CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. M. POIARES MADURO
présentées le 18 mai 2006 [1]

1. La présente demande de décision préjudicielle est soumise par la Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) (Royaume-Uni) et porte sur le développement de la jurisprudence communautaire relative à l'égalité de rémunération. Au cœur de la polémique se retrouve la question du maintien du principe posé par l'arrêt Danfoss [2], à savoir que l'ancienneté, utilisée comme critère déterminant pour la rémunération, n'a pas à être justifiée par un employeur, même si elle désavantage les travailleurs féminins, car «l'ancienneté va de pair avec l'expérience et [...] celle-ci met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations». La présente espèce ne remet pas directement en cause les systèmes de rémunération où l'ancienneté est utilisée comme critère déterminant, mais peut avoir une incidence indirecte sur eux. Ce qui est en jeu, c'est, tout d'abord, la répartition de la charge de la preuve entre l'employeur et le travailleur en vue de déterminer si peut se justifier une discrimination indirecte que fait naître un système de rémunération utilisant l'ancienneté comme critère déterminant et, ensuite, la question de la nature de la justification requise et la portée de la charge de la preuve. S'il doit être admis en général que l'ancienneté est un outil légitime pour récompenser l'expérience et l'efficacité, il sera alors impossible pour un travailleur de contester un système de rémunération reposant sur l'ancienneté, même si, dans les faits, il désavantage les travailleurs féminins. À l'inverse, s'il devait être conclu qu'un employeur doit justifier toute différence de traitement résultant de l'application du critère de l'ancienneté en tant qu'élément déterminant de la rémunération, il pourra s'avérer difficile pour celui-ci d'apporter des éléments précis et détaillés démontrant que l'efficience et la productivité se bonifient avec l'ancienneté.

I — Cadre juridique

2. La présente espèce concerne l'égalité entre les hommes et les femmes, principe fondamental de droit communautaire en application des articles 2 CE et 3, paragraphe 2, CE qui fait partie des fonde-

1 — Langue originale: le portugais.

2 — Arrêt du 17 octobre 1989 (109/88, Rec. p. 3199, point 24).

ments de la Communauté [3]. Le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur est inscrit à l'article 141 CE, qui dispose:

«1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.»

3. L'article 141 CE est complété par plusieurs textes de droit dérivé. 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 [4], garantit que les caractéristiques et conditions de rémunération ne créent pas de discrimination entre les hommes et les femmes. L'article 1er de la directive 75/117 dispose expressément ceci:

«Le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, qui figure à l'article [141 CE] et qui est ci-après dénommé 'principe de l'égalité des rémunérations', implique, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, l'élimination, dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe.

En particulier, lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, ce système doit être basé sur des critères communs

3 — Arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455, point 12).

4 — JO L 45, p. 19.

aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe.»

4. Bien que l'article 141 CE ne le prévoie pas expressément, la notion de discrimination indirecte fondée sur le sexe a été développée par la jurisprudence [5], puis inscrite dans les textes. La directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe [6], définit en son article 2, paragraphe 2, la discrimination indirecte fondée sur le sexe: «Aux fins du principe de l'égalité de traitement visé au paragraphe 1, une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés».

5. Bien que les directives suivantes ne soient pas applicables en l'espèce, il importe de noter que la notion de la discrimination indirecte fait aujourd'hui l'objet d'une définition uniforme dans les directives 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique [7], 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [8], et 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail [9], modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 [10]. L'article 2 de la directive 76/207 modifiée dispose qu'il faut entendre par «'discrimination indirecte': la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires».

6. S'agissant de la répartition de la charge de la preuve dans des affaires d'égalité de traitement, la directive 97/80 dispose également, en son article 4, que, si la demanderesse établit «des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu

5 — Arrêt du 31 mars 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911).
6 — JO 1998, L 14, p. 6.
7 — JO L 180, p. 22.
8 — JO L 303, p. 16.
9 — JO L 39, p. 40.
10 — JO L 269, p. 15.

violation du principe de l'égalité de traitement» [11].

7. Le rapport entre l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80, définissant la notion de discrimination indirecte, et son article 4, relatif à la répartition de la charge de la preuve, sera essentiel pour répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi et déterminer si un système de rémunération dans lequel l'ancienneté est un facteur déterminant peut conduire à une discrimination indirecte.

II — Faits, procédures et questions préjudicielles

8. M^me^ B. F. Cadman est employée par le Health and Safety Executive (Bureau pour la santé et la sécurité, ci-après le «HSE»), agence nationale compétente en matière de sécurité et de salubrité des conditions de travail en Grande-Bretagne.

9. M^me^ Cadman est entrée au service du HSE en juin 1990 en qualité d'inspecteur du travail. Elle a été promue à l'issue de sa formation en juin 1993. En 1996, elle a été nommée responsable d'une unité de contrôle et a bénéficié d'une nouvelle promotion au grade d'inspecteur principal de la santé et de la sécurité de 2^e^ classe. En février 2001, elle a été mutée à un poste opérationnel en qualité de responsable d'une unité de gestion de services extérieurs.

10. Durant la période où M^me^ Cadman a servi au HSE, le système de rémunération a été modifié à plusieurs reprises. Avant 1992, le système reposait sur des augmentations indiciaires, c'est-à-dire que chaque collaborateur bénéficiait d'une augmentation annuelle jusqu'à ce qu'il ou elle atteigne l'échelon le plus élevé de son grade. En 1992, le HSE a introduit un élément lié au rendement permettant d'ajuster l'augmentation annuelle pour refléter les performances individuelles de l'employé. Sous ce système, les employés les plus performants pouvaient atteindre plus rapidement l'échelon le plus élevé. En 1995, à la suite de l'entrée en vigueur d'un accord à long terme sur les rémunérations, les augmentations annuelles étaient fonction de l'attribution de points liés à la performance de l'employé, réduisant ainsi le rythme de réduction des écarts de rémunération entre employés du même grade ayant une grande ancienneté et ceux dont l'ancienneté est moins importante. Enfin, en 2000, les employés se situant aux niveaux les plus bas des échelons ont bénéficié d'augmentations annuelles plus importantes pour permettre une progression plus rapide au sein de l'échelon.

11 — Le même régime est prévu au trente et unième considérant de la directive 2000/78 et au vingt et unième considérant de la directive 2000/43, qui disposent que «l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse».

11. Au cours de l'exercice 2000/2001, la rémunération annuelle de M^me^ Cadman s'élevait à 35 129 GBP, tandis que celles de quatre de ses collègues masculins de même grade étaient respectivement de 39 125 GBP, 43 345 GBP, 43 119 GBP et 44 183 GBP. La différence de rémunération annuelle entre M^me^ Cadman et ses comparateurs, allant de 4 000 à 9 000 GBP, tenait au fait que les quatre comparateurs masculins en question avaient tous une plus grande ancienneté au sein du HSE.

