

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. CARL OTTO LENZ  
présentées le 14 juillet 1993 \*

*Monsieur le Président,  
Messieurs les Juges,*

point de vue de ce qui est exigé du titulaire  
du poste.

**A — Introduction**

1. La demande de décision préjudicielle présentée dans cette affaire par la Court of Appeal porte sur l'interprétation et l'application du principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins énoncé par l'article 119 du traité CEE. La juridiction de renvoi a résumé les faits pertinents de la manière suivante:

« 1. La demanderesse exerce la fonction A dans une profession (l'orthophonie) dans laquelle le personnel employé par l'employeur X est presque exclusivement composé de femmes et dans laquelle les titulaires d'un emploi A sont presque tous des femmes.

2. L'élément de comparaison, qui est un homme, exerce la fonction B dans une profession (la pharmacie) dans laquelle la majorité du personnel employé par l'employeur se compose de femmes mais dans laquelle la majorité des titulaires d'un emploi B sont des hommes.

3. La fonction A et la fonction B sont différentes mais nous supposons, pour les besoins de l'espèce, qu'elles sont de valeur égale du

4. Les employés exerçant la fonction B perçoivent une rémunération plus élevée que celle des employés exerçant la fonction A.

5. Le niveau des rémunérations des deux professions (y compris le niveau des rémunérations pour la fonction A et la fonction B) est déterminé par la négociation collective entre l'employeur et les syndicats représentatifs et l'a toujours été.

6. Le même syndicat (et le même représentant syndical) représente les deux professions et la négociation collective relative à la rémunération des orthophonistes (y compris ceux qui remplissent la fonction A) est menée séparément et indépendamment de la négociation collective relative aux pharmaciens (y compris ceux qui remplissent la fonction B).

7. Il a été établi par le juge du fond qu'il n'y a eu aucune discrimination fondée sur le sexe, directe ou indirecte, intentionnelle ou non, dans la manière dont les négociations collectives (considérées séparément) ont été menées ou en ce qui concerne les accords relatifs à l'accès, au transfert ou à la promo-

\* Langue originale: l'allemand.

tion dans l'une ou l'autre des deux professions.

8. Malgré l'absence de discrimination fondée sur le sexe au sens indiqué au point 7, le système des négociations collectives séparées pour les deux professions a, depuis toujours, une incidence négative en pratique pour les femmes en ce que les titulaires d'un emploi A (qui sont presque tous des femmes) perçoivent une rémunération inférieure à celle des titulaires d'un emploi B (qui sont surtout des hommes), bien que le travail que comporte la fonction A soit de valeur égale au travail de la fonction B.

9. L'employeur a établi qu'une partie (qui est plus qu'une partie insignifiante) mais non la totalité de la différence de rémunération entre les fonctions A et B est objectivement justifiée en raison du manque de pharmaciens qualifiés.»

2. La juridiction de renvoi pose ensuite à la Cour les questions suivantes:

« 1) Le principe de l'égalité de rémunération, consacré à l'article 119 du traité de Rome, impose-t-il à l'employeur de justifier objectivement la différence de rémunération entre la fonction A et la fonction B?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, suffit-il à l'employeur, pour justifier la différence de rémunération, d'invoquer le fait que les rémunérations respectives de la fonction A et de la fonction B ont été déterminées par des processus de négociation collective différents, processus qui (considérés séparément) ne com-

portent pas de discrimination fondée sur le sexe et qui n'ont pas pour effet de désavantager les femmes en raison de leur sexe.

3) Si l'employeur est en mesure d'établir qu'il y a à certains moments de graves pénuries de candidats valables pour la fonction B et qu'il verse une rémunération supérieure aux titulaires des emplois B pour les attirer vers la fonction B, mais s'il peut également être établi que seule une partie de la différence de rémunération entre la fonction B et la fonction A s'explique par la nécessité d'attirer des candidats valables vers la fonction B,

a) la différence de rémunération est-elle objectivement justifiée en totalité ou

b) la partie de la différence qui s'explique par la nécessité d'attirer des candidats valables vers la fonction B, et seulement elle, est-elle objectivement justifiée ou

c) l'employeur doit-il niveler les rémunérations des fonctions A et B au motif qu'il n'a pas démontré que la totalité de la différence était objectivement justifiée?»

3. Comme le montre le rapport d'audience, les parties ont formulé des observations à cet égard<sup>1</sup>. Le détail des faits, tels qu'ils ressortent de l'exposé des parties, ainsi que les prises de position de ces dernières ne sont repris ci-après que dans la mesure nécessaire à l'argumentation.

1 — Cf. Rapport d'audience, p. I-5540 et suivantes.

**B — Prise de position**

ration ancré dans l'article 119 du traité CEE<sup>3</sup>, est d'une importance fondamentale.

