CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 16 décembre 1999 *

1. L'Arbetsdomstolen (Tribunal du travail) (Suède) a en l'occurrence déféré à la Cour la question consistant en substance à savoir si, lorsque l'on compare, au regard de l'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) et de la directive sur l'égalité des rémunérations [1], la rémunération d'un homme et d'une femme qui effectuent un travail de valeur égale, il y a lieu de tenir compte du fait que les personnes appelées à travailler pendant des horaires incommodes reçoivent un supplément (qualifié ci-après d'indemnité dans les questions préjudicielles) de salaire et accomplissent moins d'heures.

Les circonstances de fait et la procédure au principal

2. Dans la procédure au principal, le Jämställdhetsombudsman (le médiateur pour l'égalité entre les sexes, ci-après le «médiateur») a introduit un recours en indemnité dirigé contre l'Örebro läns landsting (le conseil général du département d'Örebro, ci-après le «conseil général») en faveur de deux sages-femmes, Kristina Ellmén et Kia Wetterberg, en soutenant que le conseil général les traite de façon discriminatoire en les rémunérant durant une certaine période à un salaire mensuel de base inférieur à celui d'un technicien de clinique alors qu'elles effectuent un travail de valeur égale.

3. Le salaire mensuel de base des sages-femmes s'élève dans un cas à 17 400 SEK et à 16 600 SEK dans l'autre, alors que le salaire mensuel de base du technicien est de 19 650 SEK. Les deux sages-femmes et le technicien travaillent à l'hôpital régional d'Örebro et sont employés par le conseil général. Tous les emplois de sages-femmes à l'hôpital sont occupés par des femmes; près de 90 % des techniciens qui y travaillent sont des hommes.

4. Les sages-femmes en cause travaillent généralement dans un système de roulement de trois équipes, trois tranches horaires qui se chevauchent en partie en se succédant sur 24 heures, bien qu'il s'avère qu'elles travaillent parfois sur des bases différentes, à savoir selon un système de deux tranches ou équipes (journée/soirée), ou encore qu'elles effectuent un travail de nuit ou de jour. Durant la période des faits, les sages-femmes ont travaillé la plupart du temps dans le cadre du système de trois

* Langue originale: l'anglais.

1 — 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 (JO L 45, p. 19).

tranches ou de deux tranches; elles ont parfois aussi effectué du travail de nuit.

5. Les sages-femmes et le technicien sont couverts par la même convention collective [2]. La convention prévoit qu'une semaine de travail à temps plein comporte en moyenne 40 heures, sauf a) lorsque les dimanches et/ou les jours fériés sont ouvrés, de sorte que la semaine comporte alors en moyenne 38 heures et 15 minutes (ci-après la « semaine de 38 heures » et b) lorsque des accords tels que le système d'équipes précité ont été convenus, la semaine comptant alors 34 heures et vingt minutes (ci-après la « semaine de 34 heures ») [3].(les dispositions générales 95)

6. La rémunération mensuelle de base d'une personne donnée ne varie pas selon qu'elle accomplit une semaine de 40 heures, de 38 heures ou de 34 heures. Ainsi, les sages-femmes perçoivent-elles le même salaire mensuel de base, qu'elles effectuent une semaine de 38 heures ou de 34 heures sur une semaine (ou, le cas échéant, 40 heures).

7. La convention collective qui s'applique aux sages-femmes et au technicien prévoit par ailleurs que les travailleurs qui effectuent un travail à horaires incommodes (le week-end, les jours fériés, la nuit ou dans le cadre du système de trois équipes) autrement que par la prestation d'heures supplémentaires ont droit à un supplément pour horaires incommodes [4]. Ce supplément est un montant horaire fixe; il est indépendant de la rémunération que les employés perçoivent par ailleurs, mais il varie selon la période de la journée durant laquelle les heures sont accomplies (il est par exemple plus élevé pour le travail de nuit que le travail de soirée) et selon que le travailleur effectue ses prestations durant le week-end ou un jour férié. La convention collective applicable précise le taux horaire et les horaires considérés comme incommodes; le supplément n'est généralement versé que pour des prestations effectuées entre 19 heures et 6 heures du matin [5].

8. La convention collective précise que la rémunération comprend le salaire visé par ses articles 14 à 18, des allocations de congé payé, et un certain nombre de montants incluant le supplément pour horaires incommodes [6]. Les questions déférées par la juridiction nationale montrent que la convention prévoit par ailleurs que ce supplément et certains autres montants doivent être pris en compte pour déterminer l'indemnité de maladie, la pension, les dommages et intérêts [7] et d'autres indemnités liées à la rémunération.

