

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 30 septembre 2003¹

1. La présente affaire donnera à la Cour l'occasion de préciser, voire de réexaminer, la jurisprudence Gillespie². Cette jurisprudence porte sur le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins et, plus précisément, sur le montant de la rémunération des travailleurs féminins pendant leur congé de maternité.

2. En l'espèce, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Royaume-Uni)³ demande si l'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) doit être interprété en ce sens qu'une prestation légale de maternité, lorsqu'elle est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin durant une période déterminée, doit intégrer les augmentations de salaire qui interviennent avant ou pendant le congé de maternité, mais en dehors de la période de référence prescrite par le droit national.

1 — Langue originale: le français.

2 — Arrêt du 13 février 1996, Gillespie e.a. (C-342/93, Rec. p. I-475, ci-après l'«arrêt Gillespie»).

3 — Autrement dénommée la «Court of Appeal».

I — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

3. L'article 119 du traité pose le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins⁴. Il dispose:

«Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail.

Par rémunération, il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.»

4 — Autrement dénommé le «principe de l'égalité des rémunérations».

4. Selon l'article 1^{er} de la directive 75/117/CEE⁵, le principe de l'égalité des rémunérations vise à éliminer, pour un même travail ou un travail auquel est attribuée une valeur égale, toute discrimination fondée sur le sexe dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération.

5. La directive 76/207/CEE⁶ pose le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et les conditions de travail⁷. Ce principe vise à éliminer toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial⁸.

6. L'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 énonce que celle-ci ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

7. Le 19 octobre 1992, le Conseil de l'Union européenne a adopté la directive 92/85/CEE concernant la mise en œuvre de

mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE)⁹. Cette directive est fondée sur l'article 118 A du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) et devait être transposée pour le 19 octobre 1994¹⁰.

8. L'article 8 de la directive 92/85 porte sur le congé de maternité. Il prévoit:

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleuses au sens de l'article 2 bénéficient d'un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues, réparties avant et/ou après l'accouchement, conformément aux législations et/ou pratiques nationales.

2. Le congé de maternité visé au paragraphe 1 doit inclure un congé de maternité obligatoire d'au moins deux semaines, réparties avant et/ou après l'accouchement, conformément aux législations et/ou pratiques nationales.»

5 — Directive du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L 45, p. 19).

6 — Directive 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, p. 40).

7 — Autrement dénommé le «principe de l'égalité de traitement» ou le «principe de non-discrimination».

8 — Article 2, paragraphe 1.

9 — JO L 348, p. 1.

10 — En application de son article 14, paragraphe 1.

9. L'article 11 de la directive 92/85 vise les droits liés au contrat de travail. Il indique que:

que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé, dans la limite d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales.»

«En vue de garantir aux travailleuses, au sens de l'article 2, l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé reconnus dans le présent article, il est prévu que:

B — *Le droit national*

[...]

10. Les dispositions nationales concernant la prestation légale de maternité sont contenues dans la XII^e partie de la Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (loi régissant les cotisations et les prestations de la sécurité sociale, ci-après la «loi»).

1) dans le cas visé à l'article 8 [congé de maternité], doivent être assurés:

a) les droits liés au contrat de travail des travailleuses au sens de l'article 2, autres que ceux visés au point b);

11. En vertu de l'article 164 de la loi, une travailleuse a droit à la prestation légale de maternité si, à la 15^e semaine qui précède celle au cours de laquelle l'accouchement est prévu, elle a travaillé pendant une période continue de 26 semaines au minimum chez le même employeur, si son salaire hebdomadaire normal dépasse un certain niveau, si elle a dûment prévenu son employeur et si l'accouchement doit intervenir dans un délai de 11 semaines.

b) le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate des travailleuses au sens de l'article 2;

3) la prestation visée au point 2 b) est jugée adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux

12. Selon l'article 165, paragraphe 1, de la loi, la période de paiement de la prestation légale de maternité est d'une durée maximale de 18 semaines.

13. L'article 166, paragraphe 1, de la loi prévoit deux taux de prestation, dits «taux supérieur» et «taux inférieur».

14. Aux termes de l'article 166, paragraphe 2, de la loi, le taux supérieur est égal soit à 9/10 du salaire hebdomadaire normal que la travailleuse a perçu au cours de la période de huit semaines antérieure à la quatorzième semaine qui précède la date prévue pour l'accouchement, soit au taux inférieur, le plus élevé de ces deux montants étant retenu. Le taux inférieur correspond à un montant hebdomadaire forfaitaire.

15. En vertu de l'article 166, paragraphes 1 et 4, de la loi, la travailleuse qui a droit au paiement de la prestation légale de maternité au taux supérieur perçoit celle-ci au taux supérieur durant six semaines et au taux inférieur forfaitaire pendant douze semaines.

16. L'article 171, paragraphe 4, de la loi dispose que le salaire hebdomadaire normal de la travailleuse est le salaire hebdomadaire moyen qui lui a été payé au cours de la période pertinente.

17. Les Statutory Maternity Pay (General) Regulations 1986 (règlement général de 1986 relatif à la prestation légale de

maternité), tels que modifiés avec effet au 12 juin 1996 par le Statutory Instrument n° 1335 de 1996 (ci-après le «règlement»), précisent certaines conditions d'application de la loi en ce qui concerne la prestation légale de maternité.

18. L'article 21, paragraphe 2, du règlement définit la notion de «date appropriée» comme étant soit le premier jour de la quatorzième semaine qui précède la date prévue pour l'accouchement, soit le premier jour de la semaine au cours de laquelle l'accouchement a eu lieu, la date la plus ancienne étant retenue.

19. L'article 21, paragraphe 3, du règlement dispose que la période pertinente aux fins de l'article 171, paragraphe 4, de la loi est celle située entre:

a) la dernière date normale de versement de la rémunération qui précède la date appropriée; et

b) la dernière date normale de versement de la rémunération qui précède d'au moins huit semaines la date normale de versement de la rémunération visée sous a), y compris la date visée sous a), mais à l'exclusion de la première date visée sous b).»

20. L'article 21, paragraphe 7, du règlement a été introduit par le Statutory Instrument n° 1335 de 1996 pour tenir compte de l'arrêt Gillespie. Il prévoit que:

«En tout état de cause, lorsqu'une femme bénéficie d'une augmentation de salaire avec effet rétroactif qui comprend un montant qui se rapporte à la période pertinente, le salaire hebdomadaire normal est calculé en tenant compte de ce montant comme s'il avait été payé durant la période pertinente, même s'il a été perçu à une date postérieure.»