*Remarques préliminaires*

4. La juridiction de renvoi a expressément exclu l'existence d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe. Dans leur argumentation, les parties semblent se situer dans le cadre juridique d'une discrimination indirecte. D'après la manière dont la Court of Appeal décrit les faits pertinents, les juges du fond n'ont considéré comme prouvé ni l'existence d'une discrimination directe intentionnelle ou non ni celle d'une discrimination indirecte intentionnelle ou non. Il n'est pas possible d'établir avec certitude si la saisine de la juridiction de renvoi par la demanderesse au principal a limité l'objet du litige à certaines formes de discrimination. Pour apprécier l'affaire, il y a lieu de partir de la constatation des faits opérée par la juridiction de renvoi, qui est déterminante pour la Cour.

*L'hypothèse relative à la valeur égale des fonctions concernées*

5. La Cour est également obligée de partir de l'hypothèse posée par la juridiction de renvoi selon laquelle les fonctions A et B doivent être supposées être de valeur égale pour les besoins de l'affaire. Pour établir une discrimination en matière de rémunération fondée sur le sexe, l'existence d'un même travail ou d'un travail auquel est attribué une valeur égale au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117<sup>2</sup>, qui concrétise à cet égard le principe de l'égalité de rémuné-

6. Le fait qu'un même travail ou un travail auquel est attribué une valeur égale constitue une partie essentielle de la charge de la preuve qui incombe à toute personne invoquant une discrimination en matière de rémunération, est également l'origine des doutes du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la présomption de valeur égale des activités à comparer.

7. Le fait que la juridiction de renvoi tout comme les instances antérieures saisies de l'affaire soient parties de l'hypothèse de la valeur égale des activités à comparer, est le résultat des possibilités procédurales qu'offre l'ordre juridique national. L'appréciation de la valeur égale de deux activités peut le cas échéant nécessiter un rapport d'expertise coûteux. L'instruction de cette question de fait peut conformément aux règles de procédure internes des États membres être abandonnée au profit de l'examen des questions juridiques.

*Caractère comparable des fonctions*

8. Dans le cadre de la présente procédure, il a été affirmé que l'ordre juridique national permet de vérifier la valeur égale de différentes activités exercées dans une même entreprise ou en tout état de cause sous les ordres du même employeur, la juridiction ne pouvant refuser d'examiner le caractère comparable des fonctions que si ces dernières sont manifestement incomparables.

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

3 — Cf. arrêt du 31 mars 1981, Jenkins/Kingsgate, 96/80, Rec. 1981, p. 911, point 22.

9. La réserve du gouvernement allemand selon laquelle on ne peut et on ne doit comparer que des situations de fait comparable devrait être prise en compte d'une part pour l'autorisation de l'étude du caractère comparable et d'autre part dans le cadre de l'examen même de comparaison.

10. Dans les circonstances du cas d'espèce, on ne saurait partir de l'idée du caractère manifestement incomparable des activités en question. Dans la procédure au principal, il ne s'agit pas non plus de comparer dans l'abstrait les activités de membres de deux catégories professionnelles, à savoir les orthophonistes d'une part et les pharmaciens d'autre part, mais de comparer certaines activités, qui sont spécifiées par la désignation de personnes concrètes, qui exercent ces activités. Les fonctions à comparer sont caractérisées, outre par l'appartenance à un groupe professionnel, également par d'autres éléments essentiels, comme la position au sein de la hiérarchie, les qualités de dirigeant, la responsabilité etc., dans la mesure où il s'agit expressément de *comparer des postes de direction*. De telles comparaisons sont du reste habituelles dans les classements de la fonction publique, que ce soit pour les fonctionnaires ou les militaires.

11. Dans ces circonstances, la supposition de fait de la juridiction de renvoi ne peut pas être considérée comme abusive. Elle n'est en aucun cas l'expression d'une attitude superficielle dans l'examen — qui doit être entrepris avec soin — des éléments constitutifs de la discrimination en matière de rémunération.

12. Comme il relève en outre en principe du pouvoir de la juridiction de renvoi d'examiner la pertinence de la question

préjudicielle aux fins de la décision dans le litige pendant devant elle<sup>4</sup> et que rien ne permet de conclure à un exercice abusif de cette compétence<sup>5</sup>, la Cour ne peut pas s'écarter des données fournies par la juridiction de renvoi dans la demande de décision préjudicielle, qui détermine le cadre factuel et juridique des questions auxquelles la Cour doit répondre<sup>6</sup>.