12. En juin 2001, M^me^ Cadman a saisi le Manchester Employment Tribunal (tribunal du travail) d'un recours, affirmant que le système de rémunération du HSE avait un effet défavorable disproportionné envers les travailleurs féminins et que, en conséquence, elle avait droit à une rémunération égale à celle de ses quatre comparateurs masculins. M^me^ Cadman a fondé son action sur la loi de 1970 relative à l'égalité des rémunérations (Equal Pay Act 1970), qui transpose l'article 141 CE.

13. L'article 1^er^ de la loi relative à l'égalité des rémunérations, texte pertinent à cet égard, dispose:

«1) Si un contrat en vertu duquel une femme est employée auprès d'un établissement situé en Grande-Bretagne ne comprend pas (directement ou par référence à une convention collective ou autre) une clause d'égalité, une telle clause sera réputée y être incluse.

2) La clause d'égalité est une stipulation relative aux conditions contractuelles (concernant la rémunération ou non) en vertu desquelles un travailleur féminin est employé (ci-après dénommées le 'contrat du travailleur féminin') et ayant pour effet:

[...]

b) dans le cas où un travailleur féminin est employé pour un travail jugé équivalent à celui d'un travailleur masculin occupant le même emploi:

i) si (à l'exception de la clause d'égalité) une stipulation du contrat de travail féminin est ou devient moins favorable au travailleur féminin qu'une stipulation similaire du contrat de ce travailleur masculin, la stipulation du contrat du travailleur féminin est réputée modifiée de sorte qu'elle cesse d'être moins favorable, et

ii) si (à l'exception de la clause d'égalité) il advient à un moment ou à un autre que le contrat du travailleur

féminin ne renferme pas une stipulation correspondant à un avantage figurant dans le contrat de ce travailleur masculin, le contrat du travailleur féminin sera réputé renfermer une telle stipulation.

[...]

3) La clause d'égalité n'a pas d'effet sur la différence entre le contrat du travailleur féminin et du travailleur masculin si l'employeur démontre que cette différence est réellement due à un critère matériel qui n'est pas la différence de sexe et que ce critère:

a) dans le cas d'une clause d'égalité entrant dans le champ d'application du paragraphe 2, sous b), ci-dessus, résulte d'une réelle différence entre les situations du travailleur féminin et du travailleur masculin [...]».

14. De plus, l'article 1er, paragraphe 1, sous b), ii), de la loi de 1975 relative à la discrimination en raison du sexe (Sex Discrimination Act 1975) interdit toute discrimination indirecte en raison du sexe, à moins qu'elle ne soit justifiée.

15. L'Employment Tribunal, qui a examiné l'affaire de Mme Cadman entre le 7 mai et le 8 juillet 2002, a jugé qu'elle avait droit à une déclaration en application de l'article 1er de la loi relative à l'égalité des rémunérations, selon laquelle les clauses de son contrat de travail relatives à la rémunération devaient être modifiées pour ne pas être moins favorables que celles figurant dans les contrats de travail de ses quatre comparateurs.

16. Le HSE a interjeté appel devant l'Employment Appeal Tribunal, qui, par décision du 22 octobre 2003, a accueilli l'appel sur deux moyens. En premier lieu, il a jugé que, compte tenu de l'arrêt Danfoss, précité, une inégalité des rémunérations résultant de l'application du critère de l'ancienneté n'a pas spécialement à être justifiée. En second lieu, même à supposer qu'une telle justification soit exigée, l'Employment Tribunal a commis une erreur en droit dans l'appréciation de cette affaire.

17. Mme Cadman a, à son tour, interjeté appel devant la juridiction de renvoi. L'Equal Opportunities Commission (commission de l'égalité des chances, ci-après l'«EOC») a été admise à présenter des observations écrites et orales en qualité de partie intervenante. L'EOC a produit des éléments probants (acceptés par toutes les parties au litige) montrant que, au Royaume-Uni comme dans toute l'Union européenne, l'ancienneté des travailleurs féminins est, dans l'ensemble, inférieure à celle des travailleurs masculins et que l'ancienneté, utilisée comme critère déterminant pour la rémunération, était un facteur de la persistance des écarts de rémunérations entre travailleurs masculins et féminins.

18. Le HSE a toujours défendu sa politique salariale, réaffirmant que la différence de rémunération tenait au fait que M^me^ Cadman avait une ancienneté moindre, facteur déterminant et objectif qui distingue sa situation de celle de ses quatre comparateurs masculins, comme le prévoit la jurisprudence Danfoss.

19. D'un autre côté, M^me^ Cadman et l'EOC affirment que la jurisprudence Danfoss a été remise en question par des arrêts postérieurs de la Cour. En effet, elles réitèrent qu'il appartient à l'employeur d'apporter une justification objective aux écarts de rémunération entre M^me^ Cadman et ses comparateurs.

20. Relevant une divergence apparente entre l'arrêt Danfoss et des affaires plus récentes, notamment les arrêts du 7 février 1991, Nimz [12], du 17 juin 1998, Hill et Stapleton [13], et du 2 octobre 1997, Gerster [14], la juridiction de renvoi a conclu que la question «n'était pas exempte d'incertitudes» [15] et a donc saisi la Cour des trois questions suivantes à titre préjudiciel:

«1) Si un employeur applique le critère de l'ancienneté en tant qu'élément important de la rémunération et que cette application entraîne des disparités entre les travailleurs masculins et féminins considérés, l'article 141 CE a-t-il pour effet d'obliger ledit employeur à justifier le recours à ce critère? Si la réponse est fonction des circonstances, de quelles circonstances s'agit-il?

2) La réponse à la question précédente serait-elle différente si l'employeur applique le critère de l'ancienneté de manière individualisée de sorte qu'il y a réellement une appréciation de la mesure dans laquelle une ancienneté plus importante justifie une rémunération supérieure?

3) Une distinction pertinente peut-elle être établie entre l'application du critère de l'ancienneté à des travailleurs à temps partiel et l'application du même critère à des travailleurs à temps plein?»

21. M^me^ Cadman, l'EOC, le gouvernement du Royaume-Uni, l'Irlande et la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites à la Cour. Ils étaient également représentés à l'audience, tenue le 8 mars 2006, à laquelle le gouvernement français était également représenté.

12 — C-184/89, Rec. p. I-297.

13 — C-243/95, Rec. p. I-3739.

14 — C-1/95, Rec. p. I-5253.

15 — Point 23 de l'arrêt constatant qu'il y avait lieu de saisir la Cour à titre préjudiciel.