9. Le technicien effectue des prestations à temps plein normales de 40 heures du lundi au vendredi ne comportant pas d'horaires incommodes. Toutefois, si ses conditions de

2 — Allmänna Bestämmelser 95 (les dispositions générales 95).
3 — Article 8.
4 — Article 32.
5 — Annexe A.
6 — Article 13.
7 — Sans doute en cas de démission ou de licenciement.

travail exigeaient qu'il travaille dans le cadre du système trois équipes, il aurait vocation à bénéficier du supplément pour horaires incommodes sur la même base que les sages-femmes et son horaire à temps plein ne comporterait que 34 heures et vingt minutes, alors que son salaire mensuel de base demeurerait le même. La convention collective exige que, en cas de nécessité, le travailleur modifie son horaire, ajuste son horaire, effectue des prestations en plus de l'horaire prévu et assure des services de garde [8].

10. Tout en reconnaissant que les sages-femmes perçoivent un salaire mensuel de base inférieur à celui d'un technicien, le conseil général soutient que le supplément pour horaires incommodes et la valeur de la réduction du temps de travail doivent être inclus dans la base de comparaison des rémunérations et que, sur cette base, il n'y a aucune discrimination à l'égard des sages-femmes.

11. L'ordonnance de renvoi révèle que les parties s'opposent par ailleurs sur la question de savoir si le travail accompli par le technicien de clinique est d'une valeur égale à celui accompli par les sages-femmes et si, dans l'affirmative, une éventuelle différence dans la rémunération a un quelconque lien direct ou indirect avec le sexe des travailleurs. Le médiateur a cependant demandé que l'Arbetsdomstolen rende une ordonnance interlocutoire déclarant que le conseil général a versé aux sages-femmes une rémunération inférieure à celle perçue par le technicien et il s'avère que, avec l'accord des parties, le juge national a décidé de se concentrer tout d'abord sur la question autonome consistant à savoir s'il y a une différence de rémunérations. Pour répondre à cette question, il ne fait pas de doute qu'il est nécessaire pour l'Arbetsdomstolen de déterminer la rémunération qui doit être comparée. Il a dès lors demandé l'assistance de la Cour pour trancher les questions suivantes:

« 1) L'indemnité pour horaire décalé fait-elle partie, dans le cadre de l'article 119 du traité de Rome et de la directive 75/117/CEE du Conseil 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, de la base pour la comparaison des rémunérations lorsqu'une discrimination salariale est invoquée? Quelle est l'importance du fait que l'indemnité pour horaire décalé varie d'un mois à l'autre selon la planification?

2) Dans le cadre de la réponse à apporter à la première question, le fait qu'il incombe régulièrement aux sages-femmes de travailler à des heures qui donnent droit à l'indemnité pour horaire décalé, alors que tel n'est pas le cas pour l'ingénieur de clinique, revêt-il de l'importance?

3) La circonstance que l'indemnité pour horaire décalé fait partie, selon le droit

8 — Article 6.

national, de la rémunération de base dans le cadre de la détermination de la pension, de l'indemnité de maladie, des dommages-intérêts et d'autres indemnités liées à la rémunération présente-t-elle une pertinence aux fins de la question de savoir si l'indemnité pour horaire décalé fait partie de la base pour la comparaison des rémunérations lorsqu'une discrimination salariale est invoquée?

4) Y a-t-il lieu de prendre en considération, dans la base pour la comparaison des rémunérations lorsqu'une discrimination salariale est invoquée, une réduction du temps de travail accordée au travail presté selon un système de roulement de trois équipes par rapport à la durée normale de travail de jour, au sens de l'article 119 du traité de Rome et de la directive 75/117/CEE du Conseil 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? En cas de réponse affirmative: le fait que le travail à temps réduit presté selon le système décrit ci-dessus constitue, selon la convention collective, du travail à temps plein revêt-il de l'importance? Au cas où la réduction du temps de travail se mesure en une valeur déterminée, cette contre-valeur fait-elle partie de la rémunération mensuelle fixe en espèces ou constitue-t-elle une indemnité spécifique qui doit être prise en considération lors de la comparaison des rémunérations?

5) Dans le cadre de la réponse à apporter à la quatrième question, la circonstance que les sages-femmes fournissent un travail par roulements qui donne droit conventionnellement à une réduction du temps de travail, alors que tel n'est pas le cas pour l'ingénieur de clinique, présente-t-il une pertinence?»

12. Ces questions peuvent être ramenées à celle de savoir si et, dans l'affirmative, comment le supplément pour horaires incommodes et la réduction du temps de travail doivent être pris en compte pour comparer les rémunérations.

13. Le médiateur, le conseil général, la Commission et le gouvernement finlandais, qui étaient tous représentés à l'audience, ont déposé des observations écrites.

Le droit communautaire applicable

14. L'article 119 du traité pose le principe selon lequel les hommes et les femmes doivent percevoir un salaire égal à travail égal. Le deuxième alinéa définit la «rémunération» comme étant «le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier».

