introduise une exception à ce principe à l'égard des assurés ayant précédemment travaillé à temps partiel et limite le montant de l'allocation au salaire antérieurement perçu, lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que ladite législation ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

2. En l'absence de mesures d'application adéquates de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 et en présence d'une discrimination indirecte opérée par l'État, le groupe défavorisé, du fait de cette discrimination, doit être traité de la même façon et se voir appliquer le même régime que les autres allocataires, régime qui, à défaut d'exécution correcte de ladite directive, reste le seul système de référence valable.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-102/88 *

I — Faits et procédure

1. *Cadre juridique et faits du litige au principal*

Aux termes de son article 1er, la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO 1979, L 6, p. 24, ci-après « directive »), vise la « mise en œuvre progressive, dans le domaine de la sécurité sociale et des autres éléments de protection sociale prévu à l'article 3, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (ci-après 'principe de l'égalité de traitement') » et s'applique, selon l'article 3, paragraphe 1, sous a), notamment « aux régimes ... suivants:

— maladie

— invalidité ...

— accident du travail et maladie professionnelle... ».

L'article 4, paragraphe 1, dispose comme suit:

« Le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe soit directement, soit

* Langue de procédure: le néerlandais.

indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial, en particulier en ce qui concerne:

— le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes;

— l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations;

— le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du conjoint et pour personne à charge, et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations. »

Aux Pays-Bas, la loi générale sur l'incapacité de travail (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, ci-après « AAW ») donne le droit à une allocation d'incapacité de travail à l'« assuré âgé de 17 ans ou plus frappé d'une incapacité de travail à la condition que, au cours de l'année qui précède immédiatement le jour auquel l'incapacité de travail est survenue, il ait perçu des revenus de ou en relation avec un travail effectué dans la vie économique ou professionnelle [article 6, paragraphe 1, sous a)]. »

Selon la lettre b) du même paragraphe, une allocation est accordée à l'« assuré qui, le jour anniversaire de ses 17 ans, est déjà frappé d'une incapacité de travail... ».

L'article 6, paragraphe 2, dispose en effet qu'un revenu inférieur à 15 % du salaire minimal n'est pas pris en compte aux fins de l'alinéa 1 du paragraphe 1.

Pour certaines catégories d'assurés âgés de 17 ans ou plus, la condition relative aux revenus énoncée à l'article 6, paragraphe 1, sous a), ne s'applique pas. Ces catégories, énumérées dans l'arrêté royal du 28 avril 1980 (Stbl. 263), promulgué sur la base de l'article 6, paragraphe 3, de l'AAW, sont les travailleurs indépendants à temps plein qui n'ont pas été en mesure de gagner le minimum exigé, les étudiants sans revenus et les célibataires qui travaillent dans le ménage de leurs parents, ou de leurs frères ou sœurs célibataires.

L'article 12 de l'AAW prévoit que l'allocation est calculée en appliquant à une base de calcul un pourcentage fixé en fonction du degré d'incapacité de travail.

Les bases de calcul sont énoncées à l'article 10. Les paragraphes 2 à 4 de cet article prévoient chacun une base de calcul qui est fonction, respectivement, de l'état civil de l'intéressé, de l'existence d'un enfant à charge et des revenus acquis par ou en relation avec le travail. Aucune de ces trois bases ne trouve toutefois application dans les circonstances énoncées au paragraphe 5, qui disposait, dans la version en vigueur à l'époque des faits, que:

« Par dérogation aux paragraphes qui précèdent, lorsqu'une personne ayant droit à une allocation n'a pas fourni, au cours de l'année qui précède immédiatement le jour de la survenance de son incapacité de travail, un travail dans la vie économique et professionnelle d'une durée jugée normale pour sa branche professionnelle et lorsqu'en conséquence il a perçu un revenu inférieur à un montant équivalant à 260 fois le montant de la base de calcul qui, sans préjudice du présent paragraphe, lui serait applicable à la date de la survenance de l'incapacité de

travail, il y a lieu de prendre comme base de calcul le revenu quotidien moyen que l'allocataire est réputé, selon des règles à définir par le ministre, avoir acquis au cours de l'année susvisée. »

La requérante a occupé un poste dans l'administration de l'enseignement public de Groningue du 1er octobre 1978 au 9 mars 1981, date à laquelle elle a arrêté de travailler pour cause d'invalidité. Pendant sa dernière année professionnelle, elle a travaillé 18 heures en moyenne par semaine.

