pourtant, l'écart des rémunérations entre les sexes qui persiste actuellement sur le marché de l'emploi de l'UE constitue encore le point central de la politique publique nationale et communautaire. Le problème des écarts de rémunérations à caractère sexiste a, par exemple, été inscrit au programme par la Présidence suédoise de l'UE de 2001 et a également été mentionné dans les récentes lignes directrices de l'UE en matière d'emploi, lesquelles stipulent que tant les Etats membres que les partenaires sociaux doivent promouvoir l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de valeur égale et doivent prendre des mesures afin de réduire la disparité des rémunérations fondée sur le sexe.

Cela implique-t-il que le cadre juridique européen sur l'égalité des rémunérations et son développement depuis les arrêts *Defrenne* à la fin des années 1970 est inefficace ou qu'il n'est pas respecté au niveau national? Ou d'autres facteurs doivent-ils également être pris en compte? Dans cet article, nous allons examiner certains facteurs de clarification relatifs à "l'écart" qui existe entre les réglementations et la réalité dans le domaine de l'égalité des rémunérations. On avancera que les principales raisons de la disparité des rémunérations entre les sexes échappent au champ d'application des instruments juridiques mis en place alors que, dans le même temps, les raisons qui peuvent être traitées par des normes juridiques communautaires ne le sont pas toujours efficacement. Ce dernier point dépend pour une large part des difficultés qui découlent des méthodes juridiques utilisées pour établir la discrimination salariale. De ce point de vue, on examinera également si les Directives d'égalité 2000/43/CE<sup>28</sup> et 2000/78/CE<sup>29</sup> introduites récemment ainsi que la modification ultérieure de la Directive d'égalité entre les sexes 76/207/CEE<sup>30</sup> ont, en effet, apporté une quelconque amélioration. Est-il possible de pallier suffisamment les vices présents dans les instruments juridiques dont on dispose ou est-il préférable de traiter l'égalité des rémunérations en dehors du cadre juridique, par la voie du dialogue social?

Le paragraphe suivant exposera le cadre juridique de la Communauté en matière d'égalité des rémunérations et les méthodes destinées à l'identification de la discrimination salariale qui en découlent (paragraphe 2). Les principaux facteurs qui pourraient expliquer l'écart de rémunération entre les sexes dans l'UE sera alors considéré afin d'établir si le droit communautaire pourrait les traiter ou non (paragraphe 3). Les raisons qui sous-tendent les différences de rémunérations et qui pourraient et devraient être traitées par les normes européennes d'égalité des rémunérations seront distinguées afin d'étudier comment et avec quel effet elles tendent à être examinées par la Cour de justice des Communautés européennes (paragraphe 4). Enfin, certaines conclusions seront tirées des observations précédentes et des suggestions seront formulées afin de renforcer les instruments juridiques et non juridiques de lutte contre la disparité salariale (paragraphe 5).

# 2. LE CADRE JURIDIQUE EUROPEEN EN MATIERE D'EGALITE DES REMUNERATIONS

Le thème de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins est traité par l'Article 141 CE, les Directives CE sur l'égalité des rémunérations (n° 75/117/CEE)<sup>31</sup> et sur l'égalité de traitement (n° 76/207/CEE,

<sup>28</sup> Directive du Conseil du 29 juin 2000, JO L 180 du 19 juillet 2000, p. 22.

<sup>29</sup> Directive du Conseil du 27 novembre, JO L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

<sup>30</sup> Directive du Conseil du 9 février 1976, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40 comme révisée par la Directive 2002/73/CE du Conseil du 23 septembre 2002, JO L 269 du 5 octobre 2002, p. 15.

<sup>31</sup> Directive du Conseil du 10 février 1975, JO L 45 du 19 février 1975, p. 19.

révisée) et, plus récemment aussi, en ce qui concerne les autres motifs de discrimination, dans les deux nouvelles Directives CE fondées sur l'Article 13 CE.<sup>32</sup> Il convient d'établir une distinction importante en matière de législation de la CE sur l'égalité de rémunération. D'une part, nous avons l'Article 141 CE. Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui veut que l'Article 141 CE et les dispositions de la Directive sur l'égalité de rémunération soient lus conjointement. Comme l'affirme la Cour, cette Directive ne modifie pas le champ d'application de l'Article 141 CE mais le clarifie. Prises conjointement, les dispositions qui concernent spécifiquement l'égalité de rémunération prévoient un droit à l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale indépendamment du sexe. D'autre part, la Directive sur l'égalité entre les sexes 76/207/CEE (révisée) ainsi que les "Directives de l'Article 13" ont un champ d'application plus large. Elles interdisent la discrimination directe et la discrimination indirecte à motifs multiples, notamment au niveau des conditions d'accès à l'emploi, à la promotion ou à la formation et au niveau des conditions d'emploi, ce qui inclut la rémunération et le licenciement. Comme les rémunérations sont incluses dans les conditions d'emploi, le sujet doit être traité conformément aux méthodes juridiques générales de la Communauté développées afin d'établir l'existence d'une discrimination (in)directe. Nous allons tenter à présent de clarifier davantage ces deux systèmes ou méthodes et d'en souligner les différences en matière d'égalité des rémunérations.

## 2.1 La lutte contre la discrimination (in)directe au niveau des conditions de travail

La méthode permettant un examen minutieux de l'égalité de rémunération qui sous-tend les Directives relatives au principe de l'égalité de rémunération est centrée sur les conditions d'emploi, ce qui désigne les conditions générales de rémunération du contrat individuel ou de la convention collective qui sont souvent élaborés dans les politiques salariales des employeurs. Lorsque les conditions salariales ou les critères de rémunération appliqués sont neutres, aucune discrimination directe ne survient. Toutefois, lorsque l'on peut voir que ces conditions ou critères en vigueur désavantagent tout particulièrement les femmes ou les personnes d'une certaine origine ethnique, d'une certaine religion, d'un certain âge, etc., c'est à l'employeur qu'il incombe d'expliquer cette différence en fournissant des raisons objectives ou une justification de l'impact disproportionné des conditions de rémunération appliquées. En ce qui concerne l'égalité des rémunérations, on peut dire que cette méthode implique que l'on commence au début du processus de rémunération et que l'on "porte son regard vers l'avant" (méthode prospective). Si les conditions ou critères de rémunération sont appliqués de la même façon et ne font pas de distinction sur la base du sexe ou de la race et s'ils ne produisent pas d'impact disproportionné injustifié sur des groupes de travailleurs en fonction du sexe ou de la race, les rémunérations effectives qui résultent de ces conditions non discriminatoires sont jugées équitables.

En complexifiant un peu les choses, cette méthode, qui découle de la Directive sur l'égalité entre les sexes 76/207/CEE (révisée) a également été mentionnée par la CJCE dans l'application de l'Article 141 CE, même si le texte de l'Article 141 ne le prévoit pas. On peut citer pour exemple de cette jurisprudence l'arrêt *Bilka*, où il s'est avéré que les conditions d'emploi relatives à des avantages de retraite supplémentaires produisaient un impact négatif injustifié à l'égard des femmes.<sup>33</sup> L'Article 141 semble, dès lors, tenir compte de l'application des deux méthodes.

## 2.2 Le droit à l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale

La seconde méthode, fondée sur l'Article 141 CE et qui s'inscrit bien plus dans la lignée de sa formulation, est de nature différente. Elle prend pour point de départ la fin du processus de rémunération et "porte son regard vers l'arrière" (méthode rétrospective). Cette méthode implique un examen des résultats finaux des rémunérations,

<sup>32</sup> Directive d'égalité raciale no. 2000/43/CE (*supra*) et Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail., JO L 303 du 2 décembre 2000, p. 16 (ci-après les "Directives de l'Article 13").

<sup>33</sup> Affaire de la CJCE 170/84, [1986] ECR I-1607.

à savoir la rémunération effectivement perçue par un employé particulier, qui devrait être la même que celle d'un collègue du sexe opposé s'ils occupent tous les deux une situation comparable et exécutent un travail de valeur égale. Lorsqu'il est démontré que, par exemple, une employée réalise un travail équivalent à celui d'un comparateur masculin mais gagne moins, c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que la différence salariale établie s'explique et se justifie par des raisons objectives, par exemple des différences appropriées en termes de capital humain (telles que des différences d'expérience de travail, de formation scolaire ou de niveau de performances). Si l'employeur ne parvient pas à justifier cette différence et qu'il ne donne donc pas d'explication objective de l'inégalité salariale, la différence de rémunération est attribuée au fait que les employés sont de sexe différent. La discrimination aura, dès lors, été établie.

Les différences importantes qui distinguent ces deux méthodes juridiques sont plus claires si nous les mettons en rapport avec les facteurs généraux qui expliquent l'écart des rémunérations lié au sexe sur le marché du travail. On peut alors voir plus clairement aussi que les deux méthodes, en dépit de leurs approches différentes, n'abordent qu'un petit nombre des facteurs qui peuvent entrer en ligne de compte dans cet écart de rémunération.

### **3. L'INTERRELATION ENTRE LES REGLES D'EGALITE DE REMUNERATION COMMUNAUTAIRES ET LA FAÇON DONT LES DIFFERENCES DE REMUNERATION APPARAISSENT SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL**

La première étape de tout processus politique requiert l'identification du champ d'application réel, des caractéristiques et des raisons du problème traité. Il ne s'agit pas d'une tâche aisée dans le cas de l'inégalité salariale. Elle requiert des statistiques précises couvrant le marché du travail de l'UE. Il n'existe pas de statistiques de l'UE sur les salaires individuels en fonction de l'origine ethnique des employés. On dispose toutefois de statistiques selon le sexe. Néanmoins, même si elles se limitent aux salaires bruts moyens en ne tenant pas compte des primes, indemnités ou autres avantages secondaires liés à l'emploi, les statistiques de l'UE sur l'écart salarial lié au sexe peuvent différer en fonction notamment de différences de rémunérations horaires, mensuelles ou annuelles, d'emplois à plein temps ou à temps partiel, en fonction du fait que les rémunérations des femmes sont interprétées en pourcentage des rémunérations des hommes ou vice versa et, bien sûr, en fonction de l'exactitude des données fournies par les agences nationales et de la façon dont elles sont compilées au niveau central. Ainsi, par exemple, Eurostat fait état, pour 1999, d'un écart salarial fondé sur le sexe de 16 % au niveau de l'UE lorsque le revenu horaire brut moyen des femmes est pris comme un pourcentage du revenu horaire brut moyen des hommes.<sup>34</sup> Dans ce rapport, c'est au Royaume-Uni et en Irlande (24 %) que cet écart est le plus important. Le Portugal obtient le meilleur résultat avec 5 %. Toutefois, la majorité des recherches statistiques tirées d'autres sources mais aussi d'autres rapports d'Eurostat même, font mention d'un écart salarial plus important, de l'ordre de 25 % environ, dans l'UE. En 1995, Eurostat a positionné la Suède en tête de la liste, avec un écart salarial de 12 %. Le Portugal en occupait la dernière position, avec 33 %.<sup>35</sup> Dans les statistiques portant sur les employés travaillant à plein temps dans les services et l'industrie, Eurostat obtient, pour 1999, un écart salarial de 32 % pour le Portugal et de 28 % pour les Pays-Bas.<sup>36</sup> Les statistiques officielles néerlandaises identifient elles-mêmes pour l'année 1998 ainsi que pour l'année 2000 un écart salarial de 23 %.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Eurostat, *Statistiques générales, version mise à jour (2) du 12 septembre 2003*.

<sup>35</sup> Eurostat, *Statistiques sur la structure des revenus (SSR) 1995*.

<sup>36</sup> Eurostat, *Statistiques en point de mire: Population et conditions sociales, thème 3, 5/2001*.

<sup>37</sup> Ministère néerlandais des Affaires sociales et de l'Emploi (Agence de l'inspection du travail), *La Haye 1999 et 2000*.

Bien que les chiffres qui concernent les revenus perçus puissent apparemment différer, l'on s'accorde à reconnaître qu'ils ne changent pas significativement au fil des ans, en dépit des politiques et des réglementations nationales et internationales. Les statistiques harmonisées font apparaître clairement qu'entre 1990 et 1999 il n'y a eu une baisse ou une hausse que de l'ordre d'un ou de deux pour cent par an seulement.<sup>38</sup> Selon les statistiques officielles néerlandaises, les Pays-bas ont connu un écart salarial de 23,9 % en 1985, de 22,5 % en 1990 pour revenir à 23 % en 2000.

### 3.1 Les facteurs qui expliquent l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes dans l'UE

En laissant de côté les inexactitudes possibles en matière de statistiques, il est possible d'identifier plusieurs facteurs explicatifs de l'écart salarial lié au sexe. Je voudrais y distinguer trois catégories. Premièrement, les différences au niveau des salaires horaires bruts pourraient s'expliquer par des différences au niveau du *capital humain* individuel entre les hommes et les femmes. En moyenne, les femmes ont encore un niveau de formation plus faible dans l'UE et moins d'expérience professionnelle. Néanmoins, ces différences ont brusquement baissé au cours de ces dernières années et ne peuvent, dès lors, pas expliquer pleinement la persistance de l'écart salarial dans l'UE. Deuxièmement, la disparité salariale est due aux différences entre les hommes et les femmes au niveau des *postes de travail occupés*. Les femmes ont tendance à travailler à des niveaux moins élevés de la hiérarchie de l'entreprise, à connaître moins de mutations et plus d'interruptions de carrière en raison de leurs responsabilités familiales. De même, un emploi à temps partiel a un impact négatif sur les postes de travail des femmes.

Enfin, l'écart salarial peut s'expliquer par des différences au niveau des *positions sur le marché du travail* des hommes et des femmes. Le marché de l'emploi de l'UE se caractérise par une ségrégation persistante et significative du marché de l'emploi en fonction du sexe.<sup>39</sup> Les travailleurs féminins sont essentiellement employés dans les services alors que les hommes sont en surreprésentation sensible dans l'industrie. Cette ségrégation est, de surcroît, déséquilibrée du fait que les travailleurs féminins travaillent dans un nombre relativement restreint de types de poste dans un nombre relativement réduit de secteurs ou de branches, tels que les services, l'enseignement et les soins de santé. Les travailleurs masculins sont plus dispersés dans les services et les industries ainsi que dans différents types d'emploi. La ségrégation liée au sexe produit un impact significatif sur les rémunérations en raison du fait que des secteurs du marché de l'emploi de type féminin mais également des types d'emploi à dominance féminine offrent un niveau de rémunération généralement plus faible et moins de possibilités de carrière, ce qui aboutit à une rémunération moyenne plus faible pour les femmes.

### 3.2 L'interrelation entre les facteurs identifiés et le champ d'application des réglementations communautaires concernant l'égalité de rémunération

La majorité des facteurs qui peuvent intervenir dans la disparité salariale ne sont pas assujettis aux réglementations juridiques de la Communauté relatives à l'égalité des rémunérations. Des facteurs tels qu'une moindre expérience professionnelle, le fait de travailler à des postes de niveau hiérarchique moins élevé ou dans un secteur ou une branche du marché du travail à rémunération généralement plus faible, d'effectuer moins de mutations en raison d'un travail à temps partiel ou d'avoir plus d'interruptions de carrière pour cause de responsabilités familiales échappent au champ d'application de la législation européenne relative à l'égalité des rémunérations. Selon une étude récente menée aux Pays-Bas, l'écart salarial moyen de 23 % entre les hommes et les femmes peut être imputable pour plus de 80 % à des différences de positions sur le marché de l'emploi, lesquelles échappent à la législation.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Présidence suédoise 2001, *Mise en lumière des distinctions salariales entre hommes et femmes*, Offices du gouvernement suédois 2000; Eurostat, *Statistiques en point de mire: Population et conditions sociales*, thème 3, 5/2001.

<sup>39</sup> *Ségrégation sexuelle sur le marché de l'emploi /services et industrie*. Source: *L'emploi en Europe 2000*; Présidence suédoise 2001, *Mise en lumière des distinctions salariales entre hommes et femmes*, Offices du gouvernement suédois 2000.

<sup>40</sup> Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi (Agence d'inspection du travail), *Les positions des travailleurs sur le marché du travail en 2000*, La Haye 2002.

Le fait qu'au sein des Etats membres de l'UE, les différences entre hommes et femmes résultant plus particulièrement de la ségrégation du marché du travail et d'une distribution inégale des responsabilités familiales n'aient pas changé significativement au cours de ces dernières décennies pourrait expliquer partiellement pourquoi l'écart salarial moyen de 25 % dans l'UE, bien qu'il fluctue de quelques pour cent par an, ne s'est pas sensiblement réduit en dépit de l'existence de décennies de législation d'égalité salariale. Pourtant, les 20 % restants de l'écart salarial lié au sexe trouvent leur cause dans des facteurs qui peuvent être potentiellement analysés en appliquant les méthodes juridiques communautaires discutées plus haut.

## 4. APPLICATION DES METHODES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRES POUR L'IDENTIFICATION DE LA DISCRIMINATION SALARIALE

### 4.1 La lutte contre la discrimination (in)directe au niveau des conditions d'emploi

Un examen de la jurisprudence de la CJCE montre que la méthode d'examen minutieux des conditions salariales et des politiques salariales discutées au paragraphe 2.1 ("stratégie prospective") convient particulièrement lorsque le cas concerne des éléments suspectés discriminatoires et qui ne sont pas vraiment liés au poste de travail mais plutôt à la personne. J'entends par ce dernier point des éléments qui ne dépendent pas directement du type ou du niveau de fonction mais du comportement personnel, des mérites propres ou d'autres circonstances personnelles du travailleur. Selon la jurisprudence européenne, ces conditions salariales liées à la personne comprennent, par exemple, des indemnités pour la prestation d'heures supplémentaires, d'heures ou de prestations irrégulières ou des augmentations salariales personnelles pour l'accomplissement de cours de formation appropriés ou pour l'acquisition d'expériences professionnelles. De plus, la méthode a été appliquée avec succès pour combattre principalement la discrimination liée au sexe indirecte au niveau des avantages personnels tels que les primes de Noël, les indemnités pour frais de déplacement ou de crèche ou les allocations de pension supplémentaires.<sup>41</sup>

Tous ces éléments salariaux ont en commun qu'ils s'appliquent généralement à tous les employés ou à de vastes groupes de travailleurs, indépendamment de l'exécution d'un travail de valeur égale. C'est précisément parce qu'il n'est pas nécessaire de procéder à la tâche ardue consistant à établir l'équivalence du travail que l'approche juridique centrée sur d'éventuels éléments discriminatoires au niveau des conditions de rémunération appliquées semble avoir été assez efficace dans les cas individuels. L'utilisation de cette méthode a cependant pour condition préalable que les conditions de rémunération appliquées laissent déjà suggérer qu'elles pourraient bien avoir un impact disproportionné notamment sur les femmes ou des groupes de personnes d'origine ethnique spécifique. Dans le cas des femmes, par exemple, ce serait lorsque les conditions de rémunération diffèrent en fonction du temps de travail ou désavantagent les travailleurs féminins qui doivent interrompre leur travail pour raison de grossesse ou à cause des enfants. Il n'y a pas lieu de s'étonner de voir que la majorité des affaires de discrimination en matière de sexe ayant abouti fructueusement devant la CJCE au cours de ces vingt dernières années étaient liées à des conditions d'emploi qui désavantageaient soit les travailleurs à temps partiel soit les femmes enceintes. Pour ce qui concerne la discrimination raciale à cet égard, il n'existe pas encore actuellement de la jurisprudence européenne mais l'on dispose d'un exemple tiré de la jurisprudence néerlandaise selon lequel les conditions

<sup>41</sup> Par exemple *Defrenne*, Affaire 43/75 [1976] ECR I-455; *Jenkins*, Affaire 96/80 [1981] ECR I-911; *Nimz*, Affaire 184/89 [1991] ECR I-297; *Barber*, Affaire 262/88 [1990] ECR I-4135; *Bötel*, Affaire 360/90 [1992] ECR I-3589; *Kording*, Affaire 100/95 [1997] ECR I-5289; *Boyle*, Affaire 411/96 [1998] ECR I-6401; *Hill*, Affaire 243/95 [1998] ECR I-3739.

d'emploi peuvent laisser suggérer une discrimination raciale indirecte lorsque, par exemple, le travailleur est tenu de s'exprimer couramment en néerlandais même si la fonction exercée ne le requiert pas en soi.

Lorsqu'il n'existe pas d'indication apparente d'une discrimination raciale ou sexuelle indirecte au niveau des conditions de rémunération appliquées ou lorsque les conditions de rémunération sont extrêmement vagues ou inexistantes, l'approche juridique dont il est question ici ne peut profiter au travailleur individuel. C'est trop demander à un travailleur individuel d'entreprendre une recherche statistique quant à l'effet de chaque condition salariale formelle et informelle appliquée sans disposer préalablement du moindre indice de son effet potentiellement discriminatoire.

Lorsque les conditions salariales ou les politiques salariales appliquées ne laissent pas suggérer a priori une discrimination, un travailleur individuel peut néanmoins suspecter qu'il y a discrimination s'il gagne moins qu'un collègue proche qui est de sexe opposé ou de race différente, alors qu'ils se trouvent dans une situation comparable. Cela nous amène à la seconde méthode d'identification de la discrimination salariale: le droit individuel à une égalité de rémunération pour un travail de valeur égale. Strictement parlant, cette méthode s'est limitée jusqu'ici à la discrimination fondée sur le sexe dans la mesure où le droit à l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale est garanti par l'Article 141 CE. Les Directives de l'Article 13 prévoient simplement une interdiction des conditions d'emploi discriminatoires, y compris au niveau de la rémunération. Il n'existe, bien sûr, pas encore de jurisprudence précisant l'interprétation de ces nouvelles dispositions. Comme énoncé plus haut, la CJCE a, dans le passé, appliqué à l'Article 141 CE la méthode d'analyse des conditions d'emploi en termes de discrimination directe ou indirecte telle qu'elle se trouve inscrite dans la Directive d'égalité entre les sexes 76/207/CEE (révisée). Dans le futur, la CJCE pourrait souhaiter, une fois encore, étendre le champ d'application des dispositions de discrimination nouvellement introduites. Cela pourrait impliquer le transfert du droit à l'égalité des rémunérations pour un travail égal et de la jurisprudence afférente aux Directives de l'Article 13 dans des affaires de rémunération discriminatoire fondée sur des motifs autres que le sexe.

## 4.2 Le droit à l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale

Dans l'arrêt *Defrenne* de 1976, la CJCE a souligné que le champ d'application des dispositions d'égalité de rémunération européennes se limitaient à la discrimination émanant de dispositions juridiques ou de conventions collectives *ainsi que dans le cas d'une rémunération inégale de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public.*<sup>42</sup> Lorsque la personne plaignante aura montré qu'elle gagne moins pour un travail de valeur égale, l'employeur sera tenu de prouver que la différence de rémunération se justifie par des raisons objectives. Ce dernier point implique la méthode d'égalité de rémunérations pour un même travail, laquelle peut être divisée en trois phases.

Tout d'abord, la personne plaignante doit prouver que le travail accompli est de valeur égale. En raison des difficultés inhérentes à l'évaluation des fonctions, la plupart des affaires de discrimination salariale survenant au niveau de la Communauté ainsi qu'au niveau national se réfèrent à une situation où le travailleur et son comparateur de sexe opposé s'acquittent exactement de la même fonction plutôt que de fonctions différentes de valeur identique. Dans le cadre de l'évaluation d'une affaire de valeur égale de travail, la CJCE a fixé les critères suivants. Tout d'abord, il faut commencer par identifier un comparateur exécutant un travail de valeur égale. Ce comparateur doit être un employé travaillant effectivement dans le même établissement ou la même entreprise même s'il s'agit de quelqu'un qui a déjà quitté l'entreprise.<sup>43</sup> Bien que ce cas de figure se réfère à une comparaison entre deux

<sup>42</sup> Affaire 43/75 [1976] ECR I-455.

<sup>43</sup> *Macarthy*, Affaire 129/79 [1980] ECR I-1275, *Murphy*, Affaire 157/86 [1988] ECR I-632.

travailleurs individuels, ce qui est la situation typique, dans l'arrêt *Enderby, la CJCE* a également autorisé à d'établir une présomption de discrimination lorsque deux catégories différentes de fonctions étaient de valeur égale et que les titulaires de fonctions de l'une des catégories étaient essentiellement des femmes et dans l'autre essentiellement des hommes.<sup>44</sup>

Lorsqu'un comparateur est trouvé, la seconde phase consiste à comparer et évaluer réellement les fonctions assumées par la personne plaignante et le comparateur. Dans l'arrêt *Commission contre Royaume-Uni*, la CJCE a précisé qu'indépendamment du fait de savoir si l'employeur utilise un système d'évaluation des fonctions (le système EF) ou non, un travailleur est autorisé à prétendre devant une instance appropriée que son travail a la valeur égale et, si l'employeur conteste cette affirmation, à faire examiner celle-ci par le tribunal.<sup>45</sup> Pour ce faire, le tribunal devrait pouvoir établir si les travailleurs se trouvent dans une situation comparable en ce qui concerne la nature du poste de travail, les compétences requises et les conditions de travail appliquées.<sup>46</sup> Il importe de souligner que cela suppose que les fonctions elles-mêmes devraient être de valeur égale quelles que soient les qualifications et l'expérience professionnelle du titulaire spécifique de la fonction. Lorsque l'employeur utilise un système EF, la CJCE exige que le système soit exempt de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, ce qui signifie que le système doit couvrir toutes les caractéristiques nécessaires de l'ensemble du travail accompli dans l'entreprise, qu'il soit transparent et fondé sur des critères objectifs qui ne défavorisent pas l'un des deux sexes.<sup>47</sup>

La dernière mesure à prendre consiste à évaluer l'égalité des rémunérations. Lorsqu'il s'avère que les fonctions spécifiques sont de valeur égale mais que la personne plaignante gagne moins que son comparateur, la charge de la preuve incombe à l'employeur.<sup>48</sup> Les arguments des employeurs pour justifier une différence salariale peuvent généralement se diviser en deux catégories. Soit l'équivalence des fonctions est contestée, par exemple parce que les tâches réalisées par le comparateur masculin sont prétendues différentes ou impliquant plus de responsabilités, soit les qualifications personnelles des titulaires de postes sont contestées, par exemple parce qu'il est allégué que le comparateur masculin a plus d'expérience, une meilleure formation ou de meilleures aptitudes personnelles.

Cependant, cette méthode d'identification de la discrimination salariale laisse apparaître clairement certains inconvénients. Quelles sont les chances pour une employée particulière de pouvoir trouver un véritable comparateur, de pouvoir évaluer la valeur du travail accompli par ce comparateur et de pouvoir déterminer les revenus exacts qu'il ou elle perçoit pour cela? Sélectionner un comparateur parmi des collègues proches exerçant la même fonction semble possible. Cependant, si la plaignante est employée à un poste du type féminin, il se peut que l'on ne puisse trouver un comparateur approprié du sexe opposé exerçant la même fonction. De plus, le fait de comparer des fonctions de branches industrielles à prédominance féminine avec des fonctions de valeur égale relevant de branches à prédominance masculine est souvent exclu parce que les deux employés doivent travailler dans le même établissement ou la même entreprise. Non seulement le processus de recherche d'un comparateur approprié peut comporter de nombreuses embûches mais les mesures suivantes d'évaluation de la valeur égale et du salaire égal peut être une tâche ardue. L'évaluation des fonctions est un processus compliqué qui requiert une expérience et des connaissances professionnelles. En outre, lors de l'examen minutieux de la justification de l'employeur, l'on doit avoir un aperçu clair des structures ordinaires de la classification des fonctions, de la rémunération et de leur interrelation. Il s'avère parfois que même la CJCE n'est pas assez familiarisée avec ces structures. La récente affaire *Brunnhofner* en constitue un bon exemple.<sup>49</sup> Je partirai de cet exemple pour montrer que la CJCE semble parfois rendre la situation inutilement difficile pour appliquer des normes d'égalité de rémunération, que ce soit pour le travailleur comme pour l'employeur.

<sup>44</sup> Affaire 127/92 [1993] ECR I-5535.

<sup>45</sup> Affaire 61/81 [1982] ECR I-2601.

<sup>46</sup> CJCE *Macarthy*, Affaire 129/79 [1980] ECR I-1275; CJCE *Royal Copenhagen*, Affaire 400/93 [1995] ECR I-1275.

<sup>47</sup> *Rummler*, Affaire 23/85 [1986] ECR I-2110.

<sup>48</sup> *Lawrence*, Affaire 320/00 [2002] ECR I-7325.

<sup>49</sup> Affaire 381/99 [2001] ECR I-4961.

### 4.3 Un exemple: l'arrêt Brunnhofer

Mme Brunnhofer et son collègue masculin travaillaient dans une banque autrichienne. Ils accomplissaient le même travail et leurs salaires de base coïncidaient, ayant exactement le même niveau dans la même catégorie salariale prévue dans une convention collective. De plus, les deux employés avaient droit exactement à la même indemnité pour prestation d'heures supplémentaires. Une seule différence les distinguait. Au moment de leur embauche, le collègue masculin se vit accorder une allocation personnelle mensuelle supplémentaire, ce qui rendait ses revenus plus importants que ceux de sa collègue. L'employeur justifia cette différence salariale en déclarant que les capacités de l'employé masculin étaient meilleures et que sa fonction impliquait plus de responsabilités.