### *Sur la première question<sup>7</sup>*

#### — Remarques préliminaires

13. La première question de la demande préjudicielle porte sur la charge de la preuve dans un litige relatif à une discrimination en matière de salaire. La charge de la preuve des parties dans un litige portant sur une discrimination, en matière de rémunération fondée sur le sexe peut aller plus ou moins loin selon qu'il s'agit d'un cas de discrimination directe ou indirecte. En ce qui concerne les critères fondamentaux de distinction entre ces deux formes de discrimination fondée sur le sexe et des conditions de preuve s'y rapportant, nous renvoyons à nos conclusions dans l'affaire 109/88<sup>8</sup>.

14. La description des faits du litige au principal ne permet pas d'établir clairement

4 — Arrêt du 29 novembre 1978, Pigs Marketing Board/Redmond (83/78, Rec. 1978, p. 2347), arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit/Ministère de la santé (283/81, Rec. 1982, p. 3415).

5 — Arrêt du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bischer (C-231/89, Rec. 1990, p. I-4003, points 15 et suivants).

6 — Arrêt du 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo Spt (affaires jointes C-320/90, C-321/90 et C-322/90, Rec. p. I-393 point 6).

7 — Voir rapport d'audience p. I-5540.

8 — Conclusions du 31 mai 1989 dans l'affaire Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, (109/88, Rec. 1989, p. 3199, 3209, paragraphes 25 et ss.).

s'il s'agit d'un cas de discrimination directe ou indirecte. Le cadre juridique de base réside en ce que l'article 119 du traité CEE et les dispositions des directives prises pour son application<sup>9</sup>, tels que compris et appliqués par la jurisprudence de la Cour, interdisent toute forme de discrimination en matière de rémunération, fondée sur le sexe<sup>10</sup>. La discrimination en matière de rémunération, fondée sur le sexe, connaît plusieurs formes différentes et les saisir peut constituer un problème juridique. Pour les faire entrer dans les catégories juridiques existantes, la jurisprudence se sert des concepts de discrimination directe et discrimination indirecte. La création de concepts dans ce contexte ne doit en aucun cas être comprise dans le sens d'une exclusion de certaines formes de discrimination en raison du sexe. Un regard sur cette notion en droit britannique telle qu'elle est présentée dans cette procédure le confirme. Lorsque dans ce cadre il est question de discrimination directe intentionnelle ou non et de discrimination indirecte intentionnelle ou non, cela prouve que pour le même phénomène il existe quatre catégories juridiques possibles.

15. La création de concepts a pour objectif de cerner les méthodes de discrimination des femmes dans la vie professionnelle et non pas, par exemple, d'entraver un peu plus les actions judiciaires contre les discriminations

salariales en raison du sexe. C'est pourquoi, il ne faut pas partir d'un point de vue formel lorsqu'on classe les formes que prend effectivement la discrimination des femmes dans la vie professionnelle. Conformément à l'orientation actuelle de la jurisprudence de la Cour qui est liée au résultat<sup>11</sup>, il faudrait suivre une voie pragmatique.

16. Dans son arrêt dans l'affaire 109/88, Danfoss, la Cour de justice ne s'est par exemple expressément basée sur aucune des notions utilisées jusque là par la jurisprudence pour la discrimination en raison du sexe, mais a donné une réponse formulée de manière générale à la question de la charge de la preuve qui y était posée, bien que ce cas suscite des doutes importants sur le point de savoir s'il s'agissait d'une discrimination fondée sur le sexe de nature directe ou indirecte.

17. Le cas d'espèce est un exemple clair des difficultés que comporte la classification d'un phénomène réel dans l'un des concepts existants, alors que le résultat tangible est une rémunération à l'évidence inférieure d'une femme par rapport à un homme pour un travail de valeur égale sous les ordres du même employeur.

18. Dans l'examen qui va suivre, il convient néanmoins de partir des concepts que la Cour a développés jusqu'à présent.

9 — Voir en particulier article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117 et article 2 de la directive 76/207 du Conseil du 2 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).

10 — Dans la jurisprudence antérieure de la Cour il était pour le moins douteux de savoir si tant les discriminations directes qu'indirectes relevaient du domaine d'application directe de l'article 119 du traité CEE. Cf. arrêt du 8 avril 1976, Defrenne/Sabena (43/75, Rec. 1976, p. 1275, point 23) et arrêt du 27 mars 1980, Macarthys/Smith (129/75, Rec. 1980, p. 1275, point 15). Depuis les arrêts des 11 mars 1981 et 31 mars 1981 (Worringham et Humphreys/Lloyds Bank, 69/80, Rec. 1981, p. 1275, point 23, et 96/80, loc. cit., point 17), la Cour considère également la discrimination indirecte comme relevant expressément de l'article 119 du traité CEE.

