RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire 171/88 *

I — Les faits

1. *Cadre juridique*

Conformément à l'article 1er, paragraphe 1, première phrase, de la *Lohnfortzahlungsgesetz* (loi allemande du 27 juillet 1969, sur le maintien du salaire en cas de maladie, BGBl. I, p. 946), l'employeur doit maintenir au profit du travailleur qui, postérieurement à son entrée en service, se trouve empêché par suite d'inaptitude au travail, sans faute de sa part, d'accomplir son travail, le paiement de la rémunération pendant la période d'inaptitude au travail, jusqu'à une durée de six semaines. L'article 1er, paragraphe 3, point 2, de la *Lohnfortzahlungsgesetz* dispose que les travailleurs dont le contrat de travail prévoit une durée normale de travail n'excédant pas dix heures par semaine ou quarante-cinq heures par mois ne bénéficient pas du maintien du salaire en cas de maladie, prévu à l'article 1er, paragraphe 1, première phrase, de la loi. L'article 10, paragraphe 1, de la même loi prévoit que des employeurs qui n'emploient généralement pas plus de 20 travailleurs se voient rembourser par les caisses d'assurance maladie 80 % du coût du maintien du salaire.

La directive 75/117 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), énonce dans son article 1er que:

« Le principe de l'égalité des rémunération 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. »

Dans son article 3, il est prévu:

« Les États membres suppriment les discriminations entre les hommes et les femmes qui découlent de dispositions législatives, réglementaires ou administratives et qui sont contraires au principe de l'égalité des rémunérations. »

2. *Antécédents du litige au principal*

La demanderesse, Mme Rinner-Kühn, est employée depuis mai 1985 comme nettoyeuse par la défenderesse, qui exploite une entreprise de nettoyage de bâtiments. Son salaire horaire s'élève à 8,77 DM net, la durée normale hebdomadaire du travail étant de dix heures. Au cours de la période du 11 au 16 décembre 1987, la demanderesse s'est trouvée en incapacité de travail

* Langue de procédure: l'allemand.

pour cause de maladie. Elle a fait parvenir immédiatement à la défenderesse un certificat d'arrêt de travail correspondant à la période en question. Par lettre du 16 janvier 1988, elle a adressé à la défenderesse une demande de maintien du salaire en cas de maladie, portant sur huit heures et s'élevant au total à 70,16 DM. Par note du 19 janvier 1988, la défenderesse a refusé le paiement en invoquant l'horaire réduit de l'emploi de la demanderesse; elle estimait que la demanderesse n'avait pas droit, en vertu de l'article 1er, paragraphe 3, point 2, de la *Lohnfortzahlungsgesetz,* au maintien du salaire.

Par sa demande parvenue le 28 janvier 1988 à l'Arbeitsgericht Oldenburg, la demanderesse sollicite le maintien du salaire en cas de maladie pour un montant de 70,16 DM net, augmenté des intérêts au taux de 4 %. Elle voit dans l'exclusion du maintien obligatoire du salaire des travailleurs à temps réduit une discrimination à l'égard des femmes, ce au motif que, parmi les travailleurs à temps partiel ayant un emploi à temps réduit, la proportion de femmes serait excessivement élevée. Selon elle, cette discrimination serait interdite par l'article 119 CEE.

Par ordonnance du 5 mai 1988, l'Arbeitsgericht Oldenburg a soumis à la Cour, en application de l'article 177 du traité, la question suivante:

« Le fait, pour une disposition législative, d'exclure du principe du maintien de la rémunération par l'employeur en cas de maladie les travailleurs dont les contrats de travail prévoient une durée normale du travail n'excédant pas 10 heures de travail par semaine ou 45 heures par mois est-il compatible avec l'article 119 du traité CEE et avec la directive 75/117 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, bien que la proportion des travailleurs féminins subissant les effets défavorables de cette exclusion soit beaucoup plus élevée que celle des travailleurs masculins? »

3. *Considérations de la juridiction nationale*

De l'avis de la juridiction de renvoi, beaucoup d'éléments militent en faveur de la thèse selon laquelle l'exclusion, par disposition législative, des personnes faiblement occupées du maintien du salaire en cas de maladie comporte une discrimination de la femme sous forme de discrimination indirecte. En effet, l'occupation à temps partiel serait principalement une forme de l'activité professionnelle des femmes mariées, qui voient dans cette forme de durée du travail une chance de concilier la profession et la famille. Il existerait donc un lien étroit entre le travail à temps partiel et les tâches qui sont traditionnellement attribuées au sexe féminin.