II — Le litige au principal

21. M^{me} Michelle K. Alabaster a travaillé comme employée de la société Woolwich plc (ci-après «Woolwich») du 7 décembre 1987 au 23 août 1996.

22. En mai 1995, elle s'est trouvée enceinte.

23. Elle a bénéficié d'un congé de maternité à partir du 8 janvier 1996. La date prévue pour l'accouchement était le 11 février 1996, mais celui-ci a eu lieu le 2 février 1996.

24. M^{me} Alabaster a perçu la prestation légale de maternité à partir de la semaine du 8 janvier 1996. Cette prestation lui a été payée au taux supérieur non seulement pendant la période légale de six semaines, mais aussi, en application de son contrat de travail, durant quatre semaines supplémentaires. Elle a ensuite perçu ladite prestation au taux inférieur pendant huit semaines.

25. Le 12 décembre 1995, M^{me} Alabaster a obtenu une augmentation de salaire avec effet au 1^{er} décembre précédent. Toutefois, cette augmentation n'a pas été prise en compte dans le calcul de sa prestation légale de maternité parce qu'elle est intervenue après la période pertinente pour le calcul du salaire normal.

26. En effet, conformément à l'article 21, paragraphe 3, du règlement, dans le cas de M^{me} Alabaster, la période pertinente a débuté le 1^{er} septembre 1995 et a pris fin le 31 octobre suivant.

27. L'article 21, paragraphe 7, du règlement n'était pas applicable dans le cas de M^{me} Alabaster parce qu'il n'est entré en vigueur que le 12 juin 1996. En tout état de cause, ladite disposition n'aurait pas été applicable puisque l'augmentation de salaire dont a bénéficié M^{me} Alabaster

n'avait pas un effet rétroactif s'étendant à la période pertinente.

28. Le 21 janvier 1997, M^{me} Alabaster a introduit une action contre Woolwich devant l'Employment Tribunal (Royaume-Uni). Elle a fait valoir que le défaut de prise en compte de l'augmentation de salaire lors du calcul du montant de sa prestation légale de maternité constituait une discrimination fondée sur le sexe, contraire à l'article 119 du traité.

29. Le Secretary of State for Social Security (Royaume-Uni) a été appelé à la cause par une ordonnance de l'Employment Tribunal du 30 mai 1997.

30. Par décision du 10 mars 1999, l'Employment Tribunal a jugé, en se fondant sur l'arrêt Gillespie, que le défaut de prise en compte de l'augmentation de salaire de M^{me} Alabaster était contraire à l'article 119 du traité.

31. Woolwich et le Secretary of State for Social Security ont formé un recours sur ce point devant l'Employment Appeal Tribunal (Royaume-Uni), recours qui a été rejeté le 7 avril 2000, également sur le fondement de l'arrêt Gillespie.

III — Les questions préjudicielles

32. Les défendeurs au principal ont alors interjeté appel devant la Court of Appeal, qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les trois questions préjudicielles suivantes:

«Dans un cas où:

- a) la portion liée au salaire de la prestation légale de maternité versée à une femme est calculée sur la base du salaire hebdomadaire normal qu'elle a touché durant une période de huit semaines prenant fin la quinzième semaine qui précède la date prévue pour l'accouchement ('la période pertinente'); et où
- b) l'employeur accorde une augmentation de salaire, non rétroactive à la période pertinente, à un moment quelconque situé entre la fin de la période pertinente retenue pour le calcul de la portion liée au salaire de la prestation légale de maternité versée à la femme et la fin du congé de maternité:

- 1) L'article 141 CE et la jurisprudence de l'arrêt Gillespie doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils confè-

rent à la femme un droit à ce que cette augmentation de salaire soit prise en considération lors du calcul ou du recalcul de la portion liée au salaire de sa prestation légale de maternité?

cours de la période à laquelle se rapporte l'augmentation de salaire, tels que le nombre d'heures travaillées ou la raison de l'augmentation de salaire?

2) Le fait que l'augmentation de salaire prenne effet i) avant le début du congé de maternité, ii) avant la fin de la période de paiement de la portion liée au salaire de sa prestation légale de maternité, ou iii) à toute autre date et, dans ce cas, laquelle, a-t-il une incidence sur la réponse à la première question?

iv) s'ensuit-il que, si la femme subit une diminution de salaire entre la fin de la période pertinente et la fin de son congé de maternité, sa prestation légale de maternité doit être calculée ou recalculée pour tenir compte de la diminution de salaire et, dans l'affirmative, selon quelles modalités?»

3) En cas de réponse affirmative à la première question,

i) selon quelles modalités l'augmentation de salaire doit-elle être prise en compte dans le calcul ou le recalcul du salaire hebdomadaire normal au cours de la période pertinente?

IV — Sur la première question

33. La première question vise à l'interprétation de l'article 119 du traité et de l'arrêt Gillespie.

ii) y a-t-il lieu de modifier la période pertinente?

iii) faut-il tenir compte et, le cas échéant, dans quelle mesure, d'autres facteurs intervenus au

34. La Court of Appeal demande si, en vertu de ces éléments, une prestation légale de maternité, qui est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin durant une période déterminée,

doit intégrer les augmentations de salaire qui interviennent avant ou pendant le congé de maternité, mais en dehors de la période pertinente prescrite par le droit national.

augmentations de salaire rétroactives, prenant effet au 1^{er} avril 1988. Toutefois, ces augmentations n'avaient pas été intégrées dans le montant de leur prestation de maternité en raison du mode de calcul prévu par les règles nationales pertinentes.

35. La réponse à cette question dépend de la portée qu'il convient d'attribuer à l'arrêt Gillespie. Nous commencerons donc par examiner la portée de cet arrêt (point A ci-dessous). Toutefois, nous exposerons également les difficultés que pose l'arrêt Gillespie (point B ci-dessous) ainsi que l'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière (point C ci-dessous). Ces deux éléments conduiront à se demander si le droit du travailleur féminin, à voir intégrer son augmentation de salaire dans sa prestation de maternité, ne doit pas trouver son fondement dans la directive 92/85 plutôt que dans le principe de l'égalité de traitement (point D ci-dessous).

38. Saisie du litige, la Court of Appeal in Northern Ireland (Irlande du Nord) posa quatre questions préjudicielles à la Cour. Elle demanda, en substance, si le principe de l'égalité des rémunérations imposait de maintenir la rémunération intégrale des requérantes pendant leur congé de maternité ou, le cas échéant, de leur appliquer l'augmentation de salaire qui était intervenue avant ou pendant le congé de maternité.

