

réglée par la loi, être considéré comme une juridiction d'un État membre au sens de l'article 177 du traité.

2. La directive 75/117 sur l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins.

Lorsqu'il apparaît que l'application de critères de majoration tels que la flexibi-

lité, la formation professionnelle ou l'ancienneté du travailleur, défavorise systématiquement les travailleurs féminins, l'employeur peut justifier le recours au critère de la flexibilité s'il est entendu comme visant à l'adaptabilité à des horaires et des lieux de travail variables, en démontrant que cette adaptabilité revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur, mais non si ce critère est compris comme recouvrant la qualité du travail accompli par le travailleur; il peut également justifier le recours au critère de la formation professionnelle en démontrant que cette formation revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur; il ne doit pas spécialement justifier le recours au critère de l'ancienneté, car cette dernière va de pair avec l'expérience, laquelle met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations.

RAPPORT D'AUDIENCE présenté dans l'affaire 109/88 *

I — Faits et procédure

L'entreprise Danfoss fixe les salaires de ses travailleurs en appliquant des majorations individuelles aux rémunérations de base. Faisant usage de la possibilité qui lui est offerte par l'article 9 de la convention collective du 9 mars 1983 conclue entre la Confédération patronale DA et la Fédération des employés HK, elle accorde une première série de majorations aux travailleurs en fonction de leur capacité, de leur

autonomie, du degré de leurs responsabilités et de la qualité de leur travail. Après avoir réparti les emplois en différentes classes salariales, elle accorde aux travailleurs faisant partie de chaque classe une deuxième série de majorations en fonction, notamment, de leur formation professionnelle et de leur ancienneté.

Depuis 1983, la pratique salariale de l'entreprise Danfoss est au centre d'un litige oppo-

* Langue de procédure: le danois.

sant la Fédération des employés de commerce et de bureau « Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark » (ci-après « Fédération des employés HK ») à la Confédération du patronat « Dansk Arbejdsgiverforening » (ci-après « Confédération patronale DA »). La Fédération des employés HK soutient que cette pratique salariale comporte des discriminations fondées sur le sexe et enfreint dès lors les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 237 du 5 mai 1986, qui a mis en œuvre la 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), ci-après « directive concernant l'égalité des rémunérations ».

Ce litige a été porté devant un tribunal d'arbitrage dit catégoriel (« faglige voldgiftsret »), c'est-à-dire compétent pour un secteur professionnel déterminé. Lorsque deux parties à une convention collective sont en litige sur le point de savoir si la pratique salariale d'une entreprise est discriminatoire et lorsqu'elles n'ont pas prévu dans la convention de règles de procédure pour son règlement, elles doivent suivre la procédure type arrêtée d'un commun accord entre la Confédération patronale DA et la Confédération générale des employés (« Landsorganisationen i Danmark »). Cette obligation résulte de l'article 22 de la loi n° 317 du 13 juin 1973 relative au tribunal du travail. Cette procédure comporte deux phases. Les parties doivent d'abord tenter de parvenir à un accord. Lorsqu'elles n'y parviennent pas, chacune d'elles peut saisir un tribunal d'arbitrage catégoriel.

Pour étayer son allégation que la pratique salariale de Danfoss était discriminatoire, la

Fédération des employés HK a relevé qu'au sein de deux classes salariales choisies au hasard (d'une part, le personnel de laboratoire comptant 16 employés et, d'autre part, celui de l'entrepôt comptant 11 employés) la rémunération moyenne des travailleurs masculins était supérieure à celle des travailleurs féminins. Dans sa sentence du 16 avril 1985, le tribunal d'arbitrage a toutefois estimé que la Fédération des employés HK n'avait pas apporté la preuve de la discrimination. Le tribunal d'arbitrage n'a pas exclu que cette preuve soit apportée par une comparaison des rémunérations moyennes accordées aux travailleurs situés dans une même classe salariale. Toutefois, il a estimé qu'en l'espèce le nombre de travailleurs dont les rémunérations ont été prises en compte était trop limité.