La CJCE déclara, comme elle l'avait déjà fait antérieurement, qu'en établissant l'équivalence du travail, il faudrait évaluer si les employés se trouvaient dans une situation comparable quant à la nature de l'emploi, aux compétences requises et aux conditions de travail appliquées. Je dirais ici que l'argument de l'employeur affirmant que l'employé masculin exerçait des tâches de plus de responsabilité aurait dû être accepté. La CJCE n'en a pas fait mention mais a décidé qu'un facteur personnel tel que les performances du titulaire de fonction ne pouvaient faire partie de l'évaluation de l'équivalence. Ce dernier point semble évident dans la mesure où la performance constitue un élément salarial lié à la personne alors que le concept de fonctions de valeur égale ne concerne que la nature de la fonction et devrait donc être évalué indépendamment des qualifications du titulaire de la fonction. Cependant, les arguments de la CJCE ont été développés de manière assez différente, ayant un effet imprévu. La CJCE a argué que, comme l'Article 119 du Traité CE (actuellement l'Article 141 CE) attribue le droit à l'égalité des rémunérations pour l'exécution d'un travail égal, les performances individuelles du titulaire de fonction ne peuvent en aucun cas être prises en ligne de compte. La CJCE, faisant référence aux arguments de la Commission de la CE, a même souligné que, lorsque deux employés exécutent le même travail, une différence de rémunération selon les performances du titulaire de fonction ne serait possible que par assignation de tâches différentes à cet employé ou par changement de sa fonction.<sup>50</sup>

Cette dernière considération du tribunal manque apparemment de connaissance suffisante des systèmes de rémunération ordinairement appliqués au niveau national. Bien que les performances du titulaire de fonction ne devraient effectivement pas faire partie de l'évaluation de l'équivalence des fonctions, elles peuvent néanmoins constituer un facteur objectif dans l'évaluation de l'égalité des rémunérations. Si nous devons prendre sérieusement cette considération de la CJCE, signifiant que de meilleures performances personnelles ne peuvent être rémunérées sans un changement de fonction, alors tous les systèmes de rémunération nationaux ou la plupart d'entre eux seraient contraires au droit communautaire. La plupart des systèmes classent les fonctions de valeur égale dans la même catégorie de rémunération. Cependant, les titulaires de fonction qui relèvent de la même catégorie de rémunération ne touchent pas exactement le même traitement précisément en raison des éléments de rémunération liés à la personne. En se voyant accorder une allocation périodique supplémentaire ou une augmentation de salaire, les titulaires de fonction sont souvent rétribués pour leur ancienneté, leurs performances, leurs heures de travail irrégulières ou leurs frais. Ce dernier point ne change pas la nature ou la valeur du travail accompli.

Le respect des normes d'égalité des rémunérations n'est pas favorisé lorsque les employeurs doivent répondre à des conditions assez incompréhensibles des systèmes de rémunération nationaux. Cependant, les employeurs ne sont pas les seuls à éprouver des difficultés; les juridictions nationales se voient parfois confier des tâches difficiles par la CJCE. En dépit du fait que les fonctions assurées par Mme Brunnhofer et son collègue étaient évaluées et classées de manière égale sur la base d'une convention collective, la CJCE a cependant demandé à la juridiction

<sup>50</sup> Affaire 381/99 [2001] ECR I-4961, paragraphe 77.

nationale de tout reprendre à zéro et de réévaluer les fonctions indépendamment de la convention collective. Comme nous l'avons dit précédemment, l'évaluation des fonctions requiert une expérience et des connaissances professionnelles. Le système serait-il plus efficace si les tribunaux nationaux devaient se fier à des conditions d'emploi collectives qui classent les fonctions dans la même échelle barémique? Bien sûr, il pourrait exister des différences entre les fonctions réelles et celles évaluées dans la convention collective mais ne serait-ce pas, dans ce cas, un risque à supporter par l'employeur puisque c'est l'employeur qui a classé les différentes fonctions dans la même catégorie barémique.

Il nous faudrait encore traiter d'un dernier point de l'arrêt *Brunnhofer*, celui de l'assignation de la charge de la preuve. En cohérence avec sa jurisprudence antérieure<sup>51</sup>, la CJCE a décidé que c'était à la partie plaignante qu'il incombait de montrer que le travail était de valeur égale à moins que cela ne soit pas possible en raison d'un manque total de transparence du système de rémunération. Selon la CJCE, l'arrêt *Brunnhofer* ne présente pas un tel manque de transparence, de sorte que c'est à la plaignante de montrer que les fonctions impliquées sont de valeur égale. A ce stade, les éléments salariaux liés à la fonction et liés à la personne semblent à nouveau se mêler, désavantageant la partie plaignante. Le système de rémunération peut être transparent en ce qui concerne l'évaluation et le classement des fonctions (le problème de l'égalité de valeur) mais en va-t-il de même des éléments salariaux liés à la personne tels que les indemnités supplémentaires (la question de l'égalité de rémunération)? Comment Mme Brunnhofer peut-elle contrer l'argument de l'employeur selon lequel son collègue masculin s'est vu accorder une allocation en raison de ses performances personnelles lorsque les critères concernés pour l'attribution d'indemnités semblent faire défaut? Ni la CJCE ni les conditions d'emploi présentes dans la convention collective ne s'y réfèrent bien que les questions principales auxquelles il faudrait répondre devraient être de savoir quels sont les critères appliqués pour accorder une indemnité personnelle, si ces critères sont objectifs et ne sont pas (indirectement) discriminatoires et s'ils expliquent pourquoi Mme Brunnhofer n'a pas droit à une telle allocation. Sur la base des faits inclus dans cette décision, la CJCE n'avait pas de raison apparente de conclure d'emblée que le système de rémunération national spécifique était transparent. Par conséquent, on ne peut exclure que l'employeur, dans ce cas, aurait dû identifier les critères objectifs requis pour l'octroi d'indemnités supplémentaires à ses employés. Le fait d'affirmer simplement qu'une différence salariale entre employés est due à une différence de performances ne satisferait pas, dans ce cas, aux normes d'égalité des rémunérations communautaires.<sup>52</sup>

## 5. CONCLUSIONS

Pour résumer nos observations, l'on pourrait dire que la discrimination salariale résultant d'éléments salariaux spécialement liés à la personne, tels que les indemnités ou les augmentations salariales individuelles pour ancienneté ou performances ou les avantages d'emploi secondaires, est mieux traitée au moyen de l'outil juridique qui permet d'analyser la discrimination directe et indirecte dans les conditions d'emploi. Cette méthode découle des Directives d'égalité de traitement fondée sur le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, l'âge, un handicap et l'orientation sexuelle. Cette méthode offre pour principal avantage qu'elle ne requiert pas d'évaluation des fonctions du fait que les éléments de rémunération liés à la personne s'appliquent généralement à tous les employés, indépendamment de la fonction occupée. Cependant, lorsqu'il n'existe aucune indication apparente de discrimination indirecte dans les conditions salariales appliquées, cette approche juridique peut à peine profiter

<sup>51</sup> *Danfoss*, Affaire 109/88 [1989] ECR I-3199.

<sup>52</sup> Dans cette affaire particulière, la CJCE a estimé que l'indemnité de performances ne s'inscrivait pas dans la lignée du droit communautaire parce que cette indemnité était déjà accordée au moment de l'embauche, lorsque l'employeur ne pouvait pas encore avoir d'indice sur le niveau de performances du travailleur.

au travailleur particulier parce qu'elle nécessiterait une recherche statistique du travailleur portant sur l'impact de chaque condition salariale appliquée.

Lorsque les conditions salariales elles-mêmes semblent neutres, la méthode rétrospective partant des résultats salariaux réels obtenus et tentant d'expliquer toute différence peut offrir une alternative. Ce droit à l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale tel qu'il se trouve inscrit dans l'Article 141 CE se limite pour l'heure encore au motif relatif au sexe. Néanmoins, il peut exister une possibilité de voir la CJCE appliquer ce système dans le futur à des motifs de discrimination couverts par les Directives de l'Article 13. Bien qu'une telle extension des méthodes pour l'établissement de cas de discrimination salariale doive être bien accueillie, elle comporte quand même de sérieux inconvénients. On ne peut pas toujours trouver un comparateur approprié, il n'est pas aisé de déterminer la valeur des fonctions et les revenus exacts perçus par un comparateur ne sont pas toujours accessibles au particulier. Pour les juridictions nationales aussi, l'évaluation de l'égalité de valeur et de l'égalité de rémunération peut s'avérer être un processus compliqué, le tribunal n'y étant pas accoutumé. Une connaissance inadéquate des systèmes de rémunération et d'évaluation des fonctions conduit facilement à des jugements médiocres.

Est-il possible de pallier ces défauts présents dans les normes communautaires d'égalité des rémunérations? Les nouvelles Directives de l'Article 13 et la révision subséquente de la Directive 76/207/CEE offrent plusieurs instruments prometteurs pour le renforcement de la mise en œuvre et de l'application des normes d'égalité des rémunérations. Lors de la mise en œuvre de ces directives, je dirais qu'il est de la plus haute importance que l'on réalise que les normes d'égalité des rémunérations actuelles peuvent être à peine mises en vigueur par un travailleur individuel à lui seul. La Directive d'égalité raciale a baissé les exigences requises pour créer une affaire de discrimination indirecte apparemment fondée mais des arrangements plus spéciaux sont nécessaires. Les systèmes juridiques nationaux devraient, par exemple, introduire les actions collectives permettant à des associations, des organisations ou des syndicats d'intenter des procès non seulement au nom du particulier mais également pour leur propre compte.<sup>53</sup> Les ONG ou les syndicats ont bien plus accès aux ressources, connaissances et informations au sujet des entreprises que les particuliers et se trouvent, dès lors, dans une meilleure situation pour analyser l'égalité salariale. Deuxièmement, les organismes spécialisés tels que les commissions pour l'égalité de traitement portant sur la race et le sexe peuvent également jouer un rôle important. Ils peuvent offrir une assistance indépendante aux victimes de discrimination et peuvent mener des enquêtes indépendantes. L'expérience néerlandaise nous apprend que la majorité des plaintes pour inégalité de rémunération qui aboutissent sont seulement liées au fait que la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise mène sa propre recherche sur l'égalité salariale au niveau des entreprises après introduction d'une plainte individuelle. La loi oblige l'employeur à coopérer.

Enfin, le renforcement des possibilités de porter des affaires d'égalité salariale devant les tribunaux devrait s'accompagner d'un renforcement de l'expertise du tribunal, soit par l'introduction de tribunaux spécialisés ou d'instances spécialisées dotées du pouvoir de prendre des décisions contraignantes soit par l'exigence d'impliquer des experts dans le domaine des systèmes de rémunération et d'évaluation des fonctions. Sinon, un fossé pourrait facilement s'installer.<sup>54</sup> Au vu de l'expérience acquise par les quinze Etats membres à ce jour, il est clair que les litiges qui concernent l'égalité salariale souffrent d'une espèce de prédiction qui se réalise. La difficulté juridique des actions pour égalité de valeur et la rareté des affaires qui aboutissent fructueusement incitent peu les particuliers à ester en justice. En conséquence, les tribunaux se trouvent rarement confrontés à des demandes relatives à l'égalité

<sup>53</sup> Dans ce cas, une clause pourrait être intégrée afin d'exclure les personnes impliquées des poursuites si elles le désirent.

<sup>54</sup> Voir aussi J. Blom et al., *The utilisation of Sex Equality litigation in the Member States of the EU*, Commission CE 1995, V/782/96-EN; Réseau d'experts, *Evaluation de l'impact juridique des Directives d'égalité*, Commission CE 2003 (à paraître).

de valeur et ne développent donc pas d'expertise dans ce domaine. Cela conduit parfois à une attitude précaire au sein des tribunaux, donnant lieu au rejet rapide des plaintes déposées. A ce stade, nous reviendrons au point de départ parce qu'en fin de compte, cela aboutira à un nombre encore moindre de personnes voulant supporter les risques et les frais que comporte un procès.

La mise en application d'accords supplémentaires prévus dans les récentes Directives de l'Article 13 et la Directive d'égalité entre les sexes révisée peut porter remède à certaines des difficultés discutées. Pour autant, je ne m'attends pas à voir cela aboutir à une égalité des rémunérations sur le marché de l'emploi européen car seule une petite part de la disparité salariale peut être efficacement traitée par des instruments juridiques, comme j'ai tenté de le démontrer dans le présent article. Une lutte sérieuse contre l'écart salarial requiert plus de mesures proactives qui devraient, de préférence, être établies par la voie du dialogue social, du fait que telles mesures demandent un engagement complet des syndicats et des organisations patronales. On peut trouver, par exemple, au nombre de ces types de mesures, la promotion de l'utilisation de systèmes d'évaluation des fonctions par les employeurs en général, dans la mesure où la recherche arrive à la conclusion que les entreprises qui appliquent de tels systèmes présentent moins de différence de rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. En outre, il est possible d'élaborer des outils de gestion, comme ce fut le cas aux Pays-Bas, afin de rechercher dans les systèmes d'évaluation des fonctions d'éventuels préjugés raciaux ou sexistes avant leur application. On peut enfin suggérer éventuellement l'élaboration de méthodes de recherche en matière d'égalité de rémunération qui ne se limiteraient pas à la comparaison de deux travailleurs seulement, comme la méthode des "lignes salariales".<sup>55</sup> Toutes les Directives d'égalité de traitement susmentionnées encouragent les interlocuteurs sociaux à conclure des accords portant sur l'anti-discrimination par négociation collective. Si ceci devait entraîner des accords portant sur des outils proactifs tels que l'obligation de mener une étude détaillée des entreprises sur l'égalité des rémunérations selon la race et le sexe, tous les cinq ans par exemple, il serait peut-être possible d'amorcer une réduction réelle de l'écart salarial.

<sup>55</sup> Pour plus d'explication, voir l'article produit par Siebrand Bisschop, dans cette publication.

**LA DISCRIMINATION  
INDIRECTE FONDEE SUR  
LE SEXE AU NIVEAU  
DE LA REMUNERATION  
ET DES CONDITIONS DE  
TRAVAIL: L'APPLICATION  
D'UN CONCEPT  
POTENTIELLEMENT  
DYNAMIQUE**

DR. SUSANNE BURRI, CHARGÉE DE COURS, FACULTE DE DROIT  
UNIVERSITE D'UTRECHT, DEPARTEMENT DE L'EGALITE ENTRE LES SEXES ET LA LOI

## 1. INTRODUCTION

Le présent article analyse certains développements récents concernant le concept de discrimination indirecte dans le domaine de rémunération et des conditions de travail dans la législation sur l'égalité entre les sexes de la CE et dans la législation du travail néerlandaise. Comme la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) ainsi que des tribunaux néerlandais a été, jusqu'à présent, concerné avant tout par l'application de la Loi sur l'égalité entre les sexes de la CE et d'autres dispositions nationales similaires, ce domaine pourrait bien constituer une source utile d'analyse pour d'autres motifs de discrimination tels que la race, la religion, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Il conviendra, tout d'abord, de prêter attention au concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe tel qu'il est développé dans la jurisprudence de la CJCE et aux définitions de la discrimination indirecte présentes dans différentes directives de la CE. Certaines dispositions néerlandaises portant spécifiquement sur l'égalité de traitement seront alors analysées, telles que l'interdiction de toute distinction fondée sur le temps de travail ou toute distinction entre les contrats de travail à durée déterminée et les contrats de travail à durée indéterminée. Une telle discrimination a, tout d'abord, été traitée selon le concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe et est modelée sur ce concept. Selon la législation néerlandaise, les travailleurs sont également habilités à jouir de droits plus spécifiques, comme le droit d'adaptation de la durée de travail et des heures de travail et d'autres droits qui peuvent faciliter la réconciliation du travail et de la vie familiale. Dans ce domaine, la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a appliqué le concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe aux conditions de travail avant que des dispositions spécifiques ne deviennent disponibles.<sup>56</sup> Quelles sont les possibilités offertes à ce jour par le concept de discrimination indirecte pour combattre la discrimination entre les sexes au niveau des conditions de travail et de rémunération? Comment a-t-il contribué au développement d'un corpus juris élargi et de droits plus spécifiques pour les travailleurs, pouvant potentiellement contribuer à l'amélioration de la position des femmes dans le secteur de l'emploi? Quelles sont les difficultés qu'engendre l'application de ce concept par les tribunaux néerlandais dans le domaine des conditions de travail et de rémunération et comment traiter ces problèmes? Voici quelques uns des sujets qui seront traités dans le présent article.

## 2. LE CONCEPT DE DISCRIMINATION INDIRECTE FONDEE SUR LE SEXE DANS LA LEGISLATION DE LA CE

On peut distinguer deux approches différentes adoptées dans la jurisprudence de la CJCE en ce qui concerne l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de valeur égale. La première approche requiert une comparaison du travail accompli par deux (groupes de) travailleurs après qu'une différence de rémunération ait été établie. La question consiste alors à savoir si le travail du/des travailleur(s) masculin(s) et féminin(s) est de même valeur, ce qui exige une comparaison directe entre les deux.<sup>57</sup> La seconde approche s'applique lorsque l'application d'un critère apparemment neutre vis-à-vis des deux sexes, tel que le travail à temps partiel par exemple, produit un effet défavorable sur beaucoup plus de femmes que d'hommes, par exemple en termes de rémunération. Il peut être question alors de discrimination sexuelle indirecte s'il n'existe pas de justification objective à cet égard.

<sup>56</sup> On trouvera des informations sur la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise et ses avis à l'adresse du site web de la Commission : [www.egb.nl](http://www.egb.nl).

<sup>57</sup> On peut citer comme exemple d'une telle comparaison, l'arrêt de la CJCE en date du 4 février 1988, *Affaire 157/88, Murphy contre An Bord Telecom Eireann* [1988] ECR 673 et, plus récemment, l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2000, *C-381/99, Brunnhofer contre Bank der Österreichischen Postsparkasse* [2001] ECR I-4961.

Le concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe a principalement été développé par la CJCE, en particulier pour ce qui concerne le travail à temps partiel. Dans la plupart des affaires, l'Article 119 CEE (désormais l'Article 141 CE) a joué, lequel établit le principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de valeur égale.<sup>58</sup> La Cour a également appliqué le concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe aux conditions de travail, interprétant la seconde Directive d'égalité de traitement (76/207/CEE; la seconde Directive d'égalité de traitement)<sup>59</sup> et les directives qui accordent des droits spécifiques, telles que la Directive de congé parental (96/34/CE).<sup>60</sup> La seconde Directive d'égalité de traitement proscrit explicitement la discrimination indirecte dans son Article 2(1).

Deux affaires font date à cet égard. Il s'agit de l'arrêt *Bilka*, sur l'exclusion d'un groupe de travailleurs à temps partiel hors d'un système de retraite professionnelle, et l'arrêt *Rinner-Kühn*, sur l'exclusion de travailleurs à temps partiel hors d'un système national de maintien d'un versement en cas de maladie.<sup>61</sup> La vérification qui doit être appliquée afin d'établir si l'application d'un critère ou d'une pratique équivaut à une discrimination indirecte est globalement la même qu'il s'agisse de conditions de travail ou de conditions de rémunération. Dans le domaine des systèmes de sécurité sociale statutaires, la vérification semble être plus souple et accorde aux Etats membres plus de pouvoir discrétionnaire.<sup>62</sup>

## 2.1 Définitions de la discrimination indirecte

Le concept de discrimination indirecte tel qu'il est développé par la CJCE est désormais codifié dans différentes directives. La première définition de la discrimination indirecte fondée sur le sexe a été donnée dans la Directive relative à la charge de la preuve dans des affaires de discrimination fondée sur le sexe (97/80/CE).<sup>63</sup> L'Article 2(2) stipule : "Aux fins du principe de l'égalité de traitement ... 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."

Plus récemment, de nouvelles définitions ont été incorporées dans la Directive d'égalité raciale (2000/43/CE)<sup>64</sup>, dans la Directive-cadre (2000/78/CE)<sup>65</sup> et dans la directive modifiant la seconde Directive d'égalité de traitement (2002/73/CE).<sup>66</sup> Les définitions présentes dans ces trois directives sont similaires. L'Article 2(2) de la seconde directive d'égalité de traitement a été modifiée par l'inclusion d'une définition de la discrimination indirecte fondée sur le sexe dans l'accès à l'emploi, à la formation et la promotion professionnelles et dans les conditions de travail. Cette définition s'énonce comme suit : "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(e) par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires." Ces nouvelles définitions de la discrimination indirecte doivent être mises en application. La définition de la discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la Directive 2002/73/CE n'est pas exactement la même que la définition de la directive relative à la charge de la preuve. On ne sait clairement si la directive relative à la charge de la preuve sera modifiée. Tant que ce n'est pas le cas, deux définitions légèrement différentes de la discrimination indirecte fondée sur le sexe demeurent dans la législation de la CE, variant en fonction du domaine dans lequel elles sont appliquées.

<sup>58</sup> La première directive sur l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins est également concernée: Directive du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (75/117/CEE), JO 1975, L 45/19.

<sup>59</sup> Directive du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (76/207/CEE), JO 1976, L 39/40. Cette directive a été modifiée par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, JO 2002, L 269/15.

<sup>60</sup> La Directive du Conseil 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO 1996, L 145/4.

<sup>61</sup> CJCE 13 mai 1986, Affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Weber von Harz* [1986] ECR, 1607 et CJCE 13 juillet 1989, Affaire 171/88, *Rinner-Kühn contre FWW Spezial Gebäudereinigung* [1989] ECR 1989, 2743.

<sup>62</sup> La Directive du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (79/7/CEE), JO 1079, L 6/24. Voir, par exemple, CJCE 14 décembre 1995, Affaire C-317/93, *Nolte contre Landesversicherungsanstalt Hannover* [1995] ECR I-4625.

<sup>63</sup> Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO 1998, L 14/6.

<sup>64</sup> 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, JO 2000, L 180/22. Cette directive devait être mise en œuvre pour le 19 juillet 2003.

## 2.2 La charge de la preuve

Conformément à l'Article 4(1) de la Directive relative à la charge de la preuve, des personnes qui estiment avoir subi une injustice parce que le principe de l'égalité de traitement ne leur a pas été appliqué doivent pouvoir établir les faits à partir desquels on peut présumer qu'il y a eu discrimination directe ou indirecte. La charge de la preuve incombe alors à la partie défenderesse, qui devra démontrer qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. La Directive 2002/43/CE et la Directive 2000/78/CE contiennent la même clause sur la charge de la preuve.<sup>67</sup> Selon ces deux directives, cette charge de la preuve ne s'applique pas aux actions pénales et les Etats membres ne sont pas obligés de l'appliquer aux procès dans lesquels le tribunal ou un organisme compétent doit enquêter sur les faits de l'affaire.

Le déplacement de la charge de la preuve qui est maintenant codifiée dans les directives s'inscrit en conformité avec la jurisprudence de la CJCE.<sup>68</sup> De plus, lors de l'interprétation du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail, la Cour a insisté sur l'importance du principe de transparence. L'arrêt *Danfoss* a précisé que, lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui manque totalement de transparence, c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que cette pratique n'est pas discriminatoire, si un travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de travailleurs masculins, que la moyenne salariale des femmes est inférieure à celle des hommes.<sup>69</sup> Dans l'arrêt *Barber*, la Cour a précisé que le principe de transparence exige que l'application du principe d'égalité salariale soit assurée à l'égard de chaque élément de rémunération et non seulement sur la base d'une évaluation détaillée du salaire du travailleur.<sup>70</sup> Dans l'arrêt *Enderby*, la Cour a déclaré que, lorsque des statistiques significatives révèlent une différence appréciable de rémunération entre deux emplois de même valeur, dont l'un est occupé presque exclusivement par des femmes et l'autre majoritairement par des hommes, l'Article 119 CEE exige que l'employeur montre que cette différence se fonde sur des facteurs justifiés objectivement, sans rapport avec la moindre discrimination fondée sur le sexe.<sup>71</sup> Afin d'examiner si une mesure possède un impact plus désavantageux pour les femmes que pour les hommes, il faut procéder à une comparaison statistique entre la proportion d'hommes dans le groupe de référence qui sont en mesure de répondre à une exigence et ceux qui n'en sont pas capables par rapport à la proportion de femmes (*Seymour*).<sup>72</sup> La juridiction nationale doit évaluer si les statistiques sont valables et significatives. Une accusation de discrimination indirecte apparemment fondée peut également être établie lorsque les preuves statistiques révèlent une disparité moindre mais qui demeure constante sur une longue période entre hommes et femmes.

La plus récente définition de la discrimination indirecte dans la Directive d'égalité raciale (2000/43/CE) et dans la Directive-cadre (2000/78/CE) rend plus aisée l'établissement d'un cas de discrimination indirecte apparemment fondée parce que la victime présumée de discrimination ne doit plus prouver qu'une "proportion substantiellement plus élevée de membres d'un groupe est désavantagée". Il suffit que des personnes d'une origine raciale ou ethnique, par exemple, soient particulièrement désavantagées par rapport à d'autres personnes. La Commission européenne a souligné que cela allégerait la charge de la preuve pour les plaignants. Lorsque la Directive 2002/73/CE sera mise en œuvre, la même vérification sera appliquée à la discrimination indirecte fondée sur le sexe. La définition contenue dans la directive relative à la charge de la preuve précise que l'impact négatif doit porter sur les membres d'un groupe.<sup>73</sup>

Toutes les définitions laissent suggérer qu'une comparaison doit être effectuée entre les personnes d'un groupe et les personnes d'un autre groupe. Les définitions contenues dans la Directive d'égalité raciale (2000/43/CE) et la Directive-cadre (2000/78/CE) rendent une comparaison avec d'autres personnes possible, cela peut donc dépendre

<sup>65</sup> 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, JO 2000, 303/16. Cette directive devait être mise en œuvre pour le 2 décembre 2003; une période supplémentaire est accordée pour la mise en œuvre des dispositions portant sur la discrimination fondée sur l'âge et un handicap.

<sup>66</sup> Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant 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, JO 2002, L 269/15. Cette directive devait être mise en œuvre pour le 5 octobre 2005.

<sup>67</sup> Dans l'Article 8(1) de la Directive 2000/43/CE, Article 10(1) de la Directive 2000/78/CE.

<sup>68</sup> Voir par exemple CJCE 13 mai 1986, Affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus contre Weber von Harz* [1986] ECR 1607, paragraphe 31.

<sup>69</sup> CJCE 17 octobre 1989, Affaire 109/88, *Union of Commercial and Clerical Employees contre Danish Employers' Association, acting on behalf of Danfoss* [1989] ECR 3199, paragraphes 12-16.

<sup>70</sup> CJCE 17 mai 1990, Affaire C-266/88, *Barber contre Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1944, paragraphes 34-35.

<sup>71</sup> CJCE 27 octobre 1993, Affaire C-127/92, *Enderby contre Renchay Health Authority* [1993] ECR I-5566, paragraphes 14-19.

<sup>72</sup> CJCE 9 février 1999, Affaire C-167/97, *Regina contre Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith* [1999], ECR I-623, paragraphes 51-65.

<sup>73</sup> C. Barnard et B. Hepple, 'Substantive Equality', *Cambridge Law Journal* 59(3), novembre 2000, p. 568.

du contexte dans lequel se fait la comparaison et du groupe avec lequel elle se fait. Dans le cas d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, il est clair que la comparaison doit être faite entre des personnes d'un sexe et des personnes de l'autre.

La définition contenue dans les trois directives les plus récentes déclare explicitement que la discrimination indirecte peut être établie non seulement lorsqu'une disposition ou un critère neutre désavantage des personnes mais également lorsqu'une pratique le fait. C'est le résultat discriminatoire qui est décisif, non la source de la discrimination. Cette approche est conforme à la jurisprudence de la CJCE. Dans toutes ces définitions, la norme est formulée d'une façon neutre et symétrique. Par conséquent, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, par exemple, protège non seulement les femmes mais aussi les hommes.

### 2.3 Objective Justification

La vérification de la justification objective telle qu'elle est décrite dans la Directive relative à la charge de la preuve est globalement la même que dans la jurisprudence de la CJCE. Dans les nouvelles définitions, le législateur a précisé explicitement que le but doit être légitime et il doit donc être vérifié séparément. Selon la proposition de la Commission, le but doit mériter une protection et doit être suffisamment important pour justifier sa primauté sur le principe de l'égalité de traitement.<sup>74</sup>

La jurisprudence de la CJCE donne un meilleur cadre d'orientation spécifique à cet égard. Lorsque des conditions d'emploi, y compris la rémunération, sont en jeu et que la partie défenderesse est un employeur, l'objectif doit répondre à un "besoin réel" des entreprises.<sup>75</sup> Si la partie défenderesse est un Etat membre et qu'il est question de politique d'Etat, le but doit être un "objectif nécessaire de politique sociale".<sup>76</sup> Dans l'arrêt *Seymour*, la CJCE a souligné que, bien que la politique sociale soit essentiellement une question qui relève des Etats membres, la grande marge décisionnelle dont peuvent disposer les Etats membres ne peut avoir pour effet de frustrer la mise en application d'un principe fondamental du droit communautaire tel que l'égalité des rémunérations pour les hommes et les femmes. Dans ce cas, de simples généralisations concernant la capacité d'une mesure spécifique visant à encourager le recrutement n'ont pas suffi à montrer que l'objectif de la réglementation contestée était sans rapport avec une quelconque discrimination fondée sur le sexe ni à prouver que les moyens choisis étaient appropriés à l'obtention de cet objectif.<sup>77</sup> La Cour a également précisé que la visée économique de l'Article 141 CE était secondaire à la visée sociale, laquelle constitue l'expression d'un droit humain fondamental.<sup>78</sup>

Les définitions présentes dans les différentes directives précisent sans équivoque que les moyens destinés à parvenir à un objectif légitime doivent être appropriés et nécessaires. Ce dernier critère n'est pas rencontré lorsque l'objectif légitime peut également être réalisé par d'autres moyens moins discriminatoires ou non discriminatoires. Les avis de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise montrent que ce dernier critère constitue un obstacle important pour satisfaire à la vérification de la justification objective.