15. L'article 1er, premier alinéa, de la directive sur l'égalité des rémunérations dispose que:

« 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. »

16. Un travailleur de sexe féminin (pour prendre l'exemple habituel) qui souhaite établir l'existence d'une violation du principe d'égalité des rémunérations pour un travail auquel est attribuée une valeur égale doit examiner deux questions distinctes et peut avoir à en aborder une troisième. Dans un cas, comme celui de l'espèce, où une discrimination indirecte est invoquée, ces questions peuvent être formulées comme suit: tout d'abord, le travailleur de sexe féminin fait-il partie d'un groupe de travailleurs majoritairement féminins accomplissant un travail d'une valeur égale à celui effectué par un groupe de travailleurs majoritairement masculins? En deuxième lieu, le premier groupe perçoit-il une rémunération inférieure à celle du groupe servant de base de comparaison? Si l'existence de ces éléments est établie par le travailleur, elle révèle à première vue un cas de discrimination. En troisième lieu, cependant, l'employeur peut renverser cette présomption en montrant que la différence de rémunération est basée sur des facteurs objectivement justifiés étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe [9].

17. Bien qu'il soit normalement indiqué selon nous de répondre à ces trois questions dans l'ordre exposé ci-dessus, il peut être opportun le cas échéant de les aborder dans un ordre différent, pour une raison ou l'autre. Dans de telles circonstances, la juridiction nationale peut souhaiter avoir l'avis de la Cour, par exemple, sur la deuxième ou la troisième question avant de trancher la première. Tel était le cas dans l'affaire Enderby [10], dans laquelle la Court of Appeal (England and Wales) a déféré trois questions concernant pour l'essentiel la troisième question exposée ci-dessus, à savoir la possibilité de justification, en se fondant sur l'hypothèse explicite pour les besoins de la procédure que les deux emplois dont les salaires devaient être comparés étaient d'égale valeur. Le gouvernement allemand a soutenu dans cette affaire que la Cour ne pouvait pas statuer sur ces questions sans déterminer au préalable si les emplois en cause étaient équivalents. La Cour a déclaré qu'il appartient aux seules juridictions nationales d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. Lorsque, comme dans cette affaire, la Cour

9 — Voir arrêts du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607, point 35), et du 27 octobre 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535, point 19) et aujourd'hui 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).

10 — Arrêt précité à la note 9.

est saisie d'une demande d'interprétation du droit communautaire qui n'est pas manifestement sans rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, elle doit y répondre sans avoir à s'interroger elle-même sur la validité d'une hypothèse qu'il appartiendra à la juridiction nationale de renvoi de vérifier par la suite si cela s'avère nécessaire [11].

18. L'avocat général Lenz a fait observer que les réserves du gouvernement allemand sur la présomption de valeur égale reposaient sans doute sur le fait qu'établir qu'il s'agit d'un même travail ou d'un travail auquel est attribuée une valeur égale constitue une partie essentielle des arguments permettant d'établir une thèse et de la charge de la preuve qui incombe à toute personne invoquant une discrimination en matière de rémunération. L'avocat général a cependant expliqué que le fait que la Court of Appeal, tout comme les instances antérieures saisies de l'affaire, soit partie de l'hypothèse de la valeur égale des activités à comparer était le résultat des possibilités procédurales offertes par l'ordre juridique national de l'État membre concerné. L'appréciation de la valeur égale de deux activités peut le cas échéant nécessiter un rapport d'expertise coûteux. En vertu des dispositions procédurales nationales, l'analyse des preuves peut être différée tant que les questions juridiques sont examinées [12].

19. En l'espèce, les observations écrites et orales présentées par le conseil général se concentrent principalement sur la question de savoir si les sages-femmes et le technicien de clinique accomplissent un travail de valeur égale au regard du principe de l'égalité des rémunérations; il ne fait pas de doute que conseil général estime que le travail effectué par les sages-femmes, d'une part, et celui des techniciens de clinique, de l'autre, ne sont pas de valeur égale. Bien que le gouvernement finlandais et la Commission expriment aussi quelque doute quant à la valeur égale du travail, ils reconnaissent tous deux que la juridiction nationale est habilitée à déférer des questions à la Cour à propos de l'égalité des rémunérations en partant de l'hypothèse d'une valeur égale des prestations. Dès lors que, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, l'ordonnance de renvoi révèle clairement (et, en fait, de façon implicite dans les questions) que la juridiction nationale fait l'hypothèse d'une valeur égale pour saisir la juridiction communautaire de questions préjudicielles et qu'il ressort sans équivoque de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Enderby que cette approche est acceptable, nous ne proposerons pas d'examiner la question de la valeur égale.