Après examen de la grille des salaires payés par Danfoss aux travailleurs pour le mois de juin 1985, la Fédération des employés HK est néanmoins restée convaincue que la pratique salariale de Danfoss était discriminatoire. Le différend a été porté à nouveau devant un tribunal d'arbitrage catégoriel. La Fédération des employés HK lui a soumis des résultats d'une enquête statistique plus élaborée portant cette fois sur les rémunérations versées par Danfoss à 157 travailleurs entre 1982 et 1986. Cette enquête a fait apparaître une différence de l'ordre de 6,85 % entre les rémunérations moyennes accordées aux travailleurs masculins et celles accordées aux travailleurs féminins. Selon la Fédération des employés HK, ces données prouveraient à elles seules l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. Il serait en effet improbable que les femmes fassent preuve d'une manière générale de moins d'ardeur et de dextérité avec la conséquence qu'elles n'auraient pas droit à certaines majorations individuelles. La Fédération des employés HK souligne que, eu égard à la manière dont les salaires sont calculés au

Danemark, un travailleur féminin serait dans l'impossibilité de faire prévaloir son droit à un traitement égal en matière de rémunération, s'il ne pouvait pas s'appuyer sur des données statistiques pour étayer son allégation de discrimination.

C'est dans ces conditions que le tribunal d'arbitrage catégoriel a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour une série de questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 1^{er} de la directive concernant l'égalité des rémunérations. Celles-ci sont libellées comme suit:

« 1 a) Lorsque, par hypothèse, un travailleur masculin et un travailleur féminin effectuent le même travail ou un travail de valeur égale, à qui incombe la charge de démontrer qu'une rémunération différente entre deux salariés est due ou n'est pas due à des considérations liées au sexe?

1 b) Est-il contraire à la directive sur l'égalité des rémunérations de verser un salaire plus élevé à des salariés masculins effectuant le même travail ou un travail de même valeur que des salariés féminins, en se fondant à cet égard uniquement sur des critères subjectifs, tels que la plus grande flexibilité d'un collaborateur (masculin)?

2 a) La directive communautaire précitée s'oppose-t-elle à ce que des majorations spécifiques en raison de l'ancienneté, d'une formation particulière, etc., s'ajoutant au salaire de base de la catégorie, soient allouées à des travailleurs de sexe différent,

effectuant le même travail ou un travail de valeur égale?

2 b) Pour autant que la réponse à la question 2 a) soit affirmative, comment une entreprise peut-elle, sans enfreindre la directive, opérer une différenciation de la rémunération entre ses différents collaborateurs?

2 c) La directive communautaire précitée s'oppose-t-elle à ce que des travailleurs de sexe différent, effectuant le même travail ou un travail de valeur égale, soient rémunérés différemment en fonction d'une différence de formation professionnelle?

3 a) Pour peu qu'ils démontrent qu'une entreprise employant un nombre relativement important de travailleurs (par exemple, au minimum 100) effectuant un travail semblable ou de même valeur verse *en moyenne* une rémunération moindre pour les femmes, par rapport aux hommes, un travailleur ou une organisation de travailleurs sont-ils en mesure, ce faisant, de démontrer qu'il y a par là même infraction à la directive?

3 b) En cas de réponse affirmative à la question 3 a), en résulte-t-il que les deux groupes de salariés (hommes et femmes) doivent percevoir *en moyenne* le même salaire?

4 a) Pour autant qu'on puisse constater qu'une différence de rémunération

pour un même travail est liée au fait que les deux salariés relèvent de conventions collectives différentes, cette constatation emporte-t-elle à cet égard l'inapplicabilité de la directive?

Les parties ont été invitées à répondre par écrit à certaines questions. Il a été donné suite à cette invitation dans les délais impartis.