11 — Obligation de résultat de l'article 119 du traité CEE cf. arrêt du 8 avril 1976 (43/75, loc. cit.), arrêt du 13 juillet 1989, Rinner Kuhn/FWW (171/88, Rec. 1989, p. 2743, point 9) ainsi que la jurisprudence sur la discrimination indirecte: arrêt du 31 mars 1981 (96/80, loc. cit.), arrêt du 13 mai 1986, Bilka/Weber von Hartz (170/84, Rec. 1986, p. 1607); arrêt du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. 1990, p. I-2591); arrêt du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. 1991, p. I-297) et arrêt du 4 juin 1992, Bötzel (C-360/90, Rec. 1992, p. I-3591).

— La charge de la preuve en cas de discrimination directe

19. Dans les cas de discrimination directe il est nécessaire et suffisant d'effectuer une comparaison concrète entre la rémunération d'une employée et d'un employé, ayant un même travail ou un travail de valeur égale auprès du même employeur. La demanderesse doit en justice faire état d'une personne de comparaison de sexe masculin issue de la même entreprise et ayant un même travail ou un travail de valeur égale qui soit mieux payé<sup>12</sup>.

20. Comme par définition en cas de discrimination directe l'appartenance au sexe est la cause de la rémunération moins élevée ou du plus mauvais traitement, il doit aussi exister un lien de causalité entre l'appartenance au sexe et la rémunération inférieure.

21. On peut se demander si la demanderesse doit également établir ce lien de causalité. Comme le montre l'exemple de la discrimination directe inconsciente ou non intentionnelle, il peut parfaitement exister des formes de discrimination directe en raison du sexe sans que dans le contrat de travail, la grille des salaires ou la convention collective l'appartenance au sexe soit expressément citée comme critère de rémunération supérieure ou inférieure. La création de cette catégorie met en lumière le fait que la discrimination ne doit pas avoir été intentionnelle.

12 — En cas de discrimination directe liée au sexe, l'exigence d'une personne de comparaison de sexe masculin peut même tomber. Cf. arrêt du 8 novembre 1990, Dekker (C-177/88, Rec. 1990, p. I-3941, points 17 et ss.).

22. Le fait d'affecter certaines catégories de salaires ou de traitements à certaines fonctions peut avoir des effets directement discriminatoires. Nous ne citerons ici que l'exemple classique d'un travail physique difficile, réclamant beaucoup de force, par comparaison avec un travail qui nécessite une grande dextérité manuelle<sup>13</sup>. Ce type de critère de distinction dans la rémunération peut entraîner une discrimination *directe* en raison du sexe. Pour l'empêcher, on a inclus le critère du *travail de valeur égale* expressément dans l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117<sup>14</sup>. C'est pourquoi dans le contrôle de l'application de la directive en droit national, la Commission a attaché une grande importance au fait que le critère du travail de valeur égale soit repris dans les dispositions juridiques des États membres, en étant en cela pleinement soutenu par la Cour<sup>15</sup>.

23. Du fait que pour cette forme de discrimination salariale directe on ne se base pas expressément sur le sexe de l'employé, une employée réclamant la même rémunération se trouve démunie lorsqu'il s'agit d'établir le lien de causalité entre son sexe et la rémunération inférieure qu'elle perçoit.

24. La preuve ne peut pas non plus être rapportée en établissant l'absence d'autres raisons à l'inégalité de traitement. Cela reviendrait à une preuve négative qui en principe ne peut pas être demandée. Pour ces motifs, lorsqu'il s'agit d'établir tous les éléments objectifs d'une discrimination en

13 — Cf. en ce qui concerne les différenciations admises dans l'échelle de salaires et sur la forme non discriminatoire du système de classement dans une catégorie de salaire, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1986, Rummler/Dato-Druck (237/85, Rec. 1986, p. 2101, points 24 et suivants).

14 — Cf. arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1986 (237/85, loc. cit., points 11 et suivants).

15 — Arrêt du 6 juillet 1982, Commission/Royaume-Uni (61/86, Rec. 1982, p. 2601) et arrêt du 30 janvier 1985, Commission/Royaume de Danemark (143/83, Rec. 1985, p. 427).

matière de rémunération (même travail ou travail de valeur égale, rémunération moins élevée pour une femme par rapport à un homme au sein d'une même entreprise), il y a lieu de présumer jusqu'à preuve du contraire une discrimination fondée sur le sexe.

25. Il suffit donc, comme nous l'avons déjà dit plus haut<sup>16</sup>, que la demanderesse ait fourni un exemple de travail identique (ou de valeur égale) mieux rémunéré pour les hommes que pour les femmes. Il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve contraire, par exemple en justifiant la différence de rémunération par des motifs objectifs sans rapport avec le sexe.

26. A titre de conclusion intermédiaire, il y a donc lieu de retenir qu'en cas de discrimination directe il appartient à l'employeur de justifier objectivement les différences de rémunération.