III — Analyse

22. Afin de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi, il convient d'abord de décrire la manière dont s'opère la répartition de la charge de la preuve dans des affaires de discrimination indirecte. Nous développerons ensuite la question de la mesure dans laquelle le critère de l'ancienneté peut être utilisé dans des systèmes de rémunération sans violer l'article 141 CE, afin de déterminer si cet article doit être interprété dans un sens permettant l'existence d'un système de rémunération tel que celui mis en œuvre par le HSE. Enfin, nous nous pencherons sur la question soulevée par le gouvernement du Royaume-Uni et par l'Irlande sur la limitation dans le temps des effets de l'arrêt que la Cour est appelée à rendre en l'espèce.

A — *La répartition de la charge de la preuve dans des affaires de discrimination indirecte*

1. Cadre d'analyse

23. À la différence de la discrimination directe, la discrimination indirecte naît de mesures qui, apparemment, s'appliquent de la même manière aux hommes et aux femmes. Si une mesure, bien que formulée de façon neutre, désavantage les femmes, elle peut être réputée être indirectement discriminatoire [16]. Une mesure opérant au désavantage de travailleurs plus jeunes ou plus âgés, apparemment neutre, peut aussi constituer une discrimination indirecte en raison de l'âge [17]. Dans la présente espèce, bien que la question n'ait pas été posée par la juridiction de renvoi, il n'est pas impensable que le critère de l'ancienneté utilisé dans un système de rémunération puisse, dans certaines circonstances, conduire à une discrimination indirecte en raison de l'âge [18]. Dans le concept de discrimination indirecte, il y a une exigence d'égalité substantielle [19].

24. La discrimination directe ne peut jamais se justifier. Cependant, tant la jurisprudence bien établie que l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80 permettent de justifier la discrimination indirecte.

16 — Voir, à cet égard, les arrêts du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607, point 31); Gerster (précité, point 30); du 2 octobre 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, point 16), et Hill et Stapleton (précité, point 24).

17 — Dans l'arrêt du 22 novembre 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981, point 75), il a été jugé que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit être considéré comme un principe général du droit communautaire.

18 — Un système de rémunération qui désavantagerait les jeunes travailleurs en accordant une importance disproportionnée au critère de l'ancienneté et qui opérerait ainsi à l'avantage des travailleurs plus âgés peut être envisagé. Inversement, un autre système de rémunération, qui ne tiendrait aucunement compte de l'expérience acquise des travailleurs, pourrait être considéré comme opérant au détriment des travailleurs plus âgés. S'agissant de l'accès à l'emploi, l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive 2000/78 permet la «fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi». De manière générale, l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge est assortie de nombreuses réserves et limitations (conclusions de l'avocat général Léger présentées le 27 octobre 2005 dans l'affaire Lindorfer/Conseil (C-227/04 P, pendante devant la Cour, point 87).

19 — Prechal, S., «Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes», *CMLRev.*, vol. 41, 2004, nº 2, p. 533.

25. S'agissant d'affaires de discrimination indirecte, l'article 4 de la directive 97/80 pose les règles relatives à la répartition de la charge de la preuve entre l'employeur et le travailleur. Une personne qui s'estime être victime de discrimination indirecte doit établir que la mesure en cause a réellement un effet différent pour les femmes. À ce stade initial de la procédure, la charge de la preuve incombe donc au travailleur. L'obligation pour l'employeur ou le législateur de justifier une pratique ou une politique apparemment neutre ne naîtra que si une telle preuve est rapportée. Une fois que cette preuve a été rapportée, l'employeur ou le législateur, selon l'origine de la mesure, devra démontrer que les mesures en cause poursuivent un objectif légitime, sont strictement nécessaires à cet effet et sont proportionnées [20].

26. L'affirmation de M^me^ Cadman selon laquelle elle a souffert d'une discrimination indirecte doit être appréciée à la lumière de ce cadre d'analyse. Toutefois, la juridiction de renvoi demande si, dans l'arrêt Danfoss, précité, la Cour s'est réellement écartée de cette analyse en ce qui concerne le critère de l'ancienneté dans un système de rémunération. La portée de cet arrêt par rapport aux arrêts postérieurs mérite donc d'être précisée.

20 — Le même critère est mis en œuvre par les tribunaux anglais, qu'ils s'appuient ou non sur la jurisprudence de la Cour: voir décision de l'Employment Tribunal dans l'affaire Crossley v. Arbitration Conciliation and Advisory Service (affaire n° 13047-44 98, jointe aux observations de M^me^ Cadman).

2. La jurisprudence de la Cour sur l'obligation de l'employeur de justifier l'application du critère de l'ancienneté dans un système de rémunération

27. Dans l'arrêt Danfoss, la Cour avait à connaître de questions posées par un tribunal arbitral danois sur un système de rémunération où le même salaire de base était versé aux travailleurs situés dans la même classe salariale, mais où des majorations de salaire individuelles calculées, notamment, en fonction de leur flexibilité, de leur formation professionnelle et de leur ancienneté, étaient également versées. Une employée s'était plainte en affirmant que le système de rémunération était indirectement discriminatoire à l'encontre des travailleurs féminins. Après avoir déterminé la répartition de la charge de la preuve entre l'employeur et le travailleur, compte tenu du manque de transparence du système de rémunération, la Cour a apprécié la légalité des trois critères précités en tenant compte des effets différents qu'ils peuvent avoir sur les travailleurs féminins. La Cour a constaté que la flexibilité était un critère légitime si celui-ci est compris comme recouvrant la qualité du travail accompli par le travailleur. Si, toutefois, la flexibilité doit récompenser l'adaptabilité à des horaires et à des lieux de travail variables du travailleur, il ne peut pas être considéré comme neutre à l'égard des travailleurs féminins qui, «en raison des tâches ménagères et familiales dont [ils] ont souvent la responsabilité, peuvent, moins aisément que les travailleurs masculins,

organiser leur temps de travail de façon souple» [21]. S'agissant de la formation professionnelle, la Cour a jugé que «l'employeur peut justifier la rémunération d'une formation professionnelle particulière, en démontrant que cette formation revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur» [22].

28. Enfin, et c'est la partie de l'arrêt qui nous intéresse en l'espèce, la Cour a poursuivi en disant que le critère de l'ancienneté peut «entraîner un traitement moins favorable des travailleurs féminins que des travailleurs masculins dans la mesure où les femmes sont entrées plus récemment sur le marché du travail que les hommes ou subissent plus fréquemment une interruption de carrière» [23]. Après avoir ainsi statué, la Cour a estimé que, «comme l'ancienneté va de pair avec l'expérience et que celle-ci met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, il est loisible à l'employeur de le rémunérer, sans qu'il ait à établir l'importance qu'elle revêt pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur» [24].

29. Le gouvernement du Royaume-Uni a défendu la thèse selon laquelle le critère de l'ancienneté devrait, en principe, être considéré comme justifié, même si le travailleur établit qu'il a des effets disproportionnés sur les travailleurs féminins. L'employeur n'aurait à produire de justification particulière que si le travailleur établit préalablement que l'importance accordée au critère de l'ancienneté est totalement disproportionnée.