C'est à la juridiction nationale d'établir s'il existe une violation de la législation européenne mais, dans certaines affaires, la CJCE offre un cadre d'orientation plus étoffé concernant les arguments qui n'offrent pas une justification objective lorsqu'un cas apparemment fondé de discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le domaine des conditions de rémunération ou de travail a été établie et concernant le type de traitement qu'il

<sup>74</sup> COM 1999, 565, p. 9.

<sup>75</sup> CJCE 13 mai 1986, Affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Weber von Harz* [1986] ECR 1986, 1607, paragraphe 37.

<sup>76</sup> CJCE 13 juillet 1989, Affaire 171/88, *Rinner-Kühn contre FWW Spezial Gebäudereinigung* [1989] ECR 1989, 2743, paragraphe 14.

<sup>77</sup> CJCE 9 février 1999, Affaire C-167/97, *Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte Seymour Smith* [1999] ECR I-623.

<sup>78</sup> CJCE 10 février 2000, Affaire C-50/96, *Deutsche Telekom contre Schröder* [2000] ECR I-743.

convient d'appliquer dans le cas d'une violation du principe de l'égalité des rémunérations ou de traitement. Selon l'arrêt *Kowalska*, le groupe de personnes souffrant d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe doit être traité de la même façon et soumis au même système que les autres travailleurs.<sup>79</sup> De simples généralisations ne constituent pas une justification objective. Dans l'arrêt *Nimz*, par exemple, la CJCE a insisté sur le fait que l'objectivité d'application du critère de la longueur de service comme critère de sélection pour le barème salarial suivant dépend de toutes les circonstances dans un cas spécifique, en particulier de la relation entre la nature du travail exécuté et l'expérience acquise par ce travail après un certain nombre d'heures de travail.<sup>80</sup> L'arrêt *Enderby* a précisé que le fait que les taux salariaux résultent d'un processus de négociation collective mené par les mêmes parties mais que, menés séparément pour deux groupes professionnels et pris séparément, ils n'ont pas en soi d'effet discriminatoire ne constitue pas une justification objective de différences salariales entre les deux emplois.<sup>81</sup> Récemment, la CJCE a confirmé dans l'arrêt *Kutz-Bauer* que, bien que des considérations budgétaires puissent sous-tendre le choix d'une politique sociale par un Etat membre et puissent influencer la nature ou la portée des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent pas en soi un objectif poursuivi par cette politique et ne peuvent, dès lors, justifier une discrimination vis-à-vis de l'un des deux sexes.<sup>82</sup> Interprétant l'Article 2(1) et l'Article 5(1) de la deuxième directive d'égalité de traitement, la CJCE a soutenu qu'admettre que ces considérations budgétaires puissent justifier une différence de traitement entre les hommes et les femmes, qui constituerait autrement une discrimination indirecte pour motifs sexistes, reviendrait à dire que l'application et la portée d'une réglementation du droit communautaire aussi importante que celle de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes pourrait varier dans le temps et selon le lieu d'après l'état des finances publiques des Etats membres. Un tel cadre d'orientation de la CJCE peut s'avérer particulièrement utile dans des cas d'égalité salariale, lorsque l'Etat agit en qualité d'employeur.<sup>83</sup> La Cour a également précisé, dans l'arrêt *Kutz-Bauer*, que, dans le cas d'une violation de la Directive 76/207/CE par des dispositions législatives ou par des clauses de convention collective introduisant une discrimination contraire à cette directive, les tribunaux nationaux sont tenus de rejeter cette discrimination en recourant à tous les moyens mis à leur disposition et, en particulier, en appliquant ces dispositions au profit de la classe désavantagée et ne sont pas tenus d'introduire une demande ou d'attendre le rejet des dispositions par le pouvoir législatif, par une négociation collective ou par d'autres voies.

#### 2.4 Définitions dans la Loi sur l'égalité de traitement néerlandaise

Jusqu'à présent, la loi sur l'égalité de traitement néerlandaise a donné une définition légèrement différente de la discrimination (directe et) indirecte. La loi néerlandaise interdit une distinction fondée, par exemple, sur la race ou le sexe. Comment les définitions de la discrimination indirecte telles qu'elles sont inscrites dans les directives les plus récentes seront-elles mise en application aux Pays-Bas?<sup>84</sup> La terminologie spécifique aux Pays-Bas restera inchangée à court terme, interdisant donc la distinction mais pas la discrimination. Il est clair que la "distinction" inclut la "discrimination". La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise n'a pas conseillé de remplacer "distinction" par "discrimination" parce que les gens ont souvent l'impression incorrecte que l'utilisation du mot "discrimination" implique l'intention d'une distinction. Jusqu'à présent, l'utilisation du mot "distinction" n'a pas provoqué de problèmes spécifiques. Mais, d'un autre côté, la mise en application de la terminologie des directives permet de garantir qu'aucune autre interprétation n'est voulue. De plus, la définition néerlandaise de la discrimination indirecte n'est pas évidente. L'Article 1(c) de la Loi sur l'égalité de traitement définit la discrimination indirecte comme une discrimination fondée sur des caractéristiques ou un comportement autres que ceux qui se trouvent énumérés au paragraphe (b). Selon le paragraphe b, la discrimination directe est une discrimination entre personnes fondée sur des motifs de religion, de convictions, d'opinion politique, de nationalité, de race, de sexe,

<sup>79</sup> CJCE 27 juin 1990, Affaire C-33/89, *Kowalska contre Freie und Hansestadt Hamburg* [1990] ECR I-2591.

<sup>80</sup> CJCE 7 février 1991, Affaire C-184/89, *Nimz contre Freie und Hansestadt Hamburg* [1991] ECR I-313.

<sup>81</sup> CJCE 27 octobre 1993, Affaire C-127/92 *Enderby contre Renchay Health Authority* [1993] ECR I-5566, paragraphes 20-23.

<sup>82</sup> CJCE 20 mars 2003, Affaire C-187/00, *Kutz-Bauer contre Freie Hansestadt Hamburg* [2003] ECRI-2741.

<sup>83</sup> Voir, par exemple, les différents avis de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise concernant la rémunération dans l'enseignement: avis 2000-98, 2000-99 et 2000-100.

<sup>84</sup> Une proposition qui met en application certaines notions générales des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE est en en discussion à la Première Chambre du Parlement: Kamerstukken I 2003-2004, 28770, A.

d'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle et d'état civil. La proposition néerlandaise de mise en application des nouvelles directives ajoute la vérification de la justification objective, telle qu'elle se trouve définie dans ces directives, dans la Loi sur l'égalité de traitement et précise donc la vérification qui doit être appliquée, ce qui constitue un point positif.

Certains autres développements dans la législation du travail européenne méritent d'être mentionnés car, dans certaines situations, il n'est plus nécessaire d'appliquer le concept de discrimination indirecte.

### 3. L'INTERDICTION DE FORMES SPECIFIQUES DE DISCRIMINATION

Certaines formes spécifiques de discrimination sont interdites dans les directives plus récentes, qui devaient être mises en application, telles que l'interdiction de la discrimination entre les travailleurs à plein temps et les travailleurs à temps partiel (Directive 97/81/CE) et entre les travailleurs sous contrat à durée déterminée et les travailleurs sous contrat à durée indéterminée (Directive 99/70/CE).<sup>85</sup> Dans ces cas, aucun lien avec la discrimination fondée sur le sexe, sur la race ou sur d'autres motifs ne doit être établie, ce qui allège la charge de la preuve pour la partie plaignante.

#### 3.1 L'interdiction de toute distinction fondée sur le temps de travail

Aux Pays-Bas, une Loi interdisant la distinction fondée sur le temps de travail a été adoptée en 1996.<sup>86</sup> En outre, la directive relative au travail à temps partiel devait être mise en application avant le 20 janvier 2000. La formulation de l'interdiction néerlandaise de la distinction fondée sur le temps de travail est fortement influencée par la jurisprudence de la CJCE relative à la discrimination indirecte fondée sur le sexe en ce qui concerne le travail à temps partiel. La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a compétence pour émettre des avis (non contraignants) sur l'application de ce motif de discrimination aussi et a publié une évaluation de tous les avis émis en 2002.<sup>87</sup> La compétence de la Commission pour l'égalité de traitement dans l'application des deux motifs de discrimination signifie qu'un développement plus cohérent de la norme est possible en ce qui concerne, d'une part, le concept de la discrimination indirecte fondée sur le sexe en relation avec le travail à temps partiel et en ce qui concerne, d'autre part, l'application du principe de non-discrimination en relation avec le temps de travail.

L'interdiction de la distinction fondée sur le temps de travail s'applique aux secteurs public et privé (Article 7:648 du Code civil et Article 125g de la Loi relative aux fonctionnaires). L'employeur (ou le service public) ne peut différencier des employés sur la base d'une différence de temps de travail en ce qui concerne les conditions sous lesquelles un contrat de travail est conclu, reconduit ou résilié, à moins que la distinction ne soit objectivement justifiée. Aucune distinction n'est faite entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. La Loi s'applique aux deux formes de distinction. La vérification visant à décider si une distinction est objectivement justifiée est la même que celle qui est appliquée dans le cas d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe.<sup>88</sup>

Cette réglementation a pour point de départ la distinction en termes de temps de travail, ce qui signifie que l'employé à plein temps ne constituera pas toujours le point de référence et le travail à temps partiel de haute qualité. Le législateur néerlandais a prévu un cadre d'orientation en ce qui concerne le type de traitement qui doit être appliqué aux différentes conditions afin de se trouver en conformité avec la loi. Le point de départ est

<sup>85</sup> Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO 1998, L 14/9 et la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO 1999, L 175/43.

<sup>86</sup> Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur, Stb. 1996, 391.

<sup>87</sup> Commissie gelijke behandeling, Advies Commissie gelijke behandeling inzake evaluatie van de Wet verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur, 1er août 2002, CGB-advies/2002/04.

<sup>88</sup> Les Lois concernées font référence aux critères développés par la CJCE dans *Bilka*: CJCE 13 mai 1986, Cas 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Weber von Harz* [1986] ECR 1607.

que le traitement différencié est requis. La nature du traitement dépend de la condition de travail en jeu. Le principe du *pro rata temporis* n'équivaudra généralement pas à une violation de cette loi mais parfois le même traitement ou un traitement différent est requis. Les indemnisations pour frais de déplacement, par exemple, devraient être identiques pour les travailleurs à durée de travail différente; les frais réels doivent être remboursés. La situation est désormais plus claire pour ce qui concerne le principe de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement en ce qui concerne le travail à temps partiel en matière de conditions de travail. Mais une différence d'interprétation concernant la nature d'un élément salarial en jeu donnera un résultat différent en ce qui concerne le type de traitement à appliquer.<sup>89</sup>

En outre, la Loi n'a pas amélioré les conditions des travailleurs à temps partiel en ce qui concerne le versement de suppléments en cas de prestation d'heures supplémentaires. Avant que l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Helmig*<sup>90</sup> ne soit rendu, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes avait déjà rendu des avis sur cette question.<sup>91</sup> La Commission, appliquant le concept de la discrimination indirecte fondée sur le sexe, a conclu qu'une disposition prévoyant qu'un travailleur avait droit au paiement d'heures supplémentaires lorsque les heures de travail habituelles d'une entreprise (par exemple 40 heures par semaine) étaient dépassées désavantageait les travailleurs à temps partiel. Par conséquent, une présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe a été établie. La Commission n'a pas accepté l'argument de l'employeur selon lequel les suppléments versés pour la prestation d'heures supplémentaires étaient destinés à indemniser les travailleurs à plein temps pour les inconvénients qu'impliquait la prestation de ces heures supplémentaires. La Commission a souligné que les inconvénients des heures supplémentaires ne pouvaient être établis en général. Les heures supplémentaires venant en sus des heures de travail individuelles des travailleurs à temps partiel peuvent également constituer un inconvénient pour les travailleurs à temps partiel. Cela dépend, par exemple, de la santé du travailleur, des activités de soins ou des responsabilités familiales. Comme on le sait, la CJCE a jugé, dans l'affaire très controversée *Helmig*, qu'une telle disposition dans une convention collective ne désavantageait pas les travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à plein temps. La législation néerlandaise doit être appliquée conformément à l'arrêt *Helmig*, laquelle a donc créé une situation plus défavorable à l'égard des travailleurs à temps partiel.

### 3.2 L'interdiction de la distinction entre les travailleurs sous contrat à durée déterminée et les travailleurs sous contrat à durée indéterminée

L'application du principe de non-discrimination aux travailleurs à durée déterminée par rapport aux travailleurs à durée indéterminée constitue un autre exemple de disposition d'anti-discrimination spécifique. Les Etats Membres devaient assurer la mise en œuvre de la Directive 99/70/CE avant le 10 juillet 1999.<sup>92</sup> Dans l'Union européenne, la majorité des travailleurs sous contrat à durée déterminée sont des femmes. Aux Pays-Bas, les immigrés sont plus souvent assujettis à des contrats à durée déterminée que les travailleurs natifs. En outre, aux Pays-Bas les travailleurs à temps partiel sont plus souvent assujettis à des contrats à durée déterminée que les travailleurs à plein temps. C'est ainsi que la discrimination à l'encontre des travailleurs sous contrat à durée déterminée peut équivaloir à une discrimination multiple.

La Loi néerlandaise relative aux contrats à durée déterminée s'applique au secteur privé et pas encore au secteur public mais une proposition dans ce sens est en souffrance.<sup>93</sup> Les travailleurs temporaires sont exclus du champ d'application de la Loi. Une proposition d'une directive CE sur le travail temporaire est toujours en souffrance.

<sup>89</sup> Voir, par exemple, l'avis 1997-140 de la Commission pour l'égalité de traitement et CR v B 25 novembre 1999, *Administratiefrechtelijke beslissingen* 2000, 53.

<sup>90</sup> CJCE 15 décembre 1994, *Affaire C-399/92, Stadt Lengerich and others contre Helmig and others* [1994] ECR I-5727.

<sup>91</sup> Le premier fut un avis de la Commission pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes: avis 1-90-10, 5 mars 1990. Cette Commission avait compétence pour donner des avis sur l'application de la Loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes au travail jusqu'au 1er septembre 1994, alors que la Loi sur l'égalité de traitement était entrée en vigueur et que la Commission pour l'égalité de traitement avait été instituée.

<sup>92</sup> Directive du Conseil 1999/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO 1999, L 175/43.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 2002-2003, 28992, nos. 1-3.

L'Article 7:649 du Code civil stipule que l'employeur ne peut différencier les travailleurs en termes de conditions de travail sur la base du caractère temporaire ou non temporaire du contrat de travail, à moins que la distinction ne soit justifiée objectivement. Comme dans le cas des distinctions basées sur le temps de travail, l'analyse est la même que dans le cas de la discrimination indirecte fondée sur le sexe. Lorsque cela s'avère approprié, le principe du *pro rata temporis* sera appliqué. Au cours des procédures parlementaires, une attention particulière a été accordée à la façon d'appliquer ce principe de non-discrimination dans la pratique. Mais le législateur a donné peu d'instructions d'orientation à ce sujet par rapport aux distinctions fondées sur le temps de travail. Le fait qu'il existe moins de jurisprudence de la CJCE sur cette question que pour la discrimination indirecte fondée sur le sexe et le travail à temps partiel a probablement joué un rôle ici. La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise et les juridictions néerlandaises devront fournir un cadre d'orientation au niveau de l'application de ce principe dans la pratique.

Il est intéressant de noter que le concept d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe a joué un rôle dans la reconnaissance de la discrimination par rapport au travail à temps partiel et aux contrats à durée déterminée. Ce concept s'est avéré être un véhicule pour l'inscription de ces formes de discrimination étroitement liées à la discrimination fondée sur le sexe à l'agenda de l'Union européenne et, par l'obligation de mise en œuvre de la directive, à l'agenda national. Le fait que la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise ait compétence pour émettre des avis sur tous ces motifs de discrimination favorise une application uniforme de la norme de l'égalité de traitement des hommes et des femmes en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération, de l'égalité de traitement entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à plein temps et de l'égalité de traitement entre travailleurs sous contrat à durée déterminée et travailleurs sous contrat à durée indéterminée.

L'application des mêmes définitions de la discrimination indirecte est probablement plus simple lorsque différents motifs de discrimination sont en jeu dans une situation donnée, par exemple la discrimination indirecte fondée sur le sexe et la discrimination fondée sur le temps de travail ou le caractère temporaire d'un contrat de travail. D'autre part, le sujet de discussion qui se pose aux Pays-Bas consiste à savoir si la même analyse stricte doit être appliquée à tous les motifs de discrimination. La discrimination fondée sur la race ou le sexe n'est pas du même type que celle de la distinction fondée sur la nature d'un contrat de travail, par exemple. La discrimination fondée sur la race ou celle fondée sur le sexe constituent des formes structurelles de discrimination et sont étroitement liées aux qualités d'une personne et à la dignité humaine alors que la caractéristique de la discrimination fondée sur la nature d'un contrat de travail est généralement temporaire et dépend de circonstances diverses. La question qui se pose donc consiste à savoir si le législateur doit utiliser la même terminologie et les mêmes vérifications rigoureuses pour tous les types de discrimination.

## 4. PASSER DES DISPOSITIONS D'ANTI-DISCRIMINATION A DES OBLIGATIONS SPECIFIQUES

Dans les directives récemment adoptées et dans la législation du travail néerlandaise, certaines obligations spécifiques imposables aux employeurs ont été formulées. Ces normes peuvent être considérées comme une étape supplémentaire vers une approche substantielle de l'égalité de traitement. Dans certains domaines, tels que les politiques de gestion de la famille et du travail, des normes juridiques fortes ont été créées. Le droit d'adaptation du temps de travail dans la législation néerlandaise en constitue un bon exemple. Les problèmes dans ce domaine ont d'abord été abordés ou pourraient être traités au moyen du concept de discrimination indirecte (fondée sur le sexe).

#### 4.1 Un aménagement raisonnable pour les personnes handicapées

Nous pouvons trouver dans la Directive-cadre (2000/78/CE) un excellent exemple d'une obligation claire des employeurs à combattre la discrimination. L'Article 5 stipule qu'un aménagement raisonnable sera prévu afin de garantir une conformité avec le principe d'égalité de traitement en ce qui concerne les personnes handicapées. Les employeurs doivent prendre des mesures appropriées, lorsque cela s'avère nécessaire dans un cas particulier, afin de donner la possibilité à une personne atteinte d'un handicap d'avoir accès à un emploi, d'y participer, de pouvoir avoir un avancement ou de suivre une formation, à moins que de telles mesures imposent une charge disproportionnée à l'employeur. Contrairement au concept de discrimination indirecte, où un groupe de personnes souffre d'un désavantage, cette obligation est formulée comme un droit individuel.

Il a été suggéré que l'obligation de prévoir un aménagement raisonnable ne convient pas vraiment à l'approche double d'une discrimination directe et indirecte.<sup>94</sup> On ne peut dire encore clairement si l'on peut parler de cas de discrimination directe ou indirecte si un aménagement raisonnable n'est pas fourni. Mais il est clair que l'obligation pour l'employeur est fermement enracinée dans la loi d'anti-discrimination et qu'un employeur qui ne répond pas à cette exigence enfreindra cette disposition. Dans la législation du travail néerlandaise, nous trouvons également quelques exemples d'un renforcement des droits des travailleurs et d'obligations spécifiquement imposées aux employeurs.

#### 4.2 L'ajustement du temps de travail et des heures de travail

Pour les personnes qui recherchent un équilibre entre le travail et la vie de famille (le plus souvent des femmes encore actuellement), la possibilité d'adapter le temps de travail – équivalant généralement à une réduction du temps de travail – et d'ajuster les heures de travail afin de pouvoir répondre aux responsabilités extraprofessionnelles est primordiale, tout particulièrement dans un contexte d'infrastructure insuffisante de prise en charge des enfants. La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a élaboré une application intéressante du concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe dans ce domaine, laquelle a abouti à la création d'un droit limité au travail à temps partiel. La Commission pour l'égalité de traitement a adopté l'approche suivante. Lorsqu'un employeur n'a pas répondu favorablement à une demande de réduction du temps de travail, la Commission a jugé qu'une présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe avait été établie. Comme ce sont les femmes principalement qui souhaitent travailler à temps partiel afin d'équilibrer travail et vie de famille, l'imposition d'un nombre minimum d'heures de travail équivaut à une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Selon la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise, l'employeur doit justifier pourquoi un certain nombre d'heures minimales est requis pour une fonction donnée. Les avis de la Commission montrent que cette exigence n'est pas facilement rencontrée. La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a adopté la même approche dans la distribution des heures de travail. Une présomption de discrimination indirecte a été établie de la même façon que dans le cas d'une demande de réduction du temps de travail.

Aux Pays-Bas, une telle approche n'est plus nécessaire dans la plupart des cas, deux obligations juridiques étant entrées en vigueur dans ce domaine. La première est la Loi sur l'adaptation du temps de travail.<sup>95</sup> Cette Loi stipule qu'un employeur doit accéder à une requête introduite par un travailleur ou un fonctionnaire d'adapter son temps de travail (réduction ou augmentation), à moins que de sérieuses raisons commerciales imposent un refus. La jurisprudence néerlandaise montre jusqu'à présent qu'une réduction ou une extension des heures de travail est facilement accordée. Il n'en va pas de même de la distribution des heures durant la semaine. Sur ce point, il semble que les tribunaux essaient de parvenir à un compromis et ce sont généralement les intérêts de l'employeur qui prévaudront dans ce cas.

<sup>94</sup> L. Waddington & A. Hendriks, 'The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, p. 423-426.

<sup>95</sup> *Wet aanpassing arbeidsduur*, Sib. 2000, 114, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2000. Voir S. Burri, A. Veldman & H. Opitz, 'Work-family Policies on Working Time put into practice. A Comparison of Dutch and German Case Law on Working Time Adjustment', *International Journal of Labour Law and Industrial Relations* 2003, p. 321-346.

Depuis le 1er juin 2003, la Loi sur le temps de travail néerlandaise contient une clause portant sur les horaires de travail, qui renforce les droits des travailleurs.<sup>96</sup> Lors de l'établissement des horaires de travail individuels, l'employeur doit tenir compte des circonstances personnelles des travailleurs dans la mesure où c'est raisonnablement possible.

### 4.3 La conciliation de la vie professionnelle et familiale

Certains droits de travailleurs investis de responsabilités familiales ont été codifiés dans la Directive sur le congé parental (96/34/CE).<sup>97</sup> Cette directive a imposé aux Etats membres l'obligation de mettre en œuvre un droit au congé parental et un droit à l'absence du travail pour raisons de force majeure. Il ne s'agit pas de congé parental rémunéré ou d'une absence de travail rémunérée. Aux Pays-Bas, le congé parental n'est pas rémunéré non plus mais, dans certains secteurs, il est partiellement payé lorsque des conventions collectives le stipulent. L'absence du travail pour raisons de force majeure afin de pouvoir prendre soin d'un enfant, d'un mari ou de parents est rémunérée jusqu'à 70 % du salaire. Le montant maximal de jours d'absence du travail auxquels peut prétendre un travailleur à cet égard est le double du temps de travail hebdomadaire chaque année. Une telle disposition peut être considérée comme un exemple d'une prise en compte des responsabilités familiales sur le lieu de travail et d'un élargissement des droits des travailleurs investis de responsabilités familiales.

## 5. CERTAINS PROBLEMES RELATIFS A L'APPLICATION DU CONCEPT DE DISCRIMINATION INDIRECTE FONDEE SUR LE SEXE AUX PAYS-BAS

### 5.1 Problèmes relatifs à la charge de la preuve

Une analyse des avis de la Commission pour l'égalité de traitement montre que, dans le domaine des retraites professionnelles en particulier, les plaignants ne parviennent souvent pas à établir une accusation apparemment fondée de discrimination indirecte fondée sur le sexe. Aux Pays-Bas, l'exclusion des femmes mariées et des travailleurs à temps partiel des retraites professionnelles s'est généralisée et certains groupes de travailleurs en sont encore exclus.

En 1994, une disposition statutaire d'égalité de traitement pour les travailleurs à temps partiel dans les plans de retraite professionnelle est entrée en vigueur.<sup>98</sup> L'exclusion de travailleurs à temps partiel hors des plans de retraite sans aucune justification objective est interdite. Comme nous l'avons vu, depuis 1996 toute distinction fondée sur le temps de travail a été interdite, à moins qu'il n'existe une justification objective. Dans les situations qui ne tombent pas dans le champ d'application de ces dispositions, le lien avec la discrimination fondée sur le sexe doit être établi. Mais, dans bon nombre d'affaires liées au passé, l'on ne dispose plus de données statistiques. Un autre problème se pose lorsque la différence entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes exclus n'est pas significative, par exemple dans des secteurs à forte ségrégation. Lorsque l'on ne dispose pas de statistiques concernant le fonds de retraite professionnelle, la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise ne veut pas toujours appliquer des statistiques nationales. C'est, par exemple, le cas si les statistiques liées au fonds de retraite professionnelle ne reflètent pas les évolutions enregistrées dans les statistiques nationales au cours d'une période durant laquelle on peut disposer de statistiques concernant le fonds de retraite professionnelle.

Il est souvent difficile d'obtenir des statistiques concernant les salaires et les conditions de travail, celles-ci se trouvant souvent en possession de l'employeur. La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a

<sup>96</sup> Article 4a *Arbeidstijdenwet*, Stb. 2003, 141.

<sup>97</sup> Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO 1996, L 145/4. Cette directive devait être mise en œuvre pour le 3 juin 1998.

<sup>98</sup> Article 2a *Pensioen- en spaarfondsenwet*.

compétence pour demander toutes les informations et tous les documents qui sont raisonnablement nécessaires pour l'accomplissement de ses tâches et toute personne se trouve dans l'obligation de fournir les informations requises.<sup>99</sup>

Un autre problème se pose. Il est parfois question d'une affaire de discrimination indirecte mais les tribunaux n'appliquent pas le concept de discrimination indirecte. Ce fut récemment le cas lors d'un jugement rendu par la Cour suprême des Pays-Bas dans l'affaire *Souverein*.<sup>100</sup>

## 5.2 La non-application du concept de discrimination indirecte

Dans l'affaire *Souverein*, il était question de l'exclusion de travailleurs chargés d'une fonction administrative – tous des travailleurs féminins – hors d'un plan de retraite professionnelle. Seuls les travailleurs chargés de fonctions techniques – tous des travailleurs masculins – avaient le droit de cotiser au plan de retraite. En 1996, la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise avait émis un avis sur cette affaire et avait déterminé que l'exclusion équivalait à une discrimination indirecte fondée sur le sexe.<sup>101</sup> En portant l'affaire en justice, *Souverein* exigeait le droit de cotiser au plan de retraite, invoquant l'Article 119 CEE et faisant référence au à la jurisprudence de la CJCE, en particulier aux affaires *Bilka* et *Vroege*, où les décisions portaient sur l'exclusion (de certains groupes) de travailleurs à temps partiel des plans de retraite professionnelle et sur le droit de cotiser à un tel plan. Le tribunal aboutit à une conclusion différente de l'avis de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise. Selon lui, les arrêts *Bilka* et *Vroege* ne pouvaient s'appliquer que si les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à plein temps étaient chargés d'un travail de valeur égale. L'Article 119 CEE exige une même rémunération pour un même travail ou pour un travail de valeur égale. Par conséquent, le tribunal décida d'abord qu'il était question de rémunération et aborda ensuite la question de savoir si les fonctions administratives et les fonctions techniques étaient de même valeur. *Souverein* n'abordait pas cette question et l'employeur avait déclaré que les deux fonctions n'étaient pas de valeur égale de sorte que la justice néerlandaise répondit à cette question par la négative et conclut que l'Article 119 CEE n'était pas concerné du fait que les fonctions n'étaient pas de même valeur.

L'affaire fut portée devant la Cour suprême des Pays-Bas qui statua que l'Article 119 CEE était applicable dans le cas d'une égalité de travail ou de valeur de travail, se référant à l'arrêt *Brunnhöfer*.<sup>102</sup> La Cour suprême conclut que cette exigence s'appliquait également au cas de discrimination indirecte, se reportant à l'arrêt *JämO*.<sup>103</sup> Se référant à l'arrêt *Brunnhöfer*, la Cour suprême estima que la partie plaignante devait prouver qu'elle était moins payée qu'un comparateur et que tous deux exécutaient en fait le même travail ou un travail de valeur égale. Selon la Cour Suprême, il n'y avait pas de raison, dans cette affaire, d'imposer à l'employeur le devoir de prouver que les deux fonctions n'étaient pas de valeur égale.

Le jugement de la Cour suprême néerlandaise a été fortement critiqué.<sup>104</sup> Le premier point de la critique porte sur le fait que les motifs du jugement sont faibles. Deuxièmement, les commentateurs soulignent que l'exigence d'un travail égal ou d'un travail de valeur égale n'est appropriée que dans le cas d'une comparaison entre deux employés de sexes différents, lorsqu'un travailleur est moins payé que l'autre, lorsque la personne plaignante exécute un travail de valeur égale ou lorsqu'une comparaison entre deux groupes de travailleurs est possible. C'est alors à la partie plaignante de prouver que le travail est de valeur égale. C'était le cas dans les arrêts *Brunnhöfer* et *JämO*. Mais, dans l'affaire *Souverein*, la situation était différente. Tous les groupes de travailleurs qui n'assuraient pas des fonctions techniques étaient exclus des plans de retraite professionnelle. Il s'agissait donc d'un cas de discrimination indirecte. L'effet négatif d'un critère ou d'une pratique sur un seul groupe est décisif et, dans ce

<sup>99</sup> Article 19 de la Loi sur l'égalité de traitement. L'article prévoit quelques exceptions spécifiques.

<sup>100</sup> HR 12 avril 2002, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2002/101.

<sup>101</sup> Avis 1996-86.