20. L'hypothèse qui est à la base de la présente affaire, à savoir que le travail effectué par les deux groupes en l'espèce est de «valeur égale», doit être comprise dans ce sens que les 40 heures effectuées par les sages-femmes sont d'une valeur égale aux 40 heures accomplies par le technicien et non, par exemple, que les 34 heures prestées par les unes sont d'une valeur égale aux 40 heures de l'autre. C'est uniquement en se fondant sur cette hypothèse que l'on peut se demander si la semaine de travail plus courte des sages-femmes peut être prise en compte. (Nous devons donc négliger le fait que la convention collective semble attribuer une «valeur égale» aux semaines de travail de longueurs différentes.)

11 — Points 10 et 12 de l'arrêt.

12 — Points 6 et 7 des conclusions.

L'importance du contexte de la négociation collective

21. Le médiateur a déclaré à l'audience que, en Suède, on estime que les conventions collectives ne sont pas soumises au droit communautaire, en ce sens, sans doute, que le fait que la rémunération a été convenue dans le cadre d'une convention collective est considéré comme étant un moyen de défense face à un recours invoquant une inégalité de rémunération. À l'évidence, cette opinion n'est pas conforme au droit communautaire: la Cour a déclaré sans ambiguïté que le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins est applicable lorsque les éléments de rémunération sont fixés par voie de négociation collective ou par voie de négociation sur le plan local, bien que la juridiction nationale puisse tenir compte de ce fait pour apprécier si des différences entre les rémunérations moyennes de deux groupes de travailleurs sont dues à des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe [13].

Le supplément pour horaires incommodes

La portée de la notion de «rémunération»

22. Nous souhaitons tout d'abord faire observer que le supplément est manifestement une rémunération au sens de l'article 119 du traité et que, dès lors, il y aurait discrimination si, par exemple, un groupe composé majoritairement de travailleurs masculins effectuant un travail de valeur égale à celui des sages-femmes se voyait refuser le supplément lorsqu'ils accomplissent leurs prestations durant des horaires incommodes. Cela n'est cependant d'aucune aide pour répondre à la question dont la Cour est aujourd'hui saisie: faut-il tenir compte du supplément pour que le principe de l'égalité des rémunérations soit effectif en l'espèce?

23. Cela dit, nous ne proposons pas d'examiner un certain nombre d'arguments avancés par le conseil général, qui sont destinés à montrer que, dès lors qu'il est une «rémunération», le supplément pour horaires incommodes doit être considéré comme faisant partie du salaire mensuel de base des sages-femmes pour les besoins de la comparaison.

La portée de la déclaration figurant dans l'arrêt Barber

24. La Cour a déclaré dans l'arrêt Barber [14]:

«... la juridiction nationale veut savoir, en substance, si l'égalité des rémunérations

13 — Voir, par exemple, l'arrêt du 31 mai 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275, point 47).

14 — Arrêt du 17 mai 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889).

doit être assurée au niveau de chaque élément constitutif de la rémunération ou seulement en fonction d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs.

...

S'agissant de la méthode à retenir pour vérifier le respect du principe de l'égalité des rémunérations, il y a lieu de constater que, si les juridictions nationales étaient obligées de se livrer à une évaluation et à une comparaison de l'ensemble des avantages de nature variée consentis, selon les cas, aux travailleurs masculins ou féminins, le contrôle juridictionnel serait difficile à effectuer, et l'effet utile de l'article 119 s'en trouverait d'autant amoindri. Il s'ensuit qu'une véritable transparence, permettant un contrôle efficace, n'est assurée que si le principe de l'égalité des rémunérations s'applique à chacun des éléments de la rémunération respectivement accordée aux travailleurs masculins ou féminins» [15].

25. Le médiateur et la Commission invoquent principalement cette déclaration à l'appui de leur thèse selon laquelle l'égalité doit être assurée pour le salaire mensuel de base sans tenir compte du supplément pour horaires incommodes.

15 — Points 31 et 34 de l'arrêt.

26. Le médiateur considère que le principe de transparence serait méconnu si la juridiction nationale devait entreprendre une analyse complexe du supplément accordé à chaque travailleur. Les sages-femmes effectuent des prestations durant des horaires incommodes et perçoivent un supplément pour cette raison. Le technicien ne travaille pas pendant des horaires incommodes et, dès lors, il ne perçoit aucun supplément. Le bon sens et la logique étayent la thèse d'après laquelle une comparaison équitable doit uniquement porter sur les salaires mensuels de base.

27. La Commission est d'avis que le supplément ne peut être comparé qu'avec celui auquel le technicien aurait eu droit si ses horaires de travail avaient été les mêmes que ceux des sages-femmes et que, par conséquent, la comparaison correcte doit uniquement porter sur les salaires mensuels de base.