39. La Cour a répondu à ces questions de la manière suivante:

A — *Sur la portée de l'arrêt Gillespie*

36. Dans l'affaire Gillespie, les faits à l'origine du litige étaient analogues à ceux de la présente affaire.

37. M^{me} Gillespie et seize autres travailleuses avaient bénéficié d'un congé de maternité au cours de l'année 1988. En novembre 1988, elles avaient obtenu des

«12 Il ressort de la définition figurant au deuxième alinéa de l'article 119 que la notion de rémunération utilisée par les dispositions précitées englobe tous les avantages payés directement ou indirectement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. La nature juridique de ces avantages n'importe pas pour l'application de l'article 119 dès lors que ces avantages sont octroyés en relation avec l'emploi [...].

- 13 Au nombre des avantages qualifiés de rémunération figurent notamment les avantages payés par l'employeur en vertu des dispositions législatives et en raison de l'existence de rapports de travail salariés qui ont pour objet d'assurer une source de revenus aux travailleurs, même s'ils n'exercent, dans des cas spécifiques prévus par le législateur, aucune activité prévue par le contrat de travail [...].
- 14 Étant fondée sur la relation de travail, la prestation que l'employeur verse, en vertu des dispositions législatives ou en raison des conventions collectives, à un travailleur féminin pendant son congé de maternité constitue, par conséquent, une rémunération au sens de l'article 119 du traité et de la directive 75/117.
- 15 L'article 119 du traité et l'article 1^{er} de la directive 75/117 s'opposent donc à une réglementation qui permet de verser une rémunération différente aux travailleurs masculins et aux travailleurs féminins, alors qu'ils effectuent un même travail ou un travail à valeur égale.
- 16 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes (voir, notamment, arrêt du 14 février 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225, point 30).
- 17 En l'occurrence, les femmes qui bénéficient d'un congé de maternité prévu par la législation nationale se trouvent dans une situation spécifique qui exige qu'une protection spéciale leur soit accordée, mais qui ne peut pas être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail.
- 18 À la question de savoir si le droit communautaire impose l'obligation de maintenir la rémunération intégrale des travailleurs féminins pendant leur congé de maternité ou impose des critères spécifiques servant à déterminer le montant de la prestation due pendant le congé de maternité, il y a [...] lieu de rappeler que la directive 92/85 [...] prévoit différentes mesures en vue de protéger notamment la sécurité et la santé de la travailleuse, spécialement, avant et après l'accouchement. Au nombre de celles-ci figurent, notamment, [...] les droits liés au contrat de travail [...] et le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate [...].

- 19 Toutefois, cette directive ne s'appliquant pas *ratione temporis* aux faits de l'espèce au principal, c'était au législateur national qu'il incombait de fixer le montant de la prestation versée pendant le congé de maternité [...].
- 20 Compte tenu de ce pouvoir, il y a lieu de conclure que, au moment des faits du litige au principal, ni l'article 119 du traité CEE ni l'article 1^{er} de la directive 75/117 n'imposaient de maintenir la rémunération intégrale des travailleurs féminins pendant leur congé de maternité. Ces dispositions n'établissaient pas non plus de critères spécifiques en vue de déterminer le montant des prestations qui leur étaient dues pendant cette période. [...]

semaine comme tout autre travailleur, le principe de non-discrimination exige que le travailleur féminin, qui continue à être lié à son employeur par le contrat ou la relation de travail durant le congé de maternité, bénéficie, même de manière rétroactive, d'une augmentation de salaire intervenue entre le début de la période couverte par le salaire de référence et la fin du congé de maternité comme tout autre travailleur. En effet, exclure le travailleur féminin d'une telle augmentation pendant son congé de maternité le discriminerait en sa seule qualité de travailleur puisque, si elle n'avait pas été enceinte, la femme aurait perçu le salaire augmenté.

[...]»

- 21 Quant à la question de savoir si le travailleur féminin se trouvant en congé de maternité doit bénéficier d'une augmentation de salaire intervenue avant ou pendant cette période, elle appelle une réponse affirmative.
- 22 Dès lors que la prestation versée pendant le congé de maternité équivaut à un salaire hebdomadaire qui se calcule sur la base du salaire moyen que le travailleur féminin a perçu à un moment donné lorsqu'il occupait effectivement son poste de travail et qui lui a été versé semaine après
40. La Cour a donc dit pour droit que le principe de l'égalité des rémunérations, posé par l'article 119 du traité, n'imposait pas de maintenir la rémunération intégrale des travailleurs féminins pendant le congé de maternité et qu'il ne posait pas de critères spécifiques pour déterminer le montant de la prestation de maternité des travailleurs féminins. En revanche, elle a jugé que le principe de non-discrimination exigeait que la prestation de maternité prenne en considération les augmentations de salaire intervenues entre le début de la période pertinente et la fin du congé de maternité.

41. En l'espèce, les parties intervenantes s'opposent sur la portée qu'il convient d'attribuer à l'arrêt Gillespie.

42. Selon le Royaume-Uni, cet arrêt doit être limité aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire aux cas où l'augmentation de salaire rétroagit à la période pertinente.

43. En effet, le Royaume-Uni souligne que, dans l'affaire Gillespie, les augmentations de salaire, bien qu'elles furent décidées avant ou pendant le congé de maternité des requérantes, rétroagissaient à la période pertinente. Dans cet arrêt, la Cour aurait donc simplement constaté qu'une augmentation de salaire de cette nature devait être intégrée dans le montant de la prestation de maternité. En revanche, la Cour n'aurait pas posé le principe selon lequel toute augmentation de salaire, qui est intervenue avant ou pendant le congé de maternité, mais en dehors de la période pertinente, doit être prise en compte dans la prestation de maternité. Le Royaume-Uni estime que, si l'arrêt Gillespie devait être interprété en ce sens, il engendrerait une insécurité juridique considérable ainsi qu'une multitude de difficultés pratiques.

44. M^{me} Alabaster conteste cette lecture de l'arrêt Gillespie. Elle fait observer que rien, dans cet arrêt, ne permet d'affirmer que les augmentations de salaire avaient un effet rétroactif à la période pertinente. En tout état de cause, elle estime que le libellé de

l'arrêt Gillespie est clair: le principe de non-discrimination impose de tenir compte de toute augmentation de salaire intervenue avant ou pendant le congé de maternité, même si cette augmentation se situe en dehors de la période pertinente. M^{me} Alabaster ajoute que les difficultés d'ordre pratique invoquées par le Royaume-Uni ne sauraient remettre en cause cette conclusion.