Par décision du 15 octobre 1985, la défenderesse lui a accordé une allocation pour incapacité de travail au titre de l'AAW. Le degré d'incapacité a été fixé à 80 % et le montant de l'allocation a été fixé, en conséquence, à 80 % d'un montant de base de 54,24 HFL par jour de prestation. Le montant de base a été calculé d'après le traitement moyen quotidien de la requérante pendant l'année qui a précédé la survenance de l'incapacité de travail, conformément à l'article 10, paragraphe 5, de l'AAW.

La requérante a contesté la décision devant le Raad van Beroep, en faisant valoir que l'article 10, paragraphe 5, comportait une discrimination vis-à-vis des femmes par rapport aux hommes.

Elle a affirmé, sur la base de statistiques officielles, que 75 % des travailleurs à temps partiel étaient des femmes. Partant, le fait de prévoir, dans l'article 10, paragraphe 5, une allocation réduite uniquement en ce qui concerne les travailleurs à temps partiel équivaut selon elle à une discrimination indirecte basée sur le sexe, prohibée par la directive.

La défenderesse a soutenu, pour l'essentiel, que l'article 10, paragraphe 5, avait pour critère de base la valeur économique du travail fourni par l'intéressé et ne reposait donc pas sur des notions liées, même indirectement, au sexe. Elle estime que ce critère de base est objectivement justifié.

2. *Appréciation de la juridiction de renvoi et questions préjudicielles*

Selon le Raad van Beroep, l'AAW instaure des droits à une allocation d'incapacité de travail pour la population active non chômeuse à un niveau égal au minimum social, sauf lorsque, notamment dans le cas d'un travailleur à temps partiel, le revenu de l'intéressé était inférieur au minimum social. Toutefois, le critère des revenus ne s'applique pas aux cas visés respectivement à l'article 6, paragraphe 1, sous b), de l'AAW et à l'arrêté royal du 28 avril 1980. Il lui paraît suffisamment plausible, eu égard aux chiffres produits par la requérante et insuffisamment contestés par la défenderesse, que le nombre de femmes affectées par la disposition dérogatoire de l'article 10, paragraphe 5, est considérablement plus élevé que le nombre d'hommes.

Dans ces circonstances, il lui semble important de savoir si cette disposition comporte une inégalité de traitement interdite par la directive.

A cet égard, le Raad van Beroep relève que, suivant la jurisprudence de la Cour (et, notamment, les arrêts du 4 décembre 1986, FNV, 71/85, Rec. p. 3870, du 24 mars 1987, McDermott and Cotter, 286/85, Rec. p. 1453, et du 24 juin 1987, Borrie Clarke, 384/85, Rec. p. 2865), l'article 4, paragraphe 1, de la directive peut, à partir du 23

décembre 1984, être invoqué à l'encontre de toute disposition nationale qui serait incompatible avec ledit article. Puisque la décision contestée a produit ses effets à partir du 1er janvier 1985, cette condition de temps serait remplie en l'espèce.

Se référant à l'arrêt de la Cour du 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus (170/84, Rec. p. 1607), le Raad van Beroep estime qu'il est déterminant, pour décider s'il s'agit d'une discrimination interdite par la directive, de savoir s'il existe à cet égard une justification objective. Une telle justification existerait, selon le Raad, si l'AAW ne prévoyait qu'une assurance contre les conséquences de l'incapacité de travail, se limitant au principe du manque à gagner. Cela n'est cependant pas le cas.

