CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GEORGES COSMAS

présentées le 19 janvier 1999 *

Table des matières

I — Introduction ..... I - 2867

II — Cadre juridique ..... I - 2868

A — Dispositions communautaires ..... I - 2868

B — Dispositions nationales ..... I - 2869

III — Faits ..... I - 2871

IV — Questions préjudicielles ..... I - 2873

V — Réponses aux questions préjudicielles ..... I - 2875

A — Remarques liminaires ..... I - 2875

B — Sur la première question ..... I - 2877

C — Sur la sixième question ..... I - 2887

D — Sur la deuxième question ..... I - 2892

E — Sur les troisième, quatrième et cinquième questions ..... I - 2896

F — Sur la septième question ..... I - 2903

VI — Conclusion ..... I - 2906

I — Introduction

1. Par la présente demande de décision préjudicielle, formée au titre de l'article 177 du traité CE, l'Oberlandesgericht Wien (Autriche) défère à la Cour sept questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 119 du traité CE et de 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 [1]. Les questions posées à la Cour portent essentiellement sur l'interprétation des notions de « même travail » et de « même poste de travail », ainsi que sur la

* Langue originale: le grec.

1 — JO L 45, p. 19.

détermination des groupes à comparer pour vérifier l'existence d'une discrimination indirecte entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en matière de rémunération.

II — Cadre juridique

A — *Dispositions communautaires*

2. Aux termes de l'article 119, premier alinéa, du traité:

« Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. »

3. Aux termes de l'article 119, troisième alinéa, du traité:

« 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. »

4. L'article 1er de la directive 75/117 est formulé comme suit:

« Le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, qui figure à l'article 119 du traité 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 aux travailleurs masculins et féminins et établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe. »

5. Aux termes de l'article 4 de la directive:

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les dispositions qui figurent dans des conventions collectives, des barèmes ou accords de salaires ou des contrats individuels de travail et qui sont contraires au principe de l'égalité des rémunérations soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées. »

B — *Dispositions nationales*

6. Il ressort de l'ordonnance de renvoi et des observations soumises à la Cour que, en Autriche, conformément à l'Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (loi générale sur les assurances sociales, ci-après l'« ASVG »), les dispositions concernant les conditions d'emploi et le régime de retraite du personnel des organismes de sécurité sociale sont contenues dans des règlements de service prenant la forme de conventions collectives élaborées par la Fédération nationale des organismes autrichiens de sécurité sociale. En vertu de l'article 460 de l'ASVG, une dérogation à ces dispositions requiert l'approbation écrite de cette Fédération nationale.

La Dienstordnung A (règlement de service A, ci-après la « DO. A ») s'applique aux employés des organismes de sécurité sociale qui exercent des fonctions administratives ou sont chargés des soins aux malades (personnel soignant) ou de la mécanique dentaire.

Le tableau classant les employés administratifs en fonction de la catégorie salariale à laquelle ils appartiennent, que prévoit l'article 37 de la DO. A, mentionne dans le « cadre supérieur », catégorie F, grade I, les « psychologues qui sont autorisés à exercer de manière indépendante la profession de psychologue (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen) ». Les autres psychologues sont repris dans le « cadre moyen », catégorie E, grade III. L'article 38 de la DO. A, qui concerne le personnel soignant, classe les psychotérapeutes dans la catégorie C, grade II.

La Dienstordnung B (règlement de service B, ci-après la « DO. B ») s'applique à tous les médecins et dentistes occupés par les organismes de sécurité sociale (article 1er, paragraphe 1). Les médecins occupés dans des établissements hospitaliers et autorisés à exercer leur profession de manière indépendante en tant que spécialistes sont classés en catégorie B III.

A titre de comparaison, en 1995, la rémunération de base d'un médecin de catégorie B III était comprise entre 42 194 ÖS et 73 457 ÖS, en fonction de son ancienneté, tandis que, durant la même période, celle d'un employé administratif de catégorie F, grade I, était comprise entre 24 796 ÖS et 51 996 ÖS, en fonction de son ancienneté.

En outre, l'horaire hebdomadaire de travail des médecins occupés par la caisse de sécurité sociale intimée au principal est de 36 heures, tandis que celui des autres travailleurs est de 40 heures.

Les conventions collectives précitées comportent des dispositions détaillées concernant les relations de travail et prévoient aussi, entre autres, la titularisation des travailleurs, soumise à certaines conditions, notamment une ancienneté de dix années.

7. Le Psychotherapiegesetz (loi sur la psychothérapie) [2] définit le contenu de la psychothérapie [3] et les conditions d'exercice de la profession de psychothérapeute [4].

L'Ärztegesetz (loi sur les médecins, ci-après l'« ÄrzteG ») [5] définit la nature des activités que comporte la profession médicale [6] et les conditions d'exercice de celle-ci [7].

Le Psychologengesetz (loi sur les psychologues) [8], enfin, définit le contenu de la profes-

2 — Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie, *BGBl.* n° 361/1990.

3 — Il décrit la psychothérapie comme étant le traitement, fondé sur des connaissances acquises dans le cadre d'une formation générale et spéciale, complet, méthodique et programmé, de troubles du comportement et d'états psychopathologiques, dus à des facteurs psychosociaux ou psychosomatiques, par des méthodes scientifico-psychothérapeutiques, dans le cadre d'une interaction entre un ou plusieurs patients et un ou plusieurs psychothérapeutes, dans le but d'atténuer ou d'éliminer les symptômes existants ou de modifier les comportements et les attitudes pathologiques et de favoriser la maturation, le développement et la santé des patients (article 1er).

4 — Pour exercer la profession de psychothérapeute, il n'est pas nécessaire d'avoir accompli des études, mais il faut avoir suivi une formation générale (propédeutique psychothérapeutique) comportant une partie théorique d'au moins 765 heures au total et une partie pratique d'au moins 550 heures. Il faut aussi avoir suivi une formation (spécialisation en psychothérapie) comportant une partie théorique d'au moins 300 heures et une partie pratique d'au moins 1 600 heures. L'exercice de la profession suppose, outre certaines qualifications (voir article 10, paragraphe 2, points 5 à 9), l'inscription sur la liste des psychothérapeutes (article 17). L'autorisation d'exercer la profession au titre du Psychologengesetz (loi sur les psychologues) n'est pas accessible uniquement aux personnes satisfaisant à ces dispositions (article 24, paragraphe 3).

5 — Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte, *BGBl.* n° 373/1984.

6 — Il s'agit, précisément, de toutes les activités fondées sur des connaissances médico-scientifiques qui, directement ou indirectement, ont pour objet les êtres humains ou sont exercées à leur bénéfice et, notamment, celles visant au diagnostic et au traitement des troubles mentaux et des dépressions (article 1er, paragraphe 2, point 1, combiné avec le point 3 de l'ÄrzteG). Ces activités incluent donc aussi l'exercice de la psychothérapie.

7 — L'exercice de la profession de médecin spécialiste suppose, après les études de médecine, une formation pratique d'au moins six années, qui est très réglementée, ainsi que, désormais, la réussite d'un examen de spécialisation (article 5 de l'ÄrzteG).

8 — Bundesgesetz über die Führung der Berufsbezeichnung « Psychologe » oder « Psychologin » und über die Ausübung des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, *BGBl.* n° 360/1990.

sion de psychologue [9] et les conditions d'exercice de celle-ci [10].

III — Faits

8. Le litige opposant les parties au principal, à savoir l'Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (comité d'entreprise des employés de la caisse régionale de maladie de Vienne, ci-après le « comité d'entreprise ») et la Wiener Gebietskrankenkasse (caisse régionale de maladie de Vienne, ci-après la « caisse de maladie »), concerne la rémunération des psychologues possédant le titre de docteur travaillant pour la caisse de maladie en qualité de psychothérapeutes.

9. Comme il ressort des observations de la caisse de maladie intimée au principal, la Wiener Gebietskrankenkasse est l'un des 28 organismes autrichiens de sécurité sociale, ce qui n'est pas contesté. Pour accomplir sa mission, qui consiste à mettre en œuvre l'assurance maladie légale des travailleurs occupés dans le cadre d'un contrat de travail de droit privé dans le Bundesland Wien, la caisse de maladie utilise, entre autres, de nombreux dispensaires. Beaucoup de ceux-ci offrent aux affiliés des services directs de psychothérapie assurés par des travailleurs occupés par la caisse de maladie. Ces dispensaires sont utilisés aussi par d'autres organismes de sécurité sociale.

10. La caisse de maladie occupe trois catégories de psychothérapeutes: a) des médecins diplômés qui ont achevé leur formation générale ou spécialisée, qui a évidemment une portée plus large que la formation en psychothérapie, b) des psychologues diplômés, habilités à exercer la profession de psychologue de manière indépendante (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen) et qui satisfont évidemment, eux aussi, aux conditions d'exercice de la profession de psychothérapeute définies par la loi sur la psychothérapie et c) des psychothérapeutes qui ne sont ni médecins ni psychologues, mais ont suivi la formation prévue par la loi sur la psychothérapie. Dans la pratique, la caisse de maladie conclut manifestement des conventions collectives de travail différentes avec les membres de chacune des catégories susmentionnées, en fonction de leur « formation plus approfondie », alors que, comme il ressort de l'ordonnance de renvoi, tous les travailleurs concernés exercent la même activité psychothérapeutique.

11. Le comité d'entreprise appelant au principal a demandé à l'Arbeits- und Sozialgericht Wien de constater que la DO. B s'applique aux relations entre la caisse de maladie et ceux des psychothérapeutes occupés par elle à la date du 1er décembre 1994 qui ont effectué des études de psychologie et possèdent le titre de docteur et que ces psychothérapeutes doivent être rangés dans la catégorie profession-

9 — L'exercice de la profession de psychologue dans le secteur de la santé implique l'analyse, l'interprétation, la modification et la prédiction — fondées sur les connaissances acquises lors de la spécialisation prévue par la loi fédérale en question — du vécu et du comportement de l'être humain, grâce à l'application de connaissances et méthodes scientifico-psychologiques.

10 — Les psychologues diplômés doivent, après leurs études, suivre une formation théorique spécialisée de 160 heures et une formation pratique spécialisée de 1 480 heures, auxquelles s'ajoute un stage pratique de 120 heures.

nelle B III prévue par ce règlement et percevoir la rémunération correspondante, parce que, d'une part, les psychothérapeutes en question exercent essentiellement la même activité que les médecins-psychothérapeutes, activité que la caisse de maladie facture au même prix, et que, d'autre part, ce sont principalement les femmes qui sont affectées par l'octroi — que ne justifie aucune raison objective — d'une rémunération inférieure aux psychothérapeutes qui ont effectué des études de psychologie.

12. La caisse de maladie a conclu au rejet de la demande, en objectant essentiellement que le classement différent de ces deux catégories est dû au fait que leur formation et leur qualification sont différentes, que les psychologues possédant le titre de docteur qui pratiquent la psychothérapie — et qui ne sont pas médecins — perçoivent, en tout cas, une rémunération supérieure à celles de tous les titulaires d'un diplôme universitaire qui n'exercent pas des fonctions dirigeantes et que leur classement dans la catégorie où le comité d'entreprise demande qu'ils soient rangés équivaudrait, en dernière analyse, à les assimiler à des médecins spécialistes. Elle a soutenu aussi que les psychologues en question ne constituent pas une minorité par rapport aux médecins pratiquant la psychothérapie et qu'ils n'exercent pas une profession typiquement féminine. Le fait que, au sein de la caisse de maladie, il y ait plus de femmes que d'hommes parmi les psychologues travaillant en tant que psychothérapeutes est un simple hasard et, d'une manière générale, il y a plus de femmes que d'hommes qui travaillent en tant que médecins dans les dispensaires de la caisse de maladie.

13. La juridiction de première instance a rejeté la demande, au motif que le Gleichbehandlungsgesetz (loi relative à l'égalité de traitement) de 1979 ne concernait pas les distinctions de tous types existant au sein des catégories professionnelles, mais seulement l'égalité de traitement entre les sexes dans la vie professionnelle. Elle a jugé, en outre, que la caisse de maladie ne faisait pas de distinction fondée sur le sexe lors de l'engagement de médecins et de psychologues, la disproportion entre les hommes et les femmes parmi les psychologues étant un simple hasard, et que, par conséquent, il n'y avait pas de violation ni du principe de l'égalité de traitement ni de l'article 119 du traité et des directives communautaires fondées sur cet article. Enfin, elle a estimé que le traitement différent dont bénéficient les médecins par rapport aux psychologues possédant le titre de docteur était dû, en tout cas, aux fonctions exercées par les premiers, étant donné que les médecins, qui ont été engagés en tant que médecins spécialistes, sont tenus d'exercer aussi, en cas d'urgence, d'autres activités médicales, ce que les psychologues n'ont ni la possibilité ni le droit de faire.

14. Le comité d'entreprise a interjeté appel de la décision de la juridiction de première instance devant l'Oberlandesgericht Wien, qui a estimé que les parties s'accordaient sur les faits suivants:

— dans la caisse de maladie, travaillent au total 248 médecins, dont 135 femmes;

— dans le dispensaire « Ambulatorium Mariahilf », la caisse de maladie occupe, en tant que psychothérapeutes, 6 psychologues, dont 5 femmes, et 6 médecins, dont 1 femme;

— le nombre total de travailleurs occupés en tant que psychothérapeutes par des organismes de sécurité sociale est de 34, dont 10 médecins et 24 psychologues diplômés. Parmi les 24 psychologues diplômés travaillant en tant que psychothérapeutes, il y a 18 femmes tandis que, parmi les médecins travaillant en tant que psychothérapeutes, il y a seulement 2 femmes;

— pour l'ensemble de l'Autriche, à la date du 9 avril 1996, il y avait parmi les psychothérapeutes ayant accompli des études de psychologie inscrits sur les registres professionnels 1 425 hommes et 2 338 femmes [11].

11 — D'après les données que la caisse de maladie invoque dans ses observations écrites, les 28 organismes de sécurité sociale existant en Autriche et la Fédération nationale des organismes de sécurité sociale occupent 29 633 travailleurs, dont 18 634 (62,88 %) femmes. Les organismes de sécurité sociale occupent au total 1 932 médecins. 536 médecins travaillent dans des dispensaires; 260 d'entre eux (48,51 %) sont des femmes. Au total, les organismes de sécurité sociale occupent 50 psychologues. 14 psychologues travaillent dans des dispensaires et 13 d'entre eux (92,86 %) sont des femmes. Enfin, lors de la procédure orale, la caisse de maladie a indiqué — et ses propos n'ont pas été contestés par les autres parties — que 50 % ou 51 % des médecins qui travaillent pour les organismes de sécurité sociale sont des femmes.

IV — Questions préjudicielles

15. Estimant que la solution de l'affaire suppose l'interprétation de certaines dispositions du droit communautaire, l'Oberlandesgericht Wien a décidé, par son ordonnance du 5 mai 1997, de déférer les questions suivantes à la Cour:

« 1) Se trouve-t-on aussi en présence d'un 'même travail' ou d'un 'même poste de travail' au sens de l'article 119 du traité CE ou de la directive 75/117/CEE, lorsque la même activité est exercée sur une longue période (plusieurs périodes de paiement de la rémunération) par des travailleurs qui ont une habilitation différente à exercer leur profession?

2) Est-il également déterminant, pour apprécier l'existence d'une discrimination au sens de l'article 119 du traité CE ou de la directive 75/117/CEE,

a) que la rémunération ne soit fixée que par les parties au contrat de travail, et que celles-ci aient le choix de reprendre des règles découlant de conventions collectives dans le contrat,

b) que des rémunérations minimales à caractère obligatoire soient fixées par des règles générales (conventions collectives) pour tous les travailleurs d'un secteur ou

c) que les rémunérations soient réglées de manière contraignante et définitive par des conventions collectives?