- 4 b) Importe-t-il, aux fins de l'appréciation de la précédente question, que les champs d'application respectifs des deux conventions collectives s'étendent majoritairement, voire en totalité, respectivement à des travailleurs masculins et féminins? »

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice CEE, des observations écrites ont été déposées, le 5 juillet 1988, par la Fédération des employés HK, partie demanderesse au principal, représentée par Me Andersen; le 7 juillet 1988, par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Currall et M^{lle} Langermann, membres de son service juridique, en qualité d'agents; le 13 juillet 1988, par le gouvernement danois, représenté par son conseiller juridique M. Vesterdorf; le 14 juillet 1988, par la Confédération patronale DA, partie défenderesse au principal, représentée par M^c Werner; le 15 juillet 1988, par le gouvernement britannique, représenté par M^{me} Hay, en qualité d'agent, et par le gouvernement portugais, représenté par M. Fernandez et M^{me} Leitaó, en qualité d'agents; et le 21 juillet 1988, par le gouvernement italien, représenté par M^c Ferri, avocat de l'État.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

II — Observations écrites déposées devant la Cour

A — Sur la question préalable de savoir si le tribunal d'arbitrage catégoriel constitue une juridiction au sens de l'article 177 du traité

Le gouvernement danois estime que les tribunaux d'arbitrage catégoriels doivent être considérés comme des juridictions au sens de l'article 177 du traité, étant donné qu'ils ont été institués par la loi et constituent de ce fait une institution permanente de l'organisation judiciaire danoise. Il serait sans pertinence qu'un tribunal d'arbitrage catégoriel ne siège pas de manière permanente et doive être constitué, chaque fois que les parties, entre lesquelles un différend existe, décident de le saisir.

Le gouvernement danois observe encore que, Conformément à l'article 20, paragraphe 2, de la loi relative au tribunal du travail, un tribunal d'arbitrage catégoriel tranche les différends qui lui sont soumis après une procédure contradictoire et rend des sentences exécutoires.

Le gouvernement danois attire enfin l'attention sur une déclaration qu'il a fait inscrire au procès-verbal de la réunion du Conseil

au cours de laquelle a été adoptée la directive concernant l'égalité des rémunérations. Cette déclaration se lit comme suit:

« Les institutions judiciaires compétentes en droit du travail — ce dernier envisagé par branche professionnelle — peuvent, dans les conditions prévues par la législation danoise et en ce qui concerne les travailleurs pouvant se prévaloir, sur la base de conventions collectives, de l'égalité de rémunérations, être considérées comme des juridictions en application de l'article 2 de la directive 75/117/CEE sur l'égalité des rémunérations. »

La *Commission* est également d'avis que les tribunaux d'arbitrage catégoriels sont des juridictions au sens de l'article 177 du traité. Pour elle, l'argument décisif tient à ce que chacune des parties a le droit d'exiger, conformément à l'article 5 de la procédure type, que le différend soit tranché par le tribunal d'arbitrage, même si l'autre partie s'y oppose. Elle rappelle que, lorsqu'elles ont omis d'adopter elles-mêmes, dans leur convention collective, des règles de procédure pour le règlement de leurs différends, les parties sont tenues, en vertu de l'article 22 de la loi n° 317 du 13 juin 1973, de suivre la procédure type.

La *Commission* note, par ailleurs, que cette procédure type ne s'applique, en principe, qu'aux différends concernant l'interprétation d'une convention collective. Mais elle relève qu'il est d'usage de l'appliquer également aux différends concernant l'interprétation d'une loi (lesquels sont normalement tranchés par les tribunaux ordinaires) qui présentent un lien de connexité avec ceux concernant l'interprétation d'une convention collective.

