

regulada pela lei, ser considerados órgãos jurisdicionais de um Estado-membro, na acepção do artigo 177.º do Tratado.

2. A Directiva 75/117 relativa à igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos, deve ser interpretada no sentido de que, quando uma empresa aplica um sistema de remuneração caracterizado pela total falta de transparência, cabe ao empregador o ónus de provar que a sua prática salarial não é discriminatória, a partir do momento em que o trabalhador feminino demonstre, em relação a um número relativamente significativo de assalariados, que a remuneração média dos trabalhadores femininos é inferior à dos trabalhadores masculinos.

Sempre que se verifique que a aplicação de critérios de majoração como a flexibilidade, a formação profissional ou a anti-

guidade do trabalhador, desfavorece sistematicamente os trabalhadores femininos, o empregador pode justificar o recurso ao critério da flexibilidade, se este tiver em vista a capacidade de adaptação a horários e lugares de trabalho variáveis, mediante a prova de que esta capacidade de adaptação é relevante para a execução das missões específicas confiadas ao trabalhador, mas já não no caso de se entender que este critério abrange a qualidade do trabalho efectuado pelo trabalhador; pode igualmente justificar o recurso ao critério da formação profissional, provando que esta é relevante para a execução das tarefas específicas confiadas ao trabalhador; não tem necessidade de justificar, em especial, o recurso ao critério da antiguidade, dado que esta pressupõe a experiência, a qual normalmente permite ao trabalhador um melhor desempenho das suas funções.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA apresentado no processo 109/88 *

I — Matéria de facto e tramitação processual

A empresa Danfoss fixa os salários dos seus trabalhadores mediante a aplicação de majorações individuais às remunerações de base. Utilizando a possibilidade que lhe é oferecida pelo artigo 9.º da convenção colectiva de 9 de Março de 1983 concluída entre a Confederação Patronal DA e a Federação dos Empregados HK, concede uma primeira série de majorações aos trabalha-

dores em função da respectiva capacidade, autonomia, grau de responsabilidade e qualidade do trabalho. Após ter dividido os lugares em diversas categorias salariais, atribui aos trabalhadores de cada categoria a segunda série de majorações em função, designadamente, das respectivas formações profissionais e antiguidades.

Desde 1983, a prática salarial da empresa Danfoss é objecto de um litígio entre a Fe-

* Língua do processo: dinamarquês.

deração dos Empregados do Comércio e de Escritório «Handels — og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark» (adiante designada «Federação dos Empregados HK») e a Confederação do Patronato «Dansk Arbejdsgiverforening» (adiante designada «Confederação Patronal DA»). A Federação dos Empregados HK alega que esta prática salarial implica discriminações em razão do sexo, violando assim o disposto no artigo 1.º da Lei n.º 237 de 5 de Maio de 1986 que deu cumprimento à directiva do Conselho de 10 de Fevereiro de 1975 relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros no domínio da aplicação do princípio de igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos (JO L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52), adiante designada «directiva relativa à igualdade de remuneração».

Para apoiar a sua alegação de que a prática salarial da Danfoss era discriminatória, a Federação dos Empregados HK salientou que em duas categorias salariais escolhidas ao acaso (por um lado, o pessoal do laboratório, com 16 empregados, e, por outro, o de armazém, que conta 11) a remuneração média dos trabalhadores masculinos era superior à dos femininos. Em sentença de 16 de Abril de 1985, o tribunal arbitral considerou, no entanto, que a Federação dos Empregados HK não tinha produzido provas da discriminação. O tribunal arbitral não excluiu que essa prova fosse feita mediante a comparação das remunerações médias concedidas aos trabalhadores de uma mesma categoria salarial. No entanto, considerou que, no caso concreto, o número de trabalhadores cujas remunerações foram tomadas em conta era demasiadamente restrito.