3) Lorsqu'une convention collective fixe, dans une réglementation définitive de la rémunération, une rémunération différente pour un même travail ou un travail de même valeur d'après les habilitations professionnelles, faut-il tenir compte, lors de la constitution des groupes de comparaison pour constater l'effet éventuellement discriminatoire d'une mesure,

a) de manière concrète des travailleurs occupés dans l'entreprise de l'employeur,

b) des travailleurs occupés dans le champ d'application de la convention collective ou

c) de tous les travailleurs habilités à exercer la profession?

4) Dans un tel cas (deuxième et troisième questions), faut-il s'orienter d'après la proportion du nombre d'hommes et de femmes dans le groupe désavantagé uniquement, ou dans les deux groupes?

5) Lorsque l'activité prise concrètement en considération, identique, des deux groupes professionnels, ne constitue qu'une partie des activités comprises dans l'habilitation professionnelle, faut-il tenir compte

a) de toutes les personnes occupées dans le cadre de référence pertinent (entreprises, conventions collectives — voir troisième question) qui ont cette habilitation professionnelle (tous les médecins spécialistes et tous les psychologues),

b) de toutes les personnes aptes à exercer concrètement cette activité (médecins spécialisés en psychiatrie...), ou

c) seulement des personnes qui exercent cette activité concrètement identique?

6) En cas d'utilisation identique du travailleur dans l'entreprise, une voie de formation différente peut-elle être considérée comme un élément justifiant une rémunération inférieure? Une habilitation professionnelle plus large doit-elle être considérée comme un critère objectif d'une rémunération différente, indépendamment de l'utilisation effective de celle-ci dans l'entreprise?

Est-il par conséquent déterminant que:

a) le groupe de travailleurs mieux rémunérés puisse également être appelé à exercer d'autres tâches dans l'entreprise ou

b) faut-il prouver de manière concrète cette affectation à d'autres tâches?

Faut-il tenir compte à cet égard du fait que, d'après les règles et conventions collectives applicables, une protection contre le licenciement est également prévue?

7) Résulte-t-il de l'article 222 du traité CE ou de l'application par analogie de l'article 174 du traité CE qu'un droit à rémunération d'après une autre convention collective (conclue entre les mêmes parties) qui découlerait éventuellement de l'article 119 du traité CE ou de la directive 75/117/CEE n'existe qu'à partir du moment où ce droit a été constaté par la Cour de justice? »

V — Réponses aux questions préjudicielles

A — *Remarques liminaires*

16. Comme il ressort de l'ordonnance de renvoi et des observations des parties, la caisse de maladie est une personne morale de droit public. Le fait qu'il ne soit pas précisé si la relation d'emploi des médecins et des psychologues qui sont occupés en tant que psychothérapeutes par la caisse de maladie relève du droit privé ou du droit public ne fait pas obstacle à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins qu'énonce l'article 119 du traité [12].

12 — La Cour a, d'ailleurs, jugé que ce principe s'appliquait aussi aux services publics. Voir l'arrêt du 2 octobre 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253, points 18 et 19).

17. De même, il n'est pas contesté qu'il existe réellement une différence de rémunération entre les médecins et les psychologues qui sont occupés en tant que psychothérapeutes par la caisse de maladie et que cette différence n'est pas qu'une simple apparence. Si la différence observée était une simple apparence, l'examen de la présente affaire s'arrêterait ici et l'on n'examinerait ni les données statistiques relatives aux catégories concernées ni la question de savoir si cette différence de rémunération pourrait être objectivement justifiée [13].

18. En outre, il est manifeste que, si, en l'espèce, l'on est en présence d'un cas de discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération, cette discrimination ne peut être qu'indirecte, dans la mesure où les règlements qui régissent le statut des deux catégories de travailleurs, c'est-à-dire les médecins et les psychologues qui pratiquent la psychothérapie, ne font nullement du sexe un critère de différenciation des rémunérations [14]. En conséquence, si l'on présume qu'il se pose un problème lié à l'application du principe d'égalité énoncé à l'article 119 du traité, le juge national doit appliquer les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe en matière de rémunération [15].

19. Enfin, certains des aspects factuels de la présente affaire semblent nécessiter des précisions supplémentaires. Ainsi, pour analyser le statut des deux catégories de travailleurs concernées, il est indispensable d'examiner quel est le contenu exact de la relation d'emploi de chacune de ces catégories, selon quels critères s'effectue le choix des médecins travaillant en tant que psychothérapeutes, en quoi ce choix est lié à leur spécialisation éventuelle et si, une fois sélectionnés, ils sont occupés uniquement en tant que psychothérapeutes ou s'ils sont parallèlement affectés à d'autres tâches. Il y a aussi lieu de se demander et de préciser, comme l'a également fait observer la juridiction de première instance saisie du litige au principal, pour quel motif un organe qui représente les intérêts de tous les travailleurs (le comité d'entreprise) conteste une convention conclue par d'autres organes représentant les intérêts des parties au litige.

Cependant, il convient de signaler que c'est surtout au juge national qu'il incombe d'apporter les éclaircissements nécessaires, car il a une meilleure connaissance de la situation interne propre à l'État membre concerné. Par ailleurs, les questions déférées à la Cour ont un caractère général et il est possible d'y répondre sans résoudre les questions de fait énumérées ci-dessus, qui sont du ressort du juge national [16].

13 — Voir l'arrêt du 15 décembre 1994, Helmig e.a. (C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 et C-78/93, Rec. p. I-5727, points 23, 30 et 32).

14 — En ce qui concerne la notion de discrimination indirecte, voir l'arrêt Gerster (déjà cité à la note 12, point 30), ainsi que la définition désormais fournie à l'article 2, paragraphe 2, 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 (JO 1998, L 14, p. 6).

15 — Au sujet de ces principes, voir les conclusions que nous avons présentées le 14 juillet 1997 dans l'affaire Seymour-Smith et Perez (C-167/97), encore pendante, aux points 117 et suiv.

16 — Voir l'arrêt du 27 octobre 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535, point 10).

B — *Sur la première question*

20. Par la première question, l'Oberlandesgericht Wien demande si le fait qu'il s'agisse d'une même activité suffit, à lui seul, pour que l'on se trouve en présence d'un 'même travail', au sens de l'article 119, premier alinéa, du traité, ou d'un 'même poste de travail', au sens de l'article 119, troisième alinéa, sous b), du traité, même dans le cas où cette activité est exercée sur la base d'un titre professionnel différent, résultant d'une formation professionnelle différente, et où l'une des catégories de travailleurs concernées est habilitée, en vertu du titre professionnel requis, à exercer aussi d'autres activités relevant d'un domaine plus large.

21. Il convient de signaler que, bien que l'on ait initialement sous-estimé l'importance du terme [17], l'existence d'un 'même travail', au sens de l'article 119, premier alinéa, du traité, a une importance fondamentale pour l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins [18]. Sur la base du principe d'égalité proportionnelle, il existe une discrimination, contraire au principe d'égalité, lorsque des règles différentes sont appliquées à des situations comparables ou que la même règle est appliquée à des situations différentes [19]. Le principe de l'égalité des rémunérations, qui est une expression particulière du principe de non-discrimination, présuppose, par conséquent, que les travailleurs masculins et féminins qui bénéficient de ce principe se trouvent dans des situations identiques [20] ou, du moins, similaires [21]. Évidemment, l'accomplissement d'un « même travail » est une condition fondamentale non seulement pour que l'on puisse considérer deux catégories représentatives de travailleurs comme comparables et leurs situations respectives comme similaires [22], mais aussi pour qu'il existe une discrimination fondée sur le sexe entre ces catégories [23]. Pour ce motif, d'ailleurs, en application du principe actori incumbit probatio, l'accomplissement d'un « même travail » constitue un élément essentiel de la preuve que doit administrer toute personne qui invoque une telle discrimination [24].

22. Au contenu sémantique de la notion de « même travail », au sens de l'article 119, premier alinéa, du traité, il convient d'ajouter l'idée de « travail auquel est attribuée une

17 — Selon l'avocat général M. Trabucchi (voir ses conclusions sous l'arrêt du 8 avril 1976, Defrenne, 43/75, Rec. p. 455, surtout p. 487), « Quant à la définition de la notion de 'même travail', du reste déjà précisée en partie par l'alinéa 3 de l'article 119 (qui, en plus de l'expression 'même travail' pour le travail payé à la tâche, se réfère aussi au 'même poste de travail' pour le travail payé à temps), il ne faut pas en exagérer l'importance pour l'application de l'article en question. On a observé justement que l'article 119 'n'entendait pas fixer quand des hommes et des femmes accomplissent un même travail, mais seulement éviter que l'on tienne compte du sexe du travailleur dans la détermination du salaire. Que le travail soit le même ou différent est une question de fait qui doit être constatée dans chaque cas concret, pour les fonctions attribuées à l'un et à l'autre sujet, et qui ne peut pas faire l'objet d'une détermination a priori, de même que l'on ne détermine pas a priori l'identité du travail de deux hommes auxquels est accordée la même rémunération' (Levi Sandri, dans *Commentario CEE*, vol. II, p. 956). »

18 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, point 5).

19 — Voir les arrêts du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 30); du 13 février 1996, Gillespie e.a. (C-342/93, Rec. p. I-475, point 16), et du 2 octobre 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, point 14).

20 — Voir l'arrêt du 9 novembre 1993, Roberts (C-132/92, Rec. p. I-5579, point 17). La formulation littérale de cet arrêt donne à penser qu'il faut qu'il s'agisse d'un travail strictement identique. Cependant, cette formulation n'est pas conforme à l'esprit plus général de la jurisprudence de la Cour. Voir, à ce sujet, les points 22 et 23 des présentes conclusions.

21 — Voir l'arrêt du 31 mai 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275, point 33).

22 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt du 17 octobre 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199, point 40), et l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, points 32 et 33).

23 — Voir l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, point 40).

24 — Voir l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, points 13 à 19) et les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous cet arrêt (points 15 à 39), ainsi que les conclusions de ce dernier sous l'arrêt Roberts (déjà cité à la note 20, points 12 et suiv.).

valeur égale », au sens de l'article 1er de la directive 75/117 [25]. L'expression « travail de même valeur » est plus large que celle de « travail similaire » ou de « même travail », si bien qu'il n'est pas exigé qu'il s'agisse d'un travail identique ou similaire. On peut considérer un travail différent comme comparable si l'on constate qu'il est de même valeur, comme dans le cas d'un travail qui n'est pas mixte, c'est-à-dire qui ne peut être accompli par les deux sexes.

23. Il y a, toutefois, lieu de signaler que la Cour a jugé que « l'article 1 de la directive 75/117 du Conseil, destiné essentiellement à faciliter l'application concrète du principe de l'égalité des rémunérations qui figure à l'article 119 du traité, n'affecte en rien le contenu ou la portée de ce principe, tel que défini par cette dernière disposition » [26]. En d'autres termes, la Cour a estimé que l'idée de « travail de même valeur », au sens que nous avons indiqué ci-dessus, était et est incluse dans les termes « même travail » de l'article 119 du traité. L'orientation adoptée par la directive 75/117 quant à l'interprétation de cet article du traité a simplement confirmé la nécessité de faire une interprétation extensive des termes « même travail » [27].

24. Même si la notion de « travail de même valeur » est, en principe, plus large que celle de « même travail » et si la distinction sémantique fondamentale qu'elles impliquent est mise en lumière dans le cas d'un travail dont l'objet est dissemblable, mais qui a une même valeur, il convient, toutefois, d'admettre que la situation inverse peut aussi se présenter: il est logiquement possible qu'il existe un travail similaire qui ait, cependant, une valeur différente. Tel pourrait être le cas si nous comprenons la notion de « même travail » comme impliquant l'exercice d'une « même activité ». Il est donc possible que deux travailleurs exercent la même activité, mais que le travail fourni ait une valeur différente soit parce qu'il est accompli selon des conditions différentes, soit parce que les travailleurs concernés ont une expérience ou des aptitudes différentes [28]. Nous voudrions souligner, à ce propos, que la notion de valeur d'un travail ne doit pas faire référence uniquement à la valeur financière du travail fourni, mais aussi à sa valeur qualitative. Même si, la plupart du temps, il y a correspondance entre valeur financière et valeur qualitative, dans certains cas, il est possible que le prix fixé pour un travail de niveau qualitatif différent soit identique pour des raisons d'opportunité, par exemple pour des raisons de politique sociale.

25. Quand, cependant, est-on en présence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur », au sens de l'article 119, premier alinéa, du traité?

25 — La directive 75/117 est venue combler la lacune que comportait l'article 119 par rapport à l'article 2, paragraphe 1, de la convention n° 100 de l'Organisation internationale du travail (1951) et à l'article 4, point 3, de la Charte sociale européenne (Turin, 18 octobre 1961), qui énonçaient le principe de l'égalité de traitement pour un travail de même valeur.

26 — Voir les arrêts du 31 mars 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911, point 22), et du 3 décembre 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753, point 20).

27 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Capotorti sous l'arrêt du 27 mars 1980, Macarthys (129/79, Rec. p. 1275), selon lesquelles l'expression « même travail » qui est utilisée à l'article 119 doit englober le cas d'un travail présentant un degré élevé de similitude, même s'il n'est pas identique (point 4, surtout p. 1296). De toute façon, depuis le traité d'Amsterdam (article 1er, point 22), l'article 119 du traité fait désormais explicitement référence aux deux notions: « 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. »

28 — La différence d'aptitudes pourrait être tellement importante qu'elle conduise à considérer qu'il s'agit d'un poste de travail absolument différent ou d'un travail absolument différent. Voir ci-après point 33 des présentes conclusions.

26. Le troisième alinéa de ce même article 119 tente de définir les termes « même travail » utilisés au premier alinéa, en faisant une distinction entre travail payé à la tâche [sous a)] et travail payé au temps [sous b)] [29]. Dans le premier cas, le traité reprend les termes « même travail », tels qu'ils figurent à l'article 119, premier alinéa. Dans ce cas, cependant, l'usage de ces termes est influencé par la nature du travail payé à la tâche, où le travailleur est rémunéré totalement ou partiellement en fonction de sa productivité [30]. Au contraire, comme le prévoit l'article 119, premier alinéa, sous b), le critère utilisé pour comparer le travail accompli en cas de travail payé au temps est le « poste de travail » et non le rendement individuel.

La notion de « même poste de travail » est, donc, une spécification de la notion de « même travail », utilisée à l'article 119, premier alinéa, du traité, dans le cadre du travail payé au temps et pourrait être définie dans chaque cas concret sur la base d'une classification objective et formelle des emplois soit dans un service ou une entreprise, soit dans une branche d'activité. Dans ce cas, donc, la définition de la notion de « même travail » doit s'inspirer de critères objectifs permettant une évaluation structurelle des postes de travail et ne peut être fondée sur la correspondance financière du résultat individuel des travaux concernés. La plupart de ces critères ressortent de la classification des emplois dans l'administration publique et concernent, notamment, les conditions d'exercice des emplois concernés, le secteur d'activité dont ils relèvent [31], le cadre réglementaire dans lequel ils s'inscrivent [32], le niveau hiérarchique auquel ils correspondent, leur durée, les aptitudes et connaissances requises, la compétence des travailleurs, envisagée d'une manière générale, leur ancienneté, etc [33].

