1. Les indemnités octroyées au travailleur par l'employeur à l'occasion de la cessation de la relation de travail constituent une forme de rémunération différée, à laquelle le travailleur a droit en raison de son emploi, mais qui lui est versée au moment de la cessation de la relation de travail, dans le but de faciliter son adaptation aux circonstances nouvelles résultant de celle-ci. De telles indemnités entrent de ce fait dans la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité.

2. L'article 119 du traité s'oppose à l'application d'une disposition d'une convention collective, conclue pour les services publics nationaux, qui permet aux employeurs d'exclure du bénéfice d'une indemnité temporaire en cas de cessation de la relation de travail des travailleurs à temps partiel, lorsqu'il s'avère qu'en fait un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes travaille à temps partiel, à moins que l'employeur n'établisse que ladite disposition est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

3. En présence d'une discrimination indirecte dans une disposition d'une convention collective, les membres du groupe défavorisé, hommes ou femmes, doivent être traités de la même façon et se voir appliquer le même régime que les autres travailleurs, proportionnellement à leur temps de travail, régime qui, à défaut de la transposition correcte de l'article 119 du traité en droit national, reste le seul système de référence valable.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-33/89 *

I — Faits et procédure

Mme Maria Kowalska, demanderesse au principal (ci-après « demanderesse ») a été occupée à temps partiel en tant qu'employée de justice par la défenderesse au principal, à savoir la ville libre et hanséatique de Hambourg (ci-après « défenderesse »), du 1er octobre 1974 au 31 juillet 1987. Son dernier traitement mensuel brut s'élevait à 1 477,01 DM. La relation de travail était régie par les dispositions de la convention collective des agents contractuels du service public (Bundesangestelltentarifvertrag, ci-après « BAT »). Selon l'article 62 du BAT, les employés avec lesquels une durée de travail normale a été convenue ont droit, à certaines autres conditions supplémentaires, lors de leur départ, à une indemnité temporaire. Il est constant entre les parties que la demanderesse remplit toutes les conditions d'octroi de cette indemnité temporaire, à l'exception de celle qui prévoit que l'indemnité temporaire n'est accordée qu'aux employés effectuant une durée de travail d'au moins 38 heures. Il est, en outre,

* Langue de procédure: l'allemand.

constant entre les parties que le montant de l'indemnité temporaire, au cas où la demanderesse y aurait droit, se monterait, conformément à l'article 2 du BAT, à 4 431,03 DM (brut).

L'indemnité temporaire, qui est accordée comme une sorte d'aide transitoire au titre du devoir d'assistance de l'employeur en cas de cessation de la relation de travail dans le service public non imputable à l'intéressé (par exemple, lorsque la limite d'âge est atteinte, lorsque les droits à pension sont exercés ou en cas d'incapacité de travail), a toujours été réservée aux travailleurs à plein temps parce qu'elle se fonde sur une réglementation de la fonction publique qui ne connaissait que le travail à plein temps. L'indemnité temporaire a été incluse en 1961 dans la convention collective aux employés contractuels du service public, après de nombreuses modifications; à cette occasion, la discrimination ouverte opérée à l'égard des employés de sexe féminin a été abandonnée et la réglementation encore en vigueur aujourd'hui a été convenue.

Parmi les agents des services publics en République fédérale d'Allemagne, la proportion de femmes travaillant à temps partiel dépasse considérablement celle des femmes travaillant à temps plein. En 1987, les femmes représentaient 55,5 % des agents à temps plein dans les services publics proprement dits; dans les autres services, cette proportion était de 52,2 %. Dans les services publics proprement dits, les femmes représentaient 77,3 % des agents à temps partiel, contre 97,8 % dans les autres services. Parmi les agents à temps partiel travaillant 20 heures et plus par semaine, la proportion de femmes atteint 90,2 %.

Ayant atteint l'âge de soixante ans le 10 juillet 1987, la demanderesse a quitté, le 31 juillet 1987, son emploi auprès de la défenderesse. Elle a, par la suite, sollicité le paiement d'une indemnité temporaire au titre de l'article 62 du BAT, qui lui a été refusée. Par recours déposé devant l'Arbeitsgericht Hamburg (République fédérale d'Allemagne), Mme Kowalska cherche à obtenir de la défenderesse le paiement de cette indemnité. Elle soutient notamment que la limitation du bénéfice de cette indemnité aux agents à temps plein constituerait une discrimination indirecte à l'égard des femmes et serait contraire à l'article 119 du traité CEE ainsi qu'à la directive 75/117/CEE 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. La différence faite dans la convention collective entre les agents à temps plein et les agents à temps partiel ne reposerait sur aucune justification objective. En revanche, la défenderesse estime que la différence de traitement entre les employés à temps plein et les employés à temps partiel serait objectivement justifiée par le fait que les employés à temps partiel ne mettent pas à la disposition de l'employeur leur capacité de travail intégrale.