30. L'Irlande et le gouvernement français adoptent une approche plus radicale, estimant qu'il résulte de l'arrêt Danfoss que le critère de l'ancienneté doit toujours être considéré comme légitime pour la détermination de la rémunération.

31. M^me^ Cadman et l'EOC concluent au contraire que l'arrêt Danfoss doit être interprété dans le sens que, «dans un travail où l'expérience met une personne en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, l'ancienneté peut être utilisée de façon appropriée comme un test fondé de la mesure de la différence de capacité du personnel à s'acquitter de ses prestations» [25]. À leur avis, l'employeur est donc toujours tenu de produire une justification particulière. Il n'est pas très clair en quoi elle peut consister. Il semble que cela puisse aller jusqu'à exiger une justification au cas par cas de l'application d'une politique salariale fondée sur l'ancienneté.

21 — Arrêt Danfoss, précité, point 21.
22 — Ibidem, point 23.
23 — Ibidem, point 24.
24 — Ibidem.
25 — Observations de l'EOC, point 103.

32. La Commission voit plutôt l'arrêt Danfoss comme un «arrêt spécifique fondé sur des circonstances de fait très particulières» [26], qui ne remet pas en cause l'obligation de justification pesant sur l'employeur quand un système de rémunération a des effets différents sur les hommes et sur les femmes.

33. Pour les raisons que nous allons maintenant développer, il nous semble que, bien que nous partageons l'interprétation proposée par M^me^ Cadman, l'EOC et la Commission, selon laquelle la charge de la preuve en matière de justification du système de rémunération doit incomber à l'employeur, il importe que la nature de la justification soit définie de manière à ne pas faire peser sur lui une charge indue.

34. Il est vrai que, selon l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80, le fait qu'il y ait un effet différent pour les personnes d'un certain sexe ne suffit pas à établir une discrimination indirecte si cet effet peut être justifié objectivement par un objectif légitime et que les moyens pour l'atteindre sont adaptés et nécessaires. Toutefois, la question de la charge de la preuve d'une telle justification est réglée par l'article 4 de la directive. C'est à cette lumière que nous avons du mal à accueillir les arguments des gouvernements nationaux. En dernier ressort, le gouvernement français et l'Irlande défendent la thèse selon laquelle l'ancienneté sera toujours un objectif légitime objectivement justifié, adapté et nécessaire. Comme nous l'exposerons ci-dessous, nous ne voyons pas de fondement pour avaliser le critère de l'ancienneté de manière aussi générale et inconditionnelle. De son côté, le gouvernement du Royaume-Uni admet que, dans certaines circonstances, le critère de l'ancienneté ne soit pas acceptable, mais conclut que, dans de tels cas, la charge de la preuve incombera au travailleur. Cependant, nous ne voyons pas pourquoi le travailleur devrait supporter la charge d'établir qu'une importance tout à fait disproportionnée est accordée au critère de l'ancienneté et pour quelle raison ce ne serait pas à l'employeur d'établir que le système est en fait proportionné. L'article 4 s'oppose à une telle interprétation. Au contraire, la rédaction et le mécanisme général de cette disposition, ainsi que l'objectif général de la directive, indiquent qu'il incombe à l'employeur, en application de ses articles 2, paragraphe 2, et 4, d'établir une justification objective pour ce critère et de démontrer à la fois qu'il est un moyen adapté pour atteindre un objectif légitime et qu'il est nécessaire à cet effet. La nature de cette justification ou, en d'autres termes, l'étendue de la charge pesant sur l'employeur est une autre question. C'est à ce dernier égard que les arguments classiques en faveur du critère de l'ancienneté peuvent être pertinents et que certaines limites peuvent devoir être posées à l'obligation qui, selon M^me^ Cadman et l'EOC, devrait incomber à l'employeur.

35. Tout d'abord, il faut observer que l'arrêt Danfoss est antérieur à l'adoption de la directive 97/80. Avant l'adoption de celle-ci, il appartenait aux tribunaux de constater, comme la Cour a pu le faire dans l'arrêt Danfoss, que l'employeur n'avait pas à

26 — Observations de la Commission, point 30.

justifier le critère de l'ancienneté. Après l'adoption de la directive, un critère qui aurait un effet désavantageux pour les travailleurs féminins ne peut plus être exclu du champ d'application de l'article 4 (cité au point 6 ci-dessus).

36. Il ne peut faire l'ombre d'un doute que la directive 97/80 soit pertinente dans la présente espèce, puisque, selon son article 3, elle s'applique aux situations couvertes par l'article 141 CE.

37. En outre, si l'interprétation prônée par le gouvernement français et par l'Irlande devait être retenue, cela irait à l'encontre de l'objectif de la directive 97/80 qui, selon son article 1er, est de «garantir que soient rendues plus efficaces les mesures prises par les États membres, en application du principe de l'égalité de traitement». Le principe de l'égalité de rémunération que renferme l'article 141 CE serait alors également anéanti.

38. Par conséquent, en application de l'article 4 de la directive 97/80, il appartiendra à l'employeur d'établir que, dans les cas où le recours au critère de l'ancienneté dans un système de rémunération conduit à des effets différents pour les travailleurs féminins, son application peut se justifier, car il est pertinent au regard du système de rémunération de l'entreprise pris globalement et de l'activité de celle-ci.

39. En second lieu, pour les besoins de l'appréciation de la question de savoir si un employeur peut toujours s'appuyer sur l'arrêt Danfoss pour ne pas avoir à produire de justification d'un système de rémunération fondé sur l'ancienneté dont les effets sont différents sur les travailleurs féminins, la jurisprudence postérieure est pertinente.

40. Dans l'arrêt Nimz [27], la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si l'article 141 CE pouvait être interprété dans le sens qu'il autorise les dispositions de la convention collective des agents contractuels de la fonction publique allemande applicables aux travailleurs à temps partiel. Cette convention collective prévoyait que les agents pouvaient bénéficier d'une promotion à l'issue d'une période probatoire de six ans. Pour les travailleurs qui effectuaient au moins les trois quarts de l'horaire de travail normal, l'ancienneté était prise en compte en totalité. Mais, lorsque les travailleurs avaient un horaire compris entre la moitié et les trois quarts de l'horaire normal, l'ancienneté n'était prise en compte que pour moitié. L'argumentation du gouvernement allemand sur la légitimité des dispositions attaquées reposait sur la thèse selon laquelle les travailleurs à temps plein ont une plus grande expérience et acquièrent plus vite que les autres des capacités et des compétences relatives à leur activité. Pourtant, la Cour a jugé, au point 15 de l'arrêt, que l'article 141 CE s'oppose à l'application de cette disposition, «à moins que l'employeur n'établisse que ladite disposition de la

27 — Précité.

convention collective est justifiée par des facteurs dont l'objectivité dépend notamment de la relation entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées».