45. La Commission partage l'analyse de M^{me} Alabaster. Elle précise que, à partir du moment où un État membre choisit un système dans lequel la prestation de maternité est fondée sur le salaire de la travailleuse, ce système doit être conforme à l'article 119 du traité. Cela implique, conformément à l'arrêt Gillespie, que la prestation de maternité doit intégrer les augmentations de salaire intervenant avant ou pendant le congé de maternité de la travailleuse.

46. Pour notre part, nous pensons que la portée de l'arrêt Gillespie est claire. Selon nous, la Cour a posé le principe selon lequel une prestation légale de maternité, lorsqu'elle est calculée sur la base du salaire perçu par le travailleur féminin pendant une période déterminée, doit intégrer toutes les augmentations de salaire qui interviennent entre le début de la période pertinente et la fin du congé de maternité.

47. En effet, comme l'a souligné M^{me} Alabaster, aucun élément ne permet d'affirmer que, dans l'affaire Gillespie, les augmentations de salaire litigieuses avaient un effet rétroactif à la période pertinente.

48. L'arrêt Gillespie se limite à indiquer que, «[a]u cours de l'année 1988, les requérantes au principal ont bénéficié d'un congé de maternité»¹¹; que, «[e]n novembre 1988, des négociations [...] ont abouti à des augmentations salariales rétroactives, prenant effet au 1^{er} avril 1988»¹², et que «les requérantes au principal n'ont pas pu bénéficier de cette augmentation»¹³.

49. En outre, certains éléments de l'arrêt Gillespie tendent même à indiquer que les augmentations de salaire litigieuses rétroagissaient à une date située en dehors de la période pertinente.

50. En effet, au point 6 de cet arrêt, la Cour a exposé que les augmentations de salaire des requérantes n'avaient pas été intégrées dans leur prestation de maternité pour les raisons suivantes:

11 — Point 3.

12 — Point 5.

13 — Idem. On peut ajouter que les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Gillespie ne contiennent pas, non plus, d'indication sur les dates auxquelles se situaient les périodes pertinentes des requérantes au principal.

«[...] il ressort de l'arrêt de l'Industrial Tribunal, auquel se réfère la demande préjudicielle, que la prestation en espèces à verser pendant le congé de maternité est déterminée sur la base du salaire hebdomadaire moyen, celui-ci étant calculé [...] à partir des deux derniers salaires (ci-après les 'salaires de référence') que les intéressées ont perçus pour les deux mois qui ont précédé la semaine de référence. Cette dernière est définie comme la quinzième semaine avant le début de la semaine d'accouchement présumée. *Aucune augmentation des salaires de référence n'était prévue dans le cas d'une augmentation salariale subséquente*»¹⁴.

51. Cette dernière phrase semble donc indiquer que la raison pour laquelle les requérantes n'ont pas bénéficié de leur augmentation de salaire est que cette augmentation est intervenue en dehors de la période de référence définie par les règles nationales pertinentes.

52. En conséquence, nous pensons qu'il n'est pas établi que les augmentations de salaire des requérantes dans l'affaire Gillespie avaient un effet rétroactif à la période pertinente.

53. En tout état de cause, nous pensons que le libellé de l'arrêt Gillespie ne permet pas de limiter l'appréciation de la Cour à cette seule hypothèse.

14 — Souligné par nous.

54. En effet, les points 21 et 22 de l'arrêt Gillespie sont rédigés en termes clairs et généraux. Le point 21 indique que «la question de savoir si le travailleur féminin se trouvant en congé de maternité doit bénéficier d'une augmentation de salaire intervenue avant ou pendant cette période [...] appelle une réponse affirmative». De même, le point 22 énonce que «le travailleur féminin [...] [doit] bénéficie[r] [...] d'une augmentation de salaire intervenue entre le début de la période couverte par le salaire de référence et la fin du congé de maternité [...]». Enfin, le dispositif de l'arrêt Gillespie énonce, de manière claire et générale, que:

«[...] dans la mesure où le calcul de ces prestations [de maternité] est fondé sur un salaire perçu par le travailleur féminin avant le [...] congé de maternité, leur montant devra intégrer, à partir de leur entrée en vigueur, les augmentations de salaire intervenues entre le début de la période couverte par les salaires de référence et la fin du congé de maternité.»

55. Il en résulte qu'aucun élément ne permet de limiter le principe posé par l'arrêt Gillespie aux seuls cas où l'augmentation de salaire a un effet rétroactif à la période pertinente.

56. Sur la base de ces éléments, il conviendrait donc de répondre par l'affirmative

à la première question préjudicielle. La Cour pourrait donc indiquer que, en vertu de l'arrêt Gillespie, une prestation légale de maternité, qui est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin durant une période déterminée, doit intégrer les augmentations de salaire qui interviennent avant ou pendant le congé de maternité, mais en dehors de la période pertinente prescrite par le droit national.

57. Toutefois, comme le Royaume-Uni, nous pensons que l'arrêt Gillespie pose un certain nombre de difficultés. À la lumière de celles-ci, et de l'évolution de la jurisprudence, nous proposerons à la Cour de ne pas confirmer l'arrêt Gillespie. En effet, nous verrons que, en l'état actuel du droit communautaire, le droit du travailleur féminin à bénéficier de son augmentation de salaire devrait être fondé sur la directive 92/85, plutôt que sur le principe de l'égalité de traitement.

B — *Sur les difficultés posées par l'arrêt Gillespie*

58. Il est constant que le principe de non-discrimination exige que le travailleur féminin ne subisse aucun traitement défavorable en raison de sa grossesse ou de son congé de maternité¹⁵. Cela implique que le

15 — Voir, notamment, arrêt du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 26).

travailleur féminin, qui reste lié à son employeur pendant le congé de maternité, doit pouvoir continuer à bénéficier de l'ensemble de ses conditions de travail, qui s'appliquent tant aux travailleurs féminins qu'aux travailleurs masculins ¹⁶.

59. Dans l'arrêt Gillespie ¹⁷, la Cour a déduit de ce principe qu'une femme, qui se trouve en congé de maternité, doit, comme tout autre travailleur qui occupe son poste de travail, pouvoir bénéficier immédiatement de son augmentation de salaire, même si celle-ci intervient en dehors de la période pertinente ou pendant le congé de maternité. Cette exigence implique que l'augmentation de salaire soit prise en compte dans le montant de la rémunération ou de la prestation qui est versée au travailleur féminin pendant son congé de maternité.