L'interprétation systématique de l'article 119 du traité imposerait donc que l'on adopte les conceptions suivantes. Les termes « même travail », utilisés à l'article 119, premier alinéa, font référence à tout type de travail et visent la nature et l'objet des emplois ou des fonctions que l'on compare. Les mêmes termes, tels qu'ils sont utilisés au troisième alinéa, sous a), du même article, visent l'accomplissement d'un travail payé à la tâche et sont en relation, essentiellement, avec la comparaison du résultat individuel du travail. Au contraire, les termes « même poste de travail », figurant au troisième alinéa, sous b), du même article, visent le travail payé au temps et font référence aux composantes formelles du travail accompli, c'est-à-dire aux conditions dans lesquelles il est effectué. Des considérations qui précèdent, il résulte qu'il peut exister un « même travail », en ce sens que l'on est en présence d'une même activité, sans qu'il s'agisse d'un « même poste de travail », parce que cette activité n'est pas exercée selon les

29 — Les conséquences de cette distinction, que la Cour n'a pas encore analysée de manière approfondie, doivent être évaluées à la lumière du fait qu'il existe aussi des systèmes mixtes. Voir aussi l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21), qui traite de cette distinction.

30 — Sa rémunération peut comprendre une partie fixe, mais la partie essentielle de celle-ci fluctue dans la mesure où il est rémunéré en fonction du nombre d'objets produits. La rémunération du travailleur dépend, du moins partiellement, du résultat de son travail, qui est mesuré de manière absolument individuelle (voir les conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt Royal Copenhagen, déjà cité à la note 21, point 60). En cas de travail payé à la tâche, la comparaison des travaux accomplis consiste donc à comparer la productivité individuelle de chaque travailleur.

31 — Voir ci-après le point 55 des présentes conclusions, concernant l'incidence de la branche d'activité sur le point de savoir si l'on est en présence d'un même travail ou d'un travail de même valeur.

32 — Voir ci-après les points 54 et suiv. des présentes conclusions, concernant la deuxième question préjudicielle, qui soulève le problème de l'incidence des dispositions des conventions collectives quant au jugement porté sur l'existence d'un même travail ou d'un travail de même valeur.

33 — Voir, en ce qui concerne la comparaison des emplois de cadre, les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, point 10).

mêmes conditions ou est exercée par des travailleurs ayant des aptitudes différentes.

27. A cet égard, l'interprétation combinée de l'article 119 du traité et de la directive 75/117 conduit à adopter les positions suivantes: par analogie avec la paire d'expressions « même travail » et « même poste de travail », il faut considérer que, en plus de la notion de « travail de même valeur », il existe celle de « poste de travail de même valeur ». Cela signifie qu'il peut exister deux postes de travail dissemblables qui ont, cependant, une même valeur. Par analogie avec la remarque que nous avons formulée précédemment [34], il y a lieu d'admettre que l'on peut être en présence d'un même travail, en ce sens qu'il comporte l'exercice d'une même activité, qui est accompli par des travailleurs occupant des postes de travail de valeur différente. Dans ce cas, un même travail, du moins si l'on en fait une évaluation qualitative, n'aura pas une même valeur [35].

28. En ce qui concerne les critères permettant d'apprécier l'existence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur — ou, a fortiori, de valeur supérieure — » [36], les données jurisprudentielles disponibles sont généralement limitées. Cela est dû principalement au fait que, dans la majorité des cas où la Cour a été invitée à se prononcer au sujet de l'interprétation de l'article 119 du traité, elle est partie du principe — qui constituait une hypothèse de travail du juge national lui-même — que les travailleurs concernés accomplissaient un même travail ou un travail de même valeur. On trouve un exemple caractéristique de ce phénomène dans l'arrêt Enderby [37], qui, contrairement à ce que soutient le comité d'entreprise appelant au principal, n'a pas pris position sur la question de la valeur égale du travail accompli par les orthophonistes et les pharmaciens [38].

29. De l'arrêt Macarthys [39], qui est l'un des rares arrêts où la Cour a pris position directement quant aux critères permettant d'apprécier l'existence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur », il résulte que la notion de « même travail » est une notion de caractère purement qualitatif, dont le contenu vise exclusivement la nature du travail fourni. Cela signifie que le critère permettant d'apprécier l'existence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur » est exclusivement l'activité exercée par les travailleurs. Comme le gouvernement allemand le fait observer dans la présente affaire, il existe un « même travail » lorsqu'un travail identique ou simi-

34 — Voir ci-dessus le point 24 des présentes conclusions.

35 — Voir ci-dessus le point 24 des présentes conclusions.

36 — Voir l'arrêt du 4 février 1988, Murphy e.a. (157/86, Rec. p. 673). La Cour a jugé que l'article 119 doit être interprété en ce sens qu'il vise également l'hypothèse dans laquelle le travailleur, invoquant le bénéfice de cette disposition pour obtenir une rémunération égale au sens de celle-ci, accomplit un travail de valeur supérieure à celle du travail de la personne retenue comme base de comparaison (point 12). L'interprétation contraire reviendrait à priver le principe de l'égalité des rémunérations de son effet utile et à le vider de sa substance (point 10).

37 — Arrêt déjà cité à la note 16.

38 — Voir l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16). Dès lors que le juge national a posé des questions d'interprétation du droit communautaire qui n'étaient pas manifestement sans rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, la Cour s'est fondée sur l'hypothèse adoptée par le juge national, selon laquelle il s'agissait d'un travail de même valeur. La Cour a jugé qu'il appartenait au juge national de vérifier la validité de cette hypothèse (points 10 à 12). Voir aussi l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22). Sur ce point, dans l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21), la Cour s'est fondée sur l'hypothèse adoptée par le juge national, selon laquelle on était en présence d'un travail de même valeur, même s'il pouvait exister des doutes quant à la validité de cette hypothèse, comme l'avocat général M. Léger l'a indiqué dans ses conclusions (points 14 à 17).

39 — Déjà cité à la note 27.

laire est accompli dans des postes de travail différents [40].

30. La Cour ne paraît pas avoir modifié substantiellement dans sa jurisprudence ultérieure la position adoptée dans l'arrêt Macarthys. Le critère matériel concernant l'objet et la nature de l'activité exercée semble suffire à permettre de juger si deux catégories de travailleurs accomplissent un même travail ou un travail de même valeur [41]. En outre, les distinctions conceptuelles introduites par l'article 119 du traité n'ont, jusqu'à présent, pas encore été précisées par la jurisprudence de la Cour, qui s'est essentiellement limitée à analyser les termes « même travail » [42], tels qu'ils figurent au premier alinéa de l'article 119 et ne paraît pas insister sur l'analyse systématique de la différence sémantique existant entre les expressions « même travail » et « même poste de travail » [43]. Plus précisément, les éléments

40 — Voir l'arrêt Macarthys (déjà cité à la note 27, point 11). Examinant la question de l'intervalle de temps entre deux prestations de travail, la Cour a jugé que le fait que, dans le cadre des discriminations qui relèvent de l'application directe de l'article 119 du traité, les prestations de travail comparées aient été effectuées à des époques différentes est, en principe, sans importance (point 12). Nous ne pourrions, toutefois, exclure qu'une différence de rémunération entre des travailleurs occupant un même poste de travail, mais à des époques différentes, s'explique par l'intervention de facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, par exemple lorsque, dans l'intervalle, les conditions économiques ont changé ou qu'une politique des revenus plus stricte a été adoptée. Il s'agit là d'une question de fait qu'il appartient au juge national d'apprécier.
Examinant la question de la distance spatiale entre les emplois comparés, la Cour a jugé, dans le même arrêt, que l'on ne peut comparer le travail d'un travailleur masculin et celui d'un travailleur féminin dans un cadre très général, en prenant en considération l'ensemble d'une branche d'activité, mais que cette comparaison doit s'effectuer dans le cadre limité d'une même entreprise, relevant de l'employeur visé par la demande. De même, cette comparaison doit s'effectuer sur la base des caractéristiques spécifiques des emplois en cause, résultant des prestations de travail accomplies effectivement (voir l'arrêt Macarthys, déjà cité à la note 27, points 10, 14, 15 et 16).
En ce qui concerne la question de la distance spatiale entre les emplois comparés, l'arrêt Macarthys (comme l'arrêt du 11 mars 1981, Worringham et Humphreys, 69/80, Rec. p. 767; voir aussi les conclusions de l'avocat général M. Warner, qui a pris position en sens contraire) n'a plus, désormais, d'importance particulière, parce qu'il est influencé par la jurisprudence qu'a inauguréc l'arrêt Defrenne, déjà cité à la note 17, en ce qui concerne l'effet direct de l'article 119. D'après cette jurisprudence, l'article 119 a un effet direct seulement en cas de « discrimination directe et ouverte », susceptible d'être constatée à l'aide des seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération retenus par cet article, sans qu'il soit nécessaire qu'il existe des dispositions communautaires ou nationales définissant ces critères de manière plus explicite. La Cour, conformément à cette jurisprudence limitant l'effet direct de l'article 119 aux discriminations directes, n'a pas accepté d'examiner l'existence d'une discrimination éventuelle sur la base d'une comparaison des prestations de travail étendue à des branches entières de l'industrie, car elle a estimé qu'il s'agissait de discriminations indirectes. De même, pour ce motif, elle a jugé qu'il n'était pas possible de procéder à une comparaison prenant un « travailleur masculin hypothétique » comme référence (arrêt Macarthys, déjà cité à la note 27, points 14 et 15). Cependant, l'hésitation de la Cour à étendre l'application directe de l'article 119 aux discriminations indirectes appartient à une époque révolue. Elle accepte, désormais, de laisser au juge national le soin de constater l'existence de discriminations indirectes. De même, sur la base de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 75/117, il n'est pas exclu que l'on élargisse les limites spatiales dans lesquelles doit s'effectuer la comparaison des prestations de travail, si l'on constate qu'un traitement inégal est appliqué dans une branche d'activité, en vertu d'une convention collective ou d'une loi. Voir, à titre indicatif, les conclusions de l'avocat général M. VerLoren van Themaat sous l'arrêt du 30 janvier 1985, Commission/Danemark (143/83, Rec. p. 427); les arrêts Jenkins (déjà cité à la note 26), du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), ainsi que les arrêts du 13 juillet 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), et du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591).

41 — Voir l'arrêt du 1er juillet 1986, Rummler (237/85, Rec. p. 2101). Cet arrêt fait principalement référence aux critères objectifs permettant d'apprécier l'existence d'une discrimination en matière de rémunération. Le principe de l'égalité des rémunérations, auquel se réfère cet arrêt, requiert essentiellement que l'on prenne la nature du travail à effectuer objectivement en considération. Le travail effectif accompli doit être rémunéré conformément à sa nature (point 23). Dans l'arrêt Murphy e.a. (déjà cité à la note 36), la valeur plus grande attribuée au travail effectué par l'une des deux catégories de travailleurs comparées est aussi fondée sur la nature et l'objet de ce travail.
Dans la seule affaire où une distinction claire a été faite entre le travail payé à la tâche et le travail payé au temps et où cette distinction a été jugée décisive pour apprécier les conséquences résultant de la comparaison des rémunérations moyennes de deux catégories de travailleurs (voir arrêt Royal Copenhagen, déjà cité à la note 21, point 25), la Cour, bien qu'elle en ait l'occasion, n'a pas procédé à une interprétation systématique et analytique des conditions énoncées à l'article 119 du traité. Pour définir les critères permettant de comparer les travaux effectués par les deux catégories de travailleurs, la Cour ne s'est pas fondée sur la distinction conceptuelle existant entre les expressions « même travail » et « même poste de travail ». Elle a aussi invoqué cumulativement le critère de fond tiré de la nature du travail et le critère formel tiré des conditions d'accomplissement de celui-ci, ainsi que le critère tiré de la formation reçue par les travailleurs, critère que, comme il résulte de la formulation de l'arrêt, elle a considéré comme distinct des deux autres (points 32, 33 et 42).

42 — Voir l'arrêt Macarthys (déjà cité à la note 27, point 9).

43 — Ainsi, dans ses conclusions sous l'arrêt Jenkins (déjà cité à la note 26), l'avocat général M. Warner a soutenu que les expressions « même travail » et « même poste de travail » n'étaient pas synonymes et il a estimé, par conséquent, que les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel, même s'ils effectuent un même travail, n'occupent pas le même poste de travail. Cette remarque était liée à la question préalable portant sur le point de savoir si la condition exigeant qu'un même travail soit effectué était remplie, question qui précède logiquement toute autre question, parce que, si le travail effectué par les deux catégories de travailleurs ne pouvait être considéré comme un même travail ou un travail de même valeur, il n'y aurait pas eu lieu d'appliquer l'article 119. La Cour a considéré implicitement que le fait qu'une catégorie de salariés travaille à temps plein et l'autre à temps partiel n'empêchait pas que cette condition soit remplie. Il lui a suffi que l'on soit en présence d'une « même activité » et elle ne s'est pas préoccupée de savoir s'il s'agissait ou non d'un « même poste de travail » (points 10 à 15).

organiques et formels du travail, qui sont en relation avec les aptitudes physiques et intellectuelles du travailleur, et aussi les conditions d'emploi sont examinés seulement en tant que critères objectifs justifiant l'attribution éventuelle d'une rémunération différente pour un même travail [44].

31. A notre avis, cette jurisprudence ne s'explique pas seulement par le fait que, dans le cadre des arrêts préjudiciels, la Cour est fréquemment liée par l'hypothèse que le juge national a faite sienne en ce qui concerne l'existence d'un même travail ou d'un travail de même valeur. La raison fondamentale expliquant cette jurisprudence réside dans le fait que c'est, dans une large mesure, sur la délimitation du contenu de la notion de « même travail » et des critères permettant d'apprécier l'existence ou non d'un « même travail » que la Cour fonde l'application de la jurisprudence relative à la répartition de la charge de la preuve dans le cadre de l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins.

La Cour a jugé que c'est, en principe, à celui qui invoque l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération qu'il incombe d'en apporter la preuve, c'est-à-dire au travailleur qui estime être victime d'une telle discrimination. Comme il ressort, toutefois, de la jurisprudence de la Cour [45], la charge de la preuve peut être transférée à l'employeur, lorsque cela s'avère indispensable pour que le travailleur qui est victime d'une discrimination apparente fondée sur le sexe ne soit pas privé de la possibilité de faire appliquer le principe de l'égalité des rémunérations [46]. En cas de discrimination apparente, c'est-à-dire lorsque, dans la pratique, une mesure affecte beaucoup plus les personnes de l'un des deux sexes, c'est désormais à l'employeur (ou à l'État membre ou, d'une manière générale, à celui qui a adopté cette mesure) qu'il incombe de prouver l'existence de raisons objectives justifiant la différence de rémunération constatée [47].

Donc, dès lors que les facteurs objectifs que l'employeur (ou, d'une manière générale, celui à qui il incombe de justifier objectivement la distinction opérée) doit invoquer ne peuvent être liés au sexe, alors, comme il ressort de la jurisprudence, ils seront liés soit au service ou

44 — Quant au critère concernant l'horaire de travail (temps partiel ou temps plein), voir, à titre indicatif, l'arrêt Jenkins (déjà cité à la note 26). Quant au critère concernant la formation professionnelle, qui nous intéresse en l'espèce, voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, point 23).

45 — Voir l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, points 13 à 19).

46 — Voir aussi l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80 (déjà citée à la note 14).