28. De son côté, le conseil général estime que la déclaration faite par la Cour dans l'arrêt Barber est dépourvue de pertinence en l'espèce. L'arrêt Barber concernait pour l'essentiel la transparence et la rémunération auxquelles les travailleurs masculins et féminins avaient tous droit, bien qu'à des âges différents; la Cour a en effet jugé que la circonstance que M. Barber, licencié à 52 ans, avait droit à une indemnité de licenciement supérieure à celle d'une femme licenciée au même âge ne faisait pas disparaître la discrimination inhérente au fait qu'une femme du même âge que lui aurait de plus eu droit à une pension

immédiate alors qu'il n'avait droit qu'à une pension à paiement différé. En l'espèce, les sages-femmes, travaillant dans le cadre du système des trois équipes, ont en revanche droit à un supplément pour horaires incommodes, alors que le technicien, effectuant ses prestations durant des heures normales, n'y a pas droit.

29. Le gouvernement finlandais invoque lui aussi la déclaration figurant dans l'arrêt Barber. Il fait observer que, lorsque les deux travailleurs en cause (l'un invoquant une discrimination et l'autre servant de base de comparaison) effectuent un travail identique ou similaire dans les mêmes conditions et selon les mêmes horaires, il est facile de comparer chaque élément de leur salaire en se fondant sur cette déclaration de l'arrêt Barber. Ainsi, le principe de l'égalité des rémunérations doit aussi être garanti lorsque le travail n'est pas le même mais a une valeur égale. Toutefois, plus les emplois sont différents, plus il est difficile non seulement de comparer les divers éléments de la rémunération, mais aussi d'apprécier l'équivalence des prestations. Lorsque l'on conclut que les emplois sont de valeur égale en appréciant combien ils sont exigeants ou difficiles, il est impossible, lorsque l'on compare les rémunérations, d'ignorer les éléments qui sous-tendent cette appréciation. Ainsi, lorsque les conditions d'emploi (telles que l'obligation de travailler durant des horaires incommodes) ont été prises en compte pour déterminer si le travail est d'une valeur égale à celui de la personne servant de base de comparaison, la rémunération qui compense ces conditions doit être incluse dans la comparaison des rémunérations. Il y a dès lors lieu de décider au cas par cas des éléments qui doivent être comparés pour faire en sorte que le principe d'égalité soit respecté.

30. Nous nous rangeons à l'avis du gouvernement finlandais selon lequel il n'est pas possible d'appliquer une règle intangible selon laquelle différents éléments de la rémunération devraient ou non être pris en compte pour les besoins de la comparaison des rémunérations. Toutefois, alors que le gouvernement finlandais estime que la règle varie en fonction des facteurs que l'appréciation de la valeur égale a fait émerger, nous estimons que c'est plutôt la nature de la structure des rémunérations en cause qui détermine la façon dont l'égalité des rémunérations doit être évaluée.

31. Le fait de traiter chaque élément de rémunération de façon indépendante en vue de comparer l'égalité des rémunérations est, en général, la seule façon correcte d'assurer l'égalité. C'est par ailleurs la seule façon de garantir la transparence et un contrôle juridictionnel effectif: comme la Cour l'a confirmé dans son arrêt Danfoss [16] et répété dans l'arrêt Barber [17], un manque de transparence empêcherait toute forme de contrôle de la part des juridictions nationales. Nous considérons dès lors de façon générale, conformément à ce qu'a dit la Cour dans son arrêt Barber, que le principe de l'égalité des rémunérations devrait s'appliquer à tous les éléments de la rémunération accordée aux hommes et aux femmes.

32. Toutefois, lorsque, pour des raisons historiques ou autres, les structures des

16 — Arrêt du 17 octobre 1989 (C-109/88, Rec. p. I-3199, point 12).

17 — Arrêt précité à la note 14, point 34.

rémunérations sont complexes, de sorte qu'il est difficile ou impossible d'identifier les éléments particuliers ou la base sur laquelle ils sont octroyés, il peut être irréaliste et vain d'examiner les composantes particulières de l'ensemble de la rémunération de façon séparée. De plus, procéder de la sorte est susceptible d'induire une discrimination à l'égard de l'autre sexe. Dans de telles hypothèses, une appréciation globale peut être la seule méthode valable — voire faisable — dans l'attente d'un réaménagement du système. C'est sans aucun doute des circonstances de ce type que la Cour avait à l'esprit lorsqu'elle a déclaré dans l'arrêt Royal Copenhagen [18] que certains systèmes de rémunération sont structurés de façon telle que seule une «évaluation globale» pouvait être portée pour déterminer s'il y avait violation de l'article 119 [19].