60. Toutefois, la particularité de l'arrêt Gillespie réside dans le fait que, ce faisant, la Cour a appliqué le principe de non-discrimination au travailleur féminin qui se trouve en congé de maternité et, plus précisément, à la rémunération que ce travailleur perçoit durant cette période.

61. Or, il nous semble que cette application particulière du principe de l'égalité de traitement est de nature à poser deux séries de difficultés.

62. Premièrement, nous pensons qu'il existe une certaine contradiction entre le principe posé par l'arrêt Gillespie ¹⁸ et les points 16 à 20 du même arrêt.

63. En effet, aux points 16 à 20 de l'arrêt Gillespie, la Cour a jugé que l'article 119 du traité ne s'applique pas aux femmes qui se trouvent en congé de maternité. La raison de cette exclusion est que l'interdiction posée par l'article 119 du traité suppose l'existence d'une discrimination entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. Or, selon la Cour, la femme qui bénéficie d'un congé de maternité se trouve dans une situation spécifique, qui exige une protection particulière, mais qui ne peut être comparée à aucune autre situation. La Cour en a déduit que l'article 119 du traité n'impose pas de maintenir le salaire intégral des travailleurs féminins pendant leur congé de maternité et qu'il ne pose aucun critère visant à déterminer le montant de la prestation de maternité.

64. Or, dans le même temps, la Cour a jugé, aux points 21 et 22, que le principe de non-discrimination exige qu'une prestation de maternité, qui est calculée sur la base du salaire perçu par le travailleur féminin, tienne compte d'une augmentation de

16 — Ibidem (point 29).

17 — Points 21 et 22.

18 — Il est utile de préciser que, par l'expression « principe posé par l'arrêt Gillespie », nous visons l'appréciation de la Cour selon laquelle le principe de non-discrimination exige qu'une prestation légale de maternité, calculée sur la base du salaire perçu par le travailleur féminin durant une période déterminée, intègre les augmentations de salaire intervenues avant ou pendant le congé de maternité du travailleur concerné (voir arrêt Gillespie, point 22).

salaires intervenues avant ou pendant le congé de maternité. La raison de cette exigence est que, à défaut, le travailleur féminin ferait l'objet d'une discrimination en raison de sa grossesse ou de son congé de maternité.

65. Il faut avouer que ces deux principes semblent relativement contradictoires. En effet, il est difficile de comprendre comment le principe de non-discrimination, qui ne s'applique pas pendant le congé de maternité et qui ne pose donc aucun critère pour le calcul de la prestation de maternité, peut, simultanément, imposer l'obligation de tenir compte de certaines augmentations de salaires lors du calcul de la prestation de maternité. En d'autres termes, on voit mal comment le principe de non-discrimination, qui n'est pas applicable pendant le congé de maternité, peut avoir une incidence sur le montant de la prestation versée au travailleur féminin pendant son congé de maternité.

66. En définitive, il semble que l'arrêt Gillespie se trouve à mi-chemin entre deux logiques, qui auraient dû être suivies jusqu'à leur terme. La première logique consiste à exclure l'application du principe de non-discrimination pendant le congé de maternité. Mais, dans ce cas, ce principe ne peut imposer l'obligation d'intégrer une augmentation de salaire dans la prestation de maternité. La seconde logique consiste à appliquer le principe de non-discrimination à la femme qui se trouve en congé de maternité. Mais, dans ce cas, l'article 119 du traité exige que la femme perçoive l'intégralité de son salaire pendant toute la durée du congé de maternité.

67. Deuxièmement, nous pensons que le principe posé par l'arrêt Gillespie est susceptible d'avoir des conséquences négatives pour les travailleurs féminins.

68. Comme l'ont souligné la Court of Appeal¹⁹ et le Royaume-Uni²⁰, le fait d'appliquer le principe de non-discrimination à la femme qui se trouve en congé risque de nuire à la protection dont elle bénéficie durant cette période.

69. En effet, l'arrêt Gillespie exige que le travailleur féminin, qui se trouve en congé de maternité, ne soit pas traité autrement que le travailleur qui occupe son poste de travail²¹. Nous l'avons vu, cela signifie que, si la femme bénéficie d'une augmentation de salaire avant ou pendant son congé de maternité, cette augmentation doit être reflétée immédiatement dans le montant de sa prestation de maternité.

70. Toutefois, une application correcte du principe de non-discrimination exige que l'on prenne également en considération les éléments *négatifs* qui interviennent avant ou pendant le congé de maternité. Ainsi, si le travailleur féminin devait subir une dimi-

19 — Voir arrêt de renvoi du 26 février 2002 (points 16 et 17) et troisième question préjudicielle, sous iii) et iv).

20 — Voir, notamment, observations écrites du Royaume-Uni (points 26 et 27).

21 — Voir arrêt Gillespie (point 22).

nution ou une perte de salaire avant ou pendant son congé de maternité, le principe de non-discrimination exigerait que cette diminution ou cette perte de salaire soit également reflétée dans le montant de sa prestation de maternité. En décider autrement reviendrait à faire une application à géométrie variable du principe de non-discrimination, qui serait incompatible avec les exigences du principe de sécurité juridique.

71. Il en résulte que l'application du principe posé par l'arrêt Gillespie pourrait provoquer une diminution du montant de la prestation versée aux travailleurs féminins pendant leur congé de maternité.

72. Une telle conséquence serait d'autant plus regrettable que, au Royaume-Uni, la période pertinente semble avoir pour objectif de protéger les travailleurs féminins contre les événements négatifs qui interviennent avant ou pendant le congé de maternité. En effet, le Royaume-Uni a exposé que cette période a été choisie en vue de calculer le salaire moyen de la travailleuse à un moment de la grossesse (entre le quatrième et le sixième mois) où, en règle générale, elle connaît peu de problèmes liés à son état.

73. Or, comme l'a souligné le Royaume-Uni, l'arrêt Gillespie, en ce qu'il impose de tenir compte de l'ensemble des éléments intervenus avant le congé de maternité,

revient à déplacer la période pertinente vers la fin de la grossesse, c'est-à-dire à un moment où, statistiquement, les femmes sont moins en mesure de travailler normalement.

74. En conséquence, il n'est pas exclu que l'arrêt Gillespie ait pour effet de diminuer le montant de la prestation versée aux travailleurs féminins pendant le congé de maternité²².