L'Arbeitsgericht Hamburg ayant des doutes sur la compatibilité de la réglementation litigieuse avec le droit communautaire ainsi que sur les conséquences juridiques découlant d'une incompatibilité éventuelle de la convention collective avec le droit communautaire compte tenu de l'autonomie dont bénéficient les parties aux conventions collectives pour l'adoption du régime, il a sursis à statuer et a déféré à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, les questions préjudicielles suivantes:

« 1) L'article 119 du traité CEE de 1957 est-il enfreint en raison d'une 'discrimination indirecte à l'égard des femmes' lorsqu'une convention collective conclue pour les services publics en République fédérale d'Allemagne prévoit une indemnité temporaire (Übergangsgeld) d'un montant allant jusqu'à quatre mois de salaire, tirant historiquement son origine du droit des fonctionnaires, en cas de cessation de la relation de travail pour des raisons non imputables à l'agent (notamment en cas d'arrivée à la limite d'âge, de mise à la retraite, d'incapacité de travail ou de diminution très importante de la capacité de travail), mais exclut du bénéfice de cette indemnité les agents dont le contrat de travail ne porte pas sur la totalité de la durée normale de travail (38 heures par semaine), et lorsque la proportion des femmes travaillant à temps partiel par rapport à l'ensemble des agents à temps partiel relevant de la convention collective est considérablement plus élevée que la proportion des femmes par rapport à l'ensemble des agents travaillant à temps complet et relevant de ladite convention collective?

2) S'il est répondu par l'affirmative à la question 1: résulte-t-il des dispositions combinées des articles 119 et 117 du traité CEE et/ou des dispositions de la directive 75/117/CEE du Conseil que les agents à temps partiel disposent, nonobstant le régime prévu par la convention collective, d'un droit (proportionnel à leur horaire de travail) à l'indemnité temporaire, ou bien l'autonomie dont disposent les parties aux conventions collectives pour l'adoption d'un régime fait-elle obstacle à l'existence d'un tel droit? »

Le tribunal de renvoi exprime l'avis que l'exclusion des travailleurs à temps partiel de l'indemnité temporaire prévue à l'article 62 du BAT constitue une discrimination indirecte à l'égard des femmes qui ne peut pas être objectivement justifiée. Compte tenu du nombre élevé du personnel à temps partiel, il estime qu'il ne peut exister, pour les employeurs publics, une nécessité particulière de privilégier spécialement le personnel à temps complet. Toutefois, le tribunal de renvoi émet des doutes sur la question de savoir si l'existence d'une discrimination indirecte impliquerait juridiquement pour les agents à temps partiel le droit de bénéficier d'un traitement ou si l'autonomie dont disposent les parties aux conventions collectives s'oppose à ce qu'il comble la lacune juridique qui résulterait d'une incompatibilité de la convention collective avec le droit communautaire.

L'ordonnance de renvoi de l'Arbeitsgericht Hamburg a été enregistrée au greffe de la Cour le 9 février 1989.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été déposées par la partie demanderesse au principal, représentée par Me Klaus Bertelsmann, avocat au barreau de Hambourg, et par M. le professeur Heide Pfarr, par la partie défenderesse au principal, représentée par Mes Wolfgang Scheer et Rolf Stahmer, avocats au barreau de Hambourg, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Bernhard Jansen, membre de son service juridique, en qualité d'agent.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans mesure d'instruction préalable. Par décision de la Cour du 18

octobre 1989, l'affaire a été renvoyée devant la sixième chambre.

II — Observations écrites déposées devant la Cour

Sur la première question

Selon la *partie demanderesse*, l'indemnité temporaire prévue par une convention collective constitue indubitablement une rémunération au sens de l'article 119 du traité. Le traitement désavantageux des agents à temps partiel par les dispositions de l'article 62 du BAT par rapport aux agents à temps complet en ce qui concerne la rémunération constituerait une discrimination indirecte à l'égard des femmes et violerait ainsi l'article 119 du traité CEE et la directive 75/117. L'exclusion des agents à temps partiel du bénéfice de l'indemnité temporaire ne pourrait pas — compte tenu des difficultés rencontrées par les travailleurs féminins pour exercer une activité à temps complet — être justifiée par des circonstances excluant une discrimination fondée sur le sexe. Il n'existerait pas de justification objective de l'exclusion de la catégorie des agents à temps partiel du bénéfice de l'indemnité temporaire au titre de l'article 62 du BAT.