#### — La discrimination indirecte

27. Le concept de discrimination indirecte permet de faire de l'inégalité de traitement objectivement justifiée, qui revient néanmoins à désavantager la femme, aussi un élément constitutif d'une discrimination en raison du sexe interdite.

28. Lorsque l'on dit que pour établir une discrimination indirecte il faut constater une condition<sup>17</sup> plus difficile à remplir par les femmes ou un obstacle qu'elles ont plus de

mal à franchir et qui donc les désavantage, on atteint qu'en partie l'essence de la discrimination indirecte. Le fait qu'en utilisant un critère objectif on aboutisse à défavoriser la femme nécessite, pour remédier à ce désavantage, de caractériser le recours au critère objectif comme faisant déjà partie du comportement illégal. Dans les cas où il est établi que le groupe des femmes est défavorisé par rapport au groupe comparable de travailleurs masculins (avec un même travail ou un travail de valeur égale dans la même entreprise), il n'est pas nécessaire d'exiger un élément supplémentaire, par le biais duquel cette inégalité de traitement est opérée.

29. Dans les cas de discrimination indirecte<sup>18</sup> que la Cour a eu à apprécier jusqu'à présent, la discrimination de travailleurs de sexe féminin a été opérée en la reliant à un critère objectif.

30. La discrimination résultait du fait que les femmes étaient plus fortement atteintes par le critère. La Cour a jugé qu'elles étaient concernées pour des motifs qui sont liés à leur rôle social. Lorsque par exemple la Cour estime possible une discrimination indirecte des femmes liée au travail à temps partiel « compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour pouvoir travailler à temps plein, »<sup>19</sup>, elle reconnaît qu'en règle normale les femmes rencontrent du fait de leur rôle dans la famille et de l'éducation des enfants des difficultés considérables pour occuper un

18 — Arrêt du 31 mars 1981 (96/80, loc. cit.); arrêt du 13 mai 1986 (170/84, loc. cit.); arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, loc. cit.); arrêt du 27 juin 1990 (C-33/89, loc. cit.); arrêt du 7 février 1991 (C-184/89, loc. cit.) et arrêt du 4 juillet 1992 (C-360/90, loc. cit.).

19 — Arrêt du 13 mai 1986 (170/84, loc. cit., point 29) et avec un contenu comparable auparavant déjà dans l'arrêt du 31 mars 1981 (96/80, loc. cit., point 13); voir également arrêt du 4 juin 1992 (C-360/90, loc. cit., point 18) se référant à l'arrêt du 13 juillet 1989 dans l'affaire 171/88 (loc. cit.).

16 — Voir paragraphe 19.

17 — Ce point de vue est défendu dans le cadre de cette procédure par le gouvernement du Royaume-Uni et par les défenderesses.

emploi à plein temps. Si dans ces circonstances des femmes sont renvoyées à un travail à temps partiel, le rattachement à l'emploi à temps partiel opère spécifiquement sur les femmes.

31. Les faits qui sont à la base de la demande préjudicielle ne font à première vue pas apparaître de rattachement à un critère objectif par lequel la discrimination est opérée. Le cas d'espèce se distingue cependant par une particularité, à savoir que la catégorie professionnelle à laquelle la demanderesse appartient est une « profession purement féminine ». Lorsque 98 % de l'ensemble des personnes qui exercent cette profession sont des femmes, les règles qui sont liées à l'appartenance à ce groupe professionnel peuvent constituer un régime spécifique aux femmes.

32. Il convient à cet égard de se rallier à l'opinion du défenseur de la demanderesse selon laquelle dans le cas d'une profession purement féminine le rattachement à l'appartenance à une catégorie professionnelle peut être comparable au rattachement à un emploi à temps partiel. Suivant les informations qui ont été communiquées à la Cour, le fait que les orthophonistes soient presque exclusivement des femmes repose au moins en partie aussi sur le lien entre le rôle social de la femme et la vie professionnelle. Les possibilités de travail à temps partiel et d'horaires flexibles attirent particulièrement les femmes.

33. Une convention collective qui dans ces circonstances contient des dispositions exclusivement réservées à cette catégorie professionnelle peut également constituer un régime spécifique aux femmes.

34. Dans la mesure où d'un point de vue purement formel, dans le cadre de l'examen d'une discrimination indirecte, on exige l'existence d'un critère de rattachement concernant spécifiquement les femmes en tant que membres du sexe faible, cela peut être dans le cas d'une « profession purement féminine » tant le rattachement à la catégorie professionnelle qu'à la convention collective s'appliquant à cette catégorie.