Este litígio foi submetido ao tribunal arbitral designado por profissional («faglige voldgiftsret»), ou seja, competente para um determinado sector profissional. Quando duas partes numa convenção colectiva se encontram em litígio relativamente à questão de saber se a prática salarial de uma empresa é ou não discriminatória, e quando não tenham previsto na convenção regras processuais para o solucionar, devem adoptar o processo-tipo aprovado por acordo entre a Confederação Patronal DA e Confederação Geral dos Empregados («Landsorganisationen i Danmark»). Esta obrigação resulta do artigo 22.º da Lei n.º 317 de 13 de Junho de 1973 relativa aos tribunais de trabalho. Este processo inclui duas fases. As partes devem primeiro tentar chegar a um acordo podendo, quando tal não for possível, cada uma delas recorrer para um tribunal arbitral profissional.

Após análise da grelha de salários pagos em Junho de 1985 pela Danfoss aos seus trabalhadores, a Federação dos Empregados HK manteve a sua convicção de que a prática salarial da Danfoss era discriminatória. O diferendo foi de novo apresentado a um tribunal arbitral profissional. A Federação dos Empregados HK apresentou-lhe resultados de um inquérito estatístico mais elaborado relativo, desta vez, às remunerações pagas pela Danfoss a 57 trabalhadores entre 1982 e 1986. Este inquérito revelou uma diferença da ordem de 6,85 % entre as remunerações médias concedidas aos trabalhadores masculinos e as concedidas aos trabalhadores femininos. Segundo a Federação dos Empregados HK, estes dados provam, por si sós, a existência de uma discriminação baseada no sexo. De facto, é improvável que as mulheres revelem, de uma forma geral, menos interesse pelo trabalho e habilidade, de forma a não terem direito a determinadas majorações individuais. A Federação dos Empregados HK salienta que, tendo em conta a forma como os salários são calcula-

dos na Dinamarca, as mulheres trabalhadoras não poderiam prevalecer-se do direito a tratamento igual em matéria de remunerações, se não pudessem invocar dados estatísticos em apoio da sua alegação de discriminação.

É nessas condições que o tribunal arbitral profissional decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal uma série de questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 1.º da directiva relativa à igualdade de remuneração. Estas têm o seguinte teor:

«1) a) Quando, por hipótese, um trabalhador masculino e um trabalhador feminino efectuam o mesmo trabalho ou trabalho de igual valor, a quem cabe demonstrar que a diferença de remunerações entre dois assalariados é ou não devida a considerações ligadas ao sexo?

1 b) É contrário à directiva sobre a igualdade de remunerações pagar um salário mais elevado a assalariados masculinos que efectuam o mesmo trabalho ou um trabalho do mesmo valor que aos assalariados femininos, baseando-se a este respeito unicamente em critérios subjectivos, tais como a maior flexibilidade de um colaborador (masculino)?

2 a) A directiva comunitária acima referida opõe-se a que sejam concedidos a trabalhadores de sexo diferente, que efectuam o mesmo trabalho ou um trabalho de valor igual aumentos específicos em razão da antiguidade, de uma formação especial, etc., que

acrescem ao salário de base da categoria?

2 b) Se a resposta à questão 2 a) for afirmativa, como pode uma empresa, sem infringir a directiva, efectuar uma diferenciação da remuneração entre os seus diversos trabalhadores?

2 c) A directiva comunitária opõe-se a que trabalhadores de sexo diferente, que efectuem o mesmo trabalho ou um trabalho de valor igual, sejam remunerados diferentemente em função de uma diferença de formação profissional?

3 a) Desde que demonstrem que uma empresa que emprega um número relativamente importante de trabalhadores (por exemplo, no mínimo 100) que efectuam um trabalho semelhante ou de igual valor paga *em média* uma remuneração mais baixa às mulheres, relativamente aos homens, um trabalhador ou uma organização de trabalhadores podem, deste modo, demonstrar que, por esse facto, há infracção da directiva?