L'exclusion des agents à temps partiel du bénéfice de l'indemnité temporaire représenterait un traitement inférieur à celui auquel ils auraient droit proportionnellement à leur temps de travail: l'évaluation de la différence entre le travail à temps complet et le travail à temps partiel ne devrait pas prendre une forme telle que les agents à temps partiel ne percevraient plus aucune prestation, mais devrait affecter uniquement de manière proportionnelle le montant de la prestation. Ainsi, les agents à temps partiel dont la durée de travail est égale à la moitié de la durée de travail des agents à temps complet ne devraient percevoir, selon la demanderesse, que la moitié de l'indemnité temporaire à laquelle ont droit les agents à temps complet. Seule une telle démarche assurerait un traitement proportionnel aux agents à temps partiel et permettrait d'éviter toute autre discrimination indirecte des femmes qui serait susceptible d'être pratiquée à cet égard.

La *partie défenderesse* estime que l'indemnité temporaire au sens de l'article 62 du BAT ne correspond pas à la notion de rémunération au sens de l'article 119, paragraphe 2, du traité CEE, car elle n'est pas versée directement en contrepartie du travail ou des services effectués, mais vise à faciliter pour le travailleur ayant dû quitter son emploi pour certains motifs la transition vers un nouvel emploi, une autre source de revenus ou la situation de retraité. De plus, elle souligne que l'indemnité temporaire serait d'origine légale dans le sens qu'avant la conclusion du BAT du 23 février 1961 le versement d'une indemnité temporaire résultait de décrets et de règlements tarifaires.

A titre alternatif, la partie défenderesse soutient qu'il ne peut pas exister de discrimination à l'égard des travailleurs de sexe féminin à temps partiel lorsqu'une disposition contenant un droit est même plus favorable, dans son domaine d'application, aux travailleurs de sexe féminin qu'à ceux de sexe masculin ou comporte des cas d'ouverture spécifique en faveur des femmes sur la base de leur sexe. Ce serait le cas en ce qui concerne l'article 62 du BAT. Elle renvoie, notamment, aux lois en matière de pensions qui prévoient exclusivement pour les travailleurs féminins la possibilité de percevoir la pension de retraite dès l'âge de soixante ans; dans ce cas, le BAT permettrait aux agents de sexe féminin de bénéficier de l'indemnité

temporaire. Le droit à l'indemnité temporaire en cas de résiliation volontaire du contrat de travail après la naissance d'un enfant bénéficierait également exclusivement aux femmes.

En revanche, la *Commission* insiste que l'indemnité temporaire est une rémunération au sens de l'article 119 du traité CEE, puisqu'il s'agit d'un avantage en espèces payé directement par l'employeur au travailleur, dont l'octroi et le montant dépendent de la durée de la relation de travail et du montant de la rémunération mensuelle conventionnelle. Elle renvoie, à cet égard, aux arrêts du 25 mai 1971, Defrenne I (80/70, Rec. p. 445), et du 9 février 1982, Garland (12/81, Rec. p. 359). Elle renvoie également à l'arrêt du 8 avril 1975, Defrenne II (43/75, Rec. p. 455), pour étayer sa thèse que l'interdiction des discriminations énoncée à l'article 119 du traité CEE s'applique également aux conventions collectives. Étant donné le caractère fondamental de cette interdiction, les parties aux conventions collectives ne pourraient être autorisées à violer cette interdiction.