35. Comme nous l'avons déjà exposé dans nos réflexions de principe sur la nature de la discrimination indirecte, il faut s'attacher moins à l'existence d'un critère ou d'un obstacle qui désavantage les femmes qu'au résultat discriminatoire<sup>20</sup>. Dans ce cadre, il relève de la nature même de la discrimination indirecte d'opérer une comparaison entre *groupes selon le sexe*<sup>21</sup> pour constater l'effet discriminatoire invoqué. Cela a pour conséquence en matière de charge de la preuve que la comparaison concrète de deux activités ne suffit pas. Il faut alors plutôt une comparaison de *groupes représentatifs de travailleurs* qui effectuent un travail de valeur égale.

36. Cela nécessiterait dans la procédure au principal la comparaison de différents postes de direction, comparaison qui a apparemment été effectuée. Si dans ce cadre il en résulte un désavantage significatif du groupe principalement constitué de femmes par rapport au groupe de comparaison masculin, il y a alors présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe.

20 — Sur le devoir de résultat cf. arrêt du 8 avril 1976 (43/75, loc. cit.) et arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, loc. cit., point 9).

21 — Cf. arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, loc. cit.).



37. Selon la jurisprudence de la Cour<sup>22</sup>, pour se dégager du grief de discrimination en raison du sexe, l'employeur doit prouver que les mesures qui ont conduit à ce résultat « s'expliquent par l'intervention de facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »<sup>23</sup> ou s'expliquent « par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe »<sup>24</sup>.

38. La demanderesse peut donc, dans le cadre d'une discrimination indirecte aussi, invoquer sur la base de faits objectifs une présomption réfutable de discrimination fondée sur le sexe.

39. Le contexte de l'argumentation tant dans le cadre de la discrimination directe que dans celui de la discrimination indirecte est comparable au point de vue administration de la preuve dans la mesure où on peut invoquer une présomption réfutable de discrimination, dans le premier cas par une comparaison concrète, et dans l'autre cas par une comparaison de groupes, présomption qui oblige l'employeur à rapporter la preuve contraire ou à donner une justification.

40. Il y a donc lieu de répondre à la première question de la demande de décision préjudicielle que le principe de l'égalité des rémunérations, consacré à l'article 119 du traité CEE, impose à l'employeur de justifier objectivement la différence de

rémunération entre la fonction A et la fonction B.

#### *Sur la deuxième question*

41. La deuxième question de la juridiction de renvoi vise à connaître les moyens d'apporter cette justification. La Court of Appeal voudrait savoir si pour justifier la différence de rémunération il suffit d'invoquer le fait « que les rémunérations respectives de la fonction A et de la fonction B ont été déterminées par des processus de négociation collective différents, processus qui (considérés séparément) ne comportent pas de discrimination fondée sur le sexe et qui n'ont pas pour effet de désavantager les femmes en raison de leur sexe ».

42. En premier lieu, en tant que principe de droit supérieur, le principe de l'égalité de traitement de l'article 119 du traité CEE tel qu'il ressort de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117 n'est pas à la disposition des parties signataires de conventions collectives. Le principe de l'égalité de rémunération ne lie pas seulement le législateur<sup>25</sup>, mais est également, selon la jurisprudence de la Cour, directement applicable<sup>26</sup>. Ce principe a donc des effets à l'égard des tiers dans les rapports employeur et employé<sup>27</sup>. Les conventions collectives doivent aussi répondre aux exigences de l'article 119 du

22 — Arrêt du 31 mars 1981 (96/80, loc. cit., point 13) et arrêt du 13 mai 1986 (170/84, loc. cit., point 31) ainsi que arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, loc. cit., point 12); arrêt du 27 juin 1990 (C-33/89, loc. cit., point 13); arrêt du 7 février 1991 (C-184/89, loc. cit., point 14) et arrêt du 4 juin 1992 (C-360/90, loc. cit., point 11).

23 — Arrêt du 13 mai 1986 (170/84, loc. cit.).

24 — Arrêt du 31 mars 1981 (96/80, loc. cit., point 13); arrêt du 13 mai 1986 (170/84, loc. cit., point 29).

25 — Arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, loc. cit.); arrêt du 4 juin 1992 (C-360/90, loc. cit.).

26 — Arrêt du 8 avril 1976 (43/75, loc. cit., point 39).

27 — Arrêt du 8 avril 1976 (43/75, loc. cit.); arrêt du 27 juin 1990 (C-33/89, loc. cit., point 12). Cf. article 4 de la directive 75/117; voir également article 5 de la directive 76/207.

traité CEE<sup>28</sup>. Le fait que les parties qui négocient les conventions collectives agissent de manière autonome ne les autorise pas à ne pas respecter le principe de l'égalité de rémunération.

43. La question de la juridiction de renvoi tend toutefois à savoir si le fait que les activités comparées relèvent du domaine d'application de conventions collectives différentes suffit en soit à justifier la différence de salaire liée au sexe qui a été constatée.