47 — Ainsi, la Cour a jugé que, lorsqu'une mesure opérant une distinction entre les travailleurs en fonction de leur horaire de travail frappe un nombre considérablement plus important de personnes appartenant à l'un ou à l'autre sexe, cette mesure doit être considérée comme contraire aux objectifs poursuivis par l'article 119 du traité, à moins que l'employeur n'établisse que ladite mesure est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (voir les arrêts du 13 mai 1986, Bilka, 170/84, Rec. p. 1607, point 31, Kowalska, déjà cité à la note 40, point 16, et Nimz, déjà cité à la note 40, point 15). En outre, la Cour a estimé que, lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins (voir l'arrêt Danfoss, déjà cité à la note 22, point 16). La Cour a déclaré aussi que, lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre presque exclusivement par des hommes, l'article 119 du traité impose à l'employeur (ou, d'une manière plus générale, à celui à qui il incombe de justifier la distinction) de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (voir l'arrêt Enderby, déjà cité à la note 16, point 19).

à l'entreprise [48], soit aux conditions de travail [49], soit, enfin, aux objectifs impérieux d'une politique sociale menée par l'État membre concerné, dont la réalisation rend la différenciation des rémunérations opportune et nécessaire [50]. Si, toutefois, on admet que les conditions de travail doivent, comme il est logique, être examinées dans le cadre de la question préliminaire portant sur le point de savoir si l'on est en présence d'un même travail ou d'un travail de même valeur, les seuls critères objectifs qui, au stade ultérieur, pourront justifier la différenciation des rémunérations, sans qu'il soit fait à nouveau référence aux facteurs qui ont déjà été examinés pour vérifier s'il s'agissait d'un même travail ou d'un travail de même valeur, seront désormais uniquement les critères liés soit aux nécessités ou aux spécificités du service ou de l'entreprise où le travail est effectué [51], soit aux objectifs impérieux d'une politique sociale menée par l'État membre concerné. En d'autres termes, une grande partie des facteurs jusqu'ici considérés comme objectifs, qui justifient la différenciation des rémunérations des travailleurs masculins et féminins et dont il incombe à l'employeur (ou à l'État membre ou, d'une manière plus générale, à celui qui a la charge de la preuve) de prouver l'existence, seront désormais analysés dans le cadre de l'examen de la question préliminaire portant sur le point de savoir si l'on est en présence d'un même travail ou d'un travail de même valeur, cadre dans lequel c'est le travailleur (habituellement le travailleur féminin) invoquant la discrimination qui a la charge de la preuve. L'employeur, niant avec raison l'existence d'une discrimination, n'aura donc qu'à contester que l'on soit en présence d'un même travail ou d'un travail de même valeur, en invoquant l'un de ces facteurs, sans avoir à démontrer que ce facteur a un caractère objectif et est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe. La simple existence de ce facteur entraînera une différenciation du type de travail et donc l'inexistence d'une discrimination contraire au principe d'égalité énoncé par l'article 119 du traité [52]. Il est manifeste que, dans ce cas, il pourra arriver qu'il soit impossible de vérifier — et, de toute façon, que la jurisprudence relative au renversement de la charge de la preuve et de la justification objective soit battue en brèche — l'existence d'un grand nombre de « discriminations indirectes ou déguisées » qui sont fondées sur des critères neutres, liés aux conditions de travail ou aux aptitudes des travailleurs, mais qui touchent, dans la pratique, les personnes d'un seul sexe.

48 — Voir l'arrêt Bilka (déjà cité à la note 47, point 37).

49 — Voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22), en ce qui concerne l'ancienneté, la formation professionnelle, la faculté d'adaptation considérée en général et plus spécifiquement en ce qui concerne les changements d'horaire et de lieu de travail.

50 — Voir, à titre indicatif, l'arrêt Rinner-Kühn (déjà cité à la note 40, point 14), l'arrêt Gerster (déjà cité à la note 12, point 40) et l'arrêt du 6 février 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243, point 36). De même, la Cour a considéré comme critère objectif la politique de développement économique et de création d'emplois (voir l'arrêt du 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack, C-189/91, Rec. p. I-6185, point 33). En revanche, la Cour n'a pas admis que des considérations d'ordre budgétaire puissent constituer des critères objectifs (arrêt du 24 février 1994, Roks e.a., C-343/92, Rec. p. I-571, points 35 et 36).

51 — Toutefois, même ces critères, dans la mesure où ils ne sont pas seulement de caractère économique et où ils peuvent concerner le cadre dans lequel le travail est effectué, constituent des critères fonctionnels d'évaluation du travail et devraient être analysés dans le contexte de la question préliminaire portant sur le point de savoir si l'on est en présence d'un même travail ou d'un travail de même valeur.

32. Eu égard aux considérations qui précèdent et compte tenu des faits décrits par l'ordonnance de renvoi de l'Oberlandesgericht Wien, il semble que la Cour puisse, en ce qui concerne la première question préjudicielle, adopter trois interprétations différentes.

52 — Voir ci-dessus point 21 des présentes conclusions.

a) Conformément à la première de ces interprétations, la Cour peut demeurer fidèle à la jurisprudence Macarthys [53] et considérer que l'exercice d'une même activité suffit à entraîner l'existence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur » ou d'un « même poste de travail », même dans le cas où cette activité est exercée en vertu d'un titre professionnel différent, résultant d'une formation professionnelle différente, et où une catégorie de travailleurs est habilitée, en vertu du titre professionnel requis, à exercer aussi d'autres activités relevant d'un domaine plus large. Cette solution a l'inconvénient de limiter la notion de même travail au cas où une même activité est exercée et ignore les distinctions sémantiques faites par l'article 119 du traité. Elle présente, toutefois, l'avantage de ne pas mettre en péril la jurisprudence relative à la répartition de la charge de la preuve. Si l'on adopte cette solution au niveau des faits de la présente affaire, on admettra que les médecins et les psychologues accomplissent un même travail et occupent un même poste de travail dès lors qu'ils exercent la même activité, c'est-à-dire la psychothérapie, sur la base de la formation requise prévue par la loi sur la psychothérapie, compte tenu aussi des périodes de formation prévues par cette loi. Dans un tel cas, comme le soulignent tant le gouvernement allemand que la Commission, ce n'est plus, au fond, la première question qui se pose, mais bien la sixième.

b) Conformément à la deuxième interprétation, il faudra admettre que, dans le cas où deux catégories de travailleurs exercent la même activité, mais possèdent chacune une formation professionnelle différente, ces deux catégories de travailleurs n'occupent pas un « même poste de travail », même s'ils accomplissent un même travail, dans le sens d'une même activité. Parallèlement, la différence de formation professionnelle entraîne une différenciation des conditions conformément auxquelles le travail est effectué, de telle sorte que le travail effectué par chaque catégorie de personnes n'a pas la même valeur d'un point de vue soit économique, soit qualitatif.

D'un point de vue conceptuel, cette interprétation est plus cohérente que la précédente. Elle présente, cependant, deux inconvénients fondamentaux. D'une part, elle considère comme impossible que des personnes occupant un « même poste de travail » aient des formations professionnelles de niveaux différents et, d'autre part, elle implique, comme nous l'avons expliqué plus haut, une remise en cause du champ d'application de la jurisprudence relative à la charge de la preuve. Si l'on adopte cette solution au niveau des faits de la présente affaire, on devra admettre que, parce que les médecins-psychothérapeutes et les psychologues-psychothérapeutes n'ont pas la même formation, la question de la discrimination ne se pose pas, parce que ces deux catégories ne se trouvent pas dans la même situation, au sens de la jurisprudence de la Cour, et n'exercent pas une activité de même valeur. Si la Cour adopte cette interprétation, elle peut s'abstenir de répondre aux questions préjudicielles suivantes, parce que, dans ce cas, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, énoncé par l'article 119 du traité, est exclue.

53 — Arrêt déjà cité à la note 27.

c) Conformément à la troisième interprétation, que nous proposons, il faut considérer que le critère de la formation professionnelle est susceptible d'un double usage. Il peut être utilisé comme critère objectif permettant de justifier la différenciation des rémunérations attribuées pour un même travail ou pour un travail de même valeur, mais aussi comme critère de comparaison des prestations de travail. Cette position est, en outre, en harmonie avec l'arrêt Royal Copenhagen [54], où la Cour, recherchant les critères permettant de comparer la situation de deux catégories de travailleurs, a jugé que la formation des travailleurs constitue un facteur permettant de vérifier si les travailleurs se trouvent dans des situations similaires [55]. En adoptant cette position, la Cour a, en substance, jugé que le critère de la formation professionnelle peut être utilisé non seulement comme critère permettant de motiver objectivement la différenciation des rémunérations attribuées pour un même travail ou un travail de même valeur, comme elle l'a admis dans l'arrêt Danfoss [56], mais aussi comme critère de comparaison des prestations de travail fournies par deux catégories de travailleurs. De plus, l'arrêt précité confirme explicitement cette possibilité de double usage pour tous les critères permettant de justifier objectivement la différence de rémunération qui sont fondés sur la nature du travail et les conditions de travail. Concrètement, la Cour a admis que le juge national se fonde sur les faits qui sont à la base de ces critères pour apprécier soit si les prestations de travail comparées ont la même valeur, soit si les distinctions éventuellement opérées en matière de rémunération sont objectives et évidemment étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe [57].

33. Toutefois, pour que la possibilité de faire un double usage du critère de la formation professionnelle ait un sens, il y a lieu de considérer que ce critère n'a pas un contenu identique dans le cadre de chacun de ces deux usages. La formation professionnelle différente en tant que critère objectif de différenciation des rémunérations attribuées pour un même travail ou pour un travail de même valeur ne peut être identifiée à la formation professionnelle différente qui, si l'on en constate l'existence, conduit à en conclure que deux catégories de travailleurs n'accomplissent pas un même travail ou un travail de même valeur.

Dans le premier cas, la différence de formation professionnelle consiste habituellement dans l'existence de diplômes de niveaux différents ou, d'une manière générale, de formations professionnelles de niveaux différents. Dans ce cas, les diplômes de niveaux différents n'entraînent pas une différenciation si profonde qu'il y ait lieu de parler d'une profession différente ou d'un poste de travail différent, mais ils peuvent justifier une différenciation des rémunérations attribuées pour un même travail. Il s'agit d'un cas analogue à celui où il existe deux travailleurs qui accomplissent le même travail, mais dont l'un est

54 — Arrêt déjà cité à la note 21.

55 — Voir l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, points 32 et 33).

56 — Arrêt déjà cité à la note 22.

57 — Voir l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, point 42).

présumé, du fait de son ancienneté, avoir une plus grande expérience et une plus grande aptitude à faire face aux nécessités de son travail. Cette circonstance justifie une majoration correspondante de sa rémunération, sans que cela signifie que le travailleur accomplisse un travail différent [58].

Il est, cependant, possible que la différence de niveau des diplômes soit très importante ou que la différence de formation ait un caractère non seulement quantitatif, mais aussi qualitatif, de telle sorte que l'on soit en présence d'un titre professionnel différent et, par conséquent, d'un travail qui n'est pas le même ni n'a la même valeur que celui d'une autre catégorie de travailleurs qui n'ont pas la même formation professionnelle. Dans ce cas, la formation professionnelle *fondamentalement* différente, comme la Commission la qualifie, peut impliquer l'accomplissement d'un travail ayant une nature différente ou un objet différent. Il se peut, aussi, que les travailleurs des diverses catégories exercent une activité ayant une même nature et un même objet dans le cadre du même service ou de la même entreprise, sans qu'ils accomplissent un même travail ou un travail de même valeur ou sans qu'ils occupent un même poste de travail ou un poste de travail de même valeur, parce que la différence fondamentale de formation professionnelle peut modifier radicalement la valeur et les conditions d'accomplissement de ce travail.

34. Le caractère fondamental de la différence, comme tous les facteurs permettant de comparer les prestations de travail fournies, est, en tout cas, une question de fait qu'il appartient au juge national d'éclaircir. Celui-ci devra, toutefois, fonder son appréciation sur le caractère objectif de cette différence fondamentale de formation professionnelle [59]. Pour vérifier le caractère fondamental de la différence de formation professionnelle, qui a pour conséquence que l'intéressé accomplit un travail absolument différent ou occupe un poste de travail absolument différent, l'existence d'un titre professionnel différent pour chaque catégorie de travailleurs constitue, à notre avis, un critère objectif légitime. Le titre professionnel, qui définit l'ampleur des tâches susceptibles d'être confiées à un travailleur et qui est attribué en fonction de critères liés à la formation et aux compétences du travailleur, constitue un élément essentiel du travail, comme l'indique la caisse de maladie. En conséquence, si deux travailleurs possèdent un titre professionnel différent, du fait qu'ils ont reçu une formation professionnelle fondamentalement différente, il en résulte que le travail accompli ou le poste de travail occupé sont différents, même si ces travailleurs exercent une activité apparemment identique. Cependant, pour qu'il y ait lieu d'opérer cette différenciation, sur la base du titre professionnel différent détenu par les travailleurs intéressés, il faut que ces derniers aient été engagés et exercent cette même activité sur la

58 — Voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22). Cependant, comme la Cour l'a souligné dans cet arrêt, pour le critère de l'ancienneté, les conditions ne sont pas les mêmes que pour le critère de la formation professionnelle ou de l'adaptabilité à des horaires ou à des lieux de travail différents, parce que « 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 » (point 24).

59 — La Cour a considéré comme un critère important pour l'évaluation des compétences scientifiques et didactiques d'une catégorie donnée de professeurs-chercheurs la participation à un concours public ou la comparution devant une commission nationale. Voir l'arrêt du 20 novembre 1997, Petrie e.a. (C-90/96, Rec. p. I-6527, points 47 et suiv.).

base du titre professionnel qu'ils détiennent et qui est lié à cette activité.

35. En l'espèce, sur la base des éléments ressortant de l'ordonnance de renvoi, les médecins qui travaillent comme psychothérapeutes semblent continuer d'exercer la profession de médecin et les fonctions qui y sont associées le cas échéant, contrairement aux docteurs en psychologie, qui exercent seulement la profession de psychothérapeute. Comme la Commission et la caisse de maladie l'indiquent, d'ailleurs, dans leurs observations, les médecins peuvent mettre à profit l'ensemble de leurs connaissances pour soigner les patients et c'est pour ce motif que la caisse de maladie conclut avec eux les contrats régis par la DO. B, indépendamment des activités précises qu'ils exercent. En conséquence, d'après les éléments factuels susmentionnés, auxquels il appartient, en dernière analyse, au juge national d'apporter les éclaircissements nécessaires, si la formation professionnelle reçue par les deux catégories de travailleurs est fondamentalement différente et que cette différence est confirmée par des titres professionnels différents, les deux catégories de travailleurs n'accomplissent pas le même travail ni n'occupent un même poste de travail. Même si, dans la mesure où l'on se rapporte à son objet, ils exercent apparemment la même activité, c'est-à-dire la psychothérapie, ils possèdent des connaissances, une expérience et donc des aptitudes thérapeutiques fondamentalement différentes, circonstance qui a une influence substantielle sur le travail accompli. Le fait que ce travail soit facturé au même prix par la caisse de maladie ne contredit pas nécessairement cette constatation, parce que rien n'indique que cette facturation est fondée sur la qualité ou la valeur réelle sur le marché du travail des soins fournis par chaque catégorie de psychothérapeutes et qu'elle peut résulter de motifs de politique sociale.