B — Sur les questions posées par le tribunal d'arbitrage concernant la portée du principe d'égalité des rémunérations

a) *A qui incombe la charge de la preuve?* [question 1 a)]

La *Fédération des employés HK* souligne que, eu égard au mécanisme des majorations individuelles appliquées aux rémunérations de base, un travailleur féminin se trouve dans l'impossibilité d'identifier les causes d'une différence entre son salaire et celui d'un travailleur masculin effectuant le même travail. Il lui serait, dès lors, impossible d'apporter la preuve qu'il y a, dans son cas, discrimination fondée sur le sexe. Dans ces conditions, une répartition de la charge de la preuve s'imposerait. Il incomberait d'abord au travailleur féminin de démontrer l'existence d'une différence de salaire pour un même travail ou pour un travail de même valeur et il appartiendrait ensuite à l'employeur de démontrer que cette différence ne traduit pas une discrimination fondée sur le sexe.

La *Confédération patronale DA* n'exclut pas que le travailleur peut avoir des difficultés à prouver l'existence d'une discrimination, mais elle estime qu'une modification de la charge de la preuve risquerait de provoquer des abus. Il incomberait donc au travailleur de prouver qu'une différence de rémunération est due à des considérations liées au sexe. Elle signale que, le 24 mai 1988, la *Commission* a présenté une proposition de directive visant à assouplir cette charge dans le domaine de l'égalité des rémunérations (JO C 176 du 5.7.1988, p. 5). Selon cette directive, le salarié devrait établir une présomption de discrimination directe ou indirecte sur la base d'un fait ou d'une série

de faits, présomption qu'il incomberait à l'employeur de réfuter. Aussi longtemps que cette proposition de directive n'a pas été adoptée, c'est sur le travailleur salarié que pèserait donc la charge de la preuve.

Les gouvernements britannique, portugais et italien préconisent d'appliquer, d'ores et déjà, dans un cas comme celui de l'espèce, la répartition de la charge de la preuve, prévue dans la proposition de directive. Dès lors que le salarié fournit un indice sérieux de l'existence d'une discrimination, il incomberait à l'employeur de prouver que la différence de traitement s'explique par des considérations qui excluent toute discrimination. Tant le gouvernement britannique que le gouvernement italien font référence au fait que le travailleur n'aura souvent pas connaissance des considérations qui auront joué pour le calcul de la rémunération.

Le gouvernement britannique rappelle qu'il résulte déjà de l'arrêt de la Cour du 13 mai 1986 (Bilka/Weber von Hartz, 170/84, Rec. p. 1607) que, lorsque le travailleur établit *prima facie* une discrimination indirecte, il incombe à l'employeur de démontrer que sa pratique salariale s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Le gouvernement britannique admet qu'il est difficile de voir si le différend porté devant le tribunal d'arbitrage concerne un cas de discrimination directe ou un cas de discrimination indirecte. En tout état de cause, l'arrêt Bilka s'appliquerait également à un cas de discrimination directe.

La *Commission* estime également que la jurisprudence de la Cour comporte déjà tous les éléments nécessaires pour répondre à la question concernant la charge de la

preuve. Elle se réfère tant à l'arrêt Bilka (précité) qu'à celui rendu par la Cour le 31 mars 1981 (Jenkins/Kingsgate, 96/80, Rec. p. 911). La proposition de directive (précitée) serait d'ailleurs fondée sur cette jurisprudence.

b) *Le fait que la rémunération moyenne des travailleurs féminins soit inférieure à celle des travailleurs masculins constitue-t-il à lui seul la preuve d'une discrimination interdite par la directive concernant l'égalité des rémunérations?* [questions 3 a) et 3 b)]

La *Fédération des employés HK* estime qu'un tel fait crée une présomption d'infraction. Il appartiendrait à l'employeur de la réfuter en prouvant concrètement que la cause de la différence entre les rémunérations moyennes des travailleurs masculins et celles des travailleurs féminins n'est pas fondée sur le sexe.