22 — Le Royaume-Uni a également évoqué une autre conséquence négative de l'arrêt Gillespie. Il a rappelé que, en vertu de la directive 92/85, les États membres sont libres, s'agissant des revenus des travailleurs féminins pendant le congé de maternité, de choisir entre le versement d'une rémunération proportionnelle au salaire du travailleur ou le versement d'une prestation fixée à un niveau forfaitaire (par exemple, 50 euros par semaine). Il a également expliqué que, au Royaume-Uni, c'est l'employeur qui est chargé de calculer le montant de la prestation de maternité et que plus de 70 % des employeurs sont à la tête d'une petite ou moyenne entreprise, ce qui implique qu'ils ne disposent pas des ressources nécessaires pour procéder à des calculs fréquents et complexes. Compte tenu de ces éléments, le Royaume-Uni a indiqué que le principe posé par l'arrêt Gillespie représentait un «cauchemar administratif pour les employeurs» puisqu'il les oblige à tenir compte de l'ensemble des augmentations de salaire intervenues avant ou pendant le congé de maternité, indépendamment de leur niveau. Le Royaume-Uni a donc expliqué que l'arrêt Gillespie pourrait conduire certains États membres à abandonner le système de la rémunération proportionnelle pour choisir un système de prestation forfaitaire. Pour notre part, nous pensons que le risque d'assister à un tel changement est réel compte tenu de la pression que, d'une manière ou d'une autre, les employeurs pourraient exercer auprès des autorités compétentes. En outre, un changement de cette nature aurait des conséquences négatives pour les travailleurs féminins puisque, dans la plupart des cas, le système de la prestation forfaitaire est plus injuste que celui de la rémunération proportionnelle. Toutefois, selon nous, il n'est pas certain que les États membres puissent procéder à un tel changement. En effet, l'article 1^{er} paragraphe 3, de la directive 92/85 dispose expressément que «[l]a présente directive ne peut pas avoir pour effet la régression du niveau de protection des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes par rapport à la situation existante, dans chaque État membre à la date de son adoption». Cette disposition pourrait donc s'opposer à ce que les États membres invoquent la liberté accordée par la directive 92/85 pour justifier un changement de régime qui impliquerait une diminution de la protection dont bénéficient les travailleurs féminins pendant le congé de maternité dans l'État membre concerné.

C — *Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour*

75. Par ailleurs, il semble que le principe posé par l'arrêt Gillespie ne s'inscrit plus dans le cadre de la jurisprudence actuelle en matière de protection des droits liés à la grossesse et à la maternité.

76. En effet, en vertu de la jurisprudence actuelle, que la Cour applique le principe de l'égalité des rémunérations et le principe de l'égalité de traitement uniquement en dehors de la période du congé de maternité.

77. Ainsi, la Cour considère que le principe de non-discrimination s'oppose au refus d'engager un travailleur féminin en raison de sa grossesse²³, au licenciement d'un travailleur féminin pour la même raison²⁴, au licenciement d'un travailleur féminin en raison d'absences dues à une maladie trouvant son origine dans la grossesse²⁵, au refus d'un employeur de réintégrer un travailleur féminin au motif que celui-ci a omis

de l'informer de sa grossesse avant la signature du contrat de travail²⁶, ainsi qu'à une mesure privant une femme du droit d'être notée au motif qu'elle a été absente de l'entreprise pendant son congé de maternité²⁷.

78. De même, la Cour considère que le principe de l'égalité des rémunérations s'oppose à ce qu'un employeur réduise le montant d'une prime de Noël pour tenir compte de l'absence du travailleur féminin pendant son congé de maternité²⁸. La Cour estime également que le même principe impose de maintenir le salaire intégral d'un travailleur féminin qui, avant son congé de maternité, se trouve en incapacité de travail en raison de sa grossesse, lorsque le même droit est reconnu aux travailleurs masculins qui se trouvent en incapacité de travail²⁹.

79. Il apparaît clairement que ces différents événements — le recrutement, le licenciement, la réintégration, la notation, le versement d'une prime, l'absence pour cause de maladie — se déroulent en dehors de la période couverte par le congé de maternité.

23 — Arrêts du 8 novembre 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941, point 14), et du 3 février 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549, point 30).

24 — Arrêts du 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, dit «Hertz» (C-179/88, Rec. p. I-3979, point 13); du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657, point 26); du 14 juillet 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567, point 29), et du 4 octobre 2001, Tele Danmark (C-109/00, Rec. p. I-6993, point 34).

25 — Arrêt du 30 juin 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4185, point 28). Par cet arrêt, la Cour est revenue sur sa jurisprudence antérieure, à savoir les arrêts Hertz, précité (point 19), et du 29 mai 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757, point 26).

26 — Arrêt du 27 février 2003, Busch (C-320/01, Rec. p. I-2041, point 47).

27 — Arrêt Thibault, précité (point 33).

28 — Arrêt du 21 octobre 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243, point 51).

29 — Arrêt du 19 novembre 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Rec. p. I-7327, point 41).

80. En revanche, lorsque la femme se trouve en congé de maternité, la Cour n'applique plus le principe de l'égalité des rémunérations et le principe de l'égalité de traitement. Il semble, au contraire, qu'elle examine la situation litigieuse au regard des seules dispositions de la directive 92/85.

81. Ainsi, dans l'arrêt Boyle e.a.³⁰, le litige portait sur la clause d'un contrat de travail qui permettait au travailleur féminin de percevoir, pendant son congé de maternité, une rémunération plus élevée que celle prévue par la législation nationale, à condition qu'il s'engage à reprendre le travail après l'accouchement pendant au moins un mois. À défaut, le travailleur féminin devait rembourser la différence entre le montant de la rémunération qui lui a été versée et le montant des paiements légaux. La Cour a estimé que l'article 119 du traité ne s'opposait pas à l'application d'une telle clause au motif que:

«[...] la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante se trouve dans une situation spécifique de vulnérabilité qui nécessite qu'un droit à un congé de maternité lui soit accordé, mais qui, spécialement pendant ce congé, ne peut être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui bénéficie d'un congé de maladie»³¹.

82. La Cour a donc examiné la clause litigieuse au regard des seules dispositions de la directive 92/85³².

83. De même, dans l'arrêt Høj Pedersen e.a., précité, le litige concernait une législation nationale qui prévoyait qu'une femme enceinte, atteinte d'une incapacité de travail résultant d'un état pathologique lié à sa grossesse, n'avait pas le droit au paiement de son salaire intégral pendant son incapacité. Il était pourtant établi qu'un travailleur masculin se trouvant en incapacité de travail conservait l'intégralité de son salaire. Pour justifier cette différence, les défendeurs au principal avaient soutenu que l'article 11 la directive 92/85 autorise les États membres à prévoir un plafond pour les prestations versées aux travailleurs féminins en cas de grossesse³³.