36. Ainsi, nous proposons à la Cour de répondre à la première question préjudicielle que l'article 119 du traité [60] doit s'interpréter en ce sens que l'on n'est pas en présence d'un « même travail » ou d'un même « poste de travail » lorsque des travailleurs salariés possèdent des titres professionnels différents, parce qu'ils ont reçu une formation professionnelle fondamentalement différente, et exercent la même activité sur une longue période (plusieurs périodes de paiement de la rémunération), si ces travailleurs salariés ont été engagés en considération de ces titres professionnels et si ceux-ci sont liés à l'activité qu'ils exercent.

37. Eu égard aux faits décrits dans l'ordonnance de renvoi, si l'on se rallie à la proposition faite ci-dessus, il n'y a pas lieu de répondre aux autres questions, si ce n'est par souci d'exhaustivité, parce que la question de l'application du principe d'égalité des rémunérations énoncé à l'article 119 du traité ne se pose plus.

C — *Sur la sixième question*

38. Nous examinerons maintenant la sixième question en raison de sa connexité avec la première. L'Oberlandesgericht Wien demande

60 — Il suffit que, dans notre réponse, nous fassions référence à l'article 119 du traité et il n'est pas nécessaire que nous recourions à la directive 75/117. Voir l'arrêt Murphy e.a. (déjà cité à la note 36, point 13), ainsi que le point 23 des présentes conclusions.

si, en cas d'exercice d'une même activité dans le cadre de l'entreprise, il faut considérer la différence de formation comme un critère justifiant la différenciation des rémunérations. Il demande aussi si, indépendamment de l'activité concrète exercée par le travailleur dans le cadre de l'entreprise, il faut considérer un titre professionnel recouvrant plusieurs activités comme un critère objectif permettant de différencier les rémunérations. Sur ce point, il y a lieu de se demander s'il faut accorder une importance déterminante au point de savoir: a) si les travailleurs qui perçoivent une rémunération plus élevée peuvent être utilisés dans le cadre de l'entreprise pour effectuer d'autres prestations de travail ou b) s'il est nécessaire de démontrer que, en l'espèce, ces travailleurs effectuent aussi d'autres prestations de travail. Enfin, la juridiction de renvoi demande si le fait que les dispositions pertinentes de la convention collective prévoient la protection des travailleurs contre le licenciement revêt quelque importance en la matière.

39. Il y a lieu de souligner, à titre préliminaire, que les problèmes que soulève la sixième question ne peuvent se poser que si l'on considère que les deux catégories de travailleurs — en l'espèce, les médecins-psychothérapeutes et les psychologues-psychothérapeutes — accomplissent un même travail ou un travail de même valeur, ou occupent un même poste de travail. Eu égard, cependant, aux analyses effectuées à l'occasion de la question précédente, la sixième question préjudicielle ne se justifie que dans deux cas: a) si la Cour adopte la première interprétation, selon laquelle l'exercice d'une même activité suffit pour que l'on soit en présence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur », ou d'un « même poste de travail »; b) si, dans le cadre de la troisième interprétation, on estime que, même s'ils possèdent des titres professionnels différents, les travailleurs des différentes catégories, affectés à la même activité dans la même entreprise, n'ont pas reçu une formation professionnelle fondamentalement différente, qui conduise à considérer qu'ils accomplissent un travail différent ou occupent un poste de travail différent. Conformément à la jurisprudence de la Cour [61], dans ces cas, le juge national, appliquant, si nécessaire, le principe de proportionnalité, est seul compétent pour apprécier si les raisons qu'invoque l'employeur (ou tout autre personne ayant la charge de la preuve) pour justifier une discrimination apparente en matière de rémunération entre deux catégories de travailleurs masculins et féminins ou une pratique salariale qui est appliquée indépendamment du sexe du travailleur, mais qui, dans la pratique, touche plus de femmes que d'hommes, sont basées sur des critères objectifs de différenciation de la rémunération qui sont étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

40. La Cour a jugé que, parmi ces critères, figuraient tant le critère de la formation professionnelle, en ce sens que la formation la mieux rémunérée revêt de l'importance pour l'accomplissement des tâches spécifiques confiées au travailleur, que le critère de l'adaptabilité, en ce sens qu'une majoration de la rémunération est justifiée par l'aptitude à s'adapter à des changements d'horaire ou de lieu de travail, lorsque l'employeur démontre que cette adaptabilité revêt de l'importance pour l'accomplissement des tâches spécifiques confiées au travailleur, mais non lorsque ce critère est lié à la qualité du travail fourni par

61 — Voir l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, points 18, 19 et 25) et l'arrêt Bilka (déjà cité à la note 47, points 35 et 36).

le travailleur [62]. La Cour a statué dans ce sens, bien qu'elle ait estimé, d'une part, qu'il n'était pas exclu que le critère de la formation professionnelle joue au détriment des travailleurs féminins, dans la mesure où ceux-ci auraient eu moins de possibilités d'acquérir une formation professionnelle aussi poussée que les travailleurs masculins ou auraient utilisé ces possibilités dans une mesure moindre et, d'autre part, que le critère de la flexibilité, s'il est entendu comme recouvrant l'adaptabilité du travailleur à des horaires et des lieux de travail variables, peut également jouer au détriment des travailleurs féminins, qui, en raison de leurs tâches familiales peuvent modifier leurs horaires de travail moins aisément que les travailleurs masculins [63].

41. A notre avis, le critère de la flexibilité que la Cour a admis dans l'arrêt Danfoss [64] doit englober aussi la notion d'adaptabilité à l'exercice, au sein d'une entreprise, d'activités différentes, couvertes par le titre professionnel que l'intéressé possède. De par sa nature, cette flexibilité est tout à fait neutre sous le rapport du sexe ou, du moins, ne présente aucune différence par rapport au critère de la flexibilité dans le sens déjà admis par la Cour. Par comparaison avec les motifs de l'arrêt Danfoss, il n'est pas plus difficile pour les femmes d'exercer d'autres activités connexes que de s'adapter à des horaires différents, dans la mesure où l'exercice d'activités connexes différentes n'implique pas obligatoirement une modification de l'horaire de travail.

42. Il convient, évidemment, de signaler que les différentes activités connexes couvertes par le titre professionnel doivent l'être aussi par la relation d'emploi. En d'autres termes, il faut que le travailleur ait été engagé en considération du titre professionnel qu'il possède, c'est-à-dire en considération de la possibilité d'exercer plusieurs activités dans le cadre de l'entreprise. En l'espèce, il faudra, donc, que le juge national vérifie si, comme la caisse de maladie l'a indiqué lors de la procédure orale, les médecins ont été engagés en tant que médecins — et ne sont pas simplement rémunérés en tant que médecins —, s'ils pratiquent occasionnellement la psychothérapie dans des établissements spécifiques où ils sont détachés et s'ils n'ont pas été engagés exclusivement en tant que médecins-psychothérapeutes [65].

43. Enfin, il y a lieu de souligner que l'utilisation du critère de l'adaptabilité à des activités différentes au sein de la même entreprise, qui est fondée sur des dispositions protégeant les travailleurs contre le licenciement, ne va pas à l'encontre de la condition exigeant que le critère objectif de distinction réponde aux besoins véritables de l'entreprise [66]. Le besoin véritable n'est pas seule-

62 — Voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, points 17 à 25). Les conditions auxquelles l'arrêt Danfoss subordonne l'application des critères précités recouvrent l'exigence voulant que les critères ne soient pas fondés sur des généralisations concernant certaines catégories de travailleurs, mais soient objectifs, fait qui dépend des circonstances de chaque cas et surtout de leur relation avec la nature des tâches accomplies. En ce qui concerne cette exigence, voir les arrêts Rinner-Kühn (déjà cité à la note 40, point 14) et Nimz (déjà cité à la note 40, points 13 à 15), qui, contrairement à ce qu'affirme le comité d'entreprise, ne dénie pas le caractère légitime et objectif du critère de la formation professionnelle.

63 — Voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, points 21 et 23).

64 — Arrêt déjà cité à la note 22.

65 — Sur ce point, il peut être opportun d'analyser aussi les autres problèmes liés éventuellement à la possibilité d'exercer plusieurs activités connexes. Par exemple, il peut être opportun que le juge national examine si le code de déontologie des médecins permet aux médecins qui pratiquent une spécialité déterminée (par exemple les psychiatres qui, en l'espèce, sont occupés en qualité de psychothérapeutes) d'en pratiquer une autre.

66 — Voir l'arrêt Bilka (déjà cité à la note 47, point 36).

ment le besoin présent, mais aussi le besoin futur dont la survenance est, cependant, certaine. En l'espèce, la titularisation des employés après dix années confère un caractère certain au besoin futur d'adaptabilité et de flexibilité des travailleurs dans l'entreprise.

44. Le point de savoir si le travailleur utilise réellement à tout instant toutes les possibilités que lui donne son titre professionnel est-il, toutefois, déterminant?

La jurisprudence existante de la Cour ne paraît pas imposer une réponse affirmative à cette question. D'après l'arrêt Danfoss [67], tant le critère de la formation professionnelle que celui de l'adaptabilité à des changements d'horaire et de lieu de travail doivent revêtir de l'importance pour l'accomplissement des tâches spécifiques confiées au travailleur [68]. Cette condition ne signifie pas obligatoirement que, dans tous les cas, il est nécessaire que toutes les activités que permettent la formation professionnelle ou la faculté d'adaptation soient effectivement exercées. Comme il ressort aussi des conclusions de l'avocat général M. Lenz, la condition qu'énonce l'arrêt Danfoss signifie simplement qu'il faut que la formation professionnelle et la faculté d'adaptation soient objectivement en rapport avec l'activité correspondante, c'est-à-dire qu'elles soient en relation avec le travail fourni [69].

En outre, dans l'arrêt Macarthys [70], la Cour indique que « les comparaisons, dans le cas de discriminations de fait relevant du domaine de l'application directe de l'article 119, sont restreintes à des rapprochements qui s'établissent au plan des appréciations concrètes, concernant des prestations de travail accomplies effectivement, dans le cadre d'un même établissement ou service, par des travailleurs de sexe différent » [71]. En l'espèce, toutefois, la condition relative à l'accomplissement effectif des prestations de travail ne concerne pas le problème soulevé par la procédure au principal qui nous intéresse ici, mais est liée au refus de la Cour d'admettre que l'on opère une comparaison entre un travailleur féminin et un « travailleur masculin hypothétique », en ce sens qu'un travailleur féminin ne pourrait prétendre à la rémunération qu'il pourrait exiger s'il était un homme, même si aucun homme n'accomplissait ou n'avait accompli antérieurement le même travail. En l'espèce, il ne s'agit pas de trancher la question du « travailleur masculin hypothétique », qui est liée aux spécificités de la jurisprudence Macarthys [72], mais le problème de l'existence d'un travailleur masculin qui peut, du fait de sa formation professionnelle et surtout de son titre professionnel, exercer, dans une entreprise, plusieurs activités connexes à celle qu'il exerce à un moment donné.

A notre avis, donc, non seulement la formation professionnelle plus poussée, mais aussi le titre professionnel différent impliquant la possibilité d'exercer plusieurs activités connexes au sein d'une entreprise constituent un critère objectif de différenciation des rémunérations, conformément aux conditions

67 — Arrêt déjà cité à la note 22.

68 — Voir ci-dessus point 40 des présentes conclusions.

69 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz (déjà citées à la note 22, point 43).

70 — Arrêt déjà cité à la note 27.

71 — Point 15.

72 — Voir ci-dessus point 40 des présentes conclusions.

énoncées par la jurisprudence Danfoss [73], indépendamment du point de savoir si le travailleur utilise effectivement à tout instant toutes les possibilités que lui offre le titre professionnel en question.

45. Cette position est conforme au principe d'égalité. Dès lors que deux catégories de travailleurs qui exercent la même activité ne se trouvent pas objectivement dans une situation professionnelle similaire en ce qui concerne les besoins économiques de l'entreprise et les tâches qui lui sont confiées, il est légitime, sur la base du principe d'égalité proportionnelle, de leur octroyer une rémunération différente. Ainsi, en l'espèce, dans la mesure où il est démontré qu'ils ont l'obligation d'assurer les premiers soins, en vertu de l'article 21 de l'ÄrzteG et qu'ils peuvent prescrire des médicaments et, en cas de nécessité, être affectés à d'autres secteurs des soins de santé, en fonction de leur spécialité, il est logique que les médecins perçoivent une rémunération différente de celle des psychologues, qui, dans le cadre des divers services que fournit, en matière de soins de santé, une caisse de maladie comme l'intimée au principal, paraissent ne pouvoir accomplir que des tâches de portée limitée par rapport aux médecins.

46. La position adoptée ci-dessus se justifie aussi pour des raisons d'opportunité liées au marché de l'emploi. Si les travailleurs qui ne possèdent pas la formation nécessaire ni le titre professionnel correspondant, qui leur permettraient, si le besoin s'en faisait ressentir dans l'entreprise, d'exercer des activités différentes, percevaient la même rémunération que les travailleurs qui possèdent ces qualités, il en résulterait que l'entreprise n'engagerait que des travailleurs de la seconde catégorie. En l'espèce, pour quel motif la caisse de maladie engagerait-elle donc à l'avenir des psychologues-psychothérapeutes si elle devait les rémunérer comme des médecins sans qu'ils aient les possibilités qu'offre le titre professionnel de médecin et n'engagerait-elle pas uniquement des médecins susceptibles d'accomplir aussi les tâches des psychologues? Dans le cas présent, l'égalisation des rémunérations aurait finalement des conséquences négatives pour la catégorie de travailleurs qui verraient leur rémunération majorée dans un premier temps [74].

47. Ainsi, dans la mesure où l'on juge opportun de répondre à la sixième question, nous proposons à la Cour de répondre que, au cas où il existe une discrimination apparente en matière de rémunération entre deux catégories de travailleurs masculins et féminins ou une pratique salariale qui est appliquée

73 — Arrêt déjà cité à la note 22.

74 — Les considérations développées ci-dessus ne doivent pas amener à conclure que le travail des médecins — ou leur formation — est obligatoirement d'un niveau qualitativement supérieur à celui du travail des psychologues. Leur caractère différent n'implique pas nécessairement un niveau qualitativement supérieur. De plus, on sait que, dans le cadre de la psychothérapie, les psychologues utilisent des méthodes de diagnostic et de traitement (par exemple, les tests) que, en règle générale, les psychiatres — et plus encore les médecins qui ne sont pas spécialisés en psychiatrie — ne connaissent pas. De même, il est vraisemblable que, généralement, les psychologues puissent exercer d'autres activités que la psychothérapie. Cependant, en l'espèce, il est significatif que, eu égard aux services qu'offre, en matière de soins de santé, une caisse de maladie comme l'intimée au principal et étant donné la formation professionnelle qu'ils ont reçue, les médecins paraissent avoir la possibilité d'être employés, au sein de cette caisse de maladie, dans un plus grand nombre de secteurs d'activité, circonstance qui manifestement, comme la caisse de maladie le fait observer, les rend plus concurrentiels que les psychologues sur le marché de l'emploi. Toutefois, il appartient au juge national, qui connaît le mieux le cadre juridique national et les faits de la procédure au principal, d'évaluer dans quelle mesure existent tant la possibilité d'employer les médecins dans un plus grand nombre de secteurs d'activité que leur position plus concurrentielle sur le marché de l'emploi.

indépendamment du sexe du travailleur, mais qui, dans la réalité, affecte davantage les femmes que les hommes:

— l'employeur peut justifier la différenciation des rémunérations en appliquant le critère de la formation professionnelle, s'il démontre que la formation professionnelle revêt de l'importance pour l'accomplissement des tâches spécifiques confiées au travailleur;

— l'employeur peut justifier la différenciation des rémunérations en appliquant le critère du titre professionnel qui donne la possibilité d'exercer plusieurs activités différentes au sein de l'entreprise, s'il démontre que ce critère revêt de l'importance pour l'accomplissement des tâches spécifiques confiées au travailleur ou qu'il peut répondre à la nécessité pour l'entreprise d'affecter les travailleurs à des activités qui sont différentes de l'activité déjà exercée et qui sont couvertes par le titre professionnel et la relation d'emploi, en tenant compte des dispositions des conventions collectives assurant la protection des travailleurs contre le licenciement.