En République fédérale d'Allemagne, dans le service public, il s'avérerait, des statistiques existant également à l'échelon communautaire et national, que la proportion de femmes travaillant à plein temps serait beaucoup plus faible que celle des femmes travaillant à temps partiel, cette dernière catégorie comptant plus de 75 % de femmes. De plus, la Commission estime que l'argumentation exposée par les parties devant le tribunal de renvoi ne contient aucun élément en faveur de la thèse que la discrimination des employées à temps partiel, qui consiste à les exclure de l'octroi de l'indemnité temporaire en question, pourrait être objectivement justifiée. A cet égard, la genèse de la clause de la convention collective qui est en cause serait révélatrice puisque, dans sa version originale, cette disposition prévoyait même une discrimination directe au détriment des femmes. La considération que les travailleurs à temps partiel ne mettent pas à la disposition de l'employeur public, contrairement aux travailleurs à temps plein, toute leur capacité de travail pourrait, le cas échéant, justifier l'application d'une règle de proportionnalité, mais pas l'exclusion complète du bénéfice d'une prestation. La circonstance que l'indemnité temporaire a été instituée sur le modèle d'un statut de fonctionnaires ne connaissant que les travailleurs à temps plein ne serait pas non plus une justification suffisante dans ce contexte. Enfin, compte tenu de l'importance du travail à temps partiel sur le marché du travail, on ne pourrait prétendre que l'employeur public n'a pas une obligation d'assistance vis-à-vis des travailleurs à temps partiel comparable à celle qu'il a envers les travailleurs à temps plein. Elle ne voit, dès lors, aucun motif de justification valable.

La Commission propose, dès lors, que la Cour réponde à la première question posée comme suit:

« Une disposition d'une convention collective qui exclut les travailleurs à temps partiel du bénéfice d'une indemnité temporaire octroyée en cas de cessation de la relation de travail pour des raisons non imputables aux travailleurs doit, dans les circonstances de l'espèce, être considérée comme une discrimination à l'égard des femmes et, par conséquent, comme une violation de l'article 119 du traité CEE, à moins que l'employeur ne démontre, à la satisfaction du tribunal de renvoi, que cette disposition est fondée sur des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. »

Sur la seconde question

Selon la *demanderesse au principal*, il convient de répondre à la seconde question que les agents à temps partiel exclus du bénéfice de l'indemnité temporaire par le BAT auraient droit — contrairement aux dispositions de la convention collective — au paiement de cette indemnité, proportionnellement à leur temps de travail. Pour étayer sa thèse, elle renvoie aux arrêts du 8 avril 1976, précité, du 4 décembre 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging (71/85, Rec. p. 3855), et du 24 juin 1987, Borrie Clarke (384/85, Rec. p. 2865).

La demanderesse au principal estime que, lorsque des régimes juridiques collectifs, tels que des conventions collectives, sont contraires au droit communautaire, il ne peut être mis fin à la discrimination qu'en ouvrant à la catégorie des personnes discriminées le droit aux prestations dont elles devraient bénéficier en l'absence de discrimination par rapport à la catégorie de personnes favorisées. Il ne serait pas conciliable avec le « droit fondamental » consacré par l'article 117 du traité CEE que, en cas de discriminations dans des conventions collectives, la défense des intérêts de la catégorie des personnes discriminées puisse conduire à ce que les avantages soient compensés non pas par un rehaussement des rémunérations les plus basses pour un même travail, mais par l'adoption de dispositions de type différent. Toutefois, les parties à la convention collective resteraient libres d'adopter pour l'avenir, dans une nouvelle convention collective, des autres dispositions non discriminatoires.

Selon la *défenderesse au principal*, la seconde question est sans objet. Toutefois, pour le cas où il serait répondu par l'affirmative à la première question, elle estime que la question de savoir quels sont les effets de la violation, par des dispositions conventionnelles, de règles de droit communautaire serait, en tout état de cause, une question relevant du droit national dès lors que l'on trouve dans ce dernier des moyens suffisants de garantir l'effet direct des règles communautaires. Ce serait le cas en ce qui concerne les conventions collectives conclues en République fédérale d'Allemagne où l'article 134 du *Bürgerliches Gesetzbuch* prévoit que tout acte juridique (y inclus les conventions collectives) qui contrevient à une interdiction légale serait nul lorsque la loi n'en dispose pas autrement. Elle renvoie également aux articles 139 et 140 du *Bürgerliches Gesetzbuch* qui s'appliquent également dans leur principe au domaine des conventions collectives. La violation d'interdictions prévues par le traité CEE serait analogue à celle d'une interdiction légale au sens de l'article 134 du *Bürgerliches Gesetzbuch*. L'ordre juridique national garantirait donc, dans cette mesure, l'effet direct des règles communautaires. Il incomberait aux tribunaux nationaux de décider si, dans le cas concret, une disposition conventionnelle contraire à l'interdiction de discrimination doit être nulle ou partiellement nulle ou doit être convertie en acte valide.