44. Le gouvernement du Royaume-Uni a renvoyé à l'audience à nos conclusions dans l'affaire 109/88<sup>29</sup>. Nous y avons défendu le point de vue selon lequel lorsqu'il s'agit de *conventions collectives par branches* l'appartenance à telle ou telle branche peut servir de critère objectif de différenciation pour la rémunération différente.

45. Le représentant du gouvernement allemand a invoqué à l'audience les *conventions collectives syndicales*, qui sont courantes en Allemagne, et défendu l'opinion selon laquelle on ne peut considérer comme comparable deux fonctions qui relèvent du domaine d'application de différentes conventions collectives.

28 — Arrêt du 30 janvier 1985 (143/83, loc. cit., point 8) sur les dispositions pertinentes de la directive 75/117; arrêt du 8 novembre 1983, Commission/Royaume-Uni (165/82, Rec. 1983, p. 3431, point 11) et arrêt du 25 octobre 1980, Commission/France (312/86, Rec. 1988, p. 6315, point 23) sur les dispositions pertinentes de la directive 76/207; arrêt du 17 octobre 1989 (109/88, loc. cit.); arrêt du 27 juin 1990 (C-33/89, loc. cit.) et arrêt du 7 février 1991 (C-184/89, loc. cit.).

29 — Conclusions du 31 mai 1989, dans l'affaire 109/89, (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, Rec. 1989, p. 3209, point 46).

46. A notre avis, comme nous l'avons déjà exposé dans nos conclusions dans l'affaire 109/88, dans le cas de ce type de convention collective le critère du même travail ou du travail de valeur égale fait déjà défaut. D'autre part, on peut déduire de la conduite de négociations collectives de même que de la convention collective elle-même une justification objective d'une éventuelle différence de rémunération.

47. Toutefois, la justification ne peut pas aller jusqu'à soustraire de manière générale à tout contrôle la différence de rémunération introduite dans le cadre de l'application de conventions collectives. Cela vaut a fortiori pour les *conventions collectives par firmes*, pour lesquelles un élément du principe de l'égalité de rémunération est rempli en ce que *l'employeur est le même*.

48. Les faits de la procédure au principal montrent précisément comment une convention collective conclue seulement pour une catégorie professionnelle peut mettre en place un régime particulier qui en l'occurrence peut même produire les effets d'un régime spécifique aux femmes. Dans la mesure où la convention collective est en soi de nature à créer une inégalité de traitement, elle ne peut pas en même temps servir de justification précisément pour cette inégalité de traitement. Dans ces conditions, l'existence de la convention collective ne dispense pas de la poursuite de l'examen.

49. Constater que les négociations collectives se sont déroulées sans discrimination et que les conventions conclues ne comportent

pas de discrimination ne suffit pas davantage à justifier la différence de rémunération pour un travail de valeur égale effectué sous les ordres du même employeur. Comme il s'agit de la justification du résultat discriminatoire<sup>30</sup>, l'explication des causes provoquant la discrimination ne peut pas suffire. En particulier, les renvois à des motifs historiques et sociaux ne peuvent pas dans un cas, comme celui de l'affaire au principal, être reconnus comme facteurs « objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »<sup>31</sup>. En effet, le contexte historique et social d'une « profession purement féminine » est selon toute vraisemblance lié au sexe. Admettre que cette explication suffit aurait pour conséquence de perpétuer les rôles de chaque sexe dans la vie professionnelle. Au lieu de promouvoir l'égalité de traitement recherchée, cela reviendrait à créer un argument juridique pour le maintien du statu quo.

50. Il y a donc lieu de répondre à la deuxième question de la manière suivante: pour justifier la différence de rémunération liée au sexe il ne suffit pas à l'employeur *commun* d'invoquer l'existence de conventions collectives différentes, même si considérées séparément chacune d'entre elles ne comporte pas de discrimination fondée sur le sexe.

### *Sur la troisième question*

51. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi souhaiterait enfin savoir quels autres motifs de justification objective de la différence de rémunération peuvent être invoqués et dans quelle mesure.

52. Il est en premier lieu incontestable qu'un employeur peut être obligé par la situation du marché de l'emploi de prévoir une rémunération supérieure pour une certaine catégorie professionnelle afin d'attirer des candidats valables. Dans la mesure où la nécessité de ce surcroît de rémunération paraît justifié, il doit aussi entrer en ligne de compte dans la comparaison de la rémunération pour les activités A et B au sens de la demande de décision préjudicielle. La question est alors de savoir dans quelle mesure le motif objectif peut servir de justification à la différence de rémunération.