84. La Cour a rejeté cet argument au motif que l'article 11 de la directive 92/85 ne s'applique qu'aux rémunérations ou aux prestations versées aux travailleurs féminins pendant le congé de maternité³⁴. Dès lors que, en l'espèce, le litige concernait une incapacité de travail intervenue *avant* le congé de maternité, la Cour a estimé que l'article 119 du traité imposait de maintenir

30 — Arrêt du 27 octobre 1998 (C-411/96, Rec. p. I-6401).

31 — Ibidem (point 40).

32 — Ibidem (points 29 à 36).

33 — Point 38.

34 — Point 39.

également l'intégralité du salaire en cas d'incapacité de travail du travailleur féminin³⁵.

est contraire aux dispositions de la directive 92/85³⁷.

85. Enfin, dans l'arrêt Lewen, précité³⁶, la Cour a jugé qu'une prime de Noël, versée à titre volontaire par l'employeur en guise d'encouragement pour le travail à venir, ne pouvait constituer une rémunération au sens de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85 dans la mesure où cette prime n'est pas destinée à assurer un niveau de revenus adéquat à la travailleuse pendant son congé de maternité.

87. Dans ces conditions, il nous semble que le principe posé par l'arrêt Gillespie ne s'inscrit plus dans le cadre de la jurisprudence actuelle. Nous l'avons dit, dans cet arrêt, la Cour a appliqué le principe de non-discrimination à la seconde période décrite ci-dessus et, plus précisément, à la rémunération du travailleur féminin pendant le congé de maternité.

86. Il résulte de ces arrêts que, depuis l'entrée en vigueur de la directive 92/85, la Cour opère une distinction entre deux périodes déterminées: une première période, qui couvre la grossesse jusqu'au début du congé de maternité, et une seconde période qui couvre le congé de maternité. Or, la Cour applique l'article 119 du traité et le principe de l'égalité de traitement uniquement pendant la première période. En revanche, lorsque la femme se trouve en congé de maternité, sa situation est examinée au regard des seules dispositions de la directive 92/85. Cela signifie que, si le travailleur féminin fait l'objet d'un traitement défavorable pendant son congé de maternité, ce traitement ne sera interdit que s'il

88. Compte tenu des difficultés exposées ci-dessus et de l'évolution de la jurisprudence, nous proposons à la Cour de ne pas confirmer le principe posé par l'arrêt Gillespie. Nous pensons que le droit du travailleur féminin de bénéficier de son augmentation de salaire doit désormais être fondé sur la directive 92/85.

D — *Sur le fondement du droit conféré au travailleur féminin*

89. On le sait, la directive 92/85 a été adoptée sur la base de l'article 118 A du

35 — Points 35 et 37.

36 — Points 22 à 24.

37 — Voir également, en ce sens, Ghailani, D., «La protection des droits liés à la grossesse et à la maternité dans l'ordre juridique communautaire», *Revue belge de sécurité sociale*, 2002, p. 367 et suiv. (p. 383 et 386), ainsi que Berthou, K., et Masselot, A., «Égalité de traitement et maternité. Jurisprudence récente de la CJCE», *Droit social*, 1999, p. 942 à 947 (p. 946).

traité en vue d'accorder une protection spéciale aux travailleurs féminins pendant la grossesse et le congé de maternité. Le législateur communautaire a jugé que les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes constituaient, à maints égards, un groupe de personnes à risques spécifiques et que des mesures devaient être prises pour assurer leur sécurité et leur santé³⁸. Il a donc édicté une série de mesures de protection, telles que l'interdiction de licenciement des travailleuses pendant la grossesse et le congé de maternité ou la dispense de travail pour les examens prénataux.

90. Parmi ces mesures, la directive 92/85 prévoit que les travailleurs féminins doivent bénéficier d'un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues, dont deux semaines obligatoires. En outre, l'article 11, point 2, de la directive 92/85 prévoit que, pendant le congé de maternité, les éléments suivants doivent être assurés:

«a) les droits liés au contrat de travail [...] autres que ceux visés au point b);

b) le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate [...]».

38 — Directive 92/85 (huitième considérant).

91. Or, il nous semble que le point a) ci-dessus pourrait être interprété en ce sens qu'il couvre les augmentations de salaire intervenant avant ou pendant le congé de maternité. En effet, la possibilité, pour un travailleur, de bénéficier immédiatement d'une augmentation de salaire qui lui est accordée peut être considérée comme un «droit lié au contrat de travail» de l'intéressé³⁹.

92. Une telle interprétation permettrait d'éviter les difficultés que nous avons évoquées ci-dessus.

93. D'une part, elle serait cohérente avec le principe selon lequel les femmes bénéficiant d'un congé de maternité se trouvent dans une situation spécifique, qui exige une protection particulière, mais qui ne peut être comparée à aucune autre situation⁴⁰. En effet, l'interprétation proposée consiste-

39 — En revanche, il semble plus difficile de fonder le droit du travailleur féminin sur les dispositions de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85. En effet, ces dispositions ont pour objectif d'assurer un niveau de revenus «adéquat» aux travailleuses féminines pendant leur congé de maternité (voir, à cet égard, arrêts précités Boyle e.a., points 33 et 34, et Lewen, points 22 et 23). Dès lors, une fois que les autorités ou les personnes concernées assurent le versement d'une rémunération et/ou d'une prestation dont le niveau est adéquat, elles exécutent correctement l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85. Cette disposition ne leur impose pas, en outre, d'intégrer les augmentations de salaire du travailleur féminin dans la rémunération ou la prestation de maternité.

40 — Voir points 62 à 66 des présentes conclusions.

rait à appliquer à la femme qui se trouve en congé de maternité les mesures qui ont été adoptées dans le but spécifique d'assurer sa protection. En outre, elle permettrait de garantir au travailleur féminin que son augmentation de salaire sera intégrée dans sa prestation de maternité sans devoir comparer sa situation à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail⁴¹.

travailleur féminin ne pourrait subir aucune diminution ou aucune perte de salaire.

94. D'autre part, il nous semble que le recours à la directive 92/85 permettrait d'exclure certains éléments négatifs pendant le congé de maternité⁴².