33. Cela ne signifie cependant pas qu'un élément de l'ensemble puisse nécessairement être compensé par un autre. Ainsi, dans l'arrêt Barber lui-même, dans lequel les travailleurs masculins qui avaient été licenciés avaient droit à une pension immédiate s'ils avaient l'âge de 55 ans alors que les travailleurs féminins qui avaient été licenciés avaient droit à une pension immédiate s'ils avaient atteint l'âge de 50 ans, il est compréhensible que la Cour ait jugé inapproprié de tenter de contrebalancer les droits discriminatoires à la pension en tenant compte des différences possibles existant au niveau des indemnités de licenciement.

34. Quelle est alors la situation en l'espèce? Nous rappellerons [20] qu'un travailleur féminin établit à première vue l'existence d'une violation du principe d'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale en prouvant, en premier lieu, qu'il fait partie d'un groupe composé majoritairement de travailleurs féminins accomplissant un travail d'une valeur égale à celui accompli par un groupe composé majoritairement de travailleurs masculins et que, en deuxième lieu, le premier groupe perçoit une rémunération inférieure à celle du groupe servant de base de comparaison. Il est alors toutefois loisible à l'employeur de renverser cette présomption en établissant que la différence de rémunération est basée sur des facteurs objectivement justifiés étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

35. Il est possible en l'espèce de distinguer le salaire mensuel de base des sages-femmes et le supplément et de comparer ainsi leur salaire de base avec celui de la base de comparaison. Nous estimons que l'approche correcte dans ce cas et dans les cas similaires est de reconnaître que le groupe percevant la rémunération de base la plus faible, en l'espèce les sages-femmes, est payé moins, de sorte que la deuxième question exposée ci-dessus, à savoir celle qui consiste à déterminer si la rémunération des deux groupes est inégale, est considérée comme appelant une réponse affirmative. Ajoutons que cette approche assurerait une plus grande transparence en l'espèce et dans des cas similaires: la circonstance que le supplément varie de mois en mois en fonction de la période de la journée et de la journée durant lesquelles les tranches horaires en cause ont été effectuées a pour

18 — Précité à la note 13, point 43 de l'arrêt.

19 — Point 18 de l'arrêt.

20 — Voir point 16 ci-dessus.

conséquence qu'il est difficile de faire une comparaison qui ait du sens entre, d'une part, l'ensemble du salaire et du supplément d'une sage-femme et, de l'autre, le salaire de base du groupe servant à établir la comparaison.

36. Nous estimons dès lors que les travailleurs tels que les sages-femmes en l'espèce peuvent établir à première vue l'existence d'une violation du principe de l'égalité des rémunérations. Nous ne sommes cependant pas d'avis que cela résolve nécessairement la question. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, lorsqu'un travailleur a établi à première vue l'existence d'une inégalité des rémunérations, il est loisible à l'employeur de prouver, en recourant au troisième critère, que la différence de rémunération est basée sur des facteurs objectivement justifiés étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Si l'employeur peut établir l'existence d'une telle justification, on ne peut pas conclure à l'existence d'une violation du principe de l'égalité des rémunérations.

37. L'approche que nous avons suggérée est conforme à la jurisprudence Royal Copenhagen [21], affaire dans laquelle la Cour était interrogée sur l'importance qu'il convient d'attacher, lors de la vérification du respect du principe de l'égalité des rémunérations, à des éléments tels que des différences entre le travail des deux groupes en ce qui concerne les pauses rémunérées et la liberté dans l'organisation du travail, ainsi que les nuisances liées au travail [22] comprenant le bruit, la température, un travail simpliste, répétitif et monotone [23] (cette affaire concernait des opérateurs sur machine et des peintres sur céramique travaillant dans une fabrique de céramique). La Cour a déclaré que la juridiction nationale doit déterminer si, compte tenu d'éléments factuels relatifs aux conditions dans lesquelles les travaux sont effectués, une valeur égale peut leur être attribuée ou si ces éléments peuvent être considérés comme constituant des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe susceptibles de justifier d'éventuelles différences de rémunération [24].

38. Il semble douteux en l'espèce que l'employeur puisse invoquer le supplément pour horaires incommodes pour justifier l'inégalité des rémunérations de base, puisqu'il semble destiné à compenser les inconvénients et les perturbations causés à la vie familiale et sociale, ainsi qu'aux horaires normaux de sommeil, par les prestations qui sont effectuées durant des tranches horaires différentes et qui y donnent droit. Le conseil général a précisé dans ses observations écrites que le niveau de salaire négocié pour les infirmières et les sages-femmes est fixé en tenant compte du fait que ces groupes travaillent par roulement, de sorte qu'elles perçoivent un supplément pour horaires incommodes. Si tel était le cas, cela nierait les effets compensatoires du supplément. Si tel est cependant le cas, le conseil général peut être à même de renverser la présomption de violation du principe de l'égalité des rémunérations provenant de l'inégalité du salaire de base.

21 — Arrêt précité à la note 13.

22 — Point 39 de l'arrêt.