41. Dans l'arrêt Gerster [28], la Cour s'est de nouveau penchée sur la méthode de détermination de l'ancienneté dans la fonction publique allemande, qui n'était pas la même pour les travailleurs à temps plein et ceux à temps partiel. Dans cette affaire, la Cour n'a pas exclu la possibilité que le juge national conclue que la durée de service présente un lien particulier entre l'acquisition d'un certain niveau de connaissance ou d'expérience et le fait que le travailleur est employé à temps plein plutôt qu'à temps partiel, mais n'en exige pas moins l'application du principe de proportionnalité [29]. Dans l'arrêt Kording [30], la Cour a conclu qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir si le fait d'exiger d'un candidat qui travaille à temps partiel qu'il remplisse une période d'activité plus longue que celle qui est exigée pour un candidat qui travaille à temps plein est justifié par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

42. Dans ses conclusions jointes dans ces deux affaires, l'avocat général La Pergola avait proposé une approche beaucoup plus stricte. À son avis, le système de promotion de l'affaire Gerster manquait de cohérence interne, car, d'une part, les personnes travaillant à temps partiel selon un horaire représentant plus de deux tiers de l'horaire normal étaient considérées comme travaillant à temps plein, tandis que, d'autre part, celles qui faisaient un horaire à peine plus réduit restaient, au contraire, dans la catégorie des travailleurs à temps partiel [31]. Plus généralement, il a constaté que le système de promotion reposait sur la présomption que le fonctionnaire qui travaille à temps partiel doit exercer son activité plus longtemps que celui qui travaille à temps plein. À son avis, aucun élément ne permettait d'étayer une telle affirmation [32].

43. Dans l'affaire suivante qui avait à connaître du principe de l'égalité de traitement, cette fois concernant le système de rémunération de la fonction publique irlandaise, l'affaire Hill et Stapleton [33], la Cour a confirmé qu'il appartient à l'employeur de démontrer que le recours au critère de service, défini comme la durée de travail effectivement accomplie, dans l'appréciation de l'avancement progressif à accorder aux travailleurs qui passent du régime de travail à temps partagé au régime de travail à temps plein, est justifié par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

28 — Précité.

29 — En d'autres termes, les moyens choisis doivent répondre à un but légitime de la politique sociale, être aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et être nécessaires à cet effet (arrêt Gerster, precité, point 40).

30 — Précite, point 26.

31 — Point 47 des conclusions.

32 — Ibidem, point 40.

33 — Arrêt précité, point 43.

44. Dans le dernier arrêt pertinent cité par les parties, l'arrêt Nikoloudi [34], la Cour a évoqué le critère de l'ancienneté parmi d'autres questions. Une convention collective prévoyait que seuls les personnels ayant accompli au moins deux ans de service continu dans un emploi à plein temps étaient susceptibles de titularisation. L'une des questions soulevées en l'espèce était de savoir si l'ancienneté des personnels travaillant à temps partiel devait être déterminée proportionnellement ou s'il fallait tenir compte de la totalité de la durée de l'emploi à temps partiel. La Cour a rappelé que «l'objectivité d'un tel critère [l'ancienneté] dépend de toutes les circonstances de chaque cas» [35]. L'employeur avait fait valoir que l'ancienneté permet d'apprécier l'expérience professionnelle du travailleur. Sans préciser l'impact que ces facteurs peuvent avoir sur la validité du critère appliqué, la Cour a noté que l'ancienneté permet aussi de récompenser la fidélité [36].

45. Il est manifeste que la Cour ne s'est pas appuyée sur l'arrêt Danfoss pour statuer sur ces affaires. Les avocats généraux ont expliqué le développement de la jurisprudence. Selon M. La Pergola, dans ses conclusions dans l'affaire Hill et Stapleton, l'arrêt Danfoss ne peut se comprendre que dans son contexte et à la lumière des faits présentés à la Cour. De même, M[me] Stix-Hackl a estimé que, dans ses arrêts Nimz, Gerster et Kording, la Cour s'était écartée de l'arrêt Danfoss [37].

46. Les arrêts qui ont suivi n'ont peut-être pas renversé expressément la jurisprudence Danfoss, mais il ne saurait faire l'ombre d'un doute qu'il a été nuancé par la jurisprudence postérieure. Aucune conclusion ne peut être tirée du simple fait que la Cour n'a pas expressément rejeté les principes de l'arrêt Danfoss dans des arrêts postérieurs, car il est rare que la Cour renverse explicitement sa jurisprudence, notamment si aucune affaire plus récente ne l'oblige expressément à le faire [38].

47. Pour conclure, il est clair que la directive 97/80 [39], qui est basée sur l'article 141 CE, a harmonisé et codifié l'approche qui doit être retenue relativement à la répartition de la charge de la preuve, de telle sorte que la solution adoptée par la Cour dans l'arrêt Danfoss, bien que compréhensible compte tenu des circonstances spécifiques à cette affaire, ne peut être retenue en l'espèce. À notre avis, la réponse à la première question posée par la juridiction de renvoi devrait être que, dans le cas où l'utilisation par un employeur du critère de l'ancienneté en tant que déterminant pour la rémunération entraîne des disparités entre les travailleurs masculins et féminins considérés, l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80, a pour effet d'obliger ledit employeur à justi-

34 — Arrêt du 10 mars 2005, Nikoloudi (C-196/02, Rec. p. I-1789).

35 — Point 55 de l'arrêt.

36 — Point 63 de l'arrêt.

37 — Conclusions dans l'affaire Nikoloudi, point 50.

38 — Sur cette question, voir nos conclusions du 1[er] février 2006 dans les affaires jointes Cipolla (C-94/04) et Macrino et Capodarte (C-202/04, arrêt du 5 décembre 2006, pas encore publié au Recueil), points 28 et 29.

39 — Voir, par exemple, les arrêts du 27 octobre 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535, points 13 à 19), et du 31 mai 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275, point 24).

fier le recours à ce critère. La nature de cette justification fera l'objet des développements ci-dessous.

B — *La nature de la justification du recours au critère de l'ancienneté dans un système de rémunération*

48. La nature de la justification que doit apporter un employeur afin de renverser la présomption de discrimination indirecte résultant du fait qu'un système de rémunération désavantage les travailleurs féminins doit s'apprécier à la lumière de la directive 97/80 et de la jurisprudence sur la discrimination indirecte. Cette question est essentielle, car le niveau de preuve exigé de la part d'un employeur permettra le contrôle juridictionnel d'un système de rémunération contesté à la lumière du principe de l'égalité des rémunérations. Il importe de déterminer si une justification générale à l'ancienneté utilisée comme critère déterminant pour la rémunération est suffisante ou si, au contraire, la justification doit se focaliser sur la situation de chacun des travailleurs concernés. En pratique, les employeurs et les législateurs ont présenté des justifications très diverses à des mesures qui désavantagent les travailleurs féminins [40]. Il reviendra souvent au juge national de déterminer si, compte tenu de la justification apportée par l'employeur, les mesures adoptées en vue de poursuivre un objectif légitime sont proportionnées.