3 b) Em caso de resposta afirmativa à questão 3 a), resulta daí que os grupos de assalariados (homens e mulheres) devem receber *em média* o mesmo salário?

4 a) Na medida em que se verifique que a diferença de remuneração de um

mesmo trabalho está ligada ao facto de os dois assalariados estarem abrangidos por convenções colectivas diferentes, tal implica, a este respeito, a não aplicação da directiva?

- 4 b) É relevante, para efeitos da apreciação da questão anterior, que os âmbitos de aplicação das duas convenções colectivas abrangem maioritariamente, ou mesmo na totalidade, trabalhadores quer masculinos quer femininos?»

Nos termos do artigo 20.º do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça CEE, foram apresentadas observações escritas, em 5 de Julho de 1988, pela Federação dos Empregados HK, demandante no processo principal, patrocinada pelo advogado Dr. Andersen; em 7 de Julho de 1988, pela Comissão das Comunidades Europeias, representada pelo Sr. Currall e pela Sr. a Langermann, membros do seu Serviço Jurídico, na qualidade de agentes; em 13 de Julho de 1988, o Governo dinamarquês, representado pelo seu consultor jurídico, Sr. Vesterdorf; em 14 de Julho de 1988, pela Confederação Patronal DA, demandada no processo principal, patrocinada pelo advogado Dr. Werner; em 15 de Julho de 1988, pelo Governo britânico, representado pela Sr. a Hay, na qualidade de agente, e pelo Governo português, representado pelo Sr. Fernandes e pela Sr.ª Leitão, na qualidade de agentes; e em 21 de Julho de 1988, pelo Governo italiano, representado pelo Sr. Ferri, avvocato dello Stato.

O Tribunal, visto o relatório do juiz relator e ouvido o advogado-geral, decidiu dar início à fase oral sem instrução. As partes fo-

ram convidadas a responder por escrito a determinadas questões, o que foi feito nos prazos estabelecidos.

II — Observações escritas apresentadas ao Tribunal

A — Quanto à questão prévia de saber se o tribunal arbitral profissional constitui um tribunal na acepção do artigo 177.º do Tratado

O Governo dinamarquês considera que os tribunais arbitrais profissionais devem ser considerados tribunais na acepção do artigo 177.º do Tratado, dado que foram criados por lei e constituem, por esse facto, uma instituição permanente da organização judiciária dinamarquesa. É irrelevante que o tribunal arbitral profissional não exista de forma permanente, devendo ser constituído sempre que as partes num litígio decidam a ele recorrer.

O Governo dinamarquês observa ainda que, nos termos do n.º 2 do artigo 20.º da lei dos tribunais de trabalho, um tribunal arbitral profissional julga os diferendos que lhe são submetidos após processo contraditório, proferindo sentenças executórias.

O Governo dinamarquês chama, por fim, a atenção para uma declaração que fez inserir nas actas da reunião do Conselho em que

foi adoptada a directiva relativa à igualdade de remuneração. Esta declaração tem o seguinte conteúdo:

«As instituições judiciárias competentes no domínio do direito do trabalho (este último encarado por sectores profissionais) podem, nas condições previstas na legislação dinamarquesa, e no que respeita aos trabalhadores com o direito de invocar, com base em convenções colectivas, a igualdade de remunerações, ser consideradas tribunais, para efeitos do artigo 2.º da Directiva 75/117/CEE relativa à igualdade de remunerações.»

A *Comissão* considera igualmente que os tribunais arbitrais profissionais são tribunais na acepção do artigo 177.º do Tratado. Argumento decisivo para ela é o de que cada uma das partes tenha direito de exigir, nos termos do artigo 5.º desse processo-tipo, que o diferendo seja julgado pelo tribunal arbitral, ainda que a outra parte a tal se oponha. Recorda que, quando se tenham absterido de adoptar, na respectiva convenção colectiva, regras processuais para pôr termo aos seus litígios, as partes encontram-se vinculadas, nos termos do artigo 22.º da Lei n.º 217, de 13 de Junho de 1973, a seguir o processo tipo.