Le Raad van Beroep se demande également quelles seraient les conséquences d'une constatation d'incompatibilité de l'article 10, paragraphe 5, de l'AAW avec la directive, surtout en ce qui concerne son applicabilité aux hommes ayant travaillé à temps partiel.

C'est pourquoi le Raad van Beroep, par ordonnance du 10 mars 1988, a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes:

« 1) Un système instituant des droits à allocation au profit de la population active (non chômeuse) en cas d'incapacité de travail et prévoyant que ces allocations sont égales au minimum social à l'exception des cas où, en conséquence notamment du fait que l'allocataire travaillait à temps partiel, le salaire antérieur de celui-ci était inférieur à ce minimum social, est-il compatible avec l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE?

2) En cas de réponse négative à la première question, la norme communautaire — ainsi enfreinte — implique-t-elle que les allocataires (des deux sexes) ont droit à une allocation égale au minimum social, même dans les cas (dérogatoires) visés dans la première question? »

3. *Procédure devant la Cour de justice*

L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 30 mars 1988.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne, des observations écrites ont été déposées le 4 juillet 1988 par Mme M. L. Ruzius-Wilbrink, partie demanderesse au principal, représentée par Me B. I. Klaassens, avocat à Groningue, le 11 juillet 1988 par la direction de la Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, représentée par M. W. M. Levelt-Overmars, chef du service juridique en matière de sécurité sociale du Gemeenschappelijk Administratiekantoor (bureau commun d'administration) en qualité d'agent, le 11 juillet 1988 par le gouvernement néerlandais, représenté par le secrétaire général au ministère des Affaires étrangères, M. E. F. Jacobs, en qualité d'agent, et le 6 juillet 1988 par la Commission des Communautés européennes, représentée par MM. René Barents et Julian Currall, membres de son service juridique, en qualité d'agents.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Elle a cependant invité le gouvernement néerlandais à fournir certains textes législatifs pertinents.

II — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

La *demanderesse*, après avoir exposé qu'elle a trois enfants et qu'elle est divorcée depuis le 29 octobre 1985, fait valoir que le principe de base de l'AAW est que le montant des revenus perçus avant la survenance de l'incapacité de travail n'avait aucune incidence sur le montant de l'allocation (principe défendu, d'après la demanderesse, par le gouvernement néerlandais dans l'affaire 30/85, Teuling/Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie, arrêt du 11 juin 1987, Rec. p. 2497). Les montants de base pour le calcul étaient respectivement fixés en fonction de la situation familiale de l'intéressé (absence ou présence d'un conjoint, sans revenu ou ayant un revenu estimé suffisant, absence ou présence d'enfants à charge). Dans ces conditions, le montant alloué peut être soit inférieur, soit supérieur aux revenus antérieurement perçus et est, en tout cas, fixé à un niveau minimal donné. La seule exception est le cas d'une personne ayant travaillé à temps partiel. Le montant alloué à de tels travailleurs est fonction des revenus perçus et est inférieur au minimum autrement applicable.

Puisque la majorité des travailleurs à temps partiel, au niveau européen ainsi qu'aux Pays-Bas, est composée de femmes, selon les chiffres produits devant le Raad van Beroep, la disposition comporte une discrimination indirecte. En outre, la demanderesse affirme que, d'après des chiffres du Sociale Verzekeringsraad (conseil de la sécurité sociale), 88 % des ayants droit aux allocations réduites en raison du travail à temps partiel seraient des femmes.

Selon la demanderesse, il n'existe aucune justification de cette discrimination. D'une part, la situation des travailleurs à temps partiel s'écarte du principe de base de l'AAW et, d'autre part, la thèse soutenue par la défenderesse selon laquelle il serait injuste d'accorder une allocation supérieure aux revenus antérieurs est démentie par le fait qu'effectivement, dans de nombreux cas, l'AAW donne droit à une telle allocation.