49. Contrairement à ce qu'affirment le gouvernement français et l'Irlande, il est indubitable que l'arrêt Danfoss ne peut pas être lu comme accordant un blanc-seing à tous les systèmes de rémunérations basés sur l'ancienneté. Mais, contrairement à ce que M^me^ Cadman et l'EOC semblent affirmer, une plainte de discrimination indirecte de la part d'un travailleur ne saurait faire naître une obligation de l'employeur de devoir justifier la rémunération versée à un travailleur par rapport d'autres. Accueillir cet argument ferait naître un risque de faire peser une charge inacceptable sur les employeurs et il ne tient pas compte du fait que, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, la justification peut être centrée sur le critère lui-même et non obligatoirement sur chaque cas de traitement différent entre travailleurs. En d'autres termes, l'employeur satisfait à la charge de la preuve exigée si le critère adopté pour son système de rémunération est justifié et il ne sera pas toujours nécessaire de justifier une différence de traitement entre travailleurs particuliers qui pourrait résulter de l'application de ce critère.

40 — Voir Hervey, T. K., «EC law on justification for sex discrimination in working life», *Collective bargaining, discrimination, social security and European integration*, Bulletin of comparative labour relations, n° 48, 2003, p. 103. Parmi les différentes justifications avancées, l'auteur distingue entre celles liées à l'emploi, telles que l'aptitude physique, le niveau de qualification et de formation, celles liées à l'entreprise, telles que le rendement économique ou financier, et celles liées à l'intérêt général, telles que le besoin de favoriser l'emploi ou la volonté de soutenir les petites entreprises.

50. Lors de l'audience, le représentant du gouvernement du Royaume-Uni a soutenu que la décision d'un employeur d'appliquer un système de rémunération fondé sur l'ancienneté pouvait être motivée par plusieurs raisons. Un travailleur expérimenté

sera généralement plus productif, car l'activité et la clientèle de l'entreprise lui seront familières. La stabilité du personnel permet également à l'employeur de réduire ses frais de formation professionnelle et évite de coûteuses procédures de recrutement. Il y a donc une motivation évidente d'ordre financier pour l'employeur à récompenser l'ancienneté.

51. Dans ses conclusions orales, le gouvernement français a également exposé la raison pour laquelle un employeur public avait un motif légitime à récompenser les travailleurs ayant de l'ancienneté. Dans le service public français, l'ancienneté n'est pas liée à la fonction exercée, mais se justifie par les liens entre le fonctionnaire et l'administration. Un système basé sur l'ancienneté garantit l'indépendance et la neutralité des fonctionnaires.

52. Bien que la légitimité du critère de l'ancienneté ne soit pas remise en cause en tant que telle, la question se pose de savoir dans quelle mesure les intérêts financiers de l'employeur doivent s'adapter à l'intérêt des travailleurs au respect du principe de l'égalité des rémunérations. De fait, bien qu'il soit légitime pour les employeurs de rémunérer l'ancienneté et/ou la fidélité, il ne saurait être contesté qu'il est des cas où un système de rémunération, bien que de conception neutre, opère au détriment des femmes. Dans de tels cas, l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80 soumet le critère utilisé dans un système de rémunération désavantageant les travailleurs féminins à une appréciation de la proportionnalité où il doit être établi que le critère est fondé sur des objectifs légitimes et est proportionné aux fins d'atteindre les objectifs poursuivis.

53. Comme le gouvernement du Royaume-Uni l'a admis, un système de rémunération prévoyant des augmentations automatiques sur la seule base de l'ancienneté a un effet négatif sur les travailleurs féminins, car elles entrent généralement plus tard dans le monde du travail et interrompent plus souvent leur carrière pour des raisons tenant à la maternité et à l'éducation des enfants.

54. Le gouvernement du Royaume-Uni affirme que, dans l'arrêt Danfoss, la Cour aurait accordé un statut spécial au critère de l'ancienneté, puisque «l'employeur pouvait démontrer la justification par des affirmations générales et non par une preuve spécifique» [41]. L'Irlande partage globalement ce point de vue. Cela voudrait dire que, à leur avis, dès lors que le critère de l'ancienneté peut être considéré comme un gage de meilleures performances, l'application de celui-ci dans un système de rémunération sera toujours compatible avec l'article 141 CE.

55. Nous ne souscrivons pas à cette affirmation. À notre avis, elle ne satisfait pas à la

41 — Point 26 des observations écrites du Royaume-Uni.

condition de proportionnalité prévue à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80 définissant la notion de discrimination indirecte.

56. La condition de proportionnalité de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80 [42] impose de démontrer que le critère en cause «soit approprié et nécessaire et [...] puisse être justifié par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés».

57. S'il était admis qu'une justification générale, telle que le fait que l'ancienneté contribue à ce que le travailleur accomplisse mieux ses tâches, suffise pour justifier un système de rémunération qui léserait les travailleurs féminins du point de vue de l'article 141 CE, alors le travailleur n'aurait quasiment aucun moyen pour attaquer un système de rémunération sur ce fondement.

58. De plus, le contrôle juridictionnel serait alors impossible. C'est pourquoi, dans son arrêt du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez [43], la Cour a rejeté de «simples affirmations générales» comme justifications suffisantes à une mesure discriminatoire. À notre avis, le critère de proportionnalité qu'impose l'article 2, paragraphe 2, exige que l'employeur établisse que le système de rémunération retenu, même s'il poursuit un objectif légitime, soit conçu de manière à minimiser les effets défavorables sur les travailleurs féminins. Comme nous l'exposerons ci-dessous, cela impose d'examiner, par exemple, la manière dont l'ancienneté est prise en compte dans le système de rémunération et pondérée par d'autres critères (tels que celui du mérite) moins défavorables aux travailleurs féminins.

59. Pour mieux comprendre la nature de la justification exigée, il peut être utile de procéder par analogie avec des affaires relatives à la libre circulation des travailleurs, car l'équilibre qui doit y être trouvé peut parfois présenter des similitudes avec la réflexion à laquelle il faut se livrer pour apprécier le critère de l'ancienneté dans des cas où une discrimination indirecte est subodorée. Dans l'arrêt du 30 septembre 2003, Köbler [44], la Cour a jugé qu'une indemnité spéciale d'ancienneté accordée sous certaines conditions [45] par la République d'Autriche, en qualité d'employeur, aux professeurs d'université, en majoration de leur traitement de base, était contraire à l'article 39 CE et ne pouvait être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. La Cour a fait la balance entre le droit pour un employeur de récompenser la fidélité du travailleur et le principe de la libre circula-

42 — Tout comme des directives 2000/78, 2000/43 et 76/207 modifiée.