A *Comissão* observa, por outro lado, que este processo tipo apenas se aplica, em princípio, aos litígios relativos à interpretação de uma convenção colectiva. Mas salienta que é costume aplicá-lo igualmente aos litígios relativos à interpretação de uma lei (os quais são normalmente da competência dos tribunais comuns) que estejam estreitamente relacionados com os que tenham por objecto a interpretação das convenções colectivas.

B — *Quanto às questões colocadas pelo tribunal arbitral respeitantes ao alcance do princípio da igualdade de remunerações*

a) *A quem incumbe o ónus da prova?* [questão 1 a)]

A *Federação dos Empregados HK* salienta que, face ao mecanismo das majorações individuais aplicadas às remunerações de base, os trabalhadores assalariados do sexo feminino encontram-se na impossibilidade de identificar as causas de uma diferença entre o seu salário e o de um trabalhador masculino que efectue o mesmo trabalho. É-lhes desse modo impossível fornecer a prova da existência, no seu caso, de discriminação em razão do sexo. Nestas condições, torna-se necessária uma repartição do ónus da prova. Caberia em primeiro lugar ao trabalhador feminino demonstrar a existência de uma diferença salarial relativamente a um trabalho idêntico ou com o mesmo valor, e compete em seguida ao empregador demonstrar que esta diferença não representa uma discriminação em razão do sexo.

A *Confederação Patronal DA* não exclui que o trabalhador possa ter dificuldades em provar a existência de discriminação, mas entende que a alteração das regras do ónus da prova pode dar lugar a abusos. Cabe assim ao trabalhador provar que a diferença salarial se deve a considerações ligadas ao sexo. Assinala que, em 24 de Maio de 1988, a *Comissão* apresentou uma proposta de directiva destinada a flexibilizar este ónus no domínio da igualdade de remunerações (JO C 176 de 5.7.1988, p. 5). Nos termos desta directiva, o assalariado deve demonstrar existir uma presunção de discriminação directa ou indirecta com base num facto ou série de

factos, presunção que competirá ao empregador ilidir. Enquanto esta proposta de directiva não for adoptada, é sobre o trabalhador assalariado que impende o ónus da prova.

Os governos britânico, português e italiano defendem que se aplique, desde já, a repartição do ónus de prova, prevista na proposta da directiva, em casos como o presente. A partir do momento em que o assalariado fornece sérios indícios da existência de uma discriminação, cabe ao empregador provar que a diferença salarial se deve a considerações alheias a qualquer discriminação. Tanto o Governo britânico como o Governo italiano referem-se ao facto do trabalhador não ter, muitas vezes, conhecimento das considerações que poderão ter influído no cálculo da remuneração.

O Governo britânico salienta resultar já do acórdão do Tribunal de 13 de Maio de 1986 (Bilka/Weber von Hartz, 170/84, Colect., p. 1607) que, quando o trabalhador faz prova perfunctória de uma discriminação indirecta, cabe ao empregador demonstrar que a prática salarial se explica por factores objectivamente justificados e alheios a qualquer discriminação em razão do sexo. O Governo britânico admite que é difícil distinguir se o diferendo apresentado no tribunal arbitral diz respeito a um caso de discriminação directa ou indirecta. De qualquer modo, o acórdão Bilka aplica-se igualmente aos casos de discriminação directa.

A Comissão entende igualmente que a jurisprudência do Tribunal contém já todos os elementos necessários para responder à questão relativa ao ónus da prova. Refere-se tanto ao acórdão Bilka (supracitado) como ao proferido pelo Tribunal em 31 de Março

de 1981 (Jenkins/Kingsgate, 96/80, Recueil, p. 911). A referida proposta de directiva baseia-se, aliás, nesta jurisprudência.

b) O facto da remuneração média dos trabalhadores femininos ser inferior às dos trabalhadores masculinos constitui, por si só, prova de discriminação contrária à directiva relativa à igualdade de remunerações? [questões 3 a) e b)]

A Federação dos Empregados HK considera que tal facto estabelece uma presunção de infracção. Cabe ao empregador refutá-la provando, em concreto, que a causa da diferença entre as remunerações médias dos trabalhadores masculinos e femininos não se baseia no sexo.