En outre, la justification alléguée doit satisfaire au principe de proportionnalité, conformément à l'arrêt de la Cour dans l'affaire Bilka-Kaufhaus, précitée. Pour se conformer à cette exigence, la disposition devrait être nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

La demanderesse estime qu'il serait moins discriminatoire d'attribuer aux femmes travaillant à temps partiel et ayant la charge de leurs enfants un passé professionnel fictif aux fins du calcul, comme cela a été fait dans le cas des personnes handicapées et des étudiants par l'article 5 du Besluit regels arbeid van normaal te achten duur (arrêté concernant le travail d'une durée réputée normale) du 3 février 1987, Stbl. 42.

La demanderesse en tire la conclusion que l'article 10, paragraphe 5, de l'AAW ne peut pas lui être appliqué et qu'elle a droit à une allocation calculée sur la base normale.

La *défenderesse* explique que les allocations AAW sont, en principe, fixées en fonction du degré d'incapacité de travail et de la base de calcul applicable. Cette dernière n'était pas fonction des revenus antérieurement perçus, sauf en ce qui concernait les travailleurs à temps partiel. Bien que modifiée à partir du 1er janvier 1987, l'AAW contient toujours une disposition similaire. Des dispositions particulières règlent les cas des

ayants droit n'ayant perçu aucun revenu ou un revenu insuffisant (mais non fondé sur un travail à temps partiel) pour la période prise en compte.

La défenderesse conteste la description de l'AAW exposée dans l'ordonnance de renvoi. L'AAW ne prévoit d'allocations égales au minimum social qu'en cas d'incapacité totale. Dans le cas d'une incapacité moindre, le montant de l'allocation est fonction du minimum social.

Quant à la première question préjudicielle, la défenderesse fait valoir que l'article 10, paragraphe 5, ne fait aucune différenciation selon le sexe de l'ayant droit et qu'il ne s'agit donc pas, dans cette affaire, d'une discrimination directe.

Étant donné que les femmes représentent 75 % des travailleurs à temps partiel aux Pays-Bas, il est vraisemblable que la grande majorité des ayants droit recevant des prestations sur la base de l'article 10, paragraphe 5, sont également des femmes.

Dans ces conditions, la défenderesse estime que, sur la base de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Teuling, précitée, l'octroi de la prestation inférieure est contraire à l'interdiction de l'article 4, paragraphe 1, de la directive, sauf s'il est des motifs qui excluent toute discrimination fondée sur le sexe.

A cet égard, la défenderesse relève que la protection de l'AAW est limitée au minimum social (l'assurance complémentaire pour les pertes supérieures au minimum étant régie par d'autres lois) sur la base du principe du manque à gagner.

Le droit à l'allocation dépend d'une diminution de revenus effectivement perçus. L'article 10, paragraphe 5, reflète le même principe et prévoit la base de calcul individuel lorsque les revenus gagnés en rémunération d'un travail à temps partiel étaient inférieurs au minimum social. S'il n'en était pas ainsi, un travailleur ayant perçu moins du minimum social recevrait une allocation calculée en fonction de ce minimum, voire supérieure aux revenus effectivement perçus. La défenderesse affirme qu'une disposition visant à protéger les assurés contre les diminutions de revenus et qui lie le montant de l'allocation au montant du revenu perdu poursuit un objectif important et étranger à la discrimination fondée sur le sexe.

Elle affirme qu'il est justifié, même au regard de la directive, de prévoir, dans le cadre d'une assurance d'incapacité de travail dont les prestations sont plafonnées au minimum social, des prestations réduites pour les travailleurs ayant perçu des revenus inférieurs au minimum social en raison d'un travail à temps partiel.