<sup>102</sup> CJCE 13 mai 1986, Affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Weber von Harz* [1986] ECR, 1607 et CJCE 28 septembre 1994, Affaire C-57/93, *Vroege contre NCIV* [1994] ECR, I-4541.

<sup>103</sup> CJCE 26 juin 2000, Affaire C-381/99, *Brunnhöfer contre Bank der Österreichischen Postsparkasse* [2001] ECR I-4961.

<sup>104</sup> CJCE 30 mars 2000, Affaire C-236/98, *Jämställdbetombudsmannen contre Örebro läns landsting* [2000] ECR I-2189.

<sup>105</sup> Voir par exemple, HR 12 avril 2002, *Rechtspraak Nemesi* 2003, 1535, annotation par A. Veldman et *Nederlandse Jurisprudentie* 2002/411, annotation par T. Koopmans.

cas, il n'est pas nécessaire d'établir que le travail effectué par les deux groupes est le même ou de même valeur. L'application d'une exigence supplémentaire dans tous les cas d'égalité des rémunérations, imposant que le travail soit égal ou de valeur égale, pose un obstacle à la réalisation d'une égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Dans l'affaire *Souverein*, la Cour suprême néerlandaise n'a pas pris en considération l'approche de la CJCE dans l'arrêt décisif *Bilka*. Dans l'affaire *Bilka*, qui portait sur l'exclusion de travailleurs à temps partiel d'un plan de retraite professionnelle, la question de savoir s'il s'agissait d'un travail de valeur égale n'avait été nullement prise en considération par la CJCE. Selon la CJCE, une telle exclusion équivalait à une discrimination indirecte, laquelle pouvait être justifiée objectivement dans certains cas. Cette approche fut confirmée dans l'arrêt *Vroege*. Un autre point de la critique porte sur le fait que la Cour suprême néerlandaise n'a pas demandé de renvoi préjudiciel à la CJCE sur cette question.

### 5.3 L'absence de questions préjudicielles

Les plus hautes juridictions néerlandaises semblent parfois réticentes à procéder à un renvoi préjudiciel, même lorsqu'il apparaît clairement que l'affaire ressort du droit communautaire, comme c'était le cas dans l'affaire *Souverein*. En vertu de l'Article 234 CE, les plus hautes juridictions doivent procéder à un renvoi préjudiciel à la CJCE portant sur l'interprétation du Traité de la CE. Il existe deux exceptions principales à cette obligation. La première concerne le cas où la CJCE a déjà statué sur cette matière et concerne donc alors un "acte éclairé". La seconde concerne le cas où le tribunal national peut estimer que l'affaire est si claire qu'un jugement de la CJCE ne se justifie pas, autrement dit lorsqu'il est question de ce que l'on appelle un "acte clair". Mais la CJCE a souligné que, dans un tel cas, le tribunal national doit être persuadé que la question offre la même évidence aux yeux des tribunaux des autres Etats membres et de la Cour de justice.<sup>106</sup> En outre, la Cour a souligné les caractéristiques spécifiques du droit communautaire et les difficultés relatives à son interprétation, telles que l'utilisation de différentes langues, la terminologie communautaire et le contexte des dispositions.

## 6. OCCASIONS DE TRAITER LA DISCRIMINATION INDIRECTE FONDÉE SUR LE SEXE DANS LE DOMAINE DE LA RÉMUNÉRATION ET DES CONDITIONS DE TRAVAIL

### 6.1 Etablissement d'une présomption de discrimination indirecte

Il est souvent peu aisé d'établir un cas de discrimination indirecte fondée sur le sexe en matière de rémunération du fait que l'information nécessaire n'est pas à disposition de la partie plaignante. Dans de tels cas, une présomption de discrimination indirecte peut parfois être établie à l'aide de statistiques nationales ou sectorielles. Il incombe alors à l'employeur de prouver que ces statistiques ne reflètent pas la situation existant dans l'entreprise ou dans le cadre de référence concerné. Il semble que la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise soit mieux préparée que les juridictions néerlandaises à accepter de telles statistiques générales. Avec les nouvelles définitions de la discrimination indirecte que l'on trouve dans la Directive d'égalité raciale (2000/43/CE), dans la Directive-cadre (2000/78/CE) et dans la Directive modifiant la seconde directive d'égalité de traitement (2002/73/CE), il deviendra plus aisé de prouver qu'une personne souffre d'un désavantage particulier par référence aux statistiques nationales ou générales dans des affaires de discrimination indirecte.

<sup>106</sup> CJCE 6 octobre 1982, Affaire 283/81, *CILFIT contre Ministère de la Santé* [1982] ECR 3415.

## 6.2 Vérification de justification objective

Aux Pays-Bas, la définition de la vérification de la justification objective telle qu'elle se trouve contenue dans les nouvelles directives sera mise en œuvre dans la Loi sur l'égalité de traitement. Une telle disposition peut contribuer à plus de clarté quant au type de vérification à appliquer. Néanmoins, l'application de cette vérification s'avère souvent difficile dans la pratique. Une utilisation plus fréquente, par exemple par des partenaires sociaux ou des employeurs, de la possibilité de demander un avis de la Commission pour l'égalité de traitement avant l'adoption de nouvelles politiques ou dispositions, pourrait contribuer à clarifier la norme dans la pratique et, en fin de compte, à prévenir la discrimination. Des informations spécifiques pourraient être fournies aux employeurs, aux partenaires sociaux et aux ONG, par exemple, concernant l'application de la vérification de la justification objective dans la pratique par rapport aux différents motifs de discrimination interdits. De telles campagnes pourraient être (partiellement) subventionnées par l'Etat.

## 6.3 Vers une plus grande efficacité

Selon la jurisprudence de la CJCE, aussi longtemps qu'aucune nouvelle mesure n'a été prise, les juridictions nationales doivent rejeter les dispositions discriminatoires (*Kutz-Bauer*).<sup>107</sup> La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise ajoute parfois une recommandation dans ses avis et contribue donc à clarifier la norme dans une situation spécifique. La Commission pourrait même recourir davantage à de telles recommandations. Dans les enquêtes de suivi, la Commission tâche de rassembler des informations permettant de savoir si l'avis a été suivi et d'en connaître les conséquences. De telles informations apportent certaines indications quant à l'efficacité de la législation d'égalité de traitement dans la pratique et se montrent donc d'une grande utilité.

Burrows notamment a souligné qu'il conviendrait de garantir la transparence des mécanismes de rétribution et de rémunération utilisés par l'employeur.<sup>108</sup> Elle a suggéré la création d'une exigence juridique imposant un audit d'égalité des rémunérations à tous les employeurs. Un tel audit pourrait être mené en conjonction avec des instances spécialisées. Cette exigence devrait dépasser d'un cran la compétence de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise l'autorisant à demander toutes les informations et tous les documents qui sont raisonnablement nécessaires pour s'acquitter de ses tâches. Au Royaume-Uni, les travailleurs ont le droit d'adresser un questionnaire à l'employeur comportant des questions relatives aux différences de rémunérations entre les travailleurs. L'employeur n'est pas obligé de répondre aux questions mais le fait de ne pas répondre à celles-ci ou d'y répondre évasivement sera probablement pris en compte par les tribunaux. Aux Pays-Bas, une liste de vérification de l'égalité salariale a été élaborée par la Fondation des travailleurs. La mise en application d'une telle liste et son application pratique pourrait contribuer à l'instauration de politiques plus proactives, insistant davantage sur la détection des politiques salariales inéquitables. Les instruments de détection ou, mieux encore, de prévention d'une inégalité de traitement constituent un apport supplémentaire bienvenu aux politiques d'égalité de traitement existantes, qui sont substantielles mais dépendent du dépôt des plaintes par des ONG ou des personnes physiques.

La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a, en outre, compétence pour mener des enquêtes sur sa propre initiative afin de pouvoir déterminer si la discrimination est systématiquement présente dans le secteur du service public ou dans un ou plusieurs secteurs de la société. Jusqu'à présent, la Commission n'a mené que quelques enquêtes. Dans le futur, la Commission se verra dotée probablement de la compétence pour enquêter auprès d'une entreprise ou d'un service spécifique en cas de présomption de discrimination systématique. De telles investigations et la publication de ses résultats peuvent contribuer à une approche plus collective et plus

<sup>107</sup> CJCE 20 mars 2003, *Affaire 187/00, Kutz-Bauer contre Freie Hansestadt Hamburg* [2003] ECRI-2741.

<sup>108</sup> A la Conférence de la Commission européenne "L'égalité entre les sexes et l'avenir de l'Europe" qui s'est tenue à Bruxelles en mars 2003.

systématique des problèmes de discrimination en termes de conditions de travail et de rémunération. Une plus grande insistance sur la lutte contre la discrimination dans les conventions collectives et les réglementations des entreprises produira probablement, à long terme, de meilleurs résultats que ceux des politiques de mise en application principalement fondées sur l'incitation au dépôt de plaintes individuelles.

#### **6.4 Le rôle (potentiel) du législateur néerlandais**

Les avis de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise ne sont pas contraignants. Mais les tribunaux devraient offrir des motifs suffisants quant à la raison qui les amène à ne pas tenir compte d'un avis de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise lorsqu'ils traitent la même affaire. Comme l'a souligné le gouvernement, une telle obligation suit l'Article 121 de la Constitution néerlandaise, lequel stipule que les tribunaux doivent fournir motiver suffisamment leurs jugements.<sup>109</sup> Mais la présentation de ces motifs lorsque les tribunaux s'écarteraient de l'avis de la Commission pour l'égalité de traitement n'est pas juridiquement requise et la pratique nous montre que tous les jugements ne motivent pas suffisamment leur décision. Une telle exigence juridique renforcerait le rôle des organismes spécialisés. La Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise et les ONG en général émettent des avis consultatifs sur les propositions législatives du gouvernement. Même si bon nombre de commentaires n'atteignent pas leur objectif, ils apportent une vaste contribution à la discussion.

Aux Pays-Bas, le législateur adopte rarement des mesures qui offrent plus de protection que les exigences minimales européennes. La directive relative à la charge de la preuve, par exemple, ne s'applique pas à la sécurité sociale. La politique néerlandaise en matière d'adaptation du temps de travail et des heures de travail, qui a renforcé les droits des travailleurs, semble faire exception. Mais, dans d'autres domaines, seul le minimum requis a été mis en œuvre. Et parfois, ce ne fut même pas le cas. Une exception concernant les régimes de retraite dans la législation sur l'égalité néerlandaise qui était contraire à la législation communautaire n'a été que récemment abolie. En outre, le nivellement vers le bas a souvent résulté d'un jugement de la CJCE, en particulier dans le domaine de la sécurité sociale. Les Etats membres ont une responsabilité spécifique en ces domaines.

## **7. QUELQUES CONCLUSIONS**

Aux Pays-Bas, la législation européenne sur l'égalité entre les sexes a eu un impact assez important dans le domaine des conditions de travail et de la rémunération. Le concept de la discrimination indirecte, tout spécialement, a été un véhicule permettant de traiter des formes plus dissimulées de discrimination. L'utilisation créative de ce concept par la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise mérite d'être soulignée. Dans certains domaines, l'on peut observer un glissement de l'application du concept de discrimination indirecte vers l'interdiction de formes spécifiques de discrimination et même vers des obligations spécifiques. C'est particulièrement vrai aux Pays-Bas pour ce qui concerne les politiques qui s'orientent vers une plus grande distinction du temps de travail, des heures de travail et des politiques de gestion de la vie professionnelle et familiale.

L'application du concept de discrimination indirecte par les tribunaux n'est pas sans poser certains problèmes, spécialement dans le domaine de la rémunération. L'approche de la Cour suprême des Pays-Bas complique davantage le traitement de la discrimination fondée sur le sexe en ce domaine. Il a été suggéré que la conformité

<sup>109</sup> *Kamerstukken II 2002-2003, 28770, nr. 5, p. 17.*

de cette approche avec le droit communautaire puisse être remise en doute et le manque de questions préjudicielles par les hautes instances juridictionnelles a fait l'objet de critiques. Alors que la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise suit étroitement, en général, la jurisprudence de la CJCE, il n'en va pas toujours de même des tribunaux néerlandais, ce qui entrave une application uniforme de la loi d'anti-discrimination européenne. Une application créative et novatrice – qui ne viendrait pas seulement des organismes spécialisés – du concept de discrimination indirecte est nécessaire si l'on veut combattre des formes de discrimination moins apparentes. Le législateur néerlandais peut contribuer à un tel développement en créant une obligation légale pour les tribunaux de motiver suffisamment leur décision de rejeter les avis de la Commission pour l'égalité de traitement.

# **EGALITE DES REMUNERATIONS POUR UN TRAVAIL DE VALEUR EGALE: LE ROLE DES SYSTEMES D'EVALUATION DES FONCTIONS**

**SIEBRAND BISSCHOP, CONSEILLER PRINCIPAL POUR L'EVALUATION DES FONCTIONS,  
COMMISSION POUR L'EGALITE DE TRAITEMENT**

## 1. INTRODUCTION

Cet article traite du rôle de l'évaluation des fonctions dans la détermination des questions d'égalité des rémunérations par la Commission pour l'égalité de traitement (Commission). Pour expliquer le rôle de l'évaluation des fonctions, je commencerai par présenter le fonctionnement des procédures suivies par la Commission pour l'égalité de traitement lorsqu'elle analyse l'équivalence du travail. J'expliquerai ensuite *la raison* pour laquelle la Commission utilise ces procédures, en utilisant pour point de départ la pratique courante d'évaluation des fonctions en vigueur aux Pays-Bas. Les sujets suivants seront traités :

- L'évaluation des fonctions comme outil en matière d'égalité des rémunérations
- Les types d'évaluation des fonctions et les possibilités d'application
- Les principaux systèmes d'évaluation des fonctions utilisés aux Pays-Bas

Enfin, je présenterai une vue générale de la situation actuelle en ce qui concerne la législation sur l'égalité de traitement aux Pays-Bas et je me pencherai sur les termes de "valeur égale", "fiable" et "utilisation courante", la différence entre les méthodologies de recherche portant sur le sexe et la race et les embûches que crée l'évaluation des fonctions autour des questions d'égalité des rémunérations.

## 2. LES METHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION DANS LE TRAITEMENT DES ENQUETES PORTANT SUR L'EGALITE DES REMUNERATIONS

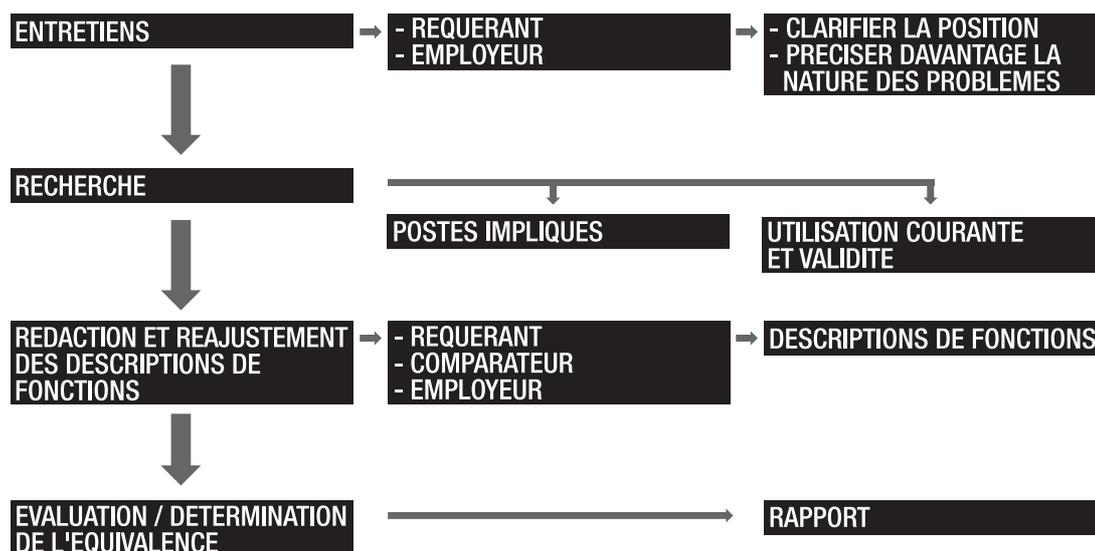
Les affaires d'égalité des rémunérations sont presque toutes différentes mais l'on peut retrouver dans chacune d'elles un certain nombre de caractéristiques identiques:

- Quels sont les comparateurs appropriés?
- Sur quelle période devrait porter l'enquête?
- Quelles sont les normes de rémunération que devrait appliquer une organisation?
- Les normes de rémunération sont-elles exemptes de discrimination?
- Comment les normes de rémunération sont-elles appliquées au requérant et au comparateur?

Une enquête complète sur les rémunérations demande des efforts au niveau de l'évaluation des fonctions et au niveau de l'étude des normes de rémunération. Dans le contexte de l'égalité de valeur, les questions suivantes sont importantes:

- De quels postes de travail sont chargés le(s) requérant(s) et le(s) comparateur(s)?
- A l'aide de quel système d'évaluation des fonctions la Commission devrait-elle estimer les emplois?
- Ce système est-il fiable?
- Les fonctions sont-elles (presque) équivalentes?

En ce qui concerne l'évaluation des fonctions, la Commission adopte la méthode de travail suivante :



La première discussion a lieu avec le requérant et l'employeur sur le lieu de travail du requérant. Ces entretiens ont pour premier objectif de clarifier la position de la Commission par rapport à la méthode de travail. Ils ont pour second objectif d'éclaircir les problèmes qui sont survenus. Ces discussions permettent souvent de mieux saisir les vraies raisons qui expliquent le dépôt d'une plainte auprès de la Commission. Ces raisons peuvent être assez différentes du mécontentement suscité par une différence de rémunérations et peuvent, par exemple, consister en une rancune personnelle entre le requérant et un directeur. Toutefois, le principal centre d'intérêt de l'enquête reste la question de savoir s'il existe ou non une différence au niveau des rémunérations.

Lors de l'évaluation des fonctions, la première tâche qui s'impose consiste à déterminer le(s) poste(s) d'emploi du/des requérant(s) et le(s) poste(s) d'emploi du/des comparateur(s) qui devraient être soumis à l'enquête de la Commission. Il s'agit d'un point qui est source de bien de malentendus. Parfois, c'est le emploi actuel qu'il conviendrait d'examiner, parfois c'est l'emploi assuré par le passé et parfois, ce sont les deux. La deuxième tâche consiste à examiner l'utilisation courante et la validité du système d'évaluation à utiliser par la Commission.

Dès que l'on a pu identifier clairement le système qu'il conviendra d'utiliser et les emplois que l'on devra examiner, les entretiens commencent avec le requérant, les comparateurs et l'employeur quant aux teneurs des fonctions concernées. Le lieu de travail des personnes impliquées – chaque travailleur séparément et l'employeur – est également

soumis à examen afin d'obtenir une bonne représentation de leurs conditions de travail respectives. Ensuite, le/la spécialiste de l'évaluation des fonctions procède à une description grossière des différentes fonctions et en discute avec toutes les parties concernées. Le/la spécialiste poursuit sa discussion et procède à des retouches de son profil de poste jusqu'à ce que chacune des parties s'accorde sur son contenu. Ce processus peut être ardu, les deux parties pouvant avoir des points de vue différents sur les implications réelles de la fonction. Un travailleur s'accrédite parfois de plus de responsabilités que celles que contient réellement le poste de travail. D'autre part, un employeur refuse souvent d'admettre que quelqu'un soit investi de certaines responsabilités alors que c'est le cas. Ces points de vue peuvent être le fruit d'une simple ignorance mais peuvent également résulter d'une tentative de l'une des parties d'orienter la procédure dans sa propre direction en vue d'en tirer profit. Il ne faut pas oublier qu'il y a presque toujours eu conflit entre les parties avant qu'il ne soit demandé à la Commission de se prononcer sur le litige. Si le/la spécialiste ne peut obtenir un accord des deux parties, il/elle produit deux descriptions des fonctions, l'une selon la vision de la partie demanderesse et l'autre d'après celle de la partie défenderesse. Le/la spécialiste rend compte des deux versions à la Commission, qu'il/elle accompagne de l'évaluation et des conclusions portant sur l'égalité des postes. La Commission décide en toute indépendance de la version (du profil de poste) qui devrait intervenir dans le jugement final.

Enfin, le/la spécialiste évalue les emplois soumis au système d'évaluation des fonctions. Il/elle fera savoir alors à la Commission si il/elle estime que les fonctions impliquées dans l'enquête peuvent être considérées comme égales.

Lorsqu'il/elle détermine la valeur de la fonction, le/la spécialiste centre tout d'abord son action sur la législation relative à l'égalité de traitement mais se focalise aussi sur les lignes directrices et les normes du système d'évaluation des fonctions utilisé. Je vais m'étendre maintenant sur l'impact de cette méthode de travail, sur l'évaluation des fonctions pratiquée aux Pays-Bas et sur la législation qui concerne l'égalité de traitement.

### **3. L'EVALUATION DES FONCTIONS COMME OUTIL DE TRAITEMENT DES QUESTIONS D'EGALITE DES REMUNERATIONS**

On peut trouver un certain nombre de définitions de l'évaluation des fonctions et, plutôt que d'en ajouter une autre encore à cette panoplie, je me rallierai au consensus général, qui dit que:

“Une évaluation des fonctions clarifie l'ordre de classification des fonctions en vue de parvenir à une politique de rémunération juste et acceptable.”

Je voudrais d'emblée ajouter que, lorsqu'il est question d'égalité de traitement, nous parlons d'une hiérarchie de fonctions au sein d'une organisation. Je sais que bon nombre d'experts prétendent qu'il est possible d'utiliser des systèmes d'évaluation des fonctions pour établir la hiérarchie des fonctions dans plus d'une seule organisation mais il ne s'agit que d'une possibilité limitée. En fait, il se pourrait même que ce soit totalement irréalisable. Il importe de garder à l'esprit, lorsque l'on discute de problèmes d'égalité de rémunérations, que nous parlons toujours de fonctions au sein d'une seule organisation.

Il est pourtant possible, au sein d'une seule organisation, de comparer objectivement et systématiquement différentes fonctions, en dépit des traits de caractère personnels des travailleurs, raison pour laquelle l'évaluation des fonctions constitue un bon outil pour les questions d'égalité des rémunérations.

Mais est-ce réellement possible? On est en droit de se poser la question compte tenu du nombre de voix critiques qui s'élèvent contre l'évaluation des fonctions. Toutefois, en dépit de tous les avis négatifs sur l'évaluation des fonctions, nous ne devons pas perdre de vue qu'il s'agit d'un outil qui nous rapproche de l'égalité salariale entre employés en dépit de leurs traits de caractère personnels. Je pense que nous pouvons tirer profit de cet instrument pour favoriser l'égalité salariale. Cependant, il faut éviter un certain nombre d'embûches lorsque l'on traite des systèmes d'évaluation des fonctions et des questions d'égalité des rémunérations.

## 4. TYPES DE SYSTEMES D'EVALUATION DES FONCTIONS ET POSSIBILITES D'APPLICATION

On dénombre actuellement une cinquantaine de systèmes d'évaluation des fonctions appliqués aux Pays-Bas pour coter et classer des emplois. Ces systèmes diffèrent fortement entre eux. En raison de ces différences, il n'est pas facile d'émettre des déclarations générales sur les systèmes d'évaluation des fonctions aux Pays-Bas.

Un examen plus approfondi des différents systèmes montre qu'ils peuvent être séparés en un nombre limité de groupes. Je les répartirai selon deux points de départ, chacun comptant trois possibilités.

### 1. Evaluation des caractéristiques de la fonction

- a) Des caractéristiques ou facteurs multiples (chacun séparément)
- b) Une caractéristique déterminante
- c) La fonction dans sa totalité

### 2. La méthode d'évaluation

- a) Classement à l'aide d'une série de emplois déjà décrits et évalués
- b) Classification (dans un nombre limité de catégories)
- c) Evaluation, à l'aide d'une échelle

Il est ainsi possible de caractériser (par exemple, 1a/2c) et de ramener à neuf catégories différentes tous les systèmes d'évaluation des fonctions. Ensuite, je montrerai que la Commission, lorsqu'elle traite de cas d'égalité salariale, doit commencer par décider si un système d'évaluation des fonctions donné peut être appliqué à un cas spécifique. Je montrerai à présent les méthodes qui sont les mieux connues et les plus couramment appliquées et j'indiquerai lesquelles de ces méthodes sont acceptables pour la Commission.

### Méthode à points = 1a/2c

La méthode à points dispose d'une échelle qui permet d'obtenir un résultat à points pour chaque facteur ou chaque caractéristique. Les définitions des différents niveaux d'évaluation sont connues et des postes de travail clés peuvent constituer un instrument utile à l'évaluation. Chaque caractéristique peut posséder son propre facteur de cotation. Après multiplication des résultats par le facteur de cotation et addition des résultats caractéristiques, le niveau du poste est connu sous forme de points.

Aux Pays-Bas, on estime la méthode à points comme la forme la plus pure d'évaluation des fonctions. La Commission applique presque toujours des méthodes à points. Les systèmes d'évaluation des fonctions qui utilisent cette méthode sont considérés comme des systèmes analytiques. La législation néerlandaise considère importante l'exigence qui veut que les systèmes d'évaluation des fonctions soient analytiques. La méthode à points répond à cette demande dans la mesure où différents facteurs sont analysés et où des définitions claires garantissent une attribution correcte des points. En utilisant des fonctions clés ou de référence, il est possible de comparer logiquement tous les types de postes de travail différents.

#### Comparaison de facteurs = 1a/2a

Chaque facteur d'un certain nombre de fonctions clés a été décrit et un certain nombre de points a été attribué par facteur. En utilisant ces résultats comme point de départ et en comparant la fonction avec les fonctions clés, on obtiendra un résultat par facteur. En additionnant les points donnés à chaque facteur, on peut déterminer le résultat final de la fonction.

Cette méthode n'a été appliquée que sporadiquement aux Pays-Bas. Il s'agit d'un système analytique car l'évaluation se fait par facteur de fonction. Cette méthode pourrait théoriquement être utilisée par la Commission mais, comme le classement est souvent trop subjectif, que l'on ne dispose pas de descriptions claires des facteurs et que le classement s'effectue en termes de référence, la Commission n'est pas disposée à utiliser cette méthode.

#### Classement = 1c/2a

#### Classification = 1c/2b

Le classement et la classification prennent tous deux pour point de départ la fonction dans sa totalité. Dès lors, ces méthodes ne peuvent, en principe, pas être considérées comme analytiques. Néanmoins, elles sont largement utilisées aux Pays-Bas. On peut trouver ces méthodes dans un certain nombre de conventions collectives. Ces systèmes ne décrivent que quelques fonctions clés et un niveau de fonction global. Il appartient à l'employeur de classer les autres fonctions en groupes de fonctions et de rémunérations. Bien que l'on puisse qualifier ce système du titre d'évaluation de fonctions et qu'il donne des résultats acceptables à peu de frais et rapidement, la Commission ne peut adopter cette méthode dans des affaires d'égalité des rémunérations.

## 5. IMPORTANTS SYSTEMES D'EVALUATION DES FONCTIONS NEERLANDAIS

Outre la catégorisation des systèmes d'évaluation des fonctions, comme établie précédemment, il est également possible d'y discerner d'autres catégories. C'est ainsi, par exemple, que les systèmes d'évaluation des fonctions peuvent se répartir selon l'appartenance du système ou son domaine d'application.

Tout système d'évaluation de fonctions a son propre gestionnaire de système, ce qui signifie qu'un propriétaire légal est responsable du développement de son contenu. Le gestionnaire de système est responsable de l'entretien du système et doit en assurer aussi l'application subséquente et cohérente. Les gestionnaires de système peuvent se répartir en agences de conseil qui font partie d'organisations patronales ou de succursales et en agences de conseil commerciale (voir le tableau ci-après).

<b>SYSTEME D'EVALUATION DES FONCTIONS</b>	<b>GESTIONNAIRE DU SYSTEME</b>
	<b>Organisations patronales:</b>
ISF/SAO	Organisation patronale du secteur électronique et métallurgique (FME/CWM)
FUWASYS	Gouvernement, écoles, provinces et municipalités
FWG	Organisations patronales des soins de santé
BASYS	Fondation du système d'évaluation des fonctions des banquiers
ORBA	Société générale des employeurs des Pays-Bas (AWVN)

<b>SYSTEME D'EVALUATION DES FONCTIONS</b>	<b>GESTIONNAIRE DU SYSTEME</b>
	<b>Organisations commerciales:</b>
USB	Berenschot
HAY	Hay Consultants
BAKKENIST	Human Capital Group/ Deloitte & Touche
IMF	ATOS KPMG Consulting
IFA	Price Waterhouse Coopers
CATS	De Leeuw Consults
ZWFS	STOAS ZUIDEMA Belonings Management
V-BALANS	Human Capital Group/ Deloitte & Touche
ODRP	Cap Gemini / Ernst & Young

Lorsque le domaine d'application est utilisé comme point de départ, l'on s'aperçoit que certains systèmes ne peuvent servir que dans une branche ou un secteur d'entreprises (par exemple, les systèmes des quatre premières organisations patronales) alors que d'autres systèmes peuvent se retrouver dans un certain nombre de secteurs commerciaux, où chaque gestionnaire de système possède son propre domaine (par exemple, l'industrie, les services ou les soins de santé).

En ce qui concerne le champ d'application, il est assez caractéristique que presque chaque système soit en mesure d'évaluer n'importe quelle fonction, des niveaux les plus bas aux niveaux les plus élevés, et peut également évaluer différents types de fonctions. Comme mentionné ci-dessus, dans un certain nombre de situations, la Commission doit choisir le type de système qu'elle va utiliser. En dépit du fait qu'un grand nombre de systèmes sont universellement applicables et peuvent évaluer différents types de fonctions, ce choix n'est pas aisé. Cela dépend de la façon dont un fichier de référence a été construit.