53. Pour admettre une justification d'une partie de la différence, l'incidence du critère objectif sur la composition de la rémunération devrait être quantifiable. L'Employment Appeal Tribunal ainsi que le gouvernement du Royaume-Uni et la défenderesse ont défendu l'opinion selon laquelle la composition de la rémunération dépend d'une série de facteurs sans qu'il soit possible d'attribuer une somme définie à l'un des facteurs. Par ailleurs, il est au contraire affirmé que la situation du marché justifie la différence de rémunération tout au plus jusqu'à un montant de 10 %<sup>32</sup>. Il semble donc qu'il soit possible d'opérer une quantification. Le fait que plusieurs facteurs jouent un rôle dans la formation du salaire devrait précisément permettre de décomposer le salaire en fonction des différents facteurs.

30 — Arrêt du 8 avril 1976 (43/75, loc. cit.); arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, loc. cit.).

31 — Arrêt du 27 juin 1990 (C-170/84, loc. cit., point 31).

32 — Argument de la demanderesse; qui est également rendu sous cette forme dans la décision de la juridiction de renvoi ayant précédé la demande de décision préjudicielle; annexe 2 au mémoire de la demanderesse p. 32.

54. La seule solution correcte est à notre avis d'admettre la justification d'une partie de la différence de rémunération. Imposer à l'employeur un devoir illimité d'adaptation de la rémunération malgré la justification d'une partie de la différence de salaire (solution c) reviendrait à méconnaître la justification objective avancée et qu'il y a lieu de reconnaître. Une justification globale de toute différence de rémunération (solution a) irait néanmoins bien au-delà de la justification admise et reconnue. Dans la mesure où il y a lieu de partir de l'idée que plusieurs facteurs ont une incidence sur la composition du salaire, une justification globale couvrirait également d'autres motifs, ce qui indiquerait dans cette mesure de renoncer au contrôle de la justification objective, qui à son tour peut tout à fait être amenée par d'autres facteurs.

55. Si on admettait qu'un facteur qui n'est pas la cause de la totalité de la différence de salaire puisse justifier l'ensemble de la différence, ce serait à nouveau ouvrir la porte à des discriminations potentielles.

56. Nous ne saurions partager les réserves que la Commission semble émettre en exposant que la justification partielle reviendrait à une comparaison hypothétique que la Cour n'a pas autorisée dans un autre contexte<sup>33</sup>.

57. Si la Cour n'a pas admis dans un litige portant sur une inégalité de traitement que la partie demanderesse compare la rémunération ou les conditions d'emploi avec une personne hypothétique de comparaison<sup>34</sup>, il s'agit au fond d'une autre situation que celle dans laquelle sur la base de la comparaison effectuée et des preuves rapportées à cet égard l'employeur est tenu d'établir la preuve contraire ou de justifier sa pratique salariale, et qu'il y a lieu dans ce cadre d'apprécier la portée d'un élément justificatif existant réellement.

58. Une juridiction chargée de l'appréciation de la justification objective devrait chercher à quantifier les facteurs pertinents. En cas de difficulté de preuve d'éléments numériques il relève du pouvoir de la juridiction de fixer la proportion suivant les règles de la libre appréciation des preuves.

59. Il y a donc lieu de répondre à la troisième question que: si l'employeur est en mesure d'établir qu'il y a à certains moments de graves pénuries de candidats valables pour la fonction B et qu'il verse une rémunération supérieure aux titulaires des emplois B pour les attirer vers la fonction B, mais s'il peut également être établi que seule une partie de la différence de la rémunération entre la fonction B et la fonction A s'explique par la nécessité d'attirer des candidats valables vers la fonction B, seule la partie de la différence qui s'explique par la nécessité d'attirer des candidats valables vers la fonction B est objectivement justifiée.

33 — Arrêt du 27 mars 1980 (129/79, loc. cit., point 15).

34 — Arrêt du 27 mars 1980 (129/79, loc. cit.).

## C — Conclusion

60. En conséquence, nous proposons de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles:

- « 1) Le principe de l'égalité des rémunérations, consacré à l'article 119 du traité CEE, impose à l'employeur de justifier objectivement la différence de rémunération entre la fonction A et la fonction B.
- 2) Pour justifier la différence de rémunération suivant le sexe, il ne suffit pas à l'employeur *commun* d'invoquer l'existence de conventions collectives différentes, même si considérées séparément chacune d'entre elles ne comporte pas de discrimination fondée sur le sexe.
- 3) Si l'employeur est en mesure d'établir qu'il y a à certains moments de graves pénuries de candidats valables pour la fonction B et qu'il verse une rémunération supérieure aux titulaires des emplois B pour les attirer vers la fonction B, mais s'il peut également être établi que seule une partie de la différence de la rémunération entre la fonction B et la fonction A s'explique par la nécessité d'attirer des candidats valables vers la fonction B, seule la partie de la différence qui s'explique par la nécessité d'attirer des candidats valables vers la fonction B est objectivement justifiée. »