Segundo a Confederação Patronal DA, resulta do acórdão do Tribunal de 27 de Março de 1980 (Macarthys/Smith, 129/79, Recueil, p. 1275) que a discriminação directa apenas pode ser provada com base numa apreciação concreta do trabalho efectuado por trabalhadores de sexo diferente que ocupem o mesmo lugar de trabalho ou trabalhem no mesmo sector da empresa. Não pode assim bastar a comparação das remunerações médias atribuídas aos trabalhadores masculinos e femininos de uma empresa.

O Governo britânico partilha da opinião da Federação de Empregados HK, e o Governo português faz seu o parecer da Confederação Patronal DA.

O *Governo italiano* alega que, se no caso em apreço existe discriminação, esta será indirecta, já que resulta de uma prática salarial que desfavorece sistematicamente os trabalhadores femininos. A noção de discriminação indirecta conduz assim logicamente à noção de prova estatística. Uma discriminação sistemática apenas pode, de facto, ser provada através de uma apreciação dos seus efeitos baseada em valores numéricos.

A *Comissão* admite resultar do acórdão *Marcarthys* (supracitado) que uma diferença entre as remunerações médias de trabalhadores masculinos e femininos não constitui, em si, prova de discriminação, já que esta deve provar-se caso a caso. Esta diferença estabelece, no entanto, uma presunção de que o sistema de classificação profissional utilizado não é isento de discriminação em razão do sexo. Cabe ao empregador ilidir essa presunção, provando que a diferença entre as remunerações atribuídas a trabalhadores masculinos e femininos se deve a factores objectivamente justificados.

c) *Factores como a flexibilidade, a antiguidade ou a formação profissional do empregado podem justificar uma diferença salarial entre trabalhadores masculinos e femininos?* [questões 1 b), 2 a), b) e c]

A *Federação dos empregados HK* observa que o empregador não pode diferenciar as remunerações atribuídas aos trabalhadores, remetendo, sem qualquer explicação, para critérios subjectivos não mensuráveis como a flexibilidade. Por outro lado, os empregado-

res poderão conceder majorações individuais com base em critérios objectivos, como a antiguidade. A formação profissional não pode, em princípio, justificar uma desigualdade salarial para o mesmo trabalho, excepto se o empregador provar tratar-se de um trabalho provisório que conduzirá o trabalhador a um trabalho mais qualificado.

A *Confederação Patronal DA* considera que os empregadores podem fixar a remuneração dos trabalhadores em função de critérios subjectivos, contanto que indiquem aos interessados quais os critérios tomados em consideração. Salienta que todos os critérios mencionados no artigo 9.º da convenção colectiva, como a capacidade, a autonomia, o grau de responsabilidades dos trabalhadores e a qualidade do respectivo trabalho, são, em parte, subjectivos e que as partes signatárias, HK e DA, não deixaram de ter em conta que esta convenção implica a obrigação para o empregador de conceder remuneração igual aos trabalhadores masculinos e femininos. O empregador pode, além disso, aumentar a remuneração de um trabalhador que tenha recebido uma formação profissional especial, quando esta o torne apto a desempenhar funções que outros trabalhadores que efectuem o mesmo trabalho não podem exercer.

O *Governo britânico* alega resultar do acórdão *Bilka* (supracitado) que um empregador pode remunerar a flexibilidade ou a formação profissional dos trabalhadores, caso prove que essas qualidades correspondem a uma verdadeira necessidade da empresa e que a sua recompensa é indispensável à prossecução do objectivo em vista.