Enfin, je voudrais formuler quelques remarques concernant l'influence qu'a eu l'informatisation sur les systèmes d'évaluation des fonctions. De nos jours, tout gestionnaire de système qui se respecte dispose d'une version électronique de son système d'évaluation des fonctions. Dans un certain nombre de cas, il s'agit d'un outil qui permet de

trouver des informations (par exemple, des documents de référence) et de découvrir rapidement la fonction de comparaison appropriée. Le processus d'évaluation relève encore du domaine de l'analyste. Dans certains cas, nous pouvons établir avec certitude que certaines des techniques d'évaluation ont été ajoutées à des systèmes d'évaluation des fonctions informatisés, ce qui permet d'offrir aux employeurs un processus plus cohérent, plus efficace et plus rentable aussi. Ce processus a pour inconvénient que l'analyste introduit des informations au niveau des facteurs de fonctions alors que la technologie définit le résultat final, ce qui réduit la clarté et la transparence du système. Lorsque l'on doit traiter de questions d'égalité de rémunération, la transparence est précisément ce que s'efforce d'obtenir la Commission. C'est la raison pour laquelle les résultats déterminés par l'informatique doivent, selon moi, être soigneusement vérifiés par des experts en égalité de rémunération et ajustés si nécessaire.

En conclusion, pour ce qui concerne les systèmes d'évaluation des fonctions, on peut déclarer ce qui suit:

- On peut trouver bon nombre de systèmes d'évaluation différents aux Pays-Bas, que l'on peut catégoriser en neuf groupes différents.
- La Commission ne peut appliquer certains de ces systèmes parce qu'ils ne peuvent être qualifiés d'analytiques ou parce qu'ils rangent les fonctions trop subjectivement.
- En dépit du fait que les systèmes sont souvent intégraux en ce qui concerne le type et le niveau de fonction, il n'est pas aisé pour la Commission de choisir le système adéquat.
- Il conviendra de tenir à l'œil les futurs développements de l'informatisation.

## 6. LA LEGISLATION RELATIVE A L'EGALITE DE TRAITEMENT NEERLANDAISE

Aux Pays-Bas, la Loi sur l'égalité de traitement de 1994 (LET) et la Loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins de 1980 (ETMF) stipulent comment la Commission devrait mener ses enquêtes en matière d'égalité salariale. L'ETMF établit des lignes directrices très strictes alors que la LET est beaucoup moins explicite. En raison de cette distinction entre les deux lois, la Commission applique en principe la méthodologie telle qu'elle se trouve inscrite dans la loi ETMF pour tous les motifs de discrimination. On notera cependant qu'il existe, dans la pratique, une différence entre les enquêtes portant sur la discrimination fondée sur la race ou la nationalité et les enquêtes portant sur la discrimination fondée sur le sexe. J'expliquerai ce point plus en détail ci-dessous.

L'Article 2 de la loi ETMF concerne la rémunération égale pour des fonctions de valeur égale. Pour la Commission, les Articles 7 et 8 sont les plus intéressants à cet égard. Ces articles mettent l'accent sur la valeur égale (Article 7) et la façon dont cette égalité de valeur doit être établie avec certitude (Article 8). J'exposerai succinctement un certain nombre d'éléments importants de ces articles et j'expliquerai leur relation avec l'évaluation des fonctions.

L'Article 7 stipule que "la rémunération du requérant doit être comparée à la rémunération qu'un travailleur de l'autre sexe recevrait pour un travail de valeur égale ou presque égale." Le point principal de cet article est qu'il fait référence aux "fonctions de valeur égale" ou "de valeur presque égale". "Valeur égale" est une valeur égale en termes d'évaluation de fonction. En d'autres termes, les connaissances et compétences nécessaires, les responsabilités professionnelles et les conditions dans lesquelles les fonctions sont assurées déterminent si les fonctions sont de valeur égale ou pas. Elle n'est pas déterminée par la valeur économique qu'une fonction représente pour une

entreprise. La valeur économique peut jouer un rôle ultérieurement, s'il est question de comparaison des salaires, mais uniquement si elle fait partie des normes de rémunération déjà appliquées.

En établissant la valeur des fonctions, il est également possible ainsi de comparer des fonctions (assez) différentes de par leur nature.

Exemple:

DOMAINE D'ÉVALUATION *	TRAVAILLEUR MANUEL	EMPLOYÉ COMMERCIAL
Connaissances	20	26
Responsabilités	19	23
Compétences	22	21
Conditions de travail	17	11
<b>Total</b>	<b>78</b>	<b>81</b>

\* Chaque système d'évaluation des fonctions dispose de ses propres domaines d'évaluation mais ces quatre domaines (parfois appelés différemment) font partie de tous les systèmes.

Ce tableau montre que l'employé commercial doit assumer de plus grandes responsabilités professionnelles que le travailleur manuel. Les compétences requises pour réaliser ce travail sont également plus importantes que celles qui sont nécessaires au travailleur manuel. La fonction manuelle présente des conditions de travail moins bonnes que celles du poste d'employé commercial; par conséquent, il obtient une meilleure cotation. Cependant, les deux fonctions ont environ la valeur égale totale. Cela montre que les différents types de fonctions peuvent être comparés entre eux.

Heureusement, les requérants aux Pays-Bas commencent à réaliser de plus en plus qu'il est possible de comparer non seulement des fonctions similaires mais également des fonctions dissemblables pourvu qu'elles aient le même niveau. La Commission a notamment comparé une dactylographe chargée de l'introduction de données avec un chauffeur de chariot élévateur, un gérant de blanchisserie avec un employé d'administration, un comptable avec un commerçant, un orthodontiste avec un psychologue et une secrétaire avec un électricien.

Il importe aussi que les emplois soient de valeur égale ou presque égale. Cela peut sembler de l'ordre de la nuance mais une foule d'idées et d'arguments techniques d'évaluation des fonctions se dissimule derrière cette différence. C'est ainsi, par exemple, que les exemples de fonctions choisis ci-dessus présentaient des résultats se situant entre 78 et 81. Ces résultats sont assez proches que pour penser que ces deux emplois sont de valeur presque égale mais cela s'avère en fait assez complexe à déterminer. Habituellement, l'on ne fixe pas un barème salarial pour chaque emploi individuellement mais l'on forme des regroupements de fonctions presque équivalentes. Ces fonctions sont toutes rémunérées par le même salaire (des groupes de fonctions et/ou de salaires sont créés). C'est ainsi, par exemple, qu'une entreprise peut utiliser les catégories suivantes:

GROUPE DE FONCTIONS	RESULTAT DE L'EVALUATION DES FONCTIONS
A	>40
B	40 – 60
C	60 – 80
D	80 – 100
E	100 – 125
F	125 – 150
etc.	etc.

Dans ce cas de figure, avec 78 points le travailleur manuel se retrouverait dans la catégorie C alors que l'employé commercial, avec 81 points, se retrouverait dans la catégorie D. Ces fonctions sont-elles encore de valeur presque égale? Comme cette classification de groupes appartient aux normes de rémunération d'une entreprise et qu'en principe la Commission utilise ces normes (si ces normes ne sont pas discriminatoires), la conclusion doit être que ces fonctions ne sont pas de valeur égale.

L'Article huit de la loi ETMF exige que les systèmes d'évaluation soient fiables et s'appliquent à tous. L'Article 8 stipule que "la valeur du travail doit être établie à l'aide d'un système d'évaluation des fonctions fiable".

Le législateur néerlandais déclare que la valeur d'un poste de travail doit être établie à l'aide d'un système d'évaluation des fonctions fiable mais ne dit pas ce qu'il convient d'entendre par "fiable". Dans la note explicative relative à cette loi, le législateur néerlandais déclare: "Un système fiable devrait peser les critères spécifiques qui caractérisent la fonction et qui englobent toutes les compétences et exigences requises par la description de fonction".

Il existe donc deux critères auxquels doit répondre un bon système d'évaluation des fonctions, à savoir:

1. Le système doit être analytique (évaluation au moyen de facteurs spécifiques)
2. Le système doit être capable d'évaluer tous les facteurs de la fonction (évaluation de toute la série d'aptitudes et d'exigences de la fonction)

Se basant sur son expérience et sur la jurisprudence, la Commission pour l'égalité de traitement a ajouté un certain nombre de critères complémentaires aux critères existant déjà:

3. La cohérence de la méthode
4. Les protocoles relatifs aux procédures et profils de poste
5. L'existence de documents de références et de listes de fonctions
6. La transparence du système (et une documentation complète)
7. L'application régulière et systématique de méthodes et descriptions de fonctions
8. Le système lui-même ne peut être discriminatoire (neutre par rapport aux sexes)

Un deuxième élément de l'Article 8 fait référence à l'utilisation courante d'un système, stipulant que:

"Le système d'évaluation des fonctions appliqué doit correspondre autant que possible au système d'évaluation des fonctions que l'entreprise utilise habituellement".

A première vue, il ne semble pas trop difficile de déterminer le système habituellement utilisé dans une organisation. Il suffit de demander à la direction de l'entreprise quel est le système qu'elle utilise et supposer qu'il s'agit du système habituellement utilisé. Mais est-ce réellement aussi simple? On se doit de répondre malheureusement par la négative à cette question dans un grand nombre de cas. Il arrive, par exemple, qu'une organisation n'utilise même aucun système d'évaluation des fonctions ou ne l'utilise que pour une partie de son personnel. De même, il arrive parfois qu'une organisation utilise un système d'évaluation des fonctions issu d'une convention collective complètement différente. On ne peut donc pas toujours répondre simplement à la question de savoir quel type de système est habituellement utilisé et il est parfois nécessaire de recourir à une vaste enquête afin de pouvoir identifier le système habituellement utilisé.

## 7. LA DIFFERENCE ENTRE LA METHODOLOGIE DE RECHERCHE FONDÉE SUR LE SEXE ET CELLE FONDÉE SUR LA RACE

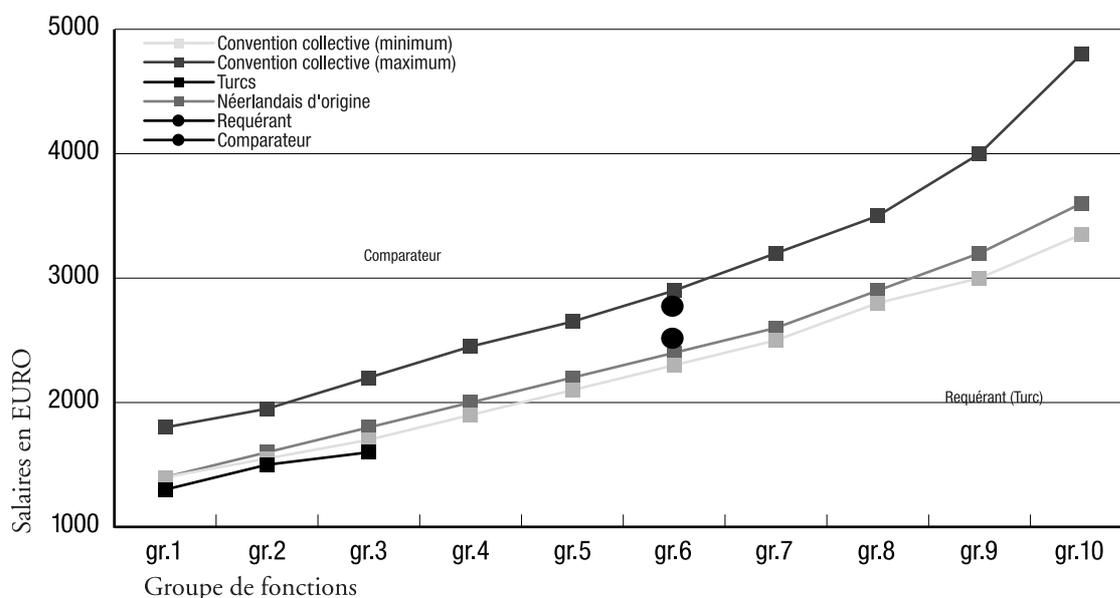
En vertu de la loi ETMF, la Commission peut, lorsqu'elle traite une affaire de discrimination fondée sur le sexe, parvenir à une constatation sur la base d'une simple comparaison entre un requérant et un comparateur. Est-ce également possible s'il s'agit d'une discrimination fondée sur la nationalité? Si l'on peut observer une différence de rémunération entre un employé d'origine néerlandaise et un employé d'origine turque, cela implique-t-il l'existence d'une distinction fondée sur la nationalité et le fait que l'employeur s'est rendu coupable d'une discrimination fondée sur la nationalité? Je pense que l'on ne peut formuler les choses de façon aussi catégorique. Dans une telle situation, il est souhaitable d'enquêter de manière plus approfondie afin de vérifier si la différence de rémunération entre l'employé néerlandais et l'employé turc ou entre des employés étrangers ou natifs est structurelle. Pour ce faire, on peut construire des lignes salariales réelles pour toutes les catégories de personnel ainsi que la ligne salariale mentionnée dans la convention collective concernée. Ces lignes salariales font apparaître la relation qui existe entre le niveau de la fonction et le niveau de rémunération par catégorie, parfois corrigée sur la base d'un certain nombre de traits personnels (voir diagramme).

Ce diagramme montre les lignes salariales minimales et maximales conformément à la convention collective et les lignes salariales (corrigées) des employés néerlandais et turcs. Une correction est pratiquée afin de tenir compte d'autant d'informations générales concernant la personne que possible, telles que les règles de convention collective relatives à l'âge, les années d'ancienneté, etc. En principe, les lignes salariales ne devraient pas différer entre elles.

Dans cette situation, il est clair que les employés turcs présents dans les groupes de postes inférieurs perçoivent un salaire bien inférieur à celui des employés néerlandais. Ce salaire est même inférieur aux garanties salariales de la convention collective. Il n'y a pas d'employés turcs dans les groupes de postes plus élevés.

Les salaires du requérant et des comparateurs sont également indiqués. Le salaire corrigé du requérant coïncide exactement avec le niveau de la ligne salariale "néerlandaise" mais le requérant perçoit, en réalité, considérablement moins que son comparateur néerlandais.

Convention collective sur les lignes salariales et catégories d'enquête (corrigées)



Ainsi donc, lors de l'examen de cas de prétendue discrimination fondée sur la race ou la nationalité, la Commission dispose de beaucoup plus de données pour fonder son jugement que dans les cas allégués de discrimination fondée sur le sexe. Comme le montre l'exemple, il n'est pas aisé de procéder à cette analyse. Le requérant est-il victime de discrimination lorsqu'on le compare à des employés natifs et lorsqu'on le compare au comparateur? Les informations disponibles ne suffisent pas encore à fonder un jugement valable. Les façons selon lesquelles les normes de rémunération ont été appliquées sont cruciales. Il est pour le moins possible à l'aide de l'évaluation des fonctions d'établir les lignes salariales, ce qui permet d'accroître la quantité d'informations disponibles.

## 8. LES EMBUCHES CREEES PAR L'EVALUATION DES FONCTIONS EN MATIERE D'EGALITE DES REMUNERATIONS

Comme exposé, la Loi ETHM stipule que les systèmes d'évaluation des fonctions doivent mesurer la valeur d'un emploi. Cet exercice est conçu en vue de déterminer si les fonctions doivent ou ne doivent pas être comparées sur la base de leur valeur. Le rôle de l'évaluation des fonctions ne s'arrête toutefois pas là. Lorsque l'on applique les normes de rémunération, il arrive souvent que la mauvaise application d'un système d'évaluation des fonctions donne lieu à une discrimination salariale. Ce phénomène peut être imputable à des erreurs implicites dans le

système d'évaluation des fonctions lui-même ou à une utilisation abusive, consciente ou inconsciente, d'un système d'évaluation des fonctions. Il s'agit d'erreurs qui sont rarement visibles mais il n'empêche qu'elles existent bel et bien. On trouvera ci-dessous quatre embûches de ce type.

#### Embûche 1: des catégories déséquilibrées lors de la détermination des groupes de niveau de fonction et des tables barémiques

Bon nombre d'entreprises appliquent des tables barémiques qui servent de norme à la rémunération. Ces tables se fondent sur une classification en groupes de fonctions qui peuvent être regroupées à l'aide d'un système d'évaluation des fonctions. La plupart des systèmes d'évaluation des fonctions néerlandais établissent des groupes de fonctions à intervalles réguliers (par exemple, 20 points par groupe de fonctions). Dans tous les cas pratiquement, les organisations patronales et syndicales stipulent ensemble les endroits où commencent et finissent les frontières de 20 points, par exemple de 20-40, 40-60, 60-80 ou 30-50, 50-70, 70-90. Les résultats de l'évaluation des fonctions définissent alors à quel groupe de fonctions appartient un poste de travail (voir l'exemple ci-dessous).

GROUPES DE FONCTIONS	SITUATION D'ORIGINE		NOUVELLE SITUATION	
	Catégories	Nombre	Catégories	Nombre
A	20 – 40	240	20 – 40	240
B	40 – 60	140	40 – 65	222
C	60 – 80	146	65 – 80	64
D	80 – 100	54	80 – 100	54
E	100 – 120	45	100 – 120	45
F	120 – 140	31	120 – 140	31

Il arrive parfois qu'une organisation décrive et évalue un poste de travail avant de déterminer les limites entre les groupes de fonctions. Grâce à la connaissance de ces résultats d'évaluation, il est possible d'économiser beaucoup d'argent en modifiant la limite d'un groupe de fonctions de telle façon qu'un certain nombre d'employés puissent être placés dans un groupe salarial inférieur.

L'exemple montre que, dans la situation initiale, 140 personnes se trouvaient dans le groupe B et 146 dans le groupe C. En changeant, les limites du groupe, 82 personnes peuvent être soudainement déplacées vers le groupe B. Cela ne donne pas nécessairement lieu à une inégalité salariale mais, lorsqu'il arrive que ce groupe d'employés se compose uniquement de femmes ou d'étrangers, il apparaît clairement alors qu'une inégalité salariale peut s'être glissée dans le système salarial. De cette façon, les organisations syndicales et patronales et/ou les employeurs à titre individuel peuvent parfois, en choisissant les limites de la catégorie, établir, intentionnellement ou inconsciemment, une distinction dans le système de rémunération. Cela n'arrive que parce que les résultats de l'évaluation des fonctions jouent un grand rôle dans la détermination de ces limites.

#### Embûche 2: lorsqu'un employeur détermine les niveaux de fonctions

Il arrive parfois qu'un employeur place une fonction donnée dans un autre groupe de fonctions que celui dans

lequel les résultats de l'évaluation de la Commission l'auraient placée d'après les résultats de cette évaluation. Cela pourrait survenir pour un certain nombre de raisons (je laisserai de côté l'erreur humaine commise par la Commission ou l'employeur) que l'on trouvera ci-dessous.

Certaines conventions collectives fonctionnent avec des descriptions de fonctions extrêmement succinctes ou parfois avec un titre de fonction seulement. Ces brèves descriptions et ces titres sont liés aux groupes de fonctions adoptés souvent par l'employeur sans plus de questions. Il arrive fréquemment que, lorsque la Commission procède à une enquête complète, les véritables teneurs des fonctions s'écartent sérieusement du sommaire profil de poste. En conséquence, il se justifie alors de placer la fonction dans un autre groupe de fonctions. De cette façon, l'application des brèves descriptions de fonctions conduit à des résultats d'évaluation erronés. Ce phénomène peut être partiellement imputable au système contenu dans les conventions collectives (et il s'agit d'une forme d'évaluation des fonctions) et partiellement aux employeurs.

Il est relativement fréquent qu'un employeur commence par une classification en groupes de fonctions correcte mais que, quelques années plus tard, cette classification soit dépassée sous l'effet d'un certain nombre d'évolutions. Les développements technologiques, par exemple, peuvent souvent influencer grandement les contenus d'un emploi. Les employeurs ne traitent ce changement que bien plus tard.

Il est saisissant de voir que souvent les employés ont de plus en plus de responsabilités à mesure que les années passent mais que cela ne se reflète pas par une réévaluation de leur fonction. Ce phénomène s'observe plus chez les employés féminins que masculins. Il arrive parfois qu'un employeur ne sache vraiment pas que le poste d'un employé a vu ses responsabilités s'accroître mais souvent il refuse tout simplement que certaines responsabilités fassent partie de la description officielle de la fonction. L'organisation utilise bien volontiers les services de l'employé mais ne veut pas en payer les conséquences financières, un phénomène qui touche plus les femmes que les hommes. Dans ce cas, le refus de l'employeur d'utiliser l'instrument de l'évaluation des fonctions engendre des conséquences négatives pour les femmes.

**Embûche 3: La détermination d'un niveau de fonction par un employeur qui utilise un autre système que celui que la Commission a appliqué**

**Embûche 4: L'application par l'employeur d'un système salarial qui n'a pas de relation avec le niveau de la fonction**

On peut tirer les conclusions suivantes en ce qui concerne la législation sur l'égalité de traitement concernant l'évaluation des fonctions:

- La loi ETMF est directive lorsque l'on développe des enquêtes portant sur l'égalité des rémunérations.
- La LET est moins stricte en ce qui concerne les méthodes de travail destinées à déterminer l'inégalité salariale.
- La Commission applique la même méthode de travail à tous les motifs de discrimination.
- Lors du traitement de cas de discrimination fondée sur la nationalité ou la race, l'enquête de la Commission est plus complète.
- Il existe un certain nombre d'embûches dans l'évaluation des fonctions, qui peuvent entraver l'évolution des affaires d'égalité salariale.
- La méthode de travail adoptée dans les enquêtes d'égalité des rémunérations suit parfaitement les lignes directrices juridiques, l'évaluation des fonctions ne constituant qu'une part de l'enquête totale.

**LES CRITERES  
JURIDIQUES DE LA  
CJCE PORTANT SUR  
L'EGALITE DE VALEUR  
CONVIENNENT-ILS  
AU TRAVAIL EFFECTUE  
DANS LA PRATIQUE?**

**EVERT JAN HENRICH, AVOCAT, DE BRAUW BLACKSTONE WESTBROEK**

Ma tâche consiste à traiter de la question de savoir si la jurisprudence de la CJCE nous offre une série d'outils utilisables lorsqu'il est question d'égalité de rémunérations. Comme ma collègue, Albertine Veldman, a traité largement d'une approche pratique de l'utilisation de la jurisprudence de la CJCE, je resterai en dehors du domaine de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes et je me concentrerai plutôt sur l'égalité des rémunérations et des conditions de travail fondée sur d'autres motifs.

Mais, avant d'aller plus avant, j'ai deux aveux à faire. Tout d'abord, je travaille principalement pour des entreprises de grandes tailles, pour l'employeur donc, aux Pays-Bas. C'est ainsi que j'assure principalement la défense de grands employeurs contre les plaintes selon lesquelles ils se seraient rendus, de quelque manière, coupables de discrimination. Et je dois admettre avoir développé presque une seconde nature qui me rend critique, sinon sceptique, à l'égard d'un grand nombre de plaintes pour inégalité de rémunération que je rencontre aujourd'hui. Et ce scepticisme n'a pas tendance à faiblir lorsque je vois ici des appels à traiter "l'écart salarial" au travers d'actions revendiquant l'égalité de rémunération. Je ne nie pas qu'il existe bien un écart salarial et qu'il doit être le reflet d'un certain nombre de mécanismes sociaux ou sociologiques – ce que l'on appelle le "glass ceiling" (plafond de verre) – mais croire qu'une plainte fondée sur l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale constitue le remède approprié me paraît indéfendable. Deuxièmement, je ne suis pas vraiment un grand partisan de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise. Cela n'a, bien entendu, rien à voir avec les personnes qui y travaillent ou avec une aversion à l'égard de tout organisme judiciaire ou quasi-judiciaire qui veille à l'application de l'égalité de traitement dans tous ses aspects. Sur la base de ce que j'ai pu voir, je suis profondément convaincu qu'une mise en application appropriée des questions d'égalité de traitement relève à ce jour du pouvoir judiciaire ordinaire.

Ce qui précède implique que certaines de mes observations pourraient comporter un caractère provocateur aux yeux de certains. Que l'on ne s'y trompe pas: selon moi, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a fait de l'excellent travail au cours de ces dernières décennies en établissant une vaste jurisprudence en matière d'égalité des rémunérations. Pour ma part, l'un des points qui m'intéresse vraiment au sujet de l'égalité de traitement et des rémunérations concerne le nombre considérable d'affaires jugées par la CJCE. Elles nous offrent généralement des règles et des lignes directrices claires et le fait que la CJCE est la source de jurisprudence qui fait le plus autorité confère un grand intérêt à la pratique des affaires d'égalité salariale, car il ne s'agit pas seulement d'une matière de droit national, et qu'elle nous offre donc des perspectives plus vastes.

## **QU'EN EST-IL DU DOMAINE DE L'EGALITE DES REMUNERATIONS AUX PAYS-BAS?**

Je serais enclin à dire qu'il existe au moins deux développements appropriés, si l'on envisage les questions d'égalité des rémunérations dans la "vie réelle" ou, pour le dire autrement, deux développements qui compliquent la vie. Tout d'abord, les questions d'égalité salariale ont tendance à engendrer des questions de plus en plus détaillées et il s'agit souvent de questions de faits plutôt que de questions de droit. C'est logique: cela fait près de trois décennies que l'égalité des rémunérations est inscrite à l'ordre du jour de la CJCE et la plupart des questions fondamentales qui la concerne ont été traitées aux Pays-Bas. Les cas flagrants et évidents de discrimination salariale ont déjà été combattus avec succès. Nous nous trouvons aujourd'hui davantage au stade d'un peaufinage progressif

du système. Ou, comme je l'explique parfois à mes clients, nous passons des "artères" principales de l'égalité de traitement au système "capillaire", celui des vaisseaux sanguins les plus fins.

A titre d'exemple, on peut examiner les situations factuelles complexes qui ont donné lieu aux arrêts *Lawrence* et *Brunnhöfer*. Ces jugements constituent de bons exemples de cette tendance. Si vous comparez ces décisions à la jurisprudence nette et précise qui porte sur les retraites, il apparaît clairement que l'établissement des *faits* et *circonstances* appropriées pour appliquer la norme fixée par la CJCE est bien plus compliqué dans les affaires d'égalité de rémunérations.

Deuxièmement, il y a l'expansion du catalogue des motifs à partir desquels une action pour égalité de rémunérations peut être engagée. Au départ, les actions portaient, bien entendu, sur des motifs de discrimination classiques tels que la race ou le sexe mais maintenant nous devons traiter également de discrimination à l'égard des travailleurs à temps partiel ou des travailleurs sous contrat à durée déterminée. A ces motifs s'ajouteront d'ici peu les discriminations fondées sur l'âge et d'autres motifs. Je ne me plains pas de cette évolution mais je constate simplement qu'ils compliquent la vie. Si les affaires d'égalité salariale deviennent plus détaillées et portent sur des situations plus complexes, il deviendra plus difficile de rendre de bons jugements. En particulier, il deviendra plus difficile d'établir les faits. Béni soit le temps où il suffisait de décider si l'on se trouvait ou non en face d'une forme de discrimination fondée sur le sexe lorsque des travailleurs à temps partiel se voyaient exclus d'un régime de retraite. En regardant simplement le régime de retraite, il était possible d'établir des faits pertinents. Tout le monde peut facilement appliquer les jugements *Bilka* et *Barber* en comparant, par exemple, les éléments de rémunération individuels plutôt que la valeur totale de l'ensemble des rémunérations. Comparez ceci au contenu de l'arrêt *Brunnhöfer* et il vous apparaîtra clairement que nous ne traitons pas seulement désormais de questions de droit plus complexes mais également de questions très importantes de faits.

Les faits de ces situations complexes ne doivent pas seulement être *établis*; ils doivent également être pesés, soupesés et évalués. On trouve de moins en moins de réponses bien tranchées. Un élément des faits peut plaider en faveur d'une revendication d'égalité salariale et un autre peut plaider contre celle-ci. Il faut désormais placer ces observations sur une échelle, leur attribuer un certain "poids" et voir alors de quel côté penche la balance.

Une question plus fondamentale peut se poser en ce qui concerne les règles très strictes fixées par la CJCE, telles que, par exemple, ce que l'on appelle la *justification objective*. Ces règles ont été élaborées d'après les motifs d'égalité de rémunération classiques et, en particulier, celui de la discrimination fondée sur le sexe. Ces règles strictes peuvent être justifiées par la nature fondamentale du motif d'anti-discrimination. Albertine Veldman a été l'une des premières aux Pays-Bas à noter ce déplacement des motifs classiques fondamentaux vers des motifs d'une autre nature. Et non seulement elle a relevé ce changement mais elle a ajouté aussi une importante question à cette observation: devons-nous appliquer toutes les règles rigoureuses de la CJCE relatives à la discrimination fondée sur le sexe exactement de la même façon à ces motifs de discrimination plus récents? Les motifs classiques se fondent sur des qualités personnelles qui ne peuvent pas être altérées. Les motifs plus récents sont, en grande partie, le produit des "politiques du marché de l'emploi". La "discrimination fondée sur l'âge" en est un bon exemple: tout être humain est jeune à un moment de sa vie et vieux ou plus âgé à un autre. En outre, l'utilisation de l'âge en tant que facteur décisif pour un certain nombre de décisions peut se justifier. C'est ainsi que l'on peut se poser effectivement la question suivante: est-il juste, et nécessaire, d'appliquer les règles strictes qui

concernent la *justification objective* à ce nouveau type de motifs aussi rigoureusement que lorsque l'on traite de discrimination fondée sur le sexe?