Les motifs qui ont amené le législateur à exclure de la règle de l'article 10, paragraphe 5, certaines catégories d'assurés (handicapés précoces, étudiants et autres) n'ont aucun lien avec la discrimination fondée sur le sexe. Par ailleurs, rien dans la directive n'entraîne l'obligation d'inclure dans les catégories exemptées des femmes ayant travaillé à temps partiel en raison de charges familiales (voir les attendus 41 et 42 de l'arrêt Bilka-Kaufhaus).

C'est pourquoi la défenderesse suggère à la Cour de répondre à la première question préjudicielle par l'affirmative.

Si, néanmoins, la Cour décidait d'y répondre par la négative, la défenderesse estime qu'il y aurait lieu de répondre à la seconde question préjudicielle par l'affirmative. Pour éviter une discrimination contre les hommes, il faudrait alors ne plus appliquer l'article 10, paragraphe 5, ni aux femmes, ni aux hommes.

Le *gouvernement néerlandais* expose que l'article 10, paragraphe 5, même s'il s'applique à un pourcentage nettement supérieur de femmes par rapport aux hommes, ne comporte pas nécessairement une discrimination si le système trouve une justification dans des motifs excluant toute discrimination fondée sur le sexe. A cet égard, le gouvernement renvoie à l'arrêt Teuling.

Le gouvernement néerlandais soutient que l'AAW est caractérisée par le principe du risque de perte de revenu et celui de la protection minimale. Le travailleur à temps plein qui se trouve dans une situation d'invalidité totale reçoit une allocation s'élevant à 70 % du salaire minimal, augmentée à 85 ou 100 % pour les travailleurs vivant avec leur conjoint ou ayant des enfants à charge (article 10 de l'AAW). Le montant de l'allocation n'est donc pas fonction du montant du revenu antérieurement perçu.

Conformément au principe de risque, le travailleur à temps partiel ne peut pas prétendre à la protection complète. Pour les mêmes motifs, le montant de l'allocation ne devrait pas être supérieur au revenu perçu et devrait, dans le cas d'un travailleur à temps partiel, être fonction du revenu inférieur effectivement perçu.

Pour le gouvernement néerlandais, la réglementation en cause trouve alors sa justification dans le principe du risque, qui n'a rien à voir avec la discrimination fondée sur le sexe. Le système d'allocation de l'AAW est, en conséquence, compatible avec l'article 4, paragraphe 1, de la directive.

Quant à la seconde question préjudicielle, le gouvernement néerlandais estime que les arrêts de la Cour dans les affaires FNV et Borrie Clarke fournissent les éléments nécessaires à une réponse. En effet, la Cour a dit pour droit qu'en cas d'infraction à l'article 4 de la directive les femmes ont le droit de se voir appliquer le même régime que les hommes, seul régime valable à défaut d'exécution de la directive. Selon le gouvernement néerlandais, seul le juge national est compétent pour apprécier les faits, interpréter le droit national et l'appliquer de façon appropriée.

La *Commission* analyse la première question en deux parties: premièrement, l'existence ou non d'une discrimination et, deuxièmement, le cas échéant, d'une justification objective de cette différence de traitement. Pour la Commission, le seul critère valable d'égalité de traitement des travailleurs à temps partiel consiste dans la règle du prorata, tant en ce qui concerne le revenu lui-même (ce critère découlant de l'alinéa 3 de l'article 119 du traité) qu'en ce qui concerne les prestations de sécurité sociale. Cela impliquerait que la prestation (ou la rémunération) soit fixée à un taux unique par unité ou période de travail presté. On ne saurait parler de discrimination dès lors qu'un travailleur ayant fourni moins de travail reçoit un revenu moindre, même si la plupart des travailleurs à temps partiel sont des femmes. La Commission s'appuie sur les arrêts de la Cour dans l'affaire Bilka-Kaufhaus et dans l'affaire 96/80, Jenkins/Kings-

gate (Rec. 1981, p. 911) et elle affirme que la même approche devrait être suivie dans le domaine de la sécurité sociale.