D — *Sur la deuxième question*

48. Dans sa deuxième question préjudicielle, l'Oberlandesgericht Wien demande si, pour apprécier l'existence d'une discrimination au sens de l'article 119 du traité ou de la directive 75/117, il faut accorder une importance décisive au système de la convention collective régissant les rémunérations des travailleurs (obligatoire, non obligatoire ou obligatoire avec fixation de minimums).

49. A première vue, il semble que, comme la Commission l'affirme dans ses observations, le choix offert entre trois systèmes de conventions collectives soit dépourvu d'importance en ce qui concerne les faits de la présente affaire, parce que les règlements de service ont été adoptés sous la forme de conventions collectives définissant un système de fixation définitive des rémunérations, qui lie les divers organismes de sécurité sociale dans la mesure où ils ne peuvent y apporter des modifications qu'avec l'approbation écrite de la Fédération nationale des organismes autrichiens de sécurité sociale, qui a élaboré les conventions collectives (article 460 de l'ASVG) [75].

Cependant, même si l'on admet que le choix entre trois systèmes de conventions collectives a un caractère hypothétique, la Cour est invitée à répondre à la question de savoir

75 — En ce qui concerne le refus de la Cour de répondre à des questions hypothétiques, voir l'arrêt du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, point 25).

quelle incidence le système obligatoire des conventions collectives, c'est-à-dire le système en cause dans la procédure au principal, a sur l'existence d'une discrimination. Elle est donc appelée à examiner aussi les autres systèmes (non obligatoire, obligatoire avec fixation de minimums), dans la mesure où l'analyse de ces derniers permet de préciser les spécificités du système obligatoire. En conséquence, il est indifférent pour la réponse à la deuxième question préjudicielle que le choix en question soit qualifié d'hypothétique.

50. Il convient aussi de signaler que la manière dont la juridiction de renvoi a formulé la deuxième question soulève certains problèmes. On ne voit pas tout à fait clairement si la juridiction de renvoi demande si l'existence éventuelle d'une discrimination en matière de rémunération, au sens de l'article 119 du traité, dépend de la nature du système des conventions collectives régissant les rémunérations de deux catégories de travailleurs différentes ou si elle demande si ce système doit être pris en considération pour évaluer les paramètres liés à la constatation de la discrimination contraire à l'article 119.

51. En ce qui concerne le lien entre l'existence éventuelle d'une discrimination, au sens de l'article 119, et le système de la convention collective, la jurisprudence de la Cour, à laquelle se réfère d'ailleurs l'ordonnance de renvoi, amène à formuler une réponse négative. L'interdiction des discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins non seulement s'impose à l'autorité publique, mais s'étend aussi à toutes les conventions collectives régissant le travail salarié, ainsi qu'aux conventions entre particuliers [76]. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties à une convention collective ne pourrait, donc, faire obstacle à l'application du principe d'égalité énoncé à l'article 119, indépendamment de la nature du système de la convention collective (obligatoire, non obligatoire ou obligatoire avec fixation de minimums).

52. Si, donc, la Cour estime que la question a le sens précité, nous lui proposons alors de répondre que, en ce qui concerne la constatation d'une discrimination au sens de l'article 119 du traité ou de la directive 75/117, il n'est pas déterminant: a) que la rémunération soit fixée uniquement par les parties au contrat de travail, c'est-à-dire qu'il leur appartient de décider si elles y insèrent des clauses de conventions collectives, b) que des rémunérations minimales obligatoires soient fixées par des dispositions d'application générale (conventions collectives) pour tous les travailleurs d'un secteur ou que c) les rémunérations soient obligatoirement et intégralement fixées par ces conventions collectives.

53. Au contraire, si la Cour estime, conformément à l'interprétation que nous suggérons, que la question concerne aussi l'incidence du type de convention collective sur la

76 — Voir l'article 4 de la directive 75/117, déjà citée au point 4 des présentes conclusions. Voir aussi les arrêts Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, point 45), Defrenne (déjà cité à la note 17, point 39), Kowalska (déjà cité à la note 40, point 12), Nimz (déjà cité à la note 40, point 11), et Enderby (déjà cité à la note 16, points 22 et suiv.). D'après l'arrêt du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889, point 32), l'article 119 du traité interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, quel que soit le mécanisme qui détermine cette inégalité.

formation du cadre dans lequel les conditions discriminatoires sont fixées, alors, eu égard aux faits de la procédure au principal, elle aura l'occasion d'apporter des précisions sur certains points concernant l'application du principe énoncé à l'article 119 aux conventions collectives par le juge national, précisions qui sont importantes pour la procédure au principal et qui, de plus, sont en relation aussi avec les réponses aux autres questions préjudicielles.

54. Le fait que les rémunérations de deux catégories de travailleurs soient fixées au niveau de conventions collectives a une incidence sur le cadre d'application du principe d'égalité des rémunérations énoncé à l'article 119 du traité. Dans un tel cas, le juge national est obligé d'aller au-delà des données propres à l'entreprise et de passer à l'évaluation des données qui, en matière d'emploi, relèvent des conventions collectives. De plus, dans le cas des conventions collectives sectorielles, il est habituel que, pour fixer les rémunérations, les parties contractantes tiennent compte non seulement du travail concret, mais aussi d'autres éléments, comme les critères concernant le marché de l'emploi au niveau général ou local, les besoins économiques des entreprises appartenant aux divers secteurs, ainsi que l'importance et le rôle des différents syndicats dans ce secteur. La rémunération de chaque catégorie de travailleurs doit donc s'apprécier non pas dans le cadre du travail concret qu'ils accomplissent au sein d'une entreprise, mais, comme le gouvernement allemand le fait observer, dans le cadre des caractéristiques formelles du travail qui sont éventuellement définies par le système de classification professionnelle prévu par la convention collective de travail dans le cadre de la politique salariale adoptée [77]. Ce passage de l'entreprise concrète au système de classification salariale établi par la convention collective de travail s'impose encore davantage lorsque la convention collective définit, comme en l'espèce, un système de rémunération obligatoire et définitif, qui ne laisse à l'employeur aucune possibilité d'opérer une différenciation dans le cadre du contrat de travail individuel [78]. Dans ce cas, la convention collective de travail constitue la source des critères objectifs permettant de justifier les différences de rémunération. La Cour a, en effet, jugé que « le fait que les éléments de rémunération ont été fixés par voie de négociations collectives ou par voie de négociations sur le plan local peut être pris en considération par la juridiction nationale en tant qu'élément lui permettant d'apprécier si des différences entre les rémunérations moyennes de deux groupes de travailleurs sont dues à des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » [79].

55. On pourrait également soutenir que, dans le cas où deux catégories de travailleurs relèvent, quant à leurs rémunérations, de deux conventions collectives distinctes, il est probable que ces deux catégories ne se trouvent pas dans des situations similaires ou compa-

77 — D'après l'arrêt Rummler (déjà cité à la note 41, point 15), « même si un critère déterminé ... peut, en fait, favoriser des travailleurs masculins ... il faut, pour examiner son caractère discriminatoire, le considérer dans l'ensemble du système de classification professionnelle, au regard des autres critères intervenant pour la détermination des niveaux de rémunération. Un système n'est pas nécessairement discriminatoire du seul fait qu'un de ses critères fait appel à des qualités que possèdent plus facilement les hommes ».

78 — Voir, cependant, l'arrêt du 8 novembre 1983, Commission/Royaume-Uni (165/82, Rec. p. 3431). La Cour a jugé que les conventions collectives obligatoires ont aussi d'importantes conséquences de fait pour les relations de travail en ce qu'elles fixent ce qui est acquis aux travailleurs et définissent, dans l'intérêt de la paix sociale, les limites s'imposant aux exigences des entreprises.

79 — Voir l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, point 46).

rables. L'avocat général M. Lenz a, d'ailleurs, signalé que, dans le cas où les rémunérations sont fixées par des conventions collectives par branche, le fait que les travailleurs relèvent de deux branches différentes peut amener à conclure qu'il n'est pas satisfait à la condition exigeant que l'on soit en présence d'un même travail ou d'un travail de même valeur [80]. Cependant, la jurisprudence a défini certains critères concernant la manière, pour le juge national, d'apprécier le fait que les données relatives aux rémunérations de deux catégories de travailleurs ont été fixées par des conventions collectives. Ainsi, dans l'arrêt Enderby [81], la Cour a précisé que « la circonstance que la détermination des rémunérations en cause résulte de négociations collectives qui ont été menées séparément pour chacun des deux groupes professionnels concernés et qui n'ont pas eu d'effet discriminatoire à l'intérieur de chacun de ces deux groupes ne fait pas obstacle à la constatation d'une discrimination apparente dès lors que ces négociations ont abouti à des résultats qui font apparaître une différence de traitement entre deux groupes qui relèvent du même employeur et du même syndicat. Si, pour justifier la différence de rémunération, il lui suffisait d'invoquer l'absence de discrimination dans le cadre de chacune de ces négociations prise isolément, l'employeur pourrait facilement ... tourner le principe de l'égalité des rémunérations par le biais de négociations séparées » [82].

56. Comme le gouvernement allemand le fait observer, il est important que le juge national vérifie si les conventions collectives définissant le barème des salaires de certaines professions ont été élaborées par les mêmes parties. L'identité des parties contractantes et l'identité du secteur économique que visent les conventions collectives en question constituent les conditions auxquelles est subordonnée la possibilité de constater que les différentes dispositions des conventions concernant les rémunérations sont comparables aux fins de l'article 119 du traité. En l'espèce, il résulte de l'ordonnance de renvoi que tous les règlements de service ont été adoptés par la Fédération nationale des organismes autrichiens de sécurité sociale et visent le même secteur économique, c'est-à-dire celui des organismes de sécurité sociale, tandis que, lors de la procédure orale, les parties au principal ont toutes deux admis que les conventions en question avaient été élaborées par les mêmes parties. En tout cas, cependant, il appartient toujours au juge national, qui est le mieux informé du cadre juridique et des faits de l'affaire dont il est saisi, d'examiner si les conditions précitées sont remplies.

57. Nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit à la deuxième question: l'interdiction des discriminations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins non seulement s'impose à l'autorité publique, mais s'étend aussi à toutes les conventions collectives régissant le travail salarié, ainsi qu'aux conventions entre particuliers. Toutefois, le fait que les rémunérations de deux catégories de travailleurs aient été fixées au terme de négociations collectives peut être pris en considération par le juge national en tant qu'élément d'appréciation de la mesure dans laquelle les différences de rémunération sont dues à des facteurs objectifs, qui sont étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. De même, le fait que chaque catégorie de travailleurs relève d'une convention collective différente peut être pris en considération

80 — Voir ses conclusions sous l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, points 44 à 46) et sous l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, point 46).

81 — Voir l'arrêt déjà cité à la note 16.

82 — Point 22.

par le juge national en tant qu'élément d'appréciation de la mesure dans laquelle ces deux catégories de travailleurs peuvent être considérées comme se trouvant dans des situations similaires. Le juge national peut, enfin, tenir particulièrement compte du fait que les conventions collectives visent ou non le même secteur économique, qu'elles ont été ou non conclues entre les mêmes parties et qu'elles définissent ou non un système obligatoire et définitif de fixation des rémunérations.

E — *Sur les troisième, quatrième et cinquième questions*

58. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi vise à obtenir que la Cour précise à quel niveau (niveau de l'entreprise, niveau de la convention collective, niveau de l'ensemble des titulaires du titre professionnel concerné) se situent les catégories que l'on peut comparer pour vérifier s'il y a discrimination, dans le cas où une convention collective, fixant définitivement les rémunérations, prévoit, pour une même activité ou une activité de même valeur, des rémunérations différentes modulées en fonction du titre professionnel que possèdent les travailleurs. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande s'il convient d'examiner la proportion d'hommes et de femmes dans la catégorie victime de la discrimination uniquement ou dans les deux catégories. Enfin, par sa cinquième question, la juridiction de renvoi, toujours dans le cadre de la problématique abordée par la troisième question, vise à obtenir que la Cour précise quelles sont exactement, à chaque niveau, les catégories comparables, lorsque l'activité identique qu'exercent ces catégories ne constitue qu'une partie des activités couvertes par le titre professionnel. Nous estimons opportun d'examiner conjointement les questions précitées, qui sont connexes, parce que toutes se rapportent au mode de constitution et de composition des groupes comparables à prendre en considération dans le cadre de l'analyse visant à vérifier si l'existence d'une discrimination indirecte est établie.

59. Nous commencerons par formuler quelques remarques générales. En cas de discrimination indirecte, il résulte de la jurisprudence de la Cour que la constitution et la composition des groupes que l'on compare pour vérifier si l'existence d'une discrimination indirecte est établie non seulement peut, mais aussi doit être soumise à certaines conditions [83]. Cela est raisonnable, parce que, pour que la comparaison soit utile, elle doit porter sur des catégories représentatives de travailleurs, parce que l'on ne peut admettre un choix qui a été fait pour les besoins de la cause, c'est-à-dire pour fonder l'argumentation de l'une ou l'autre partie. En tout cas, évidemment, l'appréciation du caractère utile de la comparaison est un problème de fait et relève de la compétence des juridictions nationales [84], ce qui n'empêche, bien sûr, pas la Cour de définir certains critères qui orienteront les juridictions nationales dans leur évaluation.

60. Le premier critère de composition des catégories comparables ne peut que concerner

83 — Voir les arrêts Enderby (déjà cité à la note 16, point 17) et Danfoss (déjà cité à la note 22, point 16).

84 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Léger sous l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, points 28 à 30).

le niveau auquel cette composition est effectuée. La jurisprudence de la Cour révèle qu'il n'existe aucune règle générale, mais ce niveau est fixé en fonction des circonstances concrètes de chaque affaire. Comme le gouvernement allemand l'indique dans ses observations, l'élément décisif pour la détermination de ce niveau est le champ d'application de la réglementation litigieuse, suspectée d'introduire une discrimination au sens de l'article 119 du traité. De plus, il est évident que le principe de l'égalité des rémunérations énoncé à l'article précité s'adresse à l'organe qui a adopté la réglementation litigieuse. En conséquence, si cette réglementation est contenue dans une loi, les groupes comparables doivent être constitués de l'ensemble des travailleurs dont la rémunération est régie par cette loi. Parallèlement, si cette réglementation résulte d'une décision ou de la pratique d'un employeur donné, les groupes comparés doivent être constitués de l'ensemble des travailleurs occupés par l'employeur concerné.