Enfin, plus on quitte les grandes artères de l'égalité des rémunérations salariale pour traiter de règles plus complexes en matière d'égalité salariale, plus les autres sources de droit peuvent devenir importantes: viendra un moment où les principes d'égalité salariale devront être compensés par l'un des autres droits constitutionnels d'importance, par exemple, la liberté de négociation collective pour les syndicats. Le président de la Commission a déclaré tout récemment que les principes d'égalité de traitement devront interagir avec certains principes fondamentaux.<sup>110</sup> En d'autres termes, il faudra que, d'une certaine manière, l'égalité des rémunérations et l'égalité de traitement soient mises en perspective. Nous savons tous qu'un grand nombre de droits civils constitutionnels classiques peuvent entrer en conflit entre eux (comme la liberté d'expression et la protection de la vie privée). Une mise en équilibre de ces droits fondamentaux ne surprendra personne. Il peut en être de même de l'égalité salariale, en particulier si nous parlons des motifs plus récents de l'inégalité de traitement.

A partir de ces observations, j'aimerais présenter deux "thèses" et préciser quelque peu le contexte de celles-ci, en espérant ainsi donner matière à discussion. Ma première thèse est que les questions d'égalité salariale peuvent entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux, tels que la liberté de négociation collective (et /ou la liberté de contrat entre employés et employeurs à titre individuel). C'est particulièrement vrai des situations où nous avançons dans des "zones grises" et où aucune réponse bien "tranchée" n'est possible. Plus généralement, l'égalité salariale devra d'une certaine manière être mise en perspective. Ma seconde thèse consiste à dire que les questions d'égalité salariale relèvent du pouvoir judiciaire ordinaire.

## THESE 1

La discrimination fondée sur l'âge constitue un bon exemple à cet égard, dans la mesure où elle sera bientôt un nouveau point inscrit à l'ordre du jour (si ce n'est pas déjà fait). Elle constitue aussi un bon exemple du fait que le Conseil européen a précisé, dans sa Directive (2000/78/CE), que l'âge en tant que motif de discrimination était différent des autres motifs de discrimination: la directive autorise la discrimination *directe* fondée sur l'âge dans des domaines assez vastes tels que les politiques en matière d'emploi, de marché du travail et de formation professionnelle. De telles politiques peuvent constituer une justification objective de la discrimination directe liée à l'âge.

Mais il y a plus: la directive vise aussi à stimuler le "*dialogue social*". L'Article 13 de la directive a pour objectif d'impliquer les partenaires sociaux lorsqu'il est question de mettre en œuvre la directive dans des entreprises spécifiques ou dans certaines branches de l'industrie. Elle encourage les partenaires sociaux (organisations patronales et syndicales) à conclure des accords en ce qui concerne les règles d'anti-discrimination inscrites dans la directive. Voici le point intéressant: supposons qu'un syndicat conclue de bonne foi une convention collective sur les contrats de travail qui fixe un certain âge de retraite. Il accepte, au terme de négociations précises et minutieuses menées avec l'employeur, que cet âge de la retraite – qui constitue, bien entendu, une discrimination

<sup>110</sup> *Nederlands Juristenblad*, afl. 25 2003, par Prof. mr J.E. Goldschmidt "Equal treatment in the year 2003"

directe fondée sur l'âge – puisse être considéré comme une justification objective au sens de la directive (et des futures lois de mise en œuvre nationale de la directive). Supposons également que ce syndicat particulier représente une part considérable de travailleurs concernés.

Quel que soit l'âge utilisé comme âge de la retraite, il y aura toujours une ou deux personnes pour s'opposer à ce point de vue: elles peuvent mettre en doute la légitimité des politiques qui se dissimulent derrière la date de retraite; elles peuvent remettre en question la proportionnalité; cyniquement, je dirais même qu'elles remettront en question tout ce qui peut les aider à parvenir à leurs fins.

La question qui se pose maintenant est de savoir dans quelle mesure le pouvoir judiciaire – ou la Commission pour l'égalité de traitement – devrait réexaminer la complexe *loi de compensation* qu'implique l'entente sur ces types de règles. Nous avons tous été élevés avec ce principe de base qui veut que l'acceptation de quelque chose dans une convention collective de travail ne sera d'aucune utilité si les aspects d'égalité salariale de ce "quelque chose" sont remis en question devant les tribunaux. Et tant que cela concernait un passé moins récent, il s'agissait d'une bonne position: si vous prenez l'égalité de traitement en matière de pensions, les conventions collectives sur les contrats de travail ont été une première source de pratiques discriminatoires. Mais les choses ont changé, au point même qu'il est demandé explicitement aux syndicats d'accepter la mise en application de l'égalité de traitement. Dans ce contexte, les *politiques* – et peut-on songer à quelque chose de plus subjectif qu'une politique? – peuvent servir de justification à la discrimination. Je pense réellement qu'il n'existe pas le moindre doute à ce sujet: si les parties d'une convention collective répondent à certains critères, le résultat de leurs négociations devrait être respecté (ce qui signifie accepté par le pouvoir judiciaire). Les critères qui devraient être rencontrés sont simples:

- Les syndicats doivent être représentatifs des travailleurs sous une forme ou sous une autre;
- Les parties doivent être en mesure de montrer qu'elles ont intégré les aspects d'égalité salariale concernés dans leurs négociations et accords;
- Un ou plusieurs *éléments subjectifs* importants doivent y être impliqués (ce que j'appelle les "*zone grises*");
- Le résultat doit se situer dans la marge d'appréciation qui est accordée aux parties. Aux Pays-Bas, nous avons tendance à appeler cela "le test marginal" du résultat, ce qui signifie que ce n'est pas accepté par le pouvoir judiciaire à la seule condition qu'aucune partie raisonnable n'aurait accepté le résultat des négociations.

La discrimination fondée sur l'âge illustre bien, me semble-t-il, le fait que les normes d'égalité salariale ne doivent pas toujours être de nature absolue. Une règle déterminée peut bien être considérée comme discriminatoire par rapport à l'âge si elle n'est considérée que d'un seul point de vue; la même règle peut aussi être considérée comme visant une égalité salariale si on l'examine sous un autre angle. Dans certains secteurs de l'industrie, les âges de la retraite fixés sont relativement bas afin d'offrir des débouchés au personnel plus jeune. Qu'en est-il si cette règle est mise en place pour une longue période et que ceux qui sont obligés de prendre leur retraite ont pu bénéficier réellement de cette règle lorsqu'ils étaient jeunes? Ont-ils le droit de sortir de ce mécanisme de solidarité au moment où ils doivent rendre ce dont ils ont bénéficié dans le passé? L'égalité peut signifier différentes choses selon ce type de nouvelle base de non-discrimination. Comparez-vous le traitement du travailleur à un âge particulier? Dans ce cas, vous devrez admettre que vous commettez une discrimination fondée sur l'âge. Comparez-vous plutôt le cycle de vie du travailleur? Il s'agira alors d'une inégalité de traitement si vous acceptez que le travailleur plus âgé puisse sortir du système de solidarité: vous refusez alors à l'employé plus jeune de bénéficier du départ relativement précoce des plus âgés alors que ceux-ci ont bénéficié du mécanisme dans leurs jeunes années.

Vous pouvez partager mon point de vue aussi longtemps que je limite mon observation à la discrimination motivée par l'âge. Mais pouvons-nous aussi appliquer ce raisonnement aux questions d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes? Je n'exclus pas la possibilité d'un conflit avec la liberté de négociation collective. Supposons que, sur la base d'une enquête salariale minutieuse, la Commission pour l'égalité de traitement soutienne que le poste A est de valeur égale que le poste B. Le salaire des employés du poste A est donc ajusté vers le haut. Toutefois, le syndicat des employés du poste B n'accepte pas ce résultat. Il demande un salaire plus élevé et est sur le point de lancer des actions du personnel. Allons-nous refuser maintenant au syndicat le droit de partir en grève? Allons-nous refuser à l'employeur le "droit" de céder et d'accorder une augmentation de salaire aux employés B?

Vous direz peut-être que tout ceci est plutôt théorique et il se peut que vous ayez raison. Mais, d'autre part, la question qui se pose est celle-ci: pensons-nous réellement l'on puisse évaluer *objectivement* la valeur exacte des différents types de fonctions? Si tel était le cas, nous devrions oublier la liberté fondamentale de négociation collective. Si l'on ne peut s'entendre sur la valeur d'une fonction, nous nous rendrons devant un médiateur qui règlera le litige en évaluant à combien devra se monter une augmentation salariale raisonnable. En droit contractuel, nous appelons cela le *iustum praetium* lorsque nous nous parlons d'un contrat de vente mais il y a longtemps que cette idée a été abandonnée.

## THESE 2

Est-il encore nécessaire de créer des institutions "à objectif unique" qui traitent spécifiquement de questions d'égalité salariale? Me posant cette question, je vais me centrer sur la tâche quasi-judiciaire de la Commission et je laisserai de côté des tâches telles que l'éducation et la médiation. Pour être franc, je ne répondrai pas à cette question par l'affirmative. En général, les deux principales justifications qui sont avancées pour de tels organismes sont les suivantes:

- L'on devrait pouvoir disposer d'une procédure à "faible seuil" qui rendra une décision plus rapidement que la procédure judiciaire ordinaire.
- Un organisme spécialisé devrait exister pour les plaintes relatives à l'égalité des rémunérations.

Je commencerai par la seconde justification, que je trouve plus facile à traiter: il se peut bien que l'égalité de traitement ne soit pas le domaine du droit le plus simple mais je ne crois pas qu'il soit le plus complexe ou le plus difficile non plus. Nous ne disposons pas de juges spécialisés pour d'autres droits constitutionnels et nous n'en avons pas non plus pour des domaines du droit notoirement complexes tels que la législation en matière de pension, la législation en matière de brevets ou la législation en matière de concurrence. Des experts spécialisés sont, bien sûr, requis pour comparer les systèmes de salaire et évaluer les emplois mais il n'y a là rien de différent par rapport à un autre domaine du droit. Le tribunal doit simplement désigner un expert indépendant.

La première justification était valable au moment de l'instauration de la Commission pour l'égalité de traitement. On préférera, bien sûr, des procédures rapides et faciles. La question qui se pose toutefois consiste à savoir si le type d'affaire dont je parle convient à une telle procédure rapide, et donc simplifiée. Vous aurez deviné sans doute que je ne le pense pas. Et il va être très difficile de créer une vérification appropriée pour savoir quelles

affaires conviennent ou ne conviennent pas à une procédure simplifiée. Je ne suis pas sûr que l'on puisse trouver une solution sur ce point.

Selon moi, la partie la plus difficile du traitement des affaires d'égalité salariale réside dans l'existence de ce type d'instance judiciaire spéciale aux Pays-Bas. Si le type de client que je représente décide de se défendre contre une revendication d'égalité salariale, il s'agira sûrement d'une affaire comportant de nombreuses zones floues et, en particulier, une zone floue où une *personne* remet en question "l'équité" d'une question *collective* assez complexe. L'une des affaires les plus difficiles que j'ai eu à traiter (et je ne nourris aucune rancune à l'égard de la Commission puisqu'elle s'est prononcée en faveur de mon client) concernait un employeur, un conglomérat d'entreprises d'exploitation, qui avait décidé d'harmoniser les conditions d'emploi de ces entreprises d'exploitation, en particulier au niveau du nombre d'heures de prestation par semaine (un groupe travaillait 40 heures par semaine, l'autre 38 heures et un autre encore 36). Un fameux dilemme: si vous souhaitez harmoniser le nombre d'heures de travail par semaine, vous allez, par définition, commettre une discrimination en termes de nombre d'heures de prestation; si vous ne faites rien, rien ne changera. Mais il s'agit d'une discrimination à l'égard des travailleurs à temps partiel; il peut même s'agir d'une discrimination *directe* à l'égard des travailleurs à temps partiel. Si vous avez le sens pratique, vous saurez que vous ne pourrez traiter ce genre de problème que si vous vous entendez avec les syndicats sur une solution qui prenne raisonnablement tous les intérêts en considération. Ceux dont le nombre d'heures de travail est réduit ne devraient pas subir une réduction du salaire réellement perçu. D'une certaine façon, ils devront tout de même compenser le fait qu'ils perçoivent le même montant pour un nombre réduit d'heures de travail. Mais, comme je l'ai dit précédemment, il y aura toujours quelqu'un qui prétendra que le résultat n'est pas raisonnable, que, dans ce cas, il n'existe pas de justification objective.

Dans ce type d'affaire, je ne pense pas qu'une instance spécialisée soit d'un grand secours. Aucune partie ne considérera l'avis de la Commission pour l'égalité de traitement comme faisant autorité, et cet avis n'est pas contraignant à leur égard. Les parties liront le jugement et celle qui ne sera pas satisfaite de la décision se présentera devant le tribunal compétent. Je vous avouerai assez franchement que bon nombre de grandes entreprises estiment que la Commission pour l'égalité de traitement est partielle et plutôt opposée à la partie défenderesse (c'est-à-dire l'employeur). Et je dois admettre qu'il se peut que ce sentiment soit fondé. Si vous avez un objectif, à savoir protéger la personne contre la discrimination, vous pouvez devenir quelque peu partial. Comme le disent les Américains, si vous êtes un marteau, vous aurez tendance à ne voir que des clous. Un excellent exemple de ce phénomène pourrait être le fameux – ou tristement célèbre – cas du facteur qui souhaitait porter un short pendant ses heures de travail; le short ne faisait cependant pas partie de l'uniforme des facteurs. Il a réclamé alors l'égalité de traitement partant du fait que ses collègues féminins étaient autorisés à laisser leurs jambes nues puisqu'elles portaient une jupe (laquelle faisait bien partie de l'uniforme). Le fait que la Commission se déclara en faveur du plaignant alors que deux tribunaux (tribunal de première instance et cour d'appel) rejetèrent sa plainte illustre bien ce que j'appellerais la préoccupation de son seul objet qu'à un organisme "à objectif unique". Cela cadre parfaitement, bien sûr, avec l'observation que le temps est peut-être venu de ne plus considérer l'égalité salariale à tous prix comme un principe absolu. Il se peut que d'autres droits fondamentaux ou constitutionnels doivent être pris en compte.

Hormis ces observations sur le possible "esprit tenace" de tout organisme à objectif unique – mes collègues qui exercent le droit privé tiendront le même discours à propos de la "chambre d'enregistrement" qui adopte une

position similaire dans des affaires de droit privé – il existe d'importants aspects de procédure. Il ne fait aucun doute que, dans des affaires volumineuses et complexes, il existe une tension considérable entre (a) l'objectif qui consiste à offrir au plaignant une décision rapide dans une procédure exempte de seuil et (b) les règles de bonne procédure. Les règles de bonne procédure – qu'elles régissent l'audition des témoins ou le moment auquel les documents peuvent être soumis – sont là pour sauvegarder la position des parties.

## **CONCLUSION**

J'espère avoir, par cet article, donné matière à réflexion, en particulier pour ce qui concerne les motifs de discrimination plus récents qui constituent l'objet de la Directive 2000/78. Mon article n'a pas la même teinte que celle des autres présentations. J'espère qu'il contribuera à susciter la discussion qui commence doucement à se mettre en place aux Pays-Bas, vu la réelle nécessité d'une telle discussion.

**L'INEGALITE  
DES REMUNERATIONS  
DANS DES CAS DE  
DISCRIMINATION  
FONDEE SUR LA RACE  
OU SUR LE SEXE:  
MEMES PROBLEMES,  
MEMES RECOURS?**

DICK HOUTZAGER, CONSEILLER JURIDIQUE,  
BUREAU NATIONAL CONTRE LA DISCRIMINATION RACIALE (LBR), PAYS-BAS

## 1. INTRODUCTION

Dans la plupart des Etats membres de l'UE et des pays en voie d'adhésion, la norme générale de l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale n'est pas toujours respectée. En dépit de la législation et des efforts des gouvernements, des syndicats et des ONG, les différences de rémunérations entre les hommes et les femmes et entre différents groupes ethniques existent bel et bien. Dans certains pays, la recherche apporte la preuve d'un écart salarial, dans d'autres des procès ou des plaintes portées devant des instances spécialisées font apparaître cet écart au grand jour.

Une longue histoire de mesures visant à combattre les pratiques d'inégalité salariale a été développée dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe. Depuis l'introduction de l'Article 119 (à présent 141) du Traité de la CE en 1957 jusqu'au projet de Constitution en 2003 en passant par la Directive relative à l'égalité des rémunérations de 1975, l'Union européenne a été une plate-forme à partir de laquelle s'est développée la lutte contre la discrimination salariale. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et sa jurisprudence à caractère souvent inaugural, a joué et continuera à jouer un rôle important dans ce développement.

Avec l'introduction de l'Article 13 CE, la protection contre la discrimination fondée sur d'autres motifs que le sexe a pris pied en Europe. Le principe général de l'égalité de traitement, comprenant l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale, est devenu la norme légale. L'adoption en 2000 de deux directives d'égalité de traitement, la 2000/43/CE ou Directive d'égalité raciale et la 2000/78/CE ou Directive-cadre, constituent des bases concrètes pour la prise de mesures dans les Etats membres. L'élaboration de la Directive-cadre se situe hors du champ d'application de cet article.

Maintenant que la Directive d'égalité raciale demande la prise de mesures contre la discrimination, plus de possibilités juridiques pour exposer et combattre la discrimination salariale seront instaurées. La question qui se pose consiste à savoir si la jurisprudence de la CJCE en matière d'inégalité salariale dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe peut et sera utilisée dans le domaine de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Cet article explore les similarités et les différences qui existent entre la discrimination fondée sur le sexe ou la race et l'applicabilité de la jurisprudence de la CJCE dans les affaires d'égalité raciale. Il examine également la jurisprudence de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise, laquelle a traité des affaires de discrimination salariale dans les deux domaines depuis 1994.

## 2. REGLEMENTATIONS ET JURISPRUDENCE DE LA CE

On trouvera dans ce qui suit une comparaison entre les dispositions et la jurisprudence de l'UE en matière d'égalité de traitement et de discrimination pour motifs de sexe, de race ou d'origine ethnique. Le projet de Constitution européenne y sera également discuté.

## 2.1 Traité CE

### 2.1.1 Sexe

Le Traité CE, dans son Titre XI consacré à la politique sociale, stipule que les Etats membres “ont pour objectifs la promotion de l’emploi, l’amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d’emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions”. (Article 136 du Traité instituant la Communauté européenne).

L’Union s’engage dans cette cause en soutenant et complétant des mesures qui concernent notamment l’égalité entre hommes et femmes en matière d’opportunités sur le marché de l’emploi et de traitement au travail ainsi qu’en combattant l’exclusion sociale. Ce principe est élaboré plus en profondeur dans l’Article 141, lequel requiert des Etats membres qu’ils assurent l’application du principe de l’égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de valeur égale.

La Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Defrenne II*, a déclaré que cet article avait un effet direct.<sup>111</sup> Les femmes qui ne reçoivent pas la même rémunération pour leur travail que les hommes qui s’acquittent du même travail ou d’un travail de valeur égale peuvent invoquer cet article devant le tribunal.

### 2.1.2 Race ou origine ethnique

Pour ce qui concerne le principe de l’égalité de traitement sur la base de la race ou de l’origine ethnique, le traité n’offre pas une disposition similaire. La disposition qui, au sens plus large, fait référence à la race ou à l’origine ethnique est celle de l’Article 13. Avec l’introduction de cet Article dans le Traité d’Amsterdam en 1997, l’Union s’est vue tenue de développer des mesures de lutte contre la discrimination fondée sur un certain nombre de motifs. La formulation de cet article diffère cependant de celle de l’Article 141, qui crée en soi des droits divers. L’Article 13 n’interdit pas l’inégalité de traitement en tant que telle mais donne plutôt au Conseil le pouvoir de prendre des mesures contre la discrimination. Il ne peut donc pas être interprété et utilisé de la même manière que l’Article 141. Contrairement à cette dernière disposition, il serait difficile d’accorder un effet direct à l’Article 13. L’effet de l’Article 13 doit donc être déduit de Directives spécifiques du Conseil.

## 2.2 Directives

### 2.2.1 Sexe

Dans le domaine de l’égalité des rémunérations, l’Union a adopté, en 1975 (à l’époque, il s’agissait donc encore de la Communauté économique européenne), la Directive relative à l’application du principe de l’égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins 75/117/CEE. Cette Directive exigeait l’élimination de la discrimination fondée sur le sexe au niveau de la rémunération, lorsqu’il s’agit d’un même travail ou d’un travail de valeur égale. De même, les systèmes de classification des fonctions ne devraient pas donner lieu à une discrimination salariale. Elle contient des dispositions détaillées conçues pour accroître l’efficacité du principe de l’égalité de rémunération dans des situations concrètes de travail. Les Etats membres ont dû développer des méthodes appropriées pour permettre aux travailleurs (féminins) de vérifier si leur travail était comparable au travail accompli par d’autres travailleurs (masculins). La Directive n’a pas été conçue dans l’intention de porter préjudice à l’effet direct de l’Article 141.

La Directive 76/207/CEE représentait une élaboration plus poussée du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes. Elle contenait un champ d’application plus large que celui du principe de l’égalité de rémunération uniquement. Elle visait également la création d’une égalité des chances dans d’autres sphères de l’emploi.

<sup>111</sup> Affaire 43/75 *Defrenne contre Sabena* (1976) ECR 455 (*Defrenne II*): “24 Qu’ à tout le moins dans de telles hypothèses, l’article 119 est susceptible d’application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que des juridictions doivent sauvegarder.”

Dans l'arrêt *Danfoss*,<sup>112</sup> la CJCE a jugé que l'efficacité du principe de l'égalité des rémunérations pouvait signifier que l'employeur devait prouver que le manque de transparence d'une politique salariale ne constituait pas une discrimination à l'égard des femmes. L'arrêt fut suivi, en 1997, de la Directive relative à la charge de la preuve,<sup>113</sup> laquelle prévoit un déplacement de la charge de la preuve dans les cas où un travailleur peut établir les faits à partir desquels on peut supposer qu'il existe bien une discrimination entre hommes et femmes. La Directive ne couvre pas seulement la discrimination salariale mais également le traitement inéquitable entre les hommes et les femmes en général.

### 2.2.2 Race ou origine ethnique

Dans le sillage du Traité d'Amsterdam et de l'adoption de l'Article 13 dans le Traité, le Conseil a décidé d'adopter une Directive visant à donner forme aux mesures mentionnées dans cet Article. La Directive 2000/43/CE,<sup>114</sup> Directive d'égalité raciale, a instauré un cadre pour combattre la discrimination fondée sur des motifs d'origine ethnique ou de race en vue de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans les Etats membres. Le champ d'application de la Directive comprend le principe de l'égalité salariale.<sup>115</sup> La Directive d'égalité raciale requiert des Etats membres qu'ils prévoient un déplacement de la charge de la preuve dans les cas de discrimination apparemment fondée. La disposition concernée, à savoir l'Article 8, utilise la même formulation que la Directive relative à la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe.

## 2.3 Constitution européenne

Le projet de Constitution européenne tel qu'il est composé par la Convention sur le futur de l'Europe contient un certain nombre de clauses dans lesquelles il est possible de trouver les principes de l'égalité de traitement et de lutte contre la discrimination. Dans une certaine mesure, le projet de Constitution européenne est une adaptation des Traités CE et UE existants.<sup>116</sup> Dans les articles préliminaires relatifs aux valeurs et aux objectifs de l'Union, l'égalité et la non-discrimination sont décrites comme appartenant aux principes essentiels de l'Union.<sup>117</sup>

Dans la Partie II, qui contient le texte intégral de la Charte des droits fondamentaux telle qu'adoptée par le Conseil européen de Nice en 2000, le Titre III est consacré à l'égalité. L'Article II-21 est l'article de non-discrimination générale, déclarant que la discrimination fondée sur un vaste nombre de motifs est interdite.<sup>118</sup>

Les domaines politiques de la future Union sont exposés dans la Partie III de la Constitution. Cette partie vise une approche d'intégration de l'égalité et de la non-discrimination ("mainstreaming") et un certain nombre d'articles ont été rédigés à cette fin. Les Articles III-3 et III-8 sont plus spécifiquement concernés par l'égalité selon l'origine ethnique ou raciale. Le premier déclare, dans sa définition et sa mise en œuvre des politiques et activités, que le principe de la lutte contre la discrimination constitue un présupposé fondamental. Le second est une version reformulée de l'Article 13 existant du Traité de l'UE, destiné à instaurer des mesures de lutte contre la discrimination fondée sur plusieurs motifs.<sup>119</sup> L'Article 141 existant relatif à l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins est reformulé et inclus dans l'Article III-108. Un Article similaire, prescrivant l'égalité salariale sur la base de l'origine ethnique ou raciale, n'a pas été inclus.

## 2.4 Sources juridiques relatives à la discrimination raciale

Comme l'Article 141 ne fait référence qu'à la discrimination fondée sur le sexe, les modalités qui concernent cet Article ne peuvent pas s'appliquer à la discrimination raciale. Il n'existe pas de dispositions dans le Traité qui s'appliquent directement à la discrimination raciale. L'Article 13 s'adresse au Conseil et aux Etats membres et le texte ne crée pas de droits pour les personnes.

<sup>112</sup> Affaire C 109/88 *Danfoss* (1989) ECR 3199, paragraphe 16.

<sup>113</sup> Directive du Conseil 97/80 (1997) JO L 14/6.

<sup>114</sup> Directive du Conseil 2000/43 (2000) JO L 180/22.

<sup>115</sup> Directive 2000/43, Article 3, para 1 c.

<sup>116</sup> Le texte final de la Constitution peut différer du projet dont il est fait mention ici.

<sup>117</sup> Article I-2 et I-3 du projet de Constitution.

<sup>118</sup> Article II-21, para 1: Est interdite 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.

<sup>119</sup> La liste des motifs est plus courte que celle de la Charte des droits fondamentaux telle qu'énumérée dans l'Article II-21.

La jurisprudence de la CJCE, où elle interprète l'Article 141, ne serait pas directement applicable à d'autres motifs de discrimination. Cette impression s'est vue confirmée par la décision de la Cour dans l'arrêt *Grant* contre *South West Trains*.<sup>120</sup> Dans cette affaire, une femme homosexuelle a invoqué la protection contre la discrimination et s'est basée sur les dispositions relatives à la discrimination fondée sur le sexe. La CJCE a jugé que la protection contre la discrimination fondée sur le sexe prévue tant dans l'Article 141 que dans la Directive du Conseil 75/117/CEE couvrirait la discrimination contre les transsexuels mais ne comprenait pas le motif d'orientation sexuelle.

Le rôle de la Directive d'égalité raciale est dès lors important en sa qualité de principale source juridique opposée à la discrimination salariale au niveau de l'Union. Comme mentionné précédemment, l'Article 3(1)(c) de la Directive place la rémunération dans le champ d'application de la protection contre la discrimination. Les Etats membres sont tenus d'entreprendre une action juridique contre ce type de discrimination. Toutefois, contrairement à la Directive d'égalité des rémunérations de 1975, cette disposition de la Directive d'égalité raciale ne semble pas créer de droits directement applicables. Là où la Directive relative à l'égalité des rémunérations utilise des termes forts,<sup>121</sup> la Directive d'égalité raciale mentionne en termes plus larges "l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique."<sup>122</sup> La discrimination salariale est incluse par le biais de l'Article 3(1)(c) mais l'on ne trouve aucune mention explicite du principe de l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale.

Il reste à voir si la jurisprudence de la CJCE relative à la discrimination fondée sur le sexe s'appliquera de la même manière dans les cas liés à la race ou l'origine ethnique. Pour les juridictions nationales et les instances spécialisées, qui commenceront à traiter la discrimination raciale sur la base de la Directive d'égalité raciale, il peut exister des obstacles au niveau de l'application de la jurisprudence existant en matière de discrimination fondée sur le sexe dans des affaires de discrimination raciale. La discrimination fondée sur le sexe est généralement moins compromettante et moins stigmatisante que la discrimination raciale et il se peut que les tribunaux soient moins portés à tirer des conclusions dans le cadre d'affaires d'égalité raciale. S'ajoute à cela la question de la classification. Dans la discrimination fondée sur le sexe, il est possible de relever, dans la plupart des affaires, une différence entre les hommes et les femmes. Dans les affaires d'égalité raciale, l'identification d'une personne comme appartenant à un groupe "racial" ou ethnique peut s'avérer problématique. C'est particulièrement vrai dans les Etats membres où l'enregistrement ethnique n'est pas accepté, ou est même illégal.

Cependant, lorsqu'elles traiteront des cas de discrimination salariale dans des affaires d'égalité raciale, les juridictions nationales et les instances spécialisées devront trouver un point de référence afin de déterminer s'il est question d'une discrimination. Comme on le verra ci-dessous, aux Pays-Bas, la Commission pour l'égalité de traitement (Commission) applique les mêmes règles et réglementations dans les affaires de discrimination fondée sur la race et sur le sexe.

### 3. LA DISCRIMINATION SALARIALE AUX PAYS-BAS

Si l'on veut bien comprendre la discrimination salariale fondée sur l'origine ethnique ou raciale aux Pays-Bas, il est utile d'esquisser la situation des minorités ethniques sur le marché de l'emploi.

#### 3.1 La situation en termes d'emploi

Les possibilités d'emploi des membres de minorités ethniques aux Pays-Bas ont été inférieures à celles dont jouissent les travailleurs néerlandais d'origine. Les données dont on dispose pour 2002 montrent que les taux de participation au marché de l'emploi et les chiffres du chômage diffèrent fortement entre les divers groupes ethniques.

<sup>120</sup> Affaire C-249/96 *Grant* contre *South West Trains* (1998) ECR I-621

<sup>121</sup> Par exemple, Article 3: "Les Etats Membres suppriment les discriminations entre les hommes et les femmes qui découlent de dispositions législatives, réglementaires ou administratives et qui sont contraires au principe de l'égalité des rémunérations."