Attribuer la même allocation aux travailleurs à temps partiel et aux travailleurs à temps plein reviendrait à discriminer ces derniers en accordant une valeur moindre à leur travail. Seule la règle du prorata permet de garantir l'égalité de traitement. Il serait toutefois juste de prévoir une exception s'il apparaît que l'application de la règle a pour résultat que le travailleur à temps partiel frappé d'incapacité de travail perçoit une somme au-dessous du minimum social. Bien que la plupart des travailleurs à temps partiel soient des femmes, qui exercent ce type de travail en raison de leurs obligations familiales, la règle ne trouve pas son origine dans une attitude discriminatoire. On ne peut parler de discrimination que lorsqu'il existe un désavantage spécifique dont pâtissent les seuls travailleurs à temps partiel et imputable à l'employeur ou à l'institution compétente, comme dans les affaires Jenkins et Bilka-Kaufhaus.

Il découle de ce qui précède que le lien prévu à l'article 10, paragraphe 5, entre le revenu antérieurement perçu et l'allocation à accorder ne constitue pas en soi une infraction à la directive. Cependant, la règle édictée à l'article 10, paragraphe 5, constitue la seule exception au régime général qui est de ne pas prendre en compte le niveau de la rémunération antérieure. Cette différence constitue une discrimination à l'encontre d'une catégorie de travailleurs composée pour la plupart de femmes.

Il faudrait alors rechercher une justification objective pour échapper à l'article 4, paragraphe 1, de la directive. A cet égard, conformément à la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Teuling, il faut que trois conditions soient remplies:

1) la différence entre le montant des prestations doit correspondre à une réelle différence entre la situation du groupe défavorisé et celle du groupe avantagé;

2) la mesure sur laquelle se fonde cette différence doit être appropriée pour atteindre le but recherché, qui doit être prioritaire;

3) ladite mesure doit être nécessaire pour atteindre ce but.

Quant à la première condition, la Commission estime qu'elle n'est pas remplie puisqu'il est impossible de comparer les besoins des deux groupes de travailleurs. Les besoins des travailleurs à temps plein sont pris en compte (puisque le montant de l'allocation dépend de facteurs tels que l'état civil), mais ceux des travailleurs à temps partiel ne le sont pas. Dans ces conditions, la différence de traitement ne saurait pas trouver son origine dans une différence objective des situations des deux catégories de travailleurs.

La Commission estime que la deuxième condition n'est pas remplie non plus. Face à l'argument de la défenderesse selon lequel l'article 10, paragraphe 5, empêche qu'un travailleur puisse recevoir une prestation plus élevée que son revenu antérieur, la Commission pose la question de savoir si une telle considération peut prévaloir sur la règle d'égalité de traitement et souligne que l'article 10, paragraphe 5, ne s'applique pas aux autres groupes d'ayants droit dont les revenus étaient inférieurs au minimum.

La Commission voit mal pourquoi les besoins de ces groupes sont pris en compte pour le calcul tandis que ceux des travailleurs à temps partiel ne le sont pas.

Pour toutes ces raisons, la Commission propose à la Cour de répondre par la négative à la première question préjudicielle.

Quant à la seconde question, elle estime que si l'article 10, paragraphe 5, n'était pas conforme à la directive, le juge national devrait totalement s'abstenir de l'appliquer afin d'éviter une discrimination fondée sur le sexe à l'encontre des hommes. Les prestations payables aux travailleurs à temps partiel devraient être calculées en fonction du minimum social, tout comme celles payables aux travailleurs à plein temps, aussi longtemps que le législateur néerlandais n'aura pas pris les mesures appropriées. La Commission renvoie, à cet égard, à l'arrêt de la Cour dans l'affaire FNV. Elle propose, en conséquence, une réponse affirmative à la seconde question préjudicielle.

III — Réponses aux questions posées par la Cour

En réponse à la demande de la Cour, le gouvernement néerlandais a fourni un texte complet des dispositions législatives et réglementaires pertinentes.

Sir Gordon Slynn
Juge rapporteur