Selon la *Confédération patronale DA*, il résulterait de l'arrêt de la Cour du 27 mars 1980 (Macarthys/Smith, 129/79, Rec. p. 1275) qu'une discrimination directe ne peut être établie qu'à partir d'une appréciation concrète du travail effectué par des travailleurs de sexe différent occupant le même poste de travail ou travaillant dans la même unité au sein de l'entreprise. On ne saurait donc se contenter d'une comparaison des rémunérations moyennes attribuées aux travailleurs masculins avec celles accordées aux travailleurs féminins d'une entreprise.

Le *gouvernement britannique* partage l'avis de la *Fédération des employés HK*, le *gouvernement portugais* celui de la *Confédération patronale DA*.

Le *gouvernement italien* fait valoir que, s'il y a en l'espèce discrimination, elle serait indirecte, car elle résulterait d'une pratique salariale qui défavoriserait systématiquement les travailleurs féminins. La notion de discrimination indirecte conduirait alors logiquement à la notion de preuve statistique. Une discrimination systématique ne pourrait, en effet, être prouvée qu'à travers une évaluation chiffrée de ses effets.

La *Commission* admet qu'il résulte de l'arrêt *Macarthys* (précité) qu'une différence entre les rémunérations moyennes attribuées aux travailleurs masculins et celles attribuées aux travailleurs féminins ne constitue pas en soi la preuve d'une discrimination, celle-ci devant toujours être prouvée par référence à des cas individuels. Cette différence créerait néanmoins une présomption de ce que le système de classification professionnelle utilisé n'est pas exempt de discrimination fondée sur le sexe. Il appartiendrait à l'employeur de réfuter cette présomption en prouvant que la différence entre les rémunérations attribuées aux travailleurs masculins et celles accordées aux travailleurs féminins s'explique par des facteurs objectivement justifiés.

c) *Des facteurs tels que la flexibilité, l'ancienneté ou la formation professionnelle de l'employé peuvent-ils justifier une différence entre la rémunération accordée à un travailleur masculin et celle accordée à un travailleur féminin?* [questions 1 b), 2 a), 2 b) et 2 c)]

La *Fédération des employés HK* observe que l'employeur ne saurait différencier les rémunérations attribuées aux travailleurs, en se référant, sans explication, à des critères

subjectifs non mesurables tels que la flexibilité. Par contre, il lui serait permis d'accorder des majorations individuelles sur la base de critères objectifs, tels que l'ancienneté. La formation professionnelle ne serait, en principe, pas susceptible de justifier une inégalité de rémunération pour le même travail, sauf si l'employeur prouve qu'il s'agit d'un travail provisoire qui conduira le travailleur à un travail plus qualifié.

La *Confédération patronale DA* estime qu'un employeur peut fixer la rémunération des travailleurs en fonction de critères subjectifs, dès lors qu'il indique aux intéressés quels sont les critères qu'il a pris en compte. Elle souligne que tous les critères énumérés à l'article 9 de la convention collective, à savoir la capacité, l'autonomie, le degré des responsabilités des travailleurs et la qualité de leur travail, sont partiellement subjectifs et que les parties signataires HK et DA n'en ont pas moins considéré cette convention comme comportant une obligation pour l'employeur d'octroyer une rémunération égale aux travailleurs masculins et aux travailleurs féminins. L'employeur pourrait, en outre, augmenter la rémunération d'un travailleur qui a reçu une formation professionnelle particulière, lorsque celle-ci le rendrait apte à remplir des fonctions que d'autres travailleurs effectuant le même travail ne seraient pas en mesure d'exercer.

Le *gouvernement britannique* fait valoir qu'il résulte de l'arrêt *Bilka* (précité) qu'un employeur peut rémunérer la flexibilité ou la formation professionnelle des travailleurs, s'il prouve que ces qualités répondent à un besoin véritable de l'entreprise et que leur rémunération est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

Selon le *gouvernement portugais*, la rémunération ne peut être fondée sur des critères subjectifs tels que la flexibilité du travailleur. Par contre, l'employeur peut tenir compte de l'ancienneté ainsi que de la formation professionnelle du travailleur.