23 — Voir quatrième question, sous i), figurant au point 10 de l'arrêt.

24 — Point 42 de l'arrêt.

C'est à la juridiction nationale qu'il incombe de déterminer si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, l'indemnité remplit ce rôle compensatoire.

39. Nous estimons par conséquent que, lorsque la structure des rémunérations est telle qu'il est en principe possible d'extraire et de comparer des éléments individuels, il faut procéder de la sorte, l'employeur conservant la possibilité de prouver que l'inégalité n'est pas fondée sur le sexe. Toutefois, lorsque la structure des rémunérations est moins lisible, la seule chose qu'il soit possible de faire est de porter une appréciation globale. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer s'il est possible, dans un cas déterminé, d'établir une comparaison élément par élément ou si la seule chose qui soit faisable est de porter une appréciation globale.

40. Dans le dernier type d'hypothèse, le simple fait que la structure n'est (par hypothèse) pas transparente signifie que l'employeur conserve la charge de réfuter l'existence de la discrimination alléguée. Cette conclusion découle de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Danfoss [25] dans laquelle elle a considéré que, lorsqu'une entreprise pratique 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. Nous sommes d'avis que ce principe est aussi applicable lorsqu'un travailleur invoque une discrimination due à un système non transparent d'indemnités ou à d'autres éléments de la rémunération, même s'il n'est pas possible d'établir une différence entre les rémunérations moyennes.

Les effets des horaires de la réduction du temps de travail

41. La juridiction nationale demande par ailleurs si, pour comparer les rémunérations, il y a lieu de tenir compte de l'horaire de travail réduit que doivent prester les sages-femmes travaillant par équipes afin d'accomplir une semaine de travail à temps plein en termes de salaire. Cela aurait naturellement pour effet que, dans le cadre d'une comparaison avec un travailleur effectuant une semaine normale de 40 heures, le salaire mensuel de base des sages-femmes serait multiplié par 40/34,33 et que, dès lors, il augmenterait. Le même effet se serait produit en comparant non pas le salaire mensuel de base, mais le salaire par heure effectivement prestée.

42. Le conseil général fait valoir que la comparaison des rémunérations doit être effectuée sur la base du salaire versé pour chaque heure effectivement accomplie. Il déclare que, puisqu'un transport gratuit accordé par l'employeur constitue une

25 — Arrêt précité à la note 16. Voir aussi l'arrêt du 30 juin 1988, Commission/France (C-318/86, Rec. p. 3559).

« rémunération » au sens de l'article 119, comme la Cour a jugé dans l'affaire Garland [26], une réduction du temps de travail devrait logiquement être considérée comme telle aussi. La valeur de la réduction du temps de travail doit par conséquent être quantifiée et incluse dans l'ensemble de la rémunération mensuelle aux fins de la comparaison. Nous considérons toutefois que des cas comme celui de l'affaire Garland ne sont pas pertinents: la question qui se posait en l'espèce était de savoir si le transport accordé constituait une rémunération, auquel cas il était clairement discriminatoire de l'accorder aux hommes et non aux femmes, alors que la question qui nous occupe est manifestement différente.

43. Le médiateur se réfère à certaines affaires apparemment invoquées par le conseil général à un stade antérieur de la procédure devant le juge national [27]: ces affaires montrent que, pour déterminer s'il y a égalité des rémunérations, il importe de se référer aux salaires perçus par heure de travail effectuée chaque semaine. Le médiateur rétorque que les affaires citées, qui concernent toutes une discrimination alléguée entre des travailleurs à temps plein et à temps partiel, sont dépourvues de pertinence dans les circonstances du présent cas d'espèce, où une comparaison des taux horaires serait inéquitable. Tel est le cas parce qu'une sage-femme qui accomplirait une semaine normale de 40 heures percevrait la même rémunération qu'une sage-femme effectuant une semaine de 34 heures. Une réduction du temps de travail est en principe susceptible de constituer un facteur objectif justifiant une différence de rémunération, bien qu'en l'espèce elle n'aurait pas cet effet.

44. Nous considérons que la règle générale à appliquer doit être que le nombre d'heures effectuées par deux travailleurs dont les rémunérations sont comparées doit naturellement être pris en compte et qu'une différence à cet égard justifie une différence de rémunération, de sorte que, pour prendre des exemples extrêmes, il ne serait manifestement pas discriminatoire d'accorder à un homme travaillant à temps plein une rémunération double de celle d'une femme effectuant le même travail à mi-temps, ou d'accorder à un homme effectuant des heures supplémentaires un salaire supérieur à celui d'une femme n'accomplissant pas d'heures supplémentaires. Les affaires évoquées par le médiateur, qui étayent sans équivoque cette proposition, ne semblent toutefois pas pertinentes par ailleurs pour la question dont est saisie la Cour, puisqu'elles concernent en général la question des taux de rémunération ou des avantages en nature différents accordés à des travailleurs à temps partiel et à temps plein. En l'espèce, cependant, on ne saurait soutenir sérieusement selon nous que les sages-femmes, qui sont manifestement traitées par leur employeur comme si elles accomplissaient une semaine de travail à temps plein, ne devraient pas être considérées comme effectuant une semaine de travail à temps plein. Le dossier dont dispose la Cour suggère, et il faudrait par

26 — Arrêt du 9 février 1982 (12/81, Rec. p. 359).