61. En ce qui concerne le niveau auquel doit se situer la composition des groupes comparables sur lesquels doit se fonder l'analyse visant à vérifier si l'existence d'une discrimination est établie, un rôle déterminant est, conformément aux considérations qui précèdent, joué par les constatations faites à propos de la deuxième question compte tenu des faits décrits par l'ordonnance de renvoi. Le fait, d'une part, que le barème des rémunérations des deux catégories de travailleurs, c'est-à-dire des médecins et des psychologues, soit fixé par des conventions collectives de travail et que, d'autre part, ces conventions collectives, qui sont conclues par la Fédération nationale des organismes autrichiens de sécurité sociale, soient obligatoires pour les divers organismes de sécurité sociale, sur la base des conditions énoncées à l'article 460 de l'ASVG, et s'appliquent à ceux-ci en tant que règlement de service interne amène à conclure que les catégories comparables de travailleurs doivent être composées non pas au niveau de l'organisme concerné, mais à celui des conventions collectives de travail en cause [85]. Comme la Commission le souligne, si l'on faisait référence à l'ensemble des travailleurs qui possèdent le titre professionnel en cause, les groupes comparés seraient tellement hétéroclites que la comparaison n'aurait aucun sens. De plus, le problème de la discrimination cesserait de se poser à ce niveau.

62. Nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit à la troisième question: dans le cas où une convention collective fixant définitivement les rémunérations prévoit, pour l'exercice d'une même activité ou d'une activité de même valeur, des rémunérations différentes modulées en fonction du titre professionnel que possèdent les travailleurs, servant de critère pour la formation des catégories comparables sur lesquelles doit se fonder l'analyse visant à vérifier si une mesure donnée comporte éventuellement une discrimination, il y a lieu de prendre en considération les travailleurs entrant dans le champ d'application de la convention collective.

63. En ce qui concerne la quatrième question, la jurisprudence de la Cour paraît, à première vue, avoir adopté des solutions différentes selon les cas, comme la juridiction nationale

85 — Il est, cependant, important que le juge national examine si la caisse ou l'entreprise concernée intervient de manière spécifique (pratiques, détachements, etc.) pour déterminer quels médecins (selon leur spécialité) ou quels psychologues seront engagés et exerceront la psychothérapie, de telle sorte que la différenciation définitive des rémunérations des hommes et des femmes résulte essentiellement de cette intervention.

le constate dans son ordonnance de renvoi. Ainsi, dans l'affaire Jenkins [86], la Cour s'est contentée d'examiner la catégorie subissant la discrimination, à savoir celle des travailleurs à temps partiel [87], tandis que, dans l'affaire Enderby [88], elle s'est fondée sur la comparaison de deux catégories de travailleurs, à savoir les orthophonistes et les pharmaciens, l'une étant constituée presque exclusivement de femmes et l'autre presque exclusivement d'hommes [89].

A notre avis, ces différences que l'on observe dans la jurisprudence sont dues au fait que, en fonction des données de chaque affaire, la Cour, pour se forger une conviction judiciaire bien assurée quant à l'existence d'une discrimination indirecte, ne se contente pas de données statistiques relatives aux groupes comparés, qui, du fait de leur nature, sont susceptibles de fluctuer et, d'une manière générale, d'être peu fiables, mais elle exige que l'appréciation portée en la matière soit étayée sur les éléments les plus objectifs possible [90]. Plus précisément, dans l'affaire Jenkins, la Cour a conclu que l'existence d'une discrimination exercée au détriment des femmes était établie, en considérant que le critère, apparemment objectif, de différenciation des rémunérations en fonction de l'horaire de travail pouvait impliquer une telle discrimination, parce que, en raison de leur rôle social, les femmes peuvent difficilement satisfaire aux exigences d'un horaire complet [91]. Cette constatation, qui reflète un fait d'expérience commune, constitue le fondement objectif du jugement concernant la discrimination indirecte. D'après les motifs de l'arrêt précité, dans le cas où il existe un tel critère objectif, il peut ne pas être nécessaire d'analyser la proportion d'hommes et de femmes dans les deux catégories de travailleurs. Dans un tel cas, la discrimination, même si elle présente les caractéristiques formelles des discriminations indirectes, est, en substance, bien davantage susceptible d'être considérée comme une discrimination directe, étant donné que la catégorie professionnelle en cause est, au préalable, socialement délimitée sur la base du sexe par les organes sociaux. Il suffit, donc, que la juridiction nationale constate qu'il existe une discrimination au sein d'une profession qui est, du fait de sa nature, une « profession féminine », de telle sorte qu'il est superflu de procéder à une analyse comparative des deux catégories [92]. En revanche, lorsque la preuve de la discrimination indirecte ne peut résulter de la nature de la catégorie professionnelle, comme dans l'affaire Enderby, le caractère « féminin » ou « masculin » de la profession devra ressortir de l'analyse statistique de l'une des catégories de travailleurs en cause, analyse qui sera toujours mise en regard de celle de l'autre catégorie [93].

86 — Voir l'arrêt déjà cité à la note 26.

87 — Points 9 et suiv., surtout point 15. Voir aussi les arrêts (déjà cités à la note 40) Kowalska (point 16) et Nimz (point 15). L'arrêt Bilka (déjà cité à la note 47, point 29) examine seulement la catégorie favorisée, à savoir celle des travailleurs à temps plein.

88 — Voir l'arrêt déjà cité à la note 16.

89 — Points 15 à 19; voir aussi l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, point 28).

90 — Voir aussi nos conclusions dans l'affaire Seymour-Smith et Perez (déjà cité à la note 15, points 113, 114 et 119). En ce qui concerne la coexistence de l'analyse des données statistiques et de celle du fondement le plus objectif possible du traitement différencié, voir, particulièrement, l'arrêt Helmig e.a. (déjà cité à la note 13, points 23 à 25, qui renvoie à l'arrêt Bilka, déjà cité à la note 47).

91 — Point 13. Voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, point 21).

92 — D'après l'arrêt du 8 novembre 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941, points 12 et 17), la comparaison n'est pas nécessaire lorsque le critère est spécifiquement lié au sexe, c'est-à-dire lorsque, par exemple, il ne pourrait jamais viser les hommes (par exemple, dans le cas où ce critère est la grossesse), alors qu'elle est nécessaire lorsqu'on ne peut justifier la discrimination qu'en comparant les traitements différents appliqués aux hommes et aux femmes.

93 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, points 30 et 31).

Donc, contrairement à la position prise par la juridiction de renvoi, qui, dans son ordonnance, a jugé que, si une catégorie de travailleurs peut être considérée comme un cas typique du point de vue des conditions de travail (comme dans le cas des travailleurs à temps plein), il suffit, en principe, d'examiner la proportion d'hommes et de femmes au sein de la catégorie subissant la discrimination, tandis que, dans tous les autres cas, il y a lieu de comparer les deux catégories, nous croyons que, d'après la jurisprudence de la Cour, on ne peut, en principe, se borner à examiner la proportion d'hommes et de femmes au sein de la catégorie subissant la discrimination que lorsqu'un élément objectif, habituellement la circonstance que cette catégorie est socialement délimitée au préalable sur la base du sexe, permet de conclure que cette catégorie correspond, du fait de sa nature, à une profession purement féminine ou masculine.

64. De toute façon, même dans les cas où la Cour paraît se contenter d'examiner la catégorie subissant la discrimination, l'analyse comparative des données relatives aux deux catégories ne peut être exclue.

65. La nécessité de procéder à une analyse comparative de la proportion d'hommes et de femmes existant dans les deux catégories résulte, en premier lieu et principalement, du fait que la jurisprudence de la Cour, pour considérer qu'une disposition est « en principe » contraire au principe de l'égalité de traitement, exige que le pourcentage de femmes dans le groupe subissant la discrimination soit « considérablement plus élevé » que le pourcentage d'hommes et/ou que le pourcentage de femmes dans le groupe favorisé soit « considérablement plus faible » que le pourcentage d'hommes [94]. Comme nous l'avons souligné dans les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Seymour-Smith et Perez [95], pour vérifier s'il existe une « différence significative » de pourcentages dans un groupe, il faut tenir compte aussi de la composition de l'autre groupe. Ce dernier devra soit refléter la tendance contraire, soit faire apparaître des pourcentages identiques, soit refléter la même tendance, mais très atténuée par rapport au premier groupe. En effet, si la différence de pourcentage est identique ou analogue dans les deux groupes, le traitement appliqué aux travailleurs de ces deux groupes est un traitement identique et non un traitement inégal [96].

66. En deuxième lieu, étant donné que l'existence d'une discrimination indirecte fait l'objet d'une présomption réfragable, la présence d'un pourcentage plus élevé de femmes, non seulement au sein de la catégorie de travailleurs subissant la discrimination, mais aussi au sein de la catégorie favorisée, constitue un élément de preuve logiquement substantiel établissant le caractère objectif et étranger à toute discrimination fondée sur le sexe de la distinction opérée, caractère que peut invoquer l'employeur [97]. Évidemment, on pourrait

94 — En ce qui concerne la catégorie des travailleurs à temps plein, voir l'arrêt Bilka (déjà cité à la note 47, point 29).

95 — Déjà cité à la note 15.

96 — Voir note 50 de nos conclusions dans l'affaire Seymour-Smith et Perez (déjà cité à la note 15).

97 — Voir les arrêts (déjà cités à la note 40) Kowalska (point 16) et Nimz (point 15).

objecter que, dans ce cas, c'est à l'employeur et non au travailleur qu'il incombe de prouver la proportion d'hommes et de femmes au sein de la seconde catégorie. En conséquence, la possibilité de décider que, dans chaque cas, il faut analyser la proportion d'hommes et de femmes dans les deux catégories peut dépendre de la charge de la preuve de la discrimination. Cette observation ne paraît, cependant, pas aller à l'encontre de la nécessité de principe de procéder à une analyse comparative de la proportion d'hommes et de femmes au sein des deux catégories de travailleurs. Comme nous l'avons indiqué, dans les cas où la Cour s'est bornée à analyser les données relatives à la catégorie subissant la discrimination, il existait une preuve objective de la discrimination indirecte, basée sur des faits de l'expérience commune, preuve qui, la plupart du temps, d'ailleurs, confirme purement et simplement la certitude préalable concernant les données tirées de l'analyse statistique des deux catégories. L'analyse comparative de la proportion d'hommes et de femmes au sein des deux catégories de travailleurs est la règle, qui vaut dans tous les cas douteux, tandis que l'examen d'une seule des catégories est l'exception. De plus, l'analyse comparative de la proportion d'hommes et de femmes dans les deux catégories est en harmonie avec le principe fondamental régissant l'administration de la preuve de la discrimination, tirée de la comparaison de catégories représentatives de travailleurs, principe en vertu duquel nous ne pouvons pas admettre le choix d'une catégorie, dont on peut considérer qu'il a été opéré pour les besoins de la cause, c'est-à-dire pour fonder l'argumentation de l'une ou de l'autre partie.

67. Donc, indépendamment de l'existence de critères objectifs pouvant amener à conclure qu'une profession ou un critère a, par nature, un caractère féminin, il est opportun que le juge national procède à l'analyse comparative de la proportion d'hommes et de femmes existant dans chaque catégorie de travailleurs. En l'espèce, nous croyons que, eu égard aux observations qui précèdent, la question du choix ne se pose pas. La profession des psychologues-psychothérapeutes ne peut, en fonction de ses conditions d'exercice, être qualifiée de purement féminine par nature, tandis que le critère du titre professionnel de psychologue ou de médecin peut être considéré, en principe, comme objectivement neutre du point de vue du sexe, dans la mesure où les deux catégories professionnelles supposent un niveau déjà élevé de formation professionnelle, si bien que les différences existant entre elles ne peuvent plus être interprétées comme résultant du fait que les travailleurs féminins auraient eu moins de possibilités d'acquérir une formation professionnelle aussi poussée que les travailleurs masculins ou auraient utilisé ces possibilités dans une mesure moindre [98].

68. Nous croyons que la Cour doit répondre comme suit à la quatrième question: dans une situation telle que celle décrite par les deuxième et troisième questions, quant à la preuve de l'existence d'une discrimination indirecte, la proportion d'hommes et de femmes au sein des deux catégories, à savoir celle subissant la discrimination et celle en bénéficiant, est toujours déterminante.

69. Après avoir vérifié à quel niveau situer les catégories comparables de travailleurs, le juge

98 — Voir l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, point 23).

national doit délimiter ces catégories avec précision, problème que soulève la cinquième question préjudicielle déférée par la juridiction de renvoi. La jurisprudence de la Cour a défini, dans une large mesure, les critères sur la base desquels cette délimitation doit s'effectuer, de telle sorte que le choix et la composition des groupes ne soient pas le fruit du hasard et que ces groupes soient susceptibles d'être comparés. Conformément, donc, à l'arrêt Royal Copenhagen [99], qui systématise la jurisprudence antérieure de la Cour, « l'examen du respect du principe de l'égalité des rémunérations implique une comparaison entre des rémunérations versées à des travailleurs de sexe différent pour un même travail ou pour des travaux auxquels est attribuée une valeur égale. Lorsqu'une telle comparaison porte sur les rémunérations moyennes de deux groupes de travailleurs rémunérés aux pièces, elle doit, pour être pertinente, porter sur des groupes comprenant chacun la totalité des travailleurs qui, compte tenu d'un ensemble de facteurs, telles la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable. La comparaison doit en outre porter sur un nombre relativement important de travailleurs [100] pour exclure que les différences constatées soient l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels... Il incombe à la juridiction nationale de procéder aux appréciations nécessaires des faits de l'affaire au principal au regard des critères susmentionnés » [101]. Il semble donc que les critères susmentionnés soient d'application générale. Malgré la formulation de l'arrêt, on ne voit pas pour quel motif ils ne seraient applicables qu'aux travailleurs rémunérés à la tâche.

70. En l'espèce, les groupes à comparer doivent donc être constitués sur la base de l'application des critères susmentionnés au niveau du champ d'application des conventions collectives générales de travail, comme nous l'avons indiqué dans notre réponse à la troisième question. Si l'on se fonde sur le critère de différenciation des rémunérations qui est introduit par les conventions collectives, à savoir sur le critère du titre professionnel, il semble que les deux catégories en cause soient, d'une part, celle des psychologues qui sont habilités à exercer la profession de psychologue de manière indépendante et qui travaillent dans tous les organismes autrichiens de sécurité sociale et, d'autre part, celle des médecins qui sont habilités à exercer la profession de médecin de manière indépendante et qui travaillent, en qualité de médecins spécialistes, dans tous les organismes autrichiens de sécurité sociale. Au niveau, donc, de ces deux catégories, dans le cadre desquelles la différence de rémunération est consacrée, conformément aux conventions collectives, il convient d'analyser les pourcentages de travailleurs masculins et féminins, pour vérifier

99 — Arrêt déjà cité à la note 21.

100 — La question de la fixation d'un nombre minimal n'est, cependant, pas posée. Voir les conclusions de l'avocat général M. Léger sous cet arrêt (point 30).

101 — Points 32 à 35. Voir aussi l'arrêt Enderby (déjà cité à la note 16, point 17).

s'il existe ou non une discrimination en matière de rémunération [102].

71. Cependant, le problème que soulève la cinquième question n'est pas si simple qu'il y paraît à première vue, parce qu'il ne faut pas oublier que, pour que la cinquième question se pose, il faut que l'on ait donné une réponse affirmative à la première question.

Normalement, le choix et la composition des groupes à comparer supposent toujours l'accomplissement d'un même travail ou d'un travail de même valeur [103]. Donc, pour que le juge national parvienne à déterminer de manière plus détaillée les groupes à comparer, il faut, en principe, qu'il soit démontré que ces groupes accomplissent un même travail ou un travail de même valeur. Toutefois, comme nous l'avons indiqué lors de l'examen de la première question, en l'espèce, dès lors que l'on est en présence de titres professionnels différents, on ne peut admettre l'existence d'un même travail ou d'un travail de même valeur que si l'on considère l'exercice de la psychothérapie comme étant l'exercice d'une même activité. Donc, même s'il n'est pas mentionné dans les conventions collectives de travail, le critère tiré de l'exercice d'une même activité devra être combiné avec celui tiré de la possession d'un titre professionnel donné, de manière que les groupes concernés se trouvent dans des situations similaires. En conséquence, eu égard aux considérations qui précèdent, les deux catégories comparées devraient être, d'une part, les psychologues qui sont habilités à exercer la profession de psychologue de manière indépendante et qui travaillent en qualité de psychothérapeutes dans l'ensemble des organismes autrichiens de sécurité sociale et, d'autre part, les médecins qui sont habilités à exercer la profession de médecin de manière indépendante et en tant que spécialistes et qui travaillent en qualité de psychothérapeutes dans l'ensemble des organismes autrichiens de sécurité sociale.