<sup>122</sup> Article 2 paragraphe 1, Directive d'égalité raciale

Tableau 1. Taux de participation au marché de l'emploi et taux de chômage en 2002

GROUPE ETHNIQUE	POURCENTAGE NET DE PARTICIPATION AU MARCHE DE L'EMPLOI	CHOMAGE %
Néerlandais d'origine	68	3
Minorités ethniques non occidentales <sup>123</sup>	50	10

Source: Statistiek Pays-Bas, 2003

Pour certains groupes, tels que les personnes ayant un statut de réfugiés, les chiffres sont encore plus bas. Certains groupes, au contraire, ont atteint une meilleure position, tels que celui des femmes surinamaises. Il convient de noter qu'au cours de ces dernières années, la situation globale de la plupart des groupes de minorités ethniques s'est améliorée, tout spécialement en termes de participation au marché de l'emploi.

Au nombre des causes couramment citées pour expliquer la position défavorisée que connaissent les minorités ethniques, on trouve un manque de compétences linguistiques et un niveau généralement plus faible d'éducation de la part des minorités. Parmi les autres causes, il y a une disparité au niveau du marché de l'emploi, s'exprimant par le fait que les employeurs et les demandeurs d'emploi issus de minorités ethniques ne recherchent et ne trouvent pas les mêmes débouchés. Hormis cela, la discrimination joue un rôle aussi. Il n'existe pas de recherche étendue permettant de savoir dans quelle mesure ce phénomène entrave les possibilités des minorités.<sup>124</sup>

Les minorités ethniques ne sont pas seulement confrontées à la discrimination au niveau de l'accès au marché du travail. Elles se trouvent également confrontées à la discrimination sur leur lieu de travail. Comme le montre le Tableau 2 ci-dessous, la majeure partie des plaintes pour discrimination liée au travail déposées auprès des Agences d'anti-discrimination (AAD) concerne le lieu de travail.

Tableau 2. Plaintes liées au travail déposées auprès d'AAD, 2002<sup>125</sup>

RECRUTEMENT ET SELECTION	LIEU DE TRAVAIL	PROMOTION	MEDIATION DE TRAVAIL	CONDITIONS DE TRAVAIL, DONT LE SALAIRE	LICENCIEMENT	AUTRES	TOTAL
114	235	19	15	41	45	20	489

Source: Kerncijfers discriminatie 2002. Amsterdam: Fédération nationale des Agences d'anti-discrimination, 2003

Le nombre de plaintes ayant trait aux conditions de travail, comprenant les rémunérations, qui ont été reçues est relativement faible (41). D'autres sources, cependant, indiquent une différence substantielle de rémunérations entre les travailleurs néerlandais d'origine et ceux qui appartenant à des minorités ethniques.

<sup>123</sup> Des personnes nées en ou dont au moins un des parents est né en Afrique, en Asie (hormis le Japon et les ancienne Indes Orientales néerlandaises et l'Indonésie), en Amérique du Sud et en Turquie. Les groupes les plus importants sont les Marocains, les Turcs et les personnes originaires du Surinam et des Antilles néerlandaises /Aruba.

<sup>124</sup> Voir D.C. Houtzager, *Discrimination dans l'emploi* (2001), *Observatoire néerlandais de la lutte contre le racisme et la xénophobie*, Amsterdam: DUMC, 2002 ([www.dumc.nl](http://www.dumc.nl))

### 3.2 Discrimination salariale

En 2000, l'inspection du travail a mené une enquête sur les différences salariales dans le secteur privé. La différence non rectifiée entre les salaires des travailleurs néerlandais d'origine et ceux des travailleurs issus de minorités ethniques était de 21 %. Si l'on corrige ce chiffre en tenant compte de caractéristiques professionnelles et personnelles, telles que l'éducation, la distribution parmi les secteurs économiques, etc., il reste une différence de 4 %. Cette différence ne peut s'expliquer par d'autres facteurs et est définie comme étant une discrimination salariale.<sup>126</sup>

D'autres données macro-économiques confirment plus ou moins ce résultat. L'étude d'indice des salaires pour 2002 (la Wage Indicator Survey 2002), qui utilise les données soumises par les visiteurs d'un site web, indique que les salaires horaires bruts d'un homme d'origine néerlandaise était de €15,74; celui d'une femme d'origine néerlandaise était de €13,42. Les hommes d'origine surinamaïse ou antillaise gagnaient €14,55 et les hommes d'origine marocaine ou turque gagnaient €12,66. Les femmes d'origine surinamaïse ou antillaise percevaient €14,10 alors que les femmes d'origine turque ou marocaine gagnaient €12,42.<sup>127</sup>

Il est difficile de prouver dans quelle mesure il est question de discrimination au niveau personnel. Non seulement les informations provenant des AAD mais la jurisprudence de la Commission pour l'égalité de traitement aussi indiquent que peu de personnes portent plainte pour discrimination salariale. La majorité des personnes qui font demander une décision de la Commission n'obtiennent pas de jugement positif. On notera qu'il n'existe pas de jurisprudence émanant des juridictions en matière de discrimination salariale pour ce qui concerne l'origine ethnique ou la race. L'unique point de référence est donc celui de la jurisprudence de la Commission.

De 1998 à 2003, le nombre de jugements de la Commission sur la discrimination salariale en ce qui concerne l'origine ethnique ou raciale se chiffrait à 29, dont 13 le furent en faveur du plaignant. Dans les 16 autres affaires, la discrimination salariale n'a pu être établie. Sur les 13 jugements positifs, huit étaient très similaires et concernaient l'application de la convention collective pour les interprètes et les minorités culturelles.<sup>128</sup> Avant 1996, pas la moindre affaire de discrimination salariale fondée sur la race n'a été portée devant la Commission; dans les années suivantes, le nombre a quelque peu augmenté. En 2003, la Commission n'a traité qu'une seule affaire.<sup>129</sup>

Bien que la discrimination salariale existe aux Pays-Bas, il semble que très peu de personnes soumettent effectivement une plainte à une instance appropriée, comme le laissent suggérer les données provenant des AAD et de la Commission. Aucune étude ne s'est penchée sur les raisons qui expliquent pourquoi aucune plainte n'est déposée. On peut supposer qu'un manque d'information sur le salaire d'un comparateur et d'autres aspects de preuve de discrimination constituent des facteurs dissuasifs.

### 3.3 Application de la loi dans des affaires d'égalité raciale

La loi néerlandaise sur l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins sur le lieu de travail (ETMF) est entrée en vigueur en 1989. La Loi ETMF spécifie que l'égalité salariale devrait être accordée pour un travail de valeur égale ou de valeur presque égale.<sup>130</sup> La Loi spécifie qu'il conviendrait d'utiliser des critères lors de la détermination des différences salariales. Il manque une spécification similaire dans la Loi sur l'égalité de traitement, introduite cinq ans plus tard. La Commission pour l'égalité de traitement utilise la Loi ETMF comme base juridique pour la discrimination salariale dans les affaires de discrimination fondée sur la race comme sur le sexe.

Dans le cas d'une plainte déposée par un travailleur turc et un travailleur antillais d'une imprimerie, la Commission a établi que des collègues, réalisant un travail similaire, gagnaient plus que des travailleurs issus

<sup>125</sup> Les données comprennent divers motifs de discrimination, tels que le sexe, la race, l'orientation sexuelle, l'âge et un handicap. Une analyse détaillée des différents motifs n'est pas disponible. La race, toutefois, concerne la plus grande catégorie des plaintes.

<sup>126</sup> Documents parlementaires II, 2001/2002, 27 099, no. 6.

<sup>127</sup> K. Tijdens et al., *Loonwijzers 2001/2002 Amsterdam: Institut d'Amsterdam d'études avancées sur l'emploi*, 2002

<sup>128</sup> Commission 2002-73, 2002-74, 2002-75, 2002-76, 2002-77, 2002-78, 2002-80 et 2002-81.

<sup>129</sup> Commission 2003-151

d'une minorité ethnique. La Commission a considéré que la loi ne prescrivait pas de procédure d'évaluation pour comparer les salaires des minorités ethniques à ceux d'autres travailleurs. En l'absence de telles réglementations spécifiques, la Commission a appliqué les critères d'évaluation qui sont inscrits dans la Loi ETMF. Se référant à l'arrêt *Enderby*,<sup>131</sup> la Commission a conclu que la valeur marchande de certains types de travail pouvait bien, en certaines circonstances spécifiques, donner lieu à des différences de rémunération mais que cette différence devait être proportionnelle. Dans cette affaire, la Commission a estimé que les différences de valeur marchande n'étaient admissibles qu'en périodes de pénurie sur le marché de l'emploi, ce qui n'était pas le cas.<sup>132</sup>

Dans d'autres affaires, il s'est avéré impossible de trouver un comparateur réel. Dans la discrimination fondée sur le sexe, la CJCE a fixé une limite à l'utilisation de comparateurs hypothétiques.<sup>133</sup> Reste la question de savoir si la Cour maintiendra cette restriction dans des affaires d'égalité raciale. Etant donné la nature plus problématique d'une définition de la "race" et de l'origine ethnique, un éventail plus large de comparaisons peut être accepté.

La Commission néerlandaise jouit d'une expérience dans l'utilisation de niveaux de salaires moyens d'autres travailleurs chargés de fonctions comparables,<sup>134</sup> ce qui a permis l'obtention de résultats satisfaisants. Quand aucun comparateur approprié n'a pu être trouvé au sein de l'entreprise de la partie plaignante, la Commission s'est tournée vers d'autres entreprises afin d'y trouver un comparateur. Dans cette affaire spécifique, la Commission a rejeté le comparateur en se fondant sur des motifs pragmatiques, notamment le fait qu'il n'existait pas d'entreprises similaires.<sup>135</sup>

## 4. CONCLUSION

En dépit de nombreuses années d'élaboration de législations et de développement de politiques, la discrimination continue à prévaloir dans les Etats membres de l'UE. Les femmes comme les membres de minorités ethniques perçoivent des salaires plus bas pour un travail de valeur égale.

Une action juridique pour inégalité des rémunérations touchant les femmes a été fondée sur l'Article 141 du Traité de la CE, sur une succession de Directives de la CE et sur l'interprétation de celles-ci par la Cour de justice des Communautés européennes. Avec l'introduction de l'Article 13 dans le Traité et la Directive d'égalité raciale, la législation européenne couvre également la race et l'origine ethnique. Cependant, les règles relatives à la race et à l'origine ethnique ne sont pas aussi élaborées que celles qui concernent la discrimination fondée sur le sexe. La question se pose de savoir si les mêmes recours s'appliquent aux deux motifs de discrimination.

En l'absence d'une législation plus spécifique sur la discrimination salariale fondée sur la race ou l'origine ethnique, les tribunaux auront peu d'autres références que la législation et la jurisprudence portant sur la discrimination fondée sur le sexe. Aux Pays-Bas, peu d'affaires relatives à l'inégalité des rémunérations dans des affaires de discrimination raciale ont été soumises. Toutefois, dans les affaires introduites devant la Commission pour l'égalité de traitement, celle-ci a appliqué la jurisprudence de la CJCE et les lois relatives à la discrimination fondée sur le sexe.

Bien que le sexe et la race ou l'origine ethnique constituent des motifs de discrimination différents, il est logique d'appliquer la législation et la jurisprudence portant sur les deux motifs. Il serait inconcevable d'avoir une hiérarchie des droits au sein de l'Union, sous peine de voir le principe de l'égalité de traitement se vider de son sens.

<sup>130</sup> Article 7 à 12, ETMF.

<sup>131</sup> Affaire C-127/92 *Enderby contre Frenchay Health Authority* (1993) ECR I-4328.

<sup>132</sup> *Commission 2001-52*.

<sup>133</sup> Affaire 129/79 *Macarthys Ltd. contre Smith* (1980) ECR I-1275.

<sup>134</sup> Par exemple, *Commission 1999-70*.

<sup>135</sup> Voir *Commission 2002-178, 2002-179 et 2002-180*.

**LE CAS DES FEMMES  
SERAIT-IL PLUS  
FACILE A TRAITER?  
UNE COMPARAISON  
ENTRE DES LITIGES  
EN MATIERE DE  
DISCRIMINATION  
FONDEE SUR LE SEXE  
ET SUR LA RACE  
EN HONGRIE**

LILLA FARKAS, AVOCATE, HELSINKI COMMITTEE, HONGRIE

Le présent article recherche des synergies entre la discrimination raciale et la discrimination fondée sur le sexe. Alors qu'elle fournira une comparaison plus théorique du droit communautaire couvrant ces deux domaines, cette brève intervention donnera également un aperçu général de la législation et de la pratique en vigueur dans une nouvelle démocratie prête à accéder à l'UE.

## 1. CONDITIONS SOCIALES

L'Etat dont il est question, la Hongrie, est un pays où la transition vers une société gouvernée par l'Etat de droit a débuté en 1989 et est toujours en cours. Au moment où les négociations d'adhésion ont commencé, l'élément de non-discrimination du droit communautaire était beaucoup plus limité, ne couvrant notamment pas le motif de la race. Au cours de la dernière décennie, principalement pour des raisons géopolitiques, la Hongrie a élaboré un vaste système de protection des minorités ethniques. Les garanties procédurales de base faisant donc largement défaut, telles qu'une définition statutaire de la discrimination directe ou l'inversion de la charge de la preuve et la protection contre la discrimination indirecte hors du domaine de l'emploi, sont également prévues en vertu de la Loi sur l'égalité de traitement (LET), entrée en vigueur le 27 janvier 2004.<sup>136</sup> La protection contre la discrimination fondée sur le sexe s'est configurée par la transposition graduelle de la loi communautaire concernée dans la législation du travail nationale.

En 1998, 7 % de la population féminine potentiellement active était au chômage, pour 8,6 % d'hommes. Derrière ces chiffres, on peut toutefois suspecter une adaptation des définitions pour lifter les statistiques. En 2000, les écarts salariaux entre hommes et femmes à des postes comparables étaient d'environ 12,7 % dans le secteur privé et de 8,5 % dans le secteur public.<sup>137</sup>

Le rideau de fer n'a laissé en Hongrie qu'un petit groupe de migrants. Et actuellement, dans une société à prédominance blanche, régie par des réglementations très strictes en matière d'immigration, les immigrants sont rares. D'autre part, la Hongrie possède une minorité ethnique autochtone non négligeable – la communauté des Roms, représentant approximativement 4,2 % de sa population,<sup>138</sup> ce qui en fait la "minorité la plus largement "visible" et la cible la plus fréquente de discrimination dans les secteurs tant public que privé."<sup>139</sup>

En 1971, 85,2 % des Roms masculins étaient au travail, bien que principalement en tant que travailleurs non qualifiés.<sup>140</sup> Ce chiffre était tombé à 26,2 % en 1994.<sup>141</sup> Apparemment, les chiffres officiels du chômage sont restés aux alentours des 10 % depuis 1990.<sup>142</sup> La discrimination à l'encontre des Roms dans le secteur de l'emploi se compose d'une discrimination dans l'enseignement, le logement et la protection sociale,<sup>143</sup> autant de sujets traités par la Directive d'égalité raciale (DER).

Dans une certaine mesure, quoique de façon plutôt ambiguë, la Hongrie a mis en œuvre des programmes d'action positive pour les Roms dans le domaine de l'éducation, sur la base de quotas ethniques, et dans celui du logement, sous la forme du composant Rom compris dans le programme de logement national 2001.

<sup>136</sup> La Loi No. 125 de 2003 sur l'égalité de traitement et la promotion de l'égalité des chances.

<sup>137</sup> Voir, *An Investigation into the Status of Women's Rights in Central and South-Eastern Europe and the Newly Independent States*, International Helsinki Federation for Human Rights, Vienne, 2000, p. 193.

<sup>138</sup> G. Kertesi et G. Kézdi, „A cigány népesség Magyarországon, Dokumentáció és Adattár”, Budapest: Socio-tyo, 1998.

<sup>139</sup> Kádár, A., Farkas L., et Pardavi, M. (Helsinki Committee hongroise), *Legal Analysis of National and EU Anti-Discrimination Legislation: A Comparison of the EU Racial Equality Directive and Protocol No 12 with Anti-Discrimination Legislation in Hungary*, Septembre 2001, disponible sur le site [www.migpolgroup.com](http://www.migpolgroup.com).

<sup>140</sup> Kemény, I. and Havas, G., *Beszámoló a Magyar Tudományos Akadémia Szociológiai Intézete által 1971-ben végzett reprezentatív cigánykutatóról*, Budapest, MTA Szociológiai Kutató Intézete, 1976.

<sup>141</sup> Kertesi G., *Cigány foglalkoztatás és munkanélküliség a rendszerváltás el- tt és után (tények és terápiaik)*, Esély, Volume 4, 1995

<sup>142</sup> Pour les chiffres, voir l'Office central hongrois des statistiques à l'adresse suivante: [www.ksh.hu](http://www.ksh.hu).

<sup>143</sup> Pour plus d'informations, veuillez consulter: Kádár, A., Farkas, L., et Pardavi, M., *Chapitre relatif à la Hongrie, dans Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection 2001*, à l'adresse [www.eumap.org](http://www.eumap.org).

## 2. CONTEXTE JURIDIQUE

Le modèle de mise en application hongrois est fondamentalement individualiste. Les recours sont spécifiques à chaque secteur. L'Article 76 du Code civil peut être perçu comme la disposition juridique qui rend opérationnelle et garantit l'effet vertical de la clause constitutionnelle d'anti-discrimination. Il inclut tous les motifs couverts par le droit communautaire. Les recours prévus par le droit civil s'étendent de l'établissement d'une violation *in integrum restitutio* à une reconnaissance publique et une indemnisation d'une violation ainsi qu'une amende publique imposée par le tribunal. Le droit hongrois ne permet pas d'actions collectives mais autorise le jugement d'affaires 'test'. Depuis, le 1er janvier 1999, les tribunaux du travail ont reçu compétence pour statuer sur des cas de discrimination au niveau du recrutement mais le seul recours prévu par la législation du travail est l'indemnisation.

Alors que la Hongrie manque précisément de sanctions prospectives (telles que la "contract compliance", la formation et la surveillance en matière de non-discrimination), elle ne dispose pas non plus d'une agence de réglementation unifiée qui serait investie d'un éventail de pouvoirs tels qu'envisagés dans l'Article 13 de la Directive d'égalité raciale. L'organisme principal qui traite des plaintes pour discrimination raciale est celui du Commissaire parlementaire pour les minorités nationales et ethniques (Commissaire aux minorités) ayant compétence pour enquêter et recommander des mesures spécifiques et générales de réparation de la discrimination. La réglementation statutaire limite son pouvoir à l'enquête sur les plaintes déposées contre les pouvoirs publics.<sup>144</sup>

La transposition en Hongrie de la Directive d'égalité raciale, de la Directive d'égalité dans l'emploi et de la Directive modifiée sur l'égalité de traitement<sup>145</sup> a débuté en novembre 2002, lors de la publication pour consultation du Concept du projet de loi sur l'égalité de traitement. Le projet de loi (No. T/5585) a été diffusé pour une nouvelle consultation en septembre 2003 et approuvé par le Parlement en décembre de la même année. Il prévoit une protection identique contre la discrimination fondée sur la race et sur le sexe, couvrant tous les domaines répertoriés dans la DER. Il déplace la charge de la preuve dans tous les types de procès à l'exception des procès de nature pénale. On peut regretter qu'il ne touche pas au système des sanctions et se montre assez maladroit dans sa définition de la discrimination. Le plus important, toutefois, est qu'il institue un organisme d'application d'une manière assez curieuse. Les Articles 13-17 nous donnent des indications quant aux tâches et statuts de cet organisme, à savoir qu'il s'agit d'une instance administrative dotée de compétences nationales. Cependant, ces dispositions n'entreront pas en vigueur avant le 1er janvier 2005.<sup>146</sup> Les éléments de détail relatifs au fonctionnement et aux effectifs de cette instance seront probablement réglementés dans un décret gouvernemental, ce qui ne représente pas seulement une solution rudimentaire mais laissera la Hongrie en situation de non-conformité par rapport à l'Article 13 de la DER à partir du 1er mai 2004. Il s'agit clairement d'un signe de défaite dans le cadre de la consultation menée auprès de l'administration d'Etat, où les préoccupations exprimées en ce qui concerne le conflit de compétences avec des organismes déjà existants – avant tout celui du Commissaire des minorités – n'ont apparemment pas pu encore trouver de solution.

Le droit communautaire relatif à la discrimination fondée sur le sexe a déjà été transposé (y compris l'égalité des rémunérations) mais la mise en application est loin d'être parfaite – comme le laisse suggérer la pratique journalière d'annonces d'offre d'emploi discriminatoires. Contrairement à la race, les litiges en ce domaine ont été extrêmement rares ou bien cachés. Aucune plainte pour inégalité salariale n'a été rapportée à ce jour. L'unique cas de discrimination fondée sur le sexe qui soit connu du grand public a consisté en une action de droit civil intentée suite

<sup>144</sup> Cf. *Will the groom adopt the bride's unwanted child: the EU Race Directive, Hungary and its Roma*, Lilla Farkas, *Roma Rights 2003/1-2*, European Roma Rights Centre, Budapest, pp. 42-45, disponible à l'adresse [www.errc.org](http://www.errc.org)

<sup>145</sup> 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, Directive 2000/78/CE du Conseil de novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant 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.

<sup>146</sup> Voir Article 65 sub. 2 ETA.

à une annonce d'offre d'emploi discriminatoire.<sup>147</sup> Les trois facteurs semblent contribuer au faible profil de la discrimination fondée sur le sexe: (i) le manque d'un organisme spécialisé permanent pour traiter les plaintes<sup>148</sup> et stimuler le débat public aggravé par la réticence du Commissaire parlementaire responsable des droits civils et humains à se charger de ces affaires; (ii) l'absence d'initiative de la société civile et des syndicats; (iii) le manque d'engagement de donateurs à apporter aux procès intentés en ce domaine un soutien comparable à celui qu'ils accordent dans le domaine de la discrimination raciale.

### 3. QUESTION DE PREUVE

Les procès se sont centrés jusqu'ici sur la discrimination raciale. Une grande part de ce que l'on connaît des pratiques discriminatoires en ce domaine provient d'enquêtes effectuées au cas par cas et de rapports systématiques du Commissaire aux minorités.<sup>149</sup> Elles ont donc permis jusqu'ici d'engager des actions en justice dans deux cas impliquant les principaux groupes de Roms.

Dans l'affaire *Tiszaiújváros*, une contestation a pu être constituée auprès de la Cour constitutionnelle à l'encontre d'un décret gouvernemental local qui affectait les Roms, lesquels étaient en net surnombre par rapport aux non-Roms parmi ceux dont le moyen de subsistance dépendait du ramassage des poubelles. Dans cette affaire, une plainte pour discrimination indirecte a pu être clairement établie.<sup>150</sup>

Dans l'affaire *Karcag*, une telle plainte n'a pu être avancée, partiellement en raison du code de procédure qui n'autorisait pas l'inversion de la charge de la preuve dans des affaires de droit civil. Néanmoins, la réparation civile pour un travail exécuté "en échange" de prestations sociales a pu être obtenue pour 135 plaignants, tous Roms.<sup>151</sup> L'Article 19 de la LET fournira une solution à des problèmes similaires.

L'utilisation de tests de situations dans les procédures judiciaires a suscité diverses inquiétudes. Des ONG, telles que le Bureau de défense juridique pour les minorités ethniques et nationales (NEKI), ont régulièrement eu recours à ces tests dans des affaires relatives à la discrimination en matière d'accès aux services. Dans certains exemples, elles ont demandé, avec succès, aux pouvoirs publics, tels que les inspections des consommateurs, de pouvoir utiliser des tests au cours de leurs enquêtes.<sup>152</sup> L'attitude des juges par rapport à ces tests varie considérablement et ils semblent attacher une grande importance aux références personnelles des personnes qui réalisent les tests.

C'est d'autant plus surprenant que le test est une méthode communément utilisée dans l'étude de la qualité et de la quantité des biens et services dans les inspections générales des instances concernées par la protection du consommateur et de la santé publique.

En dépit des propositions des ONG à cet égard, on peut regretter que la LET reste silencieuse sur cette question. Les représentants gouvernementaux ont bien fait comprendre que les modifications de la procédure civile ne seront pas réalisées pour permettre au test de devenir un moyen de preuve. Néanmoins, on peut espérer voir le test se développer et se frayer une voie dans les litiges de discrimination fondée sur le sexe. Et ce ne serait pas la première à se frayer une voie dans la législation par le biais des lignes directrices judiciaires.

Le problème essentiel que l'on peut prévoir à ce stade est lié aux limitations imposées à l'utilisation de statistiques et données de nature ethnique. Le fait que la législation nationale n'autorise pour l'heure que le traitement

<sup>147</sup> *Zs. K. contre P. Supermarket*, voir renseignements dans le rapport à l'adresse: [www.migpolgroup.com](http://www.migpolgroup.com)

<sup>148</sup> En effet, l'affaire invoquée a été portée devant le tribunal par une agence gouvernementale temporaire, le Secrétariat pour l'égalité des chances.

<sup>149</sup> Ses rapports sont disponibles en anglais à l'adresse [www.obh.hu](http://www.obh.hu).

<sup>150</sup> Voir NEKI (Bureau de défense juridique pour les minorités ethniques et nationales) *Livre blanc 2000*, p. 39, disponible à l'adresse [www.neki.hu](http://www.neki.hu)

<sup>151</sup> Voir, NEKI, *Livre blanc 1998*, p. 40.

<sup>152</sup> Voir, par exemple, l'affaire *Szikszó*, NEKI, *Livre blanc 1999*, p. 11.

de données portant sur la race ou l'origine ethnique avec le consentement de la personne concernée<sup>153</sup> entrave gravement le processus d'établissement de la discrimination, ne fût-ce que dans la recherche de comparateurs mais plus particulièrement dans la démonstration d'une discrimination indirecte ou d'un racisme institutionnel.

En effet, actuellement, la majorité revendique souvent le droit de dire qui est Rom. En dépit du manque de données officielles, les directeurs de prisons donnent une estimation du nombre de Roms détenus. Dans les procès, les employés qui ne sont pas Roms attestent l'être pour réfuter les plaintes de discrimination ethnique. Plus récemment, dans une affaire notoire concernant la ségrégation dans l'enseignement, des habitants non Roms de Jászladány se sont joints pour revendiquer qu'ils étaient Roms afin de tourner en dérision les plaintes pour discrimination ethnique.

Comme le soutient Goldston,<sup>154</sup> les juristes traitant d'intérêt public se voient handicapés par le manque de données ethniques, "la véritable notion de discrimination indirecte impliquant un besoin de données". Comme le suggère le Considérant 15 de la DER, les données ne doivent pourtant pas arriver sous la forme de statistiques. C'est important car, même si l'existence de telles statistiques est niée au niveau national, des données ethniques sont recueillies par de nombreuses institutions – par exemple les écoles qui demandent des quotas ethniques et toute autre institution qui met en application les programmes d'action positive.

Cependant, la question de la collecte de données ethniques est loin de se limiter au niveau national. A l'exception notable du Royaume-Uni et des Pays-Bas, dans la moitié des Etats membres du Conseil de l'Europe, et spécialement dans les pays à forte présence de populations Roms, les constitutions nationales interdisent la collecte de données ethniques.<sup>155</sup> En Hongrie, l'interdiction est le reflet d'une lutte contre un passé raciste, lorsque les données ethniques furent utilisées abusivement et à de mauvaises fins en vue de formuler des politiques anti-Roms. C'est par rapport à cette toile de fond que les organisations de minorités s'opposent à la collecte obligatoire de données ethniques.

Ainsi, les juristes doivent-ils attendre patiemment que les attitudes des minorités changent ou encourager quand même la collecte de données, sachant que le manque de données unifiées dépasse les cas individuels, donnant lieu à des problèmes beaucoup plus graves au niveau communautaire, à savoir la planification et le financement de programmes d'action en vertu de la DER?

Les Etats en voie d'adhésion devront reconsidérer les réglementations nationales existantes à la lumière de la Directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, selon laquelle le traitement de données personnelles serait encore admissible lorsqu'il "porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice".<sup>156</sup> Un argument qui plaide assurément en faveur du besoin de données ethniques au niveau national et de la responsabilité de l'Etat dans le manquement de leur fourniture pourrait être avancé sur la base de cette disposition prise en conjonction avec le Considérant 15 de l'Article 2(b) de la DER.

A ce stade, on pourrait recourir à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) relative à la discrimination indirecte fondée sur le sexe. Etant donné que les données fondées sur le genre de quelqu'un peuvent être facilement collectées et sont disponibles au niveau national, les procès de niveau national visant la discrimination (indirecte) à l'encontre des femmes pourraient amplifier les mauvais raisonnements qui touchent la collecte des données ethniques. Dans le même temps, elle pourrait révéler une voie plus aisée à emprunter lors de l'établissement de la jurisprudence nationale.

<sup>153</sup> Articles 2(2) et 3(2) de la Loi No. 63 de 1992 sur la protection des données personnelles et la publicité des données publiques.

<sup>154</sup> James A. Goldston, *Race and Ethnic Data: A Missing Resource in the Fight against Discrimination*, in *Ethnic Monitoring and Data Protection: The European Context*, CPS Books, Central European University Press - INDOK, Andrea Krizsan (ed.), 2001, pp. 19-41.

<sup>155</sup> *Rom et Statistiques*: Strasbourg, 22-23 mai 2000, (2000), Conseil de l'Europe, Paragraphe 41.

<sup>156</sup> Article 2 de la Directive 95/46/CE du Conseil.

## 4. DROIT COMMUNAUTAIRE – COMPARAISON DE LA DISCRIMINATION FONDEE SUR LE SEXE ET DE CELLE FONDEE SUR LA RACE

Je voudrais à présent exprimer brièvement quelques considérations qui, me semble-t-il, pertinentes en ce qui concerne les procès au niveau ainsi que les actions devant la CJCE.