Le *gouvernement italien* estime que des critères tels que la flexibilité ou la formation professionnelle sont susceptibles de justifier une différence de rémunération à la condition que l'employeur prouve que le travail effectivement accompli par le travailleur requiert que celui-ci satisfasse à ces critères. L'ancienneté constituerait, quant à elle, un critère objectif justifiant sans plus une rémunération supplémentaire de l'employé.

La *Commission* considère qu'il y a lieu de distinguer entre les trois critères visés par les questions de l'instance de renvoi, à savoir la flexibilité, la formation professionnelle et l'ancienneté du travailleur. La flexibilité de l'employé serait un critère qui jouerait normalement au détriment des femmes. L'employeur devrait, dès lors, démontrer, ainsi que la Cour l'a posé en principe dans son arrêt Bilka, que la rémunération de cette flexibilité répond à un besoin véritable de l'entreprise et est nécessaire pour satisfaire à ce besoin. Quant à la formation professionnelle, celle-ci pourrait être prise en considération pour autant qu'elle revête objectivement de l'importance pour les fonctions que le travailleur concerné accomplit effectivement. Tel serait le cas si la formation professionnelle a une incidence directe sur l'efficacité dont le travailleur fait preuve dans l'exercice de son emploi. L'ancienneté pourrait, elle, être considérée comme justifiant objectivement une différence de rémunération, parce qu'elle aurait presque toujours une incidence sur la façon, plus ou

moins efficace, dont le travailleur s'acquitte de ses tâches.

d) *L'application de conventions collectives différentes justifie-t-elle une différence de rémunération, notamment lorsqu'une de ces conventions s'applique exclusivement à des travailleurs féminins?* [questions 4 a) et 4 b)]

La *Fédération des employés HK* soutient que le fait que les rémunérations attribuées aux travailleurs masculins et celles accordées aux travailleurs féminins sont régies par des conventions différentes ne justifie pas à lui seul une différence de rémunération.

La *Confédération patronale DA* admet qu'en principe l'employeur n'est pas dispensé de l'obligation de verser une rémunération égale du simple fait que différents groupes de travailleurs relèvent de conventions différentes. Toutefois, lorsque deux conventions fixent des taux de rémunération minimale différents, cela indiquerait que les parties signataires ont convenu qu'il ne s'agit pas d'un même travail ou d'un travail de valeur égale.

Selon le *gouvernement britannique*, le fait que les rémunérations sont régies par des conventions différentes ne justifie pas par lui-même une différence de rémunération. Il rappelle toutefois qu'en vertu de l'article 4 de la directive sur l'égalité des rémunérations les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les dispositions de conventions qui seraient contraires au principe de l'égalité des rémunérations puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées.

Le *gouvernement portugais* estime qu'une différence de rémunération qui est due à l'application de conventions collectives différentes traduit une discrimination, lorsqu'il apparaît qu'une de ces conventions s'applique exclusivement à des travailleurs féminins.

Le *gouvernement italien*, qui comprend les questions comme visant des conventions relatives à différents secteurs de production, n'exclut pas que, lors de la négociation des salaires, les partenaires sociaux sous-évalueraient encore systématiquement le travail là où la main-d'œuvre féminine prédomine. Il estime toutefois que le champ d'application de la directive concernant l'égalité des rémunérations ne saurait être étendu aux

contrats de travail relatifs à des secteurs de production différents.

La *Commission* considère que la circonstance que des travailleurs masculins et des travailleurs féminins au service du même employeur relèvent de deux conventions différentes, dont une s'applique exclusivement aux travailleurs féminins, ne constitue pas une justification valable d'une différence entre des rémunérations accordées pour un même travail ou un travail de valeur égale.

R. Joliet
Juge rapporteur