102 — Il y a lieu de signaler que, en ce qui concerne le niveau des catégories en question, les données statistiques nécessaires ne ressortent pas clairement des éléments du dossier. En effet, celui-ci ne comporte pas de données statistiques claires concernant les pourcentages de travailleurs masculins et féminins ni parmi l'ensemble des psychologues diplômés ni parmi l'ensemble des médecins qui travaillent dans tous les organismes autrichiens de sécurité sociale. Dans ses observations écrites et aussi lors de la procédure orale, la caisse de maladie a fourni certaines statistiques en la matière (voir la note 11 des présentes conclusions). Cependant, il appartient, dans tous les cas, au juge national d'apprécier si les statistiques invoquées par les parties pour établir l'existence d'une discrimination indirecte sont adéquates (voir l'arrêt Enderby, déjà cité à la note 16, point 17).
En ce qui concerne la confusion qui règne quant au choix des statistiques adéquates, il y a lieu, cependant, de signaler, sur ce point, que, alors que la Commission indique que les catégories de travailleurs doivent être comparées au niveau des conventions collectives, d'une part, lors de la procédure orale, elle a comparé les psychologues qui exercent la psychothérapie avec les médecins, considérés en général, et, d'autre part, dans ses observations écrites, elle a comparé des données chiffrées qui, en ce qui concerne les médecins, visent l'ensemble des travailleurs occupés par la caisse de maladie et, en ce qui concerne les psychologues diplômés, visent l'ensemble des travailleurs pratiquant la psychothérapie dans le secteur des organismes de sécurité sociale (voir les observations écrites de la Commission, point 48). En conséquence, la conclusion que la Commission est amenée à tirer, selon laquelle les femmes sont majoritaires tant parmi les médecins que parmi les psychologues, n'est pas convaincante, parce qu'elle n'est pas fondée sur des données chiffrées adéquates.
Parallèlement, il y a lieu de signaler que la détermination du niveau — dont nous venons de parler ci-dessus — auquel doit s'opérer la comparaison des catégories de travailleurs prive de tout objet la remarque de la caisse de maladie selon laquelle le fait que le litige au principal concerne uniquement un seul dispensaire relevant d'un seul organisme de sécurité sociale et, au sein de ce dispensaire, seulement six médecins et six psychologues, alors que les règlements définissant le statut des travailleurs occupés par les organismes de sécurité sociale s'appliquent à un total de 1 932 médecins, 50 psychologues et 27 651 autres travailleurs, est significatif au regard de la jurisprudence de la Cour selon laquelle, lorsqu'on apprécie l'existence d'une éventuelle violation du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, la comparaison doit porter sur un nombre relativement significatif de travailleurs, de manière à exclure les différences constituant des phénomènes purement fortuits.

103 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Danfoss (déjà cité à la note 22, point 40). Voir aussi l'arrêt Royal Copenhagen (déjà cité à la note 21, points 32 et 33).

Cependant, une comparaison effectuée au niveau des catégories susmentionnées, destinée à vérifier s'il se pose un problème de discrimination en matière de rémunération, ne serait pas adéquate. En ce qui concerne les rémunérations des deux catégories de travailleurs, c'est-à-dire des médecins-psychothérapeutes et des psychologues-psychothérapeutes, les catégories numériquement comparées sont, comme nous l'avons signalé plus haut, délimitées au niveau des conventions collectives, c'est-à-dire au niveau où les rémunérations sont fixées de manière définitive. Si, malgré cela, nous devons prendre en considération les sous-catégories des médecins et des psychologues pratiquant la psychothérapie dans l'ensemble des organismes autrichiens de sécurité sociale, cette opération vise exclusivement à vérifier l'existence d'un même travail ou d'un travail de même valeur. Si, donc, à ce dernier niveau, on était en présence de données chiffrées qui pourraient soulever un problème de discrimination au détriment des femmes, sans qu'il existe des données chiffrées analogues au niveau des conventions collectives [104], dans la pratique, cette discrimination ne concernerait pas la rémunération, mais d'autres aspects du travail des catégories en question. Concrètement, il pourrait exister une discrimination fondée sur le sexe quant au choix, parmi les médecins et/ou les psychologues, des personnes qui exercent ou non la psychothérapie.

Cependant, il convient de souligner sur ce point que c'est précisément cette spécificité de l'affaire au principal, c'est-à-dire la circonstance que l'existence d'un même travail ou d'un travail de même valeur ne peut être appréciée qu'à un autre niveau que celui où les catégories de travailleurs sont comparées afin de vérifier s'il se pose un problème de discrimination en matière de rémunération, qui prouve deux choses. D'une part, elle fait apparaître combien il est difficile d'admettre d'emblée que deux catégories de travailleurs accomplissent un même travail ou un travail de même valeur — ou occupent un même poste de travail —, lorsque ces deux catégories exercent par hasard la même activité, sans qu'il soit fait abstraction d'aucun élément de leur statut professionnel différent. D'autre part, elle montre, en l'espèce, à quelles conclusions complexes nous sommes nécessairement amenés, si nous nous rallions à cette idée.

72. Sous réserve de cette dernière observation, nous proposons à la Cour, si elle le juge opportun, de répondre comme suit à la cinquième question: dans le cas où l'activité identique en cause qu'exercent les deux catégories professionnelles constitue l'une des activités parmi celles que couvre le titre professionnel, il convient de prendre en considération tous les travailleurs qui possèdent un titre professionnel de ce type et entrent dans le champ d'application de la convention collective de travail.

104 — En l'espèce, tandis que, comme nous l'avons indiqué, le dossier ne contient aucune information relative aux données chiffrées au niveau des conventions collectives, l'ordonnance de renvoi indique à ce sujet que, sur un total de 34 personnes travaillant en tant que psychothérapeutes dans le secteur des organismes de sécurité sociale, 24 sont des psychologues diplômés, dont 18 sont des femmes et 6 des hommes, et 10 sont des médecins, dont 2 sont des femmes et 8 des hommes. Donc les femmes ne représentent un pourcentage considérablement plus élevé que dans la catégorie des psychologues-psychothérapeutes diplômés, tandis que ce pourcentage est considérablement plus réduit dans la catégorie des médecins qui travaillent en tant que psychothérapeutes.

F — *Sur la septième question*

73. Par sa septième question, la juridiction de renvoi vise, en substance, à obtenir que la

Cour précise si, dans le cas où l'application d'une convention collective de travail donnée ou d'un règlement de service donné implique une discrimination fondée sur le sexe contraire au droit communautaire, cette discrimination ne sera éliminée qu'à partir du moment où elle aura été constatée par la Cour de justice des Communautés européennes ou si elle le sera avec effet rétroactif.

74. Selon une jurisprudence constante, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177 du traité, l'interprétation par la Cour d'une disposition du droit communautaire éclaire et précise la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise depuis le moment de son entrée en vigueur. Il en résulte que la règle de droit communautaire ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si, évidemment, les autres conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de la règle interprétée par la Cour se trouvent réunies [105].

75. Des exceptions à la règle précitée ne sont admises que dans des cas tout à fait exceptionnels où la Cour juge que le respect de cette règle va à l'encontre du principe de la sécurité juridique, qui est inhérent à l'ordre juridique communautaire. Lorsqu'elle examine si ce dernier principe impose une limitation des effets dans le temps de l'arrêt rendu sur la demande d'interprétation, la Cour vérifie: a) s'il existe un risque de conséquences financières graves, dû principalement au grand nombre de rapports de droit créés de bonne foi sur la base de la réglementation qui était considérée comme valide et b) si les particuliers et les autorités nationales ont adopté un comportement non conforme au droit communautaire en raison de l'incertitude objective et grave concernant la signification exacte des dispositions communautaires interprétées par la Cour; au cas où il est éventuellement constaté que le comportement des autres États membres ou de la Commission a contribué à créer ou à renforcer cette incertitude, cette circonstance à une incidence particulière sur l'appréciation portée [106].

Selon une jurisprudence constante de la Cour, pareille limitation ne peut être admise que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée [107]. Cependant, cette limitation ne vaut pas pour ceux qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente [108].

105 — Voir l'arrêt du 13 février 1996, Bautiaa et Société française maritime (C-197/94 et C-252/94, Rec. p. I-505, point 47). Voir aussi les arrêts du 27 mars 1980, Denkavit Italiana (61/79, Rec. p. 1205, point 16), et Salumi e.a. (66/79, 127/79 et 128/79, Rec. p. 1237, point 9); du 10 juillet 1980, Ariete (811/79, Rec. p. 2545, point 6), et Mireco (826/79, Rec. p. 2559, point 7); du 13 décembre 1983, Lewis e.a. (222/82, Rec. p. 4083, point 38); du 2 février 1988, Barra (309/85, Rec. p. 355, point 11); du 5 octobre 1988, Padovani e.a. (210/87, Rec. p. 6177, point 12); du 14 décembre 1988, Ventura (269/87, Rec. p. 6411, point 15), et du 6 juillet 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Rec. p. I-1883, point 39).

106 — Voir l'arrêt Bautiaa et Société française maritime (déjà cité à la note 105, point 48). Voir aussi les arrêts Defrenne (déjà cité à la note 17, points 69 et suiv.) et Worringham et Humphreys (déjà cité à la note 40, points 29 et suiv.), ainsi que les arrêts du 27 mai 1981, Essevi et Salengo (142/80 et 143/80, Rec. p. 1413, points 30 et suiv.); du 2 février 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379, points 28 et suiv.); Barber (déjà cité à la note 76, points 40 et suiv.); du 31 mars 1992, Dansk Denkavit et Poulsen Trading (C-200/90, Rec. p. I-2217, points 20 et suiv.); du 16 juillet 1992, Legros e.a. (C-163/90, Rec. p. I-4625, points 28 et suiv.); du 11 août 1995, Roders e.a. (C-367/93 à C-377/93, Rec. p. I-2229, points 41 et suiv.); du 14 septembre 1995, Simitzi (C-485/93 et C-486/93, Rec. p. I-2655, points 29 et suiv.), et du 19 octobre 1995, Richardson (C-137/94, Rec. p. I-3407, points 32 et suiv.).

107 — Voir l'arrêt Blaizot (déjà cité à la note 106, point 28).

108 — Voir l'arrêt Blaizot (déjà cité à la note 106, point 35).

Pour décider s'il y a ou non lieu de limiter la portée d'un arrêt dans le temps, il faut, selon la jurisprudence de la Cour, prendre en considération la circonstance que, si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, on ne saurait cependant aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé [109].

76. Si l'on se base sur les observations contenues dans l'ordonnance de renvoi, la septième question ne se pose pas si, en réponse à la première question, la Cour reconnaît simplement que l'on est en présence d'un « même travail » ou d'un « travail de même valeur », mais seulement si, en réponse à la sixième question, elle admet que, dans le cadre de l'exercice d'une même activité, les niveaux différents de formation et les titres professionnels différents ne constituent pas, en eux-mêmes, des différences justifiant une discrimination au sens de l'article 119 du traité. En conséquence, ce n'est que dans ce dernier cas qu'il faudra examiner les conditions d'application de la jurisprudence précitée.

77. L'application directe de l'article 119 est un acquis du droit communautaire déjà depuis les arrêts Defrenne [110] et Jenkins [111]. Depuis le 1er juillet 1995, date de l'adhésion de la république d'Autriche à l'Union européenne, les partenaires sociaux de cet État ne peuvent, par conséquent, pas ignorer les conditions énoncées par cette disposition lors de la négociation des conventions collectives. A ce sujet, il y a lieu de souligner que, contrairement à ce qu'affirment la juridiction de renvoi dans son ordonnance et la caisse de maladie dans ses observations, le fait que des rapports de droit soient créés de bonne foi sur la base d'une réglementation qui était considérée généralement comme conforme aux dispositions légales nationales est dénué d'importance. Pour que la question de la protection de la confiance légitime quant aux effets dans le temps d'un arrêt se pose, il faudrait que les rapports de droit aient été créés sur la base d'une réglementation qui était considérée généralement comme conforme au droit communautaire.

Se fondant sur la jurisprudence de la Cour, telle qu'elle résulte de l'arrêt Danfoss [112], les États membres et les partenaires sociaux pourraient à bon droit croire que les niveaux différents de formation et les titres professionnels différents, qui sont dus à une formation professionnelle différente, constituent, dans les conditions définies par la jurisprudence précitée, des différences justifiant objectivement une discrimination au sens de l'article 119 du traité. En conséquence, dans l'éventualité où l'arrêt que rendra la Cour s'écarterait de manière significative de la jurisprudence Danfoss, cela créerait véritablement un risque de conséquences financières graves, dues surtout au grand nombre de rapports de droit qui ont été créés de bonne foi sur la base d'une réglementation qui était considérée comme valide au regard du droit communautaire et au fait que les partenaires sociaux ont adopté un comportement non conforme au droit communautaire du fait de l'incertitude objective et grave qui régnait quant à la signi-

109 — Voir l'arrêt Blaizot (déjà cité à la note 106, point 30).

110 — Voir l'arrêt, déjà cité à la note 17.

111 — Voir l'arrêt, déjà cité à la note 26.

112 — Voir l'arrêt, déjà cité à la note 22.

fication précise de la réglementation communautaire interprétée par la Cour. Ce qui aurait contribué à susciter ou à renforcer cette incertitude, c'est non pas le comportement des autres États membres ou de la Commission, mais la jurisprudence même de la Cour [113].

78. Eu égard aux observations qui précèdent, nous proposons à la Cour de limiter pour le futur les effets dans le temps de son arrêt à l'égard de tous ceux qui n'ont pas, jusqu'à présent, formé de recours en justice ou soulevé de réclamations équivalentes, exclusivement dans le cas où, s'écartant significativement de la jurisprudence Danfoss, elle jugerait finalement que, dans le cadre de l'exercice d'une même activité, les niveaux différents de formation et les titres professionnels différents ne constituent pas, en eux-mêmes, des différences justifiant une discrimination au sens de l'article 119 du traité.

VI — Conclusion

79. Nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles de l'Oberlandesgericht Wien:

« 1) L'article 119 du traité CE doit être interprété en ce sens que l'on n'est pas en présence d'un 'même travail' ou d'un 'même poste de travail' lorsque des travailleurs salariés qui possèdent des titres professionnels différents, du fait qu'ils ont reçu une formation professionnelle fondamentalement différente, exercent la même activité sur une longue période (plusieurs périodes de paiement de la rémunération), si ces travailleurs ont été engagés en considération de ces titres professionnels et si ces derniers sont en relation avec l'activité qu'ils exercent.

2) Si l'on donne la réponse susmentionnée à la première question, il est superflu de répondre aux autres. »

113 — Voir, en ce qui concerne le cas de la protection de la confiance légitime suscitée par la jurisprudence de la Cour, l'arrêt du 30 avril 1996, Cabanis-Issarte (C-308/93, Rec. p. I-2097, points 47 et 48 des motifs et point 2 du dispositif).