95. En effet, on rappellera que la directive 92/85 a pour objectif d'assurer une protection particulière au travailleur féminin pendant son congé de maternité. En outre, l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 92/85 contient l'idée selon laquelle l'application de cette directive ne peut avoir pour effet la régression du niveau de la protection des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes. Ces deux éléments pourraient fonder la thèse selon laquelle, durant son congé de maternité, le

96. Cette thèse serait confortée par le libellé de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85. En effet, si la possibilité de bénéficier immédiatement d'une augmentation de salaire intervenue avant ou pendant le congé de maternité peut constituer un «droit» lié au contrat de travail, il est difficile de prétendre qu'une diminution ou une perte de salaire constitue un tel «droit». En d'autres termes, la notion de «droits liés au contrat de travail» imposerait de tenir compte des augmentations de salaire intervenant avant ou pendant le congé de maternité de la travailleuse, mais exclurait les diminutions ou les pertes de salaire pendant ledit congé. De telles diminutions ou pertes de salaire ne pourraient intervenir qu'après la fin du congé de maternité du travailleur féminin. Enfin, l'interprétation proposée s'inscrirait dans le cadre de la jurisprudence actuelle en matière de protection des droits liés à la grossesse et à la maternité⁴³. Elle consiste, en effet, à appliquer les seules dispositions de la directive 92/85 aux travailleurs féminins qui se trouvent en congé de maternité et, en particulier, à la rémunération que ces travailleurs perçoivent durant cette période.

41 — Voir arrêt Gillespie (point 22).

42 — Voir points 67 à 74 des présentes conclusions.

43 — Voir points 75 à 87 des présentes conclusions.

97. En conséquence, nous pensons que le droit du travailleur féminin pourrait désormais être fondé sur les dispositions de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85.

98. Nous proposons donc à la Cour de répondre à la première question préjudicielle que l'article 119 du traité et le principe de non-discrimination n'exigent pas qu'une prestation légale de maternité, qui est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin durant une période déterminée, intègre les augmentations de salaire intervenues avant ou pendant le congé de maternité, mais en dehors de la période de référence. En revanche, l'obligation d'intégrer ces augmentations dans le montant de la prestation de maternité résulte de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85.

V — Sur la deuxième question

99. Par sa deuxième question, la Court of Appeal demande si le fait que l'augmentation de salaire prenne effet avant le début du congé de maternité, avant la fin de la période de paiement de la partie de la prestation de maternité liée au salaire du travailleur féminin ou, le cas échéant, à une autre date a une incidence sur la réponse à apporter à la première question.

100. Les considérations développées lors de l'examen de la première question permettent de répondre à l'interrogation du juge de renvoi. En effet, il est clair que, quel que soit le fondement juridique retenu, le montant de la prestation légale de maternité lié au salaire du travailleur féminin devra intégrer toute augmentation de salaire intervenue entre le début de la période pertinente et la fin du congé de maternité.

VI — Sur la troisième question

101. La dernière question préjudicielle se compose de quatre branches, que nous examinerons successivement.

102. Les deux premières branches portent sur les modalités d'application du principe posé par l'arrêt Gillespie. Le juge de renvoi cherche à savoir comment l'augmentation de salaire doit être prise en compte dans le calcul du salaire normal de la travailleuse au cours de la période pertinente. Il souhaite également savoir si la période pertinente, prescrite par le droit national, doit être modifiée.

103. Il est évident que ces questions présentent une importance déterminante pour les employeurs au Royaume-Uni. À la suite de l'arrêt à intervenir, ils devront procéder au calcul, voire au réexamen, des prestations de maternité de l'ensemble des travailleurs féminins ayant bénéficié d'une augmentation de salaire avant ou pendant le congé de maternité. Compte tenu de la multitude des cas de figure et des difficultés possibles, le juge de renvoi souhaite, comme le défendeur au principal⁴⁴, obtenir des précisions sur les modalités de cette opération.

104. Toutefois, il nous semble que ces questions ne peuvent être traitées que dans le respect du principe de l'autonomie procédurale⁴⁵. En effet, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de déterminer les modalités d'application de l'arrêt à intervenir, en ce compris les éventuelles mesures d'application immédiate.

105. Les deux dernières branches portent sur les conséquences éventuelles de l'arrêt

Gillespie, dans l'hypothèse où cet arrêt imposerait de tenir compte, dans la prestation légale de maternité, des augmentations de salaire qui sont intervenues avant ou pendant le congé de maternité, mais en dehors de la période pertinente. La Court of Appeal demande si, dans ce cas, l'article 119 du traité impose de tenir compte des autres éléments intervenus avant ou pendant le congé de maternité et, en particulier, d'une perte ou d'une diminution de salaire.

106. Comme nous l'avons vu, cette question — bien qu'elle présente un caractère hypothétique dans le cadre du présent litige — est particulièrement pertinente. En effet, l'application logique du principe posé par l'arrêt Gillespie exigerait que la prestation légale de maternité intègre non seulement les augmentations de salaire intervenues avant ou pendant le congé de maternité, mais aussi les diminutions et les pertes de salaires intervenues durant cette période⁴⁶. Toutefois, nous avons vu que le recours à la directive 92/85 permettrait d'éviter une partie de ces conséquences négatives⁴⁷.

44 — Voir observations écrites de Woolwich (point 8).

45 — Sur ce principe, voir, notamment, nos conclusions dans l'affaire Preston e.a. (arrêt du 16 mai 2000, C-78/98, Rec. p. I-3201, points 38 et suiv.).

46 — Voir points 67 à 74 des présentes conclusions.

47 — Voir points 94 à 96 des présentes conclusions.

VII — Conclusion

107. Sur la base des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division):

- «1) L'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) et le principe de non-discrimination doivent être interprétés en ce sens qu'une prestation légale de maternité, lorsqu'elle est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin durant une période donnée, ne doit pas intégrer les augmentations de salaire qui sont intervenues avant ou pendant le congé de maternité du travailleur concerné, mais en dehors de la période pertinente prescrite par le droit national.

- 2) En revanche, l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), exige qu'une prestation légale de maternité, qui est calculée sur la base du salaire moyen perçu par le travailleur féminin durant une période déterminée, intègre les augmentations de salaire qui sont intervenues avant ou pendant le congé de maternité du travailleur concerné.

- 3) En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à chaque État membre de déterminer les modalités selon lesquelles les augmentations de salaire visées au point 2 ci-dessus doivent être intégrées dans le montant de la prestation légale de maternité du travailleur féminin.»