Para o *Governo português*, a remuneração não pode basear-se em critérios subjectivos como a flexibilidade do trabalhador. Em contrapartida, o empregador pode ter em conta a antiguidade bem como a formação profissional do trabalhador.

O *Governo italiano* entende que critérios como a flexibilidade ou a formação profissional são susceptíveis de justificar uma diferente remuneração desde que o empregador prove que o trabalho efectivamente efectuado pelo trabalhador requer que este preencha aqueles requisitos. Quanto à antiguidade, esta constitui um critério objectivo que justifica, por si só, uma remuneração suplementar do empregado.

A *Comissão* considera que deve distinguir-se entre os três critérios visados pelas questões do tribunal de reenvio, como sejam a flexibilidade, a formação profissional e a antiguidade do trabalhador. A flexibilidade do empregado é um critério que joga normalmente em desfavor das mulheres. Deste modo, o empregador deve provar, tal como o Tribunal esclareceu fundamentalmente no seu acórdão Bilka, que a remuneração dessa flexibilidade corresponde a uma verdadeira necessidade da empresa, sendo indispensável à sua satisfação. Quanto à formação profissional, esta pode ser tida em consideração na medida em que seja objectivamente importante para as funções que o trabalhador em questão exerce efectivamente. É o que acontece no caso de a formação profissional se reflectir indirectamente na eficácia demonstrada pelo trabalhador no exercício das suas funções. A antiguidade pode justificar objectivamente uma diferença salarial, dado que se reflecte quase sempre sobre o modo,

mais ou menos eficaz, como o trabalhador exerce as suas funções.

d) *A aplicação de diferentes convenções colectivas justifica uma diferença salarial, designadamente quando uma dessas convenções é exclusivamente aplicável a trabalhadores femininos?* [questões 4 a) e b]

A *Federação dos Empregados HK* alega que o facto de as remunerações atribuídas aos trabalhadores masculinos e femininos serem reguladas por convenções diferentes não justifica, por si só, uma diferença salarial.

A *Confederação Patronal DA* admite que, em princípio, o empregador não se encontra dispensado da obrigação de pagar uma remuneração igual pelo simples facto de diversos grupos de trabalhadores estarem sujeitos a convenções diferentes. No entanto, quando duas convenções fixam taxas de remuneração mínimas diversas, isso indica que as partes signatárias acordaram em que não se trata do mesmo trabalho ou de trabalho de valor igual.

Para o *Governo britânico*, o facto de as remunerações serem reguladas por convenções diferentes não justifica, por si só, uma diferença salarial. Salienta, no entanto, que nos termos do artigo 4.º da directiva sobre a igualdade de remunerações, os Estados-membros devem adoptar as medidas necessárias para que as normas das convenções contrárias ao princípio da igualdade de remunerações possam ser anuladas ou modificadas.

O *Governo português* considera que as diferenças salariais resultantes da aplicação de diversas convenções colectivas traduzem uma discriminação, sempre que se verifique que uma dessas convenções é unicamente aplicável a trabalhadores femininos.

O *Governo italiano*, que entende que as questões visam convenções relativas a diferentes sectores de produção, não exclui que, aquando da negociação dos salários, os parceiros sociais continuem a subavaliar sistematicamente o trabalho nas situações em que a mão-de-obra feminina seja predominante. Considera, no entanto, que o âmbito de aplicação da directiva relativa à igualdade das remunerações não pode ser alar-

gado aos contratos de trabalho relativos a sectores de produção diversos.

A *Comissão* considera que o facto de os trabalhadores masculinos e femininos ao serviço do mesmo empregador estarem sujeitos a duas convenções diferentes, das quais uma se aplica exclusivamente aos trabalhadores femininos, não constitui uma justificação válida para a diferença entre os salários correspondentes ao mesmo trabalho ou a trabalho de igual valor.

R. Joliet
Juiz relator