43 — C-167/97, Rec. p. I-623, point 76.

44 — C-224/01, Rec. p. I-10239.

45 — À savoir avoir une ancienneté de quinze ans acquise dans une université autrichienne et avoir bénéficié pendant quatre ans de l'indemnité d'ancienneté normale.

tion des travailleurs [46]. Elle a admis que le fait de récompenser la fidélité du travailleur constituait un objectif légitime, mais qu'il ne suffisait pas à justifier l'obstacle qu'il engendrait. Il a été demandé à la République d'Autriche de justifier les conditions particulières sur lesquelles se fondent les rémunérations à la lumière des effets sur les intérêts de la libre circulation. Dès lors que l'indemnité de fidélité était susceptible de décourager les professeurs autrichiens à exercer leur droit à la libre circulation, entraînant ainsi un cloisonnement du marché de l'emploi des professeurs d'universités, la Cour a conclu qu'elle était contraire à l'article 39 CE.

60. De même, pour les besoins de l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80, il ne suffit pas d'établir qu'un critère fondé sur l'ancienneté peut, de manière générale, poursuivre un objectif légitime (récompenser l'expérience et la fidélité). Un tel critère doit être proportionné à cet objectif et il faut tenir compte de tout effet défavorable qu'il peut avoir sur les travailleurs féminins.

61. Enfin, la jurisprudence postérieure à l'arrêt Danfoss, précité, renferme également des indices selon lesquels l'application du critère de l'ancienneté dans un système de rémunération, au motif qu'il est une mesure de l'expérience, ne saurait en elle-même constituer une justification à tous les effets défavorables que ce système peut avoir sur les rémunérations des travailleurs féminins.

62. Les avocats généraux Darmon [47] et La Pergola [48] ont tous deux exprimé des doutes sur la question de savoir si le fait de retenir l'expérience devrait être admis en tant que règle générale et abstraite. La Cour a également rejeté une telle approche. Nonobstant le fait que cette affaire avait à connaître d'une comparaison entre travailleurs à temps plein et à temps partiel, la Cour a jugé dans l'arrêt Nimz que: «bien que l'ancienneté aille de pair avec l'expérience, qui met en principe le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses tâches, l'objectivité d'un tel critère dépend de toutes les circonstances de chaque cas, et notamment de la relation entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées» [49]. Il s'ensuit que la Cour a entendu faire dépendre l'objectivité du critère de l'ancienneté de la nature de l'emploi occupé. L'objection de l'Irlande selon laquelle ces dernières affaires ne portent que sur la question de la détermination de l'ancienneté de travailleurs à temps partiel ne saurait être accueillie. De

46 — Point 86 de l'arrêt.

47 — Dans ses conclusions présentées dans l'affaire Nimz (précitée, point 15), il constate que: «l'expérience n'est pas un critère aussi décisif pour un poste d'agent d'entretien que pour celui de chef d'un service administratif».

48 — Conclusions présentées dans l'affaire Hill et Stapleton (précitée, point 34). Voir, également, ses conclusions présentées dans les affaires précitées Gerster et Kording (point 27).

49 — Point 14 de l'arrêt. Voir, également, les arrêts précités Gerster (point 39) et Kording (point 23).

fait, la question de savoir si le travail était effectué à temps partiel ou à temps plein n'a fait aucune différence.

63. Au vu des considérations qui précèdent, le niveau de preuve auquel un employeur doit satisfaire pour établir que le recours à un critère fondé sur l'ancienneté ne conduit pas à une discrimination indirecte peut être résumé comme suit. En premier lieu, il faut qu'il y ait une certaine transparence sur la manière dont le critère de l'ancienneté est appliqué dans le système de rémunération afin de permettre un contrôle juridictionnel [50]. Notamment, doit être claire l'importance accordée au critère de l'ancienneté — que ce soit en tant que mesure de l'expérience acquise ou de manière à récompenser la fidélité — par rapport à d'autres critères, tels que le mérite et la formation professionnelle, dans la détermination de la rémunération. En outre, l'employeur doit expliquer pourquoi l'expérience est précieuse pour un emploi précis et pourquoi elle est récompensée à proportion. À cet égard, s'il revient au juge national de se livrer à l'analyse, il ne saurait faire l'ombre d'un doute que, par exemple, l'expérience sera plus précieuse — et donc légitimement récompensée — pour des postes de responsabilité et de direction que pour des emplois consistant en des tâches répétitives pour lesquels le critère de l'ancienneté ne peut compter que pour une moindre partie de la rémunération. Ce critère peut être particulièrement pertinent au cours de la phase de formation, mais devient moins important quand le travailleur a acquis une maîtrise suffisante de son métier. Enfin, la manière dont l'ancienneté est prise en compte doit également minimiser les effets négatifs du critère sur les travailleurs féminins. Il nous semble, par exemple, qu'un système qui exclurait les périodes de congé de maternité ou de paternité, bien que neutre de prime abord, conduirait à une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs féminins.

64. Le niveau de preuve exigé dans des affaires de discrimination indirecte demeure général dans le sens où l'employeur n'aura pas à justifier la raison pour laquelle tel employé est mieux payé qu'un autre, tant que le système de rémunération a bien été structuré de manière à tenir compte des définitions des postes et des besoins de l'entreprise afin de minimiser les effets défavorables qu'il peut avoir sur les travailleurs féminins. Une fois que cette preuve est établie, il n'y aura aucun fondement pour conclure à une violation de l'article 141 CE, à moins que le travailleur n'établisse qu'une mauvaise application du système ne conduise à une discrimination indirecte. En tout état de cause, s'il n'établit pas que, dans son système de rémunération, le recours au critère de l'ancienneté est proportionné ou, si cela est impossible en raison du manque de transparence dudit système, l'employeur devra alors justifier des différences de rémunération au regard de la situation particulière du travailleur qui en conteste la validité.

50 — Comparer avec l'article 9, paragraphe 2, de la directive 76/207, qui impose aux États membres de procéder «périodiquement à un examen des activités professionnelles visées à l'article 2, paragraphe 2, afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question».

65. Dans le cas de M^me^ Cadman, il appartiendra au juge national d'apprécier si le HSE a justifié à suffisance l'utilisation du critère de l'ancienneté comme élément de la rémunération des responsables des unités de gestion de services extérieurs. Dans ce contexte, le HSE devra expliquer comment l'ancienneté est équilibrée par d'autres critères, tels que celui du mérite, lors de la détermination de la rémunération de ses employés et pourquoi celui de l'ancienneté est nécessaire et proportionné au regard de l'objectif de récompenser l'expérience et/ou la fidélité compte tenu de la nature des emplois en question.