27 — Voir arrêts du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591, points 19 et 20); Bilka, précité à la note 9, point 27, et du 15 décembre 1984, 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 26 et 27).

conséquent présumer, que la réduction du temps de travail compense les prestations de travail réparties sur trois tranches horaires; nous estimons qu'elle ne devrait donc pas être prise en compte dans le cadre d'une comparaison des rémunérations. L'approche correcte consiste dès lors à comparer le salaire de base perçu par les sages-femmes avec celui perçu par le groupe servant de base de comparaison sans ajuster le salaire des sages-femmes en vue de refléter la réduction du temps de travail.

45. La Commission considère que la réduction du temps de travail est une condition de travail au sens de la directive sur l'égalité de traitement [28]. Cette thèse nous semble correcte: voir, par exemple, l'arrêt Stoeckel [29], dans lequel la Cour a reconnu qu'un travail ininterrompu par équipes impliquant du travail de nuit était une condition de travail au sens de la directive.

46. La Commission ajoute que le fait que la réduction du temps de travail est susceptible d'avoir des conséquences financières ne suffit pas pour la faire relever de la réglementation relative à l'égalité des rémunérations [30]. Bien que cette position soit correcte, elle signifie simplement que l'article 119 ne saurait être interprété comme prescrivant, en plus de l'égalité des rémunérations, l'égalité au regard des autres conditions de travail [31]; elle ne veut pas dire que les conditions de travail ne peuvent en aucun cas être pertinentes pour la question générale de l'égalité des rémunérations.

47. En particulier, il ressort clairement de l'arrêt Royal Copenhagen [32] que les conditions de travail sont susceptibles d'être prises en compte, pour déterminer à la fois si le travail est de valeur égale et s'il existe une justification objective d'une quelconque inégalité des rémunérations pour un travail de valeur égale [33].

48. En conséquence, à l'instar de la possibilité qui est ouverte à l'employeur en ce qui concerne le supplément pour horaires incommodes, il lui est loisible d'établir, si tel est effectivement le cas, que la réduction du temps de travail ne saurait être considérée correctement comme compensant les inconvénients et les perturbations dus au système de travail en trois équipes mais que la différence qui en résulte en termes de salaire horaire est fondée sur des facteurs objectivement justifiés étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

28 — Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité du traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

29 — Arrêt du 25 juillet 1991 (C-345/89, Rec. p. I-4047).

30 — Arrêt du 15 juin 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365, point 21).

31 — Voir point 24 de l'arrêt Defrenne, précité à la note 30.

32 — Précité à la note 13.

33 — Voir point 42 de l'arrêt et point 39 ci-dessus.

Conclusions

49. Nous estimons dès lors que les questions déférées par l'Arbetsdomstolen doivent recevoir les réponses suivantes:

« 1) Lorsque la rémunération est composée de plusieurs éléments, par exemple d'un salaire de base et d'un supplément pour horaires incommodes, chaque élément doit en principe être traité de façon indépendante pour établir une comparaison de l'égalité des rémunérations. Lorsqu'une telle comparaison révèle à première vue l'existence d'une violation du principe de l'égalité des rémunérations, l'employeur peut renverser cette présomption en démontrant que la différence de rémunération est basée sur des facteurs objectivement justifiés étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

2) Lorsqu'il est difficile ou impossible de distinguer différents éléments de la rémunération, il est nécessaire de procéder à une évaluation globale aux fins d'une comparaison de l'égalité des rémunérations. Dans ce cas, le simple fait que la structure n'est pas transparente signifie que l'employeur a la charge de prouver que la discrimination invoquée n'existe pas.

3) Lorsque le travailleur invoquant une discrimination travaille moins d'heures par semaine que le travailleur servant de base de comparaison, mais que ces heures sont considérées par l'employeur comme équivalant à une semaine de travail, l'approche correcte pour les besoins du principe de l'égalité des rémunérations consiste à comparer le salaire de base des deux travailleurs sans ajuster le salaire du premier travailleur afin de refléter la réduction du temps de travail. Lorsqu'une telle comparaison révèle à première vue l'existence d'une violation du principe de l'égalité des rémunérations, l'employeur peut renverser cette présomption en prouvant que la différence de rémunération est basée sur des facteurs objectivement justifiés étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. »