A titre alternatif, la défenderesse maintient que, si l'on accepte que l'article 62 du BAT vise effectivement une rémunération et se révèle, en outre, discriminatoire, alors cette disposition serait nulle dans sa totalité. La nullité partielle de la limitation aux travailleurs à temps complet serait exclue. Cela résulterait du fait que les signataires n'auraient pas souhaité le maintien de l'article 62 du BAT s'ils avaient eu connaissance de la nullité de ladite limitation.

Le résultat serait le même si l'on se réfère à l'arrêt du 8 avril 1976, précité. Dans le cas

visé par cet arrêt, le droit du groupe avantagé à un salaire plus élevé ne serait pas affecté par la nullité des dispositions applicables au groupe désavantagé, et l'État membre entendrait compenser cet avantage non pas en relevant les salaires moins élevés pour le même travail, mais par des dispositions d'une autre nature. En revanche, en l'espèce, l'avantage dont bénéficie une catégorie et le désavantage subi par l'autre seraient, au contraire, étroitement liés.

L'indemnité temporaire serait une prestation spéciale versée par l'employeur, à caractère exceptionnel, peu courante dans la vie active et d'une nature juridique spécifique, de telle sorte que son maintien ne serait pas indispensable aux fins de l'amélioration des conditions de vie et de travail dans le sens du progrès.

Enfin, la défenderesse souligne l'autonomie dont disposent les parties aux conventions collectives en République fédérale d'Allemagne. Le traité de Rome présupposerait l'existence de telles conventions; cela résulterait de l'article 118 du traité CEE, qui vise à favoriser une collaboration entre les États membres dans le domaine du droit syndical et des négociations collectives. Il serait contraire à cette autonomie que la Cour se prononce en faveur d'une « clause de la catégorie la plus favorisée » en ce sens que l'avantage discriminatoire dont bénéficie une catégorie par rapport à une autre ne conduirait pas à l'invalidation de la disposition qui le prévoit, mais à la reconnaissance, en faveur de la catégorie lésée, d'un droit à bénéficier pleinement du même avantage.

Selon la défenderesse, une telle solution ne pourrait éventuellement produire des effets pour le passé et dans le passé que pour les travailleurs ayant introduit antérieurement un recours ou une réclamation. En outre, la reconnaissance d'un droit pour le passé ne serait possible que dans l'hypothèse où les signataires n'auraient pas d'autre possibilité que d'annuler l'inégalité de traitement prévue dans le passé. Pour l'avenir, toutefois, les parties aux conventions collectives devraient être laissées libres de décider de quelle façon elles entendent remplacer ou compléter une disposition conventionnelle nulle par une autre règle valide. Aussi longtemps que les signataires n'auront pas adopté de nouvelles dispositions, la prestation visée ne pourrait plus être versée aux travailleurs de l'un ni de l'autre sexe. De cette façon, le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes serait respecté, si bien qu'il n'y aurait pas non plus de lacune conventionnelle, c'est-à-dire de nécessité d'adopter de nouvelles dispositions.

Selon la *Commission*, il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'interdiction des discriminations marque la limite de l'autonomie des conventions collectives. Il n'en serait pas moins vrai que les parties à la convention collective peuvent éliminer une discrimination existante de plusieurs manières, et en l'espèce, par exemple, en étendant la réglementation relative à l'indemnité temporaire aux travailleurs à temps partiel ou en supprimant cet avantage, la première solution permettant d'ailleurs de moduler le montant de cette indemnité. Toutefois, aussi longtemps que cela n'a pas été fait, la réglementation applicable actuellement aux travailleurs à temps plein resterait le seul point de référence valable. Pour les travailleurs à temps partiel, cela signifierait concrètement, dans les circonstances de l'espèce, que ces derniers auraient également droit à l'indemnité temporaire, dans la mesure où ils remplissent toutes les autres conditions d'octroi, l'application du principe de proportionnalité étant déjà garantie par le fait que l'indemnité est calculée sur la base du dernier traitement. Elle renvoie, à

cet égard, à l'arrêt du 8 avril 1976, précité ainsi qu'aux arrêts du 24 mars 1987, McDermott et Cotter (286/85, Rec. p. 1453), et du 24 juin 1987, précité.

En conclusion, la Commission suggère de répondre à la seconde question posée comme suit:

« Si une disposition d'une convention collective est contraire à l'article 119 du traité CEE, les juridictions saisies ont le droit et l'obligation d'éliminer cette infraction en appliquant aux travailleurs défavorisés le régime plus favorable applicable aux travailleurs ne faisant pas l'objet de cette discrimination, en tenant compte, le cas échéant, du principe de proportionnalité. »

T. F. O'Higgins
Juge rapporteur