La portée de la protection dans la législation relative à la discrimination raciale est bien plus forte que dans celle qui porte sur la discrimination fondée sur le sexe. Cependant, dans cette dernière, une disposition du Traité directement effective traite de l'égalité salariale. Reste à voir si la prééminence dont a bénéficié l'égalité des rémunérations dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe sera accordée à la discrimination raciale.

On peut affirmer sans aucun doute que pour les minorités ethniques – telles que les Roms de Hongrie – l'accès à l'emploi constitue le problème majeur, peu importe le niveau de protection offert en matière d'égalité des rémunérations. Néanmoins, cette différence va droit au cœur des politiques communautaires. L'Article 141 TUE symbolise l'égalité de valeur (et de dignité) des sexes et concerne toutes les femmes au travail.

L'Article 3(c) DER assure une égalité salariale indépendamment de la race ou de l'appartenance ethnique. En vertu de l'Article 249 TCE, "une directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens." Les directives s'adressent uniquement aux Etats membres de l'UE et ont un effet vertical direct lorsqu'elles sont inconditionnelles et suffisamment précises et lorsque les Etats membres ne les ont pas mises en œuvre dans les délais prescrits.<sup>157</sup>

Dans d'autres situations, les directives ont un "effet indirect". Les Etats membres et particulièrement les tribunaux nationaux sont obligés de tout mettre en œuvre pour atteindre le résultat contenu dans les directives.<sup>158</sup> Les Etats membres dans une action pour dommages devant les tribunaux nationaux doivent compenser les pertes et dommages subis par des personnes physiques suite à la violation du droit communautaire, particulièrement dans les cas où il est question d'une partie non directement effective d'une directive.<sup>159</sup> Trois conditions doivent être rencontrées pour déclencher une responsabilité pour dommages de l'Etat. Le résultat, comme requis par la directive, doit inclure l'octroi de droits aux personnes physiques. La violation doit être suffisamment sérieuse et il doit exister un lien causal entre la violation de l'obligation par l'Etat et les dommages encourus par la personne physique.

Ainsi donc, les clauses relatives à l'égalité des rémunérations dans les domaines de la discrimination fondée sur la race et sur le sexe offrent théoriquement une protection identique. Cependant, si la transposition est mal faite ou est insuffisante, la pratique nationale peut donner lieu à des différences significatives lorsque les avocats plaidants tentent d'assurer cette protection. Il apparaît que, dans les pays en voie d'adhésion, les juridictions nationales ne veulent toujours pas prendre en compte les arguments fondés sur les traités internationaux – proclamés dans le droit national – et encore moins la jurisprudence développée par les organismes de mise en œuvre institués en vertu de ces traités. La raison la plus couramment invoquée est que les dispositions de ces traités sont trop floues pour une application nationale. De plus, la jurisprudence internationale est considérée comme dénuée d'effet contraignant. Quant aux conseils d'orientation qui peuvent en être retirés, il suffit de regarder le débat de longue date sur l'applicabilité de la jurisprudence constitutionnelle dans les tribunaux ordinaires. En Hongrie,

<sup>157</sup> *Affaire 152/84, Marshall contre Southampton and SW Hampshire Area Health Authority*, [1986] 2 ECR 723.

<sup>158</sup> *Affaire C-106/89, Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, [1990] ECR I-4135.

<sup>159</sup> *Les affaires conjointes C-6/90 et C-9/90, Francovich et Bonifaci contre République italienne*, [1991] ECR I-5357.

par exemple, les praticiens peuvent à peine trouver un jugement qui fasse référence aux décisions de la Cour constitutionnelle.

Par analogie, l'invocation de l'Article 141 TUE peut s'avérer être un exercice beaucoup plus facile que d'intenter un procès en vertu de l'Article 3(c) DER – en particulier à l'encontre des employeurs du secteur privé. Dans ce dernier cas, il faudra citer beaucoup trop d'affaires de la CJCE et introduire trop de notions étrangères au droit national pour qu'un juge national ne soit pas tenté de rejeter une telle affaire.

L'Article 2 DER contient des définitions à la fois de la discrimination directe et de la discrimination indirecte qui permettent de procéder à des comparaisons hypothétiques. Cela s'applique aussi à la Directive modifiée sur l'égalité de traitement, où les définitions contenues dans l'Article 2 sont renforcées par le Considérant 6, lequel met l'accent sur la nécessité de pouvoir disposer de définitions de la discrimination fondée sur le sexe qui soient alignées sur celles de la discrimination raciale. Cependant, dans les affaires de discrimination fondée sur le sexe, la CJCE<sup>160</sup> a jusqu'ici refusé les comparaisons hypothétiques et, de la même manière, la définition de la discrimination indirecte telle que donnée dans l'Article 2(1) de la Directive relative à la charge de la preuve<sup>161</sup> ne peut être interprétée comme permettant des comparaisons hypothétiques. Il reste à voir si des problèmes vont surgir des divergences entre les définitions données par le législateur communautaire et le pouvoir judiciaire et, si tel est le cas, comment ils seront résolus.

Dans les deux domaines, une attention toute particulière est accordée aux moyens par lesquels la discrimination indirecte peut être établie. Les commentateurs soulignent que ces moyens sont loin de se réduire à l'utilisation de statistiques et, comme affirmé plus haut, le fait de considérer les statistiques comme la preuve principale d'une discrimination indirecte serait, en effet, un élément contre-productif dans le cas de la discrimination raciale.

Il faut noter que l'Article 8b(4) de la Directive modifiée sur l'égalité de traitement demande aux Etats membres d'encourager la mise à disposition d'informations sur l'égalité de traitement des hommes et des femmes et que ces informations peuvent inclure des statistiques situées au niveau de l'employeur. On peut regretter qu'aucune solution similaire n'ait pu trouver sa place dans la DER. Toutefois, les juristes nationaux ne devraient pas craindre d'établir des analogies entre la législation relative à la discrimination fondée sur la race et celle fondée sur le sexe à cet égard.

Bien que la législation communautaire s'étende désormais à la discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique, la religion, les convictions, l'âge, un handicap et l'orientation sexuelle, il n'y a que dans les domaines du sexe et de la race/l'origine ethnique que les agences de promotion de l'égalité de traitement doivent être créées. En Hongrie, la transposition rectifie cette situation en optant pour le modèle d'agence unique. Le rôle que peuvent jouer les agences dans la mise au jour de pratiques discriminatoires et l'assistance dans les litiges doit être souligné et utilisé par les praticiens.

<sup>160</sup> Voir *Macarthy's Ltd. contre Wendy Smith*, Affaire No. C-129/79 CJCE [1980] ECR I-1275.

<sup>161</sup> Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

	DISCRIMINATION FONDEE SUR LE SEXE	DISCRIMINATION FONDEE SUR LA RACE
Dispositions concernées	Art 141 TEC, Dir 2002/73/CE modifiant 76/207/CEE	Dir 2000/43/CE – Considérant (14) sur la discrimination multiple
Effet	Effet direct – effet direct vertical Dans les secteurs public et privé	L'effet direct vertical (plainte Francovich, interprétation judiciaire nationale alignée) Dans les secteurs public et privé
Comparaison	<i>Macarthy's</i> : aucune comparaison hypothétique n'est autorisée – les définitions de la discrimination du considérant (6) doivent correspondre aux directives sur la discrimination raciale et dans l'emploi, lorsque la comparaison hypothétique est autorisée – Art 2 – définition de la discrimination indirecte dans la directive relative à la charge de la preuve (désavantages)	Article 2 – la discrimination directe est définie afin de permettre une comparaison hypothétique (serait traitée); la discrimination indirecte aussi (est susceptible de)
Champ d'application	Rémunération, emploi – Art 3(c) salaire. Dans les secteurs public et privé, y compris les organismes publics	+ protection sociale (soins de santé), éducation, accès aux services (y compris le logement) – aucune clause spécifique sur l'égalité salariale mais Art 3(c) secteurs public et privé
Charge de la preuve	Dir 97/80/CE	Considéranants (21), (22), Art 8
Preuve statistique	Considérant (10), Art 8b, informations aux employés sur l'égalité de traitement, pouvant comprendre des statistiques sur la proportion d'hommes et de femmes aux différents niveaux de l'organisation	Considérant (15)
Organisme destiné à la promotion de l'égalité de traitement	Art 8a	Art 13 – aide aux victimes, enquête, rapport, recommandations
Sanctions	Art 6(2) compensation ou réparation, Art 8d	Modèle de justice individuelle: principalement indemnisation – effective, proportionnée, dissuasive
Date limite de la transposition	5 octobre 2005	19 juillet 2003

# **COMMENTAIRES ET DISCUSSION**

En dépit d'une trentaine d'années d'existence d'une législation sur l'égalité des rémunérations, les inégalités salariales entre hommes et femmes restent prédominantes en Europe, bien que l'écart soit beaucoup moins flagrant qu'il ne l'était voici trente ans. L'écart salarial entre les sexes est aujourd'hui largement imputable à une ségrégation au niveau du marché de l'emploi plutôt qu'au fait que les femmes ne perçoivent pas une rémunération égale pour un même travail. Aux Pays-Bas, l'écart salarial entre les sexes est de 30 %. Toutefois, dès que l'on retire des facteurs tels que l'éducation et les congés parentaux, cet écart se réduit à 5 %. On peut affirmer aussi que les objectifs d'égalité de traitement se sont déplacés: il y a trente ans, les femmes recherchaient une égalité dans les mêmes emplois que les hommes; aujourd'hui, les femmes veulent une égalité de statut dans la société. Cette distinction requiert d'autres outils que ceux de la loi sur l'égalité de traitement traditionnelle. Il faut trouver des méthodes permettant de traiter les modèles actuels du marché de l'emploi.

Des facteurs macro-économiques tels que les raisons qui sous-tendent les secteurs à prédominance masculine ou féminine ne peuvent être efficacement traités à l'aide des outils d'égalité de traitement qu'a élaborés la Cour de justice des Communautés européennes pour traiter des facteurs micro-économiques tels que le salaire réel dans le cadre d'un cas individuel. Les dispositions relatives à l'égalité salariale, particulièrement dans la première Directive d'égalité de traitement, permettent aux femmes de s'assurer qu'elles reçoivent la même rémunération mais elles sont mal équipées pour traiter la ségrégation sur le marché de l'emploi. Les dispositions relatives à l'égalité de traitement et aux actions positives, en revanche, peuvent servir à améliorer les possibilités d'accès des femmes à de meilleurs emplois. Et c'est assurément ce dernier point qui représente le plus grand défi à relever. Les employeurs adoptent plus vraisemblablement une solution transactionnelle dans des affaires d'inégalité salariale évidentes, rendant ce genre d'affaires beaucoup plus faciles à traiter.

L'une des raisons qui expliquent l'absence d'égalité des rémunérations pour un même travail se situe au niveau des aptitudes souvent plus faibles de négociation des femmes lorsqu'il s'agit de négocier des salaires, ce qui constitue un obstacle de nature psychologique plus que juridique. Les syndicats ont un rôle à jouer dans l'aide à apporter aux femmes pour qu'elles puissent gagner en assurance lorsqu'elles demandent une égalité de rémunération. L'Université d'Amsterdam exploite un programme qui offre des indicateurs en matière de rémunération sur l'Internet de sorte que les femmes puissent voir quel est le salaire moyen appliqué dans leur secteur. Il s'agit d'un outil précieux pour les femmes qui veulent améliorer leurs aptitudes à la négociation (voir <http://www.loonwijzer.nl/>).

Une part du problème réside aussi dans le fait que de nouveaux principes en matière d'égalité de traitement sont appliqués à d'anciennes structures; les lieux de travail fonctionnent et sont organisés essentiellement par un personnel autochtone masculin, d'une manière qui n'est pas adaptée à l'augmentation de travailleurs féminins et issus de minorités ethniques.

Au nombre des outils destinés à lutter contre les inégalités, on trouve des listes de vérification de l'égalité salariale et les systèmes d'évaluation des fonctions. Aux Pays-Bas, une liste de vérification portant sur l'égalité des rémunérations a été élaborée par la Commission pour l'égalité de traitement, sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En Irlande du Nord, où l'on enregistre un écart salarial entre hommes et femmes de 37 %, la Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord a introduit un Kit d'examen de l'égalité des rémunérations (Equal Pay Review Kit) afin d'aider les employeurs et les syndicats à réexaminer leurs politiques et pratiques salariales et à éliminer toute discrimination de rémunération. Cet outil se base sur un outil piloté par la Commission pour l'égalité des chances britannique mais il a été ajusté au contexte juridique, administratif et commercial de l'Irlande du Nord.

Aux Pays-Bas se développe de plus en plus une culture consistant à utiliser les systèmes d'évaluation des fonctions pour déterminer l'égalité des rémunérations. La Commission pour l'égalité de traitement dispose d'un membre du personnel spécialisé qui agit en qualité d'interface entre la Commission et l'industrie de l'évaluation des fonctions. Au Royaume-Uni, les systèmes d'évaluation des fonctions sont utilisés dans les services de soins de santé et dans le service public. Quant au gouvernement local, il développe son propre système. En Finlande et en Suède, des systèmes sont également en développement bien qu'en Suède ce soit habituellement les syndicats qui collectent des informations permettant d'évaluer l'égalité salariale. La coopération entre organismes spécialisés et parties intéressées tels que des syndicats est pratique étant donné les ressources considérables requises pour exploiter avec succès des systèmes d'évaluation des fonctions, compte tenu de leur nature parfois très technique. En Autriche, un syndicat a développé un système d'évaluation des fonctions mais, hormis ce cas, on ne trouve dans ce pays qu'une faible expérience des systèmes d'évaluation des fonctions; en effet, les travailleurs féminins tendent à se méfier de l'évaluation des fonctions. Cela dépend grandement de la façon dont l'évaluation des fonctions est effectuée et par qui elle l'est. Une université autrichienne a entrepris une évaluation des fonctions pilote qui a conduit à une modification du système salarial au bénéfice des femmes. Cependant, l'employeur évalué faisait partie du secteur public et n'a pas été en mesure de trouver les finances lui permettant de payer aux femmes ce à quoi elles avaient droit. Le manque de fonds pour rémunérer les femmes en cas de constatation d'une inégalité des rémunérations a posé aussi un problème au Royaume-Uni. Une solution consiste à introduire un "Fonds d'égalité" qui permette aux employeurs de garder en réserve des fonds devant servir à rembourser les victimes de discrimination d'égalité salariale; ces fonds peuvent également être mis de côté par l'intermédiaire des syndicats. C'est ainsi, par exemple, qu'une réserve de 1 % des fonds de salaires pourrait être convenue dans une convention collective afin de combler un écart salarial avéré

Une autre question se pose qui est celle de la compétence des cours et tribunaux à traiter efficacement l'évaluation des fonctions dans des affaires d'égalité des rémunérations (par exemple, le fait de ne pas traiter séparément l'évaluation des performances personnelles et l'évaluation du travail réellement effectué). En Irlande, l'évaluation des fonctions a été laissée aux tribunaux. Il n'existe actuellement pas d'évaluation des fonctions officielle en Irlande du Nord mais l'ECNI envisage de porter des affaires d'égalité salariale devant les tribunaux du travail et l'on craint que les membres du tribunal ne disposent pas de l'expertise requise pour traiter des affaires impliquant une évaluation des fonctions.

Le fait que la rémunération soit gardée étroitement secrète dans bon nombre de pays est source d'une importante difficulté. Si les femmes se retrouvent exclues du marché de l'emploi pendant un certain laps de temps, il est particulièrement difficile de s'assurer qu'elles perçoivent la rémunération exacte. Il n'est, dès lors, pas surprenant de voir que les actions intentées par des femmes concernent plus souvent le recrutement et la promotion que la rémunération, les divergences y étant plus évidentes.

Les employeurs feraient bien de s'intéresser au développement d'outils permettant d'établir où ils se situent sur l'échelle des rémunérations en termes d'égalité. Il est de l'intérêt de l'employeur d'éliminer l'insécurité juridique, mauvaise pour les affaires. En discutant de ces matières avec des organismes spécialisés, les employeurs peuvent prendre mieux conscience de leurs devoirs. Aux Pays-Bas, les organisations patronales ont demandé à la Commission pour l'égalité de traitement un avis sur la manière dont les directives relatives au temps de travail devraient être appliquées afin de permettre une mise en œuvre collective du changement.

Les recours collectifs en justice peuvent être un outil utile dans des affaires d'égalité des rémunérations si elles sont autorisées dans une juridiction donnée. Les ONG et autres organisations sont souvent placées dans une

meilleure position qu'un travailleur particulier pour intenter une action, notamment parce qu'elles peuvent avoir plus d'informations sur l'entreprise et qu'elles peuvent disposer de plus de ressources. Les actions collectives menées par des travailleurs sont autorisées aux Pays-Bas bien qu'aucune indemnisation ne puisse être accordée dans ce type d'affaires mais que seules d'autres réparations sont possibles. Les recours collectifs en justice ne sont pas autorisés au Royaume-Uni mais il existe des cas où un grand nombre de victimes portent plainte et peu d'entre elles sont retenues pour être entendues devant les tribunaux. Une fois le jugement rendu, l'employeur peut être convaincu d'offrir la même réparation à toutes les personnes affectées.

Lorsqu'un organisme spécialisé a le pouvoir d'enquêter auprès d'entreprises ou auprès d'autres auteurs suspectés de discrimination, cet outil peut s'avérer très important, par exemple lorsque la Commission néerlandaise mène au sein d'entreprises une recherche au nom de plaignants qui a donné lieu à de nombreuses affaires aboutissant positivement. L'Ombudsman suédois peut mener une enquête sur une affaire et, si cette enquête révèle une discrimination, il peut porter l'affaire en justice si il estime que cette solution conviendrait à un développement juridique.

La Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord peut représenter les victimes dans des affaires individuelles ou enjoindre les avocats à le faire. Les affaires d'emploi sont considérées par des tribunaux du travail avant de passer en appel. Ces juridictions spécialisées d'instance inférieure remplissent une fonction importante dans la mesure où elles représentent un filtre d'expertise vers les autres juridictions.

Le rôle quasi-judiciaire d'un organisme d'égalité a été discuté compte tenu des pouvoirs de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise à entendre des affaires et rendre des avis non contraignants. Pour assurer la mise en vigueur de tels avis, les parties doivent se rendre devant les tribunaux. Certains commentateurs estiment que cette compétence de la Commission devrait cesser et que les affaires de discrimination ne devraient être entendues que par des tribunaux néerlandais. D'autres relèvent l'immense expérience et connaissance que la Commission pour l'égalité de traitement s'est forgée et qui fait défaut aux tribunaux (et aux juristes) ainsi que les avantages qu'offrent les procédures de la Commission par rapport aux procédures judiciaires traditionnelles, lesquelles peuvent être fort longues. La Commission pour l'égalité de traitement offre une justice plus rapide et moins chère, qui sert l'objectif consistant à disposer d'un système efficace de protection des victimes de discrimination. D'autre part, on peut se préoccuper du fait que la Commission peut estimer qu'elle est devenue si spécialisée que les tribunaux ordinaires ne comprennent pas ses avis, auquel cas le système pourrait être reconsidéré. Si des affaires devaient être présentées devant les tribunaux, il serait recommandé que la Commission pour l'égalité de traitement apporte son aide à les y conduire de manière à assurer que les bons arguments juridiques soient avancés et que les tribunaux soient contraints de les prendre en considération. Les tribunaux pourraient même être formellement tenus de prendre en compte les avis de la Commission et de motiver tout écart par rapport à ceux-ci. Il a également été observé qu'en donnant un rôle judiciaire à un organisme spécialisé, leurs ressources se voyaient détournées du rôle de promotion de l'égalité et d'utilisation de son expertise et de ses ressources pour promouvoir plutôt stratégiquement l'égalité.

La question a été soulevée de savoir si un organisme spécialisé doté de pouvoirs quasi-judiciaires dans ses prises de décisions devrait soupeser le droit à la non-discrimination par rapport à d'autres droits fondamentaux. Comme les organismes à objet unique qui défendent le droit à l'égalité, de tels organismes ne doivent généralement pas équilibrer des droits contradictoires comme doivent le faire les tribunaux. Cela pourrait signifier un élargissement des exceptions strictement admises à la discrimination où d'autres droits s'avèrent plus persuasifs. La nécessité pour la Commission d'être vue comme indépendante par les deux parties a été réaffirmée.

## PROGRAMME

### LUNDI 23 JUIN 2003

- 09.30 – 09.45 Propos de bienvenue par Jenny Goldschmidt, Présidente de la Commission pour l'égalité de traitement (CGB) et brève introduction par la présidente de la réunion, Ina Sjerps, membre néerlandaise du réseau des experts indépendants en matière d'égalité entre les sexes de la Commission européenne et secrétaire général du Collège des Affaires relatives à l'emploi de l'Association néerlandaise des Conseils pour les districts urbains (VNG)
- 09.45 – 10.45 Discours d'introduction par Irene Asscher-Vonk, professeur de législation du travail, Université catholique de Nimègue et membre du Conseil économique et social
- 11.15 – 12.45 Ateliers en séances parallèles
- Groupe I: "Une même rémunération pour un travail de valeur égale. Comment devrait être déterminée l'égalité de valeur et quel est le rôle des systèmes d'évaluation des fonctions?"  
Albertine Veldman, maître-assistante, Université d'Utrecht;  
Siebrand Bisschop, conseiller principal en évaluation des fonctions, CGB;  
Présidente: Ingrid Nikolay-Leitner, Ombud pour l'égalité des chances dans l'emploi  
Rapporteur: Janet Cormack, MPG
- Groupe II: "La discrimination indirecte"  
Susanne Burri, conférencière sur L'égalité entre les sexes et la loi, Université d'Utrecht;  
Muriel Dalgliesh, décideur politique au département des femmes et des minorités ethniques de la Confédération des syndicats néerlandaise, FNV;  
Président: David Zilkha, CRE; Rapporteur: Eilis Barry, L'Autorité pour l'égalité
- 14.30 – 16.00 Les mêmes ateliers qu'au matin en séances parallèles
- 16.30 – 17.30 Rapports en séance plénière portant sur les principaux résultats de chaque groupe de travail suivis d'une discussion en séance plénière
- 17.30 Clôture de la première journée par Ina Sjerps
- 18.00 Réception organisée par le Maire d'Utrecht à l'Hôtel de ville
- 19.30 Dîner au "Huize Molenaar"

## MARDI 24 JUIN 2003

09.30 – 09.45 Ouverture par Ina Sjerps, aperçu de la journée

09.45 – 11.15 Deux ateliers sur trois séances parallèles

Groupe I: “Les critères juridiques de la CJCE concernant l'égalité de valeur conviennent-ils au travail dans la pratique ?”

Evert Jan Henrichs, avocat, De Brauw Blackstone Westbroek, spécialisé dans le domaine de la législation du travail (y compris la loi sur la retraite, l'égalité de traitement et la codétermination) et Beverley Jones, avocate et partenaire, Jones and Cassidy Solicitors

Groupe II: “Quelle est l'attitude du pouvoir judiciaire ?”

Edith Brons, vice-présidente de la CGB, et Yvonne Telenga, vice-présidente du tribunal de première instance de Zwolle et membre suppléant de la CGB

Présidente: Isabelle Chopin, MPG

Rapporteur: Barbara Bos, conseillère juridique, CGB

Groupe III: “Même problème, mêmes recours?”

Dick Houtzager, conseiller juridique, Bureau national contre la discrimination raciale (LBR) et Lilla Farkas, avocate, Helsinki Committee, Hongrie

Président: Marcel Zwamborn, membre suppléant de la CGB

Rapporteur: Marjolijn Nicolai, membre de la CGB

12.30 – 14.30 Excursion en bateau et déjeuner au bureau de la Commission pour l'égalité de traitement

14.30 – 16.00 Mêmes ateliers qu'en matinée; autres groupes

16.00 – 17.00 Rapports en séance plénière portant sur les principaux résultats de chaque groupe de travail suivis d'une discussion en séance plénière

## **PARTICIPANTS:**

### **Autriche:**

Eva Fehringer, Ministère des Affaires économiques et de l'Emploi  
Ingrid Nikolay-Leitner, Ombud pour l'égalité des chances dans l'emploi

### **Belgique:**

Bruno Blanpain, DLA Caestecker  
Koen Cooreman, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme  
Isabelle Demeester, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme

### **Danemark:**

Mandana Zarrehparvar, Institut danois des droits de l'homme

### **Hongrie:**

Lilla Farkas, Helsinki Committee, Hongrie

### **Irlande:**

Jason McCabe, Autorité pour l'égalité

### **Italie:**

Luisa Corazza, Cabinet du Ministre de l'égalité des chances  
Mario Serio, Cabinet du Ministre de l'égalité des chances

### **Pays-Bas:**

Irene P. Asscher-Vonk, Faculté de droit, Université catholique de Nimègue  
Siebrand Bisschop, Commission pour l'égalité de traitement  
Barbara Bos, Commission pour l'égalité de traitement  
Edith Brons, Commission pour l'égalité de traitement  
Susanne D. Burri, Université d'Utrecht  
Muriel A. Dalglish, FNV Département des femmes, Division Doelgroepen  
Jenny E. Goldschmidt, Commission pour l'égalité de traitement  
Evert Jan Henrichs, De Brauw Blackstone Westbroek  
Dick Houtzager, Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie (LBR)  
Lydia J.H.M. Lousberg, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi  
Marjolijn G. Nicolai, Commission pour l'égalité de traitement

H.G.W. Ruygrok, E-Quality

Ina C.M. Sjerps, Secrétaire du College voor Arbeidszaken/VNG

Yvonne Telenga, Commission pour l'égalité de traitement

Inge Y. Piso, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi

Mieke van der Burg, Commission pour l'égalité de traitement

Albertine Veldman, Faculté de droit, Université d'Utrecht

Marcel Zwamborn, Commission pour l'égalité de traitement

### **Norvège:**

Ann Helen Aaro, Centre de lutte contre la discrimination ethnique

Ella Ghosh, Centre de lutte contre la discrimination ethnique

### **République slovaque:**

Viera Kusendova, Département de l'égalité des chances et de l'anti-discrimination, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi

### **Espagne:**

Luisa Cava de Llano, Office d'Ombudsman  
Carmen Comas-Mata, Office d'Ombudsman

### **Suède:**

Anna Theodóra Gunnarssdóttir, Ombudsman contre la discrimination ethnique

Linus Kyrklund, Ombudsman contre la discrimination ethnique

### **Royaume-Uni:**

Beverley Jones, Jones & Cassidy Solicitors

Julie McGrath, Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord

Antoinette McKeown, Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord

David Zilkha, Commission pour l'égalité raciale

### **Migration Policy Group:**

Isabelle Chopin

Janet Cormack



## VERS LA MISE EN ŒUVRE UNIFORME ET DYNAMIQUE DE LA LEGISLATION D'ANTI-DISCRIMINATION DE L'UE: LE ROLE DES ORGANISMES SPECIALISES

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* ("Directive d'égalité raciale") et 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* ("Directive-cadre", interdisant la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) renforcent le potentiel de lutte contre la discrimination dans l'Union européenne. Elles complètent le programme législatif existant en matière de discrimination fondée sur le sexe, auquel s'est ajoutée tout récemment la *Directive 2002/73/CE modifiant 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*. Tous les Etats membres de l'UE doivent introduire une modification législative afin d'assurer la conformité avec ces Directives.

En vertu de l'Article 13 de la Directive d'égalité raciale, il convient de désigner un ou plusieurs organismes spécialisés chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ces organismes peuvent faire partie d'agences qui ont une mission plus large que la discrimination raciale et ethnique. L'Article 8a de la Directive 76/207/CEE, modifié par la Directive 2002/73/CE, demande que ce qui précède s'applique aussi à la discrimination fondée sur le sexe. Les organismes ont pour tâches d'apporter une aide indépendante aux victimes de discrimination, de conduire des études indépendantes sur la discrimination et de publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toute question relative à une telle discrimination. Bon nombre d'Etats se sont donc trouvés confrontés à un défi consistant soit à créer un organisme totalement nouveau à cette fin soit à revoir le mandat d'un organisme spécialisé déjà existant.

Le projet *Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE: le rôle des organismes spécialisés* est financé par le Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006). Ce projet crée un réseau d'organismes spécialisés ayant pour objectif de promouvoir l'interprétation et l'application uniforme des directives d'anti-discrimination de la CE et de stimuler le développement dynamique de l'égalité de traitement au sein des Etats membres de l'UE. Il favorise l'introduction ou le maintien de dispositions qui sont plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles inscrites dans les Directives, comme autorisé en vertu de l'Article 6(1) de la Directive d'égalité raciale et de l'Article 8(1) de la Directive-cadre. Les partenaires du projet sont l'Ombud pour l'égalité des chances dans l'emploi (Autriche), le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique), l'Autorité pour l'égalité (Irlande), La Commission pour l'égalité de traitement (Pays-Bas, directeur du projet), l'Ombudsman contre la discrimination ethnique (Suède), la Commission pour l'égalité raciale (Grande-Bretagne), La Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord et le Migration Policy Group (Bruxelles). Le projet offre une plate-forme destinée à promouvoir l'échange d'informations, d'expériences et de meilleures pratiques. Des organismes spécialisés issus d'autres Etats membres de l'UE ainsi que des pays en voie d'adhésion participent également aux activités de ce projet.

Il s'agit du rapport de la troisième réunion d'une série de sept réunions d'experts menées dans le cadre de ce projet, accueillie les 23 et 24 juin 2003 à Utrecht par la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise. Cette réunion avait pour thème "L'égalité des rémunérations et des conditions de travail". La première et la deuxième publications de cette série s'intitulent respectivement "*Prouver la discrimination*" et "*Protection contre la discrimination et Egalité entre les sexes: comment répondre à ces deux exigences*".