66. Pour répondre de manière plus complète à la première question posée par la juridiction de renvoi, il convient d'ajouter que, si un employeur applique le critère de l'ancienneté en tant qu'élément important de la rémunération et que cette application entraîne des disparités entre les travailleurs masculins et féminins considérés, l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80, a pour effet d'obliger ledit employeur à établir que l'application de ce critère en tant qu'élément de la rémunération pour les emplois en question tient compte des besoins de l'entreprise et que ce critère est appliqué de manière proportionnelle afin de minimiser les effets défavorables sur les travailleurs féminins. Si l'employeur est dans l'impossibilité de justifier la structure du système de rémunération, il doit produire une justification spéciale pour les différences de niveaux de rémunération entre les travailleurs qui se sont plaints et les autres qui font le même travail.

C — De la nécessité de limiter dans le temps les effets de l'arrêt

67. L'Irlande et le Royaume-Uni ont plaidé pour une limitation dans le temps des effets de l'arrêt si la Cour devait juger qu'un employeur doit justifier le recours au critère de l'ancienneté pour un système de rémunération, chaque fois qu'un employé porte plainte en alléguant d'une violation du principe de l'égalité des rémunérations, au motif que ledit système opère au détriment des travailleurs féminins.

68. À l'appui de cette demande, le Royaume-Uni fait valoir que l'arrêt de la Cour aurait des effets rétroactifs qui jetteraient un doute sur les rapports juridiques établis de bonne foi entre employeurs et travailleurs conformément à l'arrêt Danfoss. À son avis, le principe de sécurité juridique exigerait ainsi que le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt Danfoss soit confirmé jusqu'à la date où elle prononcera son arrêt dans la présente espèce. Le Royaume-Uni affirme qu'un grand nombre de relations contractuelles seraient remises en cause si les employeurs devaient justifier leurs systèmes de rémunérations passés, car, au Royaume-Uni, un travailleur peut intenter une action fondée sur l'égalité de rémunération jusqu'à six ans après les faits. De plus, les éléments de faits objectifs pertinents seront bien souvent difficiles à établir de nouveau si longtemps après.

69. Conformément à une jurisprudence établie, la Cour peut, mais uniquement dans des

circonstances exceptionnelles, limiter les effets dans le temps d'un arrêt préjudiciel si deux conditions sont simultanément réunies [51]. Tout d'abord, la Cour peut appliquer le principe de sécurité juridique pour limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. La Cour exige ensuite que soit établi qu'il y ait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi.

70. En l'espèce, les arguments du gouvernement du Royaume-Uni, selon lesquels l'interprétation de l'article 141 CE pourrait conduire à une mise en cause de relations juridiques établies de bonne foi, nous paraissent convaincants. En effet — et cela explique pourquoi le juge national a sursis à statuer et saisi la Cour à titre préjudiciel — il y avait quelques incertitudes quant à l'interprétation de l'article 141 CE au regard du critère de l'ancienneté appliqué dans des systèmes de rémunération. En premier lieu, la Cour n'a jamais expressément renversé la jurisprudence Danfoss. En second lieu, les affaires postérieures relatives à la répartition de la charge de la preuve entre employeurs et travailleurs en matière d'effets potentiellement discriminatoires de systèmes de rémunération ou de promotion n'invoquaient pas la directive 97/80. Au vu de ces éléments, les États membres et les milieux intéressés ont pu raisonnablement estimer qu'aucune discrimination indirecte au regard de l'article 141 CE ne pouvait naître de l'application du critère de l'ancienneté dans un système de rémunération [52].

71. Quant à la deuxième condition, bien que nous soyons convaincu que l'interprétation que nous proposons de donner à l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80, continuera à permettre aux systèmes de rémunération d'appliquer le critère de l'ancienneté, il ne peut être exclu qu'elle ait une incidence sur eux en ce qui concerne la manière dont le critère de l'ancienneté est pris en compte et pondéré avec d'autres critères pertinents. Il s'ensuivrait que, si la Cour devait retenir l'interprétation que nous proposons en l'espèce, un grand nombre de travailleurs serait concerné [53] et pourrait intenter des actions que les entreprises ne seraient pas en mesure de prévoir [54].

72. Compte tenu de la bonne foi de toutes les parties concernées en ce qui concerne l'obligation de l'employeur de justifier un système de rémunération basé sur l'ancienneté et ayant des effets différents sur les travailleurs féminins, il nous semble approprié de retenir des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu et d'empêcher en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées [55]. C'est dans cette perspective que nous avons l'honneur d'in-

51 — Voir, à cet effet, les arrêts du 2 février 1988, Blaizot e.a., (24/86, Rec. p. 379, point 28); du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889, point 41), et du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383, point 74).

52 — Voir, à cet égard, arrêt Barber (précité, point 43).

53 — Le Royaume-Uni a indiqué à l'audience que 36 % de tous les travailleurs sont rémunérés selon des systèmes basés sur le critère de l'ancienneté.

54 — Voir, à cet effet, arrêt Defrenne (précité, point 70).

55 — Voir, à cet effet, arrêts précités Defrenne (point 74) et Barber (point 44).

viter la Cour à juger que l'interprétation proposée de l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80, ne peut être invoquée à l'appui de revendications relatives à des discriminations indirectes résultant de systèmes de rémunération fondés sur l'ancienneté et antérieures à la date du prononcé du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente.

IV — Conclusion

73. En conclusion des considérations qui précèdent, nous proposons d'apporter la réponse suivante à la demande préjudicielle:

«1) Si un employeur applique le critère de l'ancienneté en tant qu'élément important de la rémunération et que cette application entraîne des disparités entre les travailleurs masculins et féminins considérés, l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, a pour effet d'obliger ledit employeur à établir que l'application de ce critère en tant qu'élément de la rémunération pour les emplois en question tient compte des besoins de l'entreprise et que ce critère est appliqué de manière proportionnelle afin de minimiser les effets défavorables sur les travailleurs féminins. Si l'employeur est dans l'impossibilité de justifier la structure du système de rémunération, il doit produire une justification spéciale pour les différences de niveaux de rémunération entre les travailleurs qui se sont plaints et les autres qui font le même travail.

2) Compte tenu de la réponse à la première question, il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième question.

3) Aucune distinction ne peut être établie entre l'application du critère de l'ancienneté à des travailleurs à temps partiel et l'application du même critère à des travailleurs à temps plein.

4) La présente interprétation de l'article 141 CE, lu en relation avec les articles 2, paragraphe 2, et 4 de la directive 97/80, ne peut être invoquée à l'appui de revendications relatives à des discriminations indirectes résultant de systèmes de rémunération fondés sur l'ancienneté et antérieures à la date du prononcé du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente.»