La juridiction de renvoi ne voit pas les raisons matérielles qui pourraient justifier la discrimination en cause. En particulier, l'économie des frais liés au maintien du salaire ne pourrait servir d'argument et ne pourrait pas non plus être rattachée au critère de l'assujettissement ou du non-assujettissement à la sécurité sociale des faibles occupations.

II — Procédure

L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 22 juin 1988.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes, des observations écrites ont été déposées par le gouvernement danois représenté par M^me^ Wermuth, conseillère juridique, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Grunwald, membre de son service juridique, en qualité d'agent.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Par décision de la Cour du 23 novembre 1988, l'affaire a été renvoyée devant la sixième chambre.

III — Questions posées par la Cour

La *Cour* a posé les questions suivantes.

1) Le gouvernement allemand est invité à fournir à la Cour les raisons qui ont amené le législateur allemand à fixer à 10 heures de travail par semaine et à 45 heures par mois la limite de la durée du travail en deçà de laquelle est exclue l'obligation de l'employeur de maintenir la rémunération du salarié en cas de maladie.

2) La Commission est priée de fournir à la Cour le nombre, pour chaque État membre autre que l'Allemagne, des travailleurs masculins et féminins dont la durée normale de travail ne dépasse pas 10 heures par semaine (y inclus le pourcentage de l'ensemble des hommes et femmes salariés).

Le 5 janvier 1989, la *Commission* a répondu à la question posée par la Cour. La Commission a transmis à la Cour les tableaux statistiques 37, 38 et 51 de l'*Eurostat — Enquête sur les forces de travail*, 1987. Elle constate que dans sept États membres la catégorie des travailleurs dont la durée normale hebdomadaire de travail est de 10 heures ou moins se compose de beaucoup plus de femmes que d'hommes:

— 89 % de femmes en République fédérale d'Allemagne,

— 88 % de femmes en France,

— 86 % de femmes en Espagne,

— 85 % de femmes au Royaume-Uni,

— 83 % de femmes aux Pays-Bas,

— 62 % de femmes en Italie.

A ces pays devraient encore être ajoutés les quatre pays dont les chiffres sont peu fiables, en raison de la petitesse des échan-

tillons du fait d'un relatif petit nombre de travailleurs masculins concernés (Grèce, Irlande, Luxembourg et Portugal). Au Danemark seulement, les pourcentages respectifs se rapprochent sensiblement: la même catégorie se compose de 54 % de femmes.

Le 9 janvier 1985, le *gouvernement allemand* a répondu à la question posée par la Cour en ce sens que les travailleurs visés par la législation en cause ne présentaient pas vis-à-vis de l'entreprise un degré d'intégration et un lien de dépendance comparables à ceux d'autres travailleurs et que, par conséquent, les conditions n'étaient pas remplies pour la reconnaissance en leur faveur d'une obligation d'assistance incluant le maintien du salaire de la part de l'employeur. Par ailleurs, le fait que les travailleurs présentant une faible durée de travail ont été exclus du maintien du salaire correspondait aux dispositions antérieurement en vigueur.

IV — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

1. En premier lieu, la *Commission* souligne le fait que le maintien du salaire en cas de maladie constitue un avantage lié au travail payé par l'employeur au travailleur, au sens de l'article 119, alinéa 2. En effet, le paiement aurait lieu « en raison de l'emploi » étant donné que les conditions d'octroi et le montant du droit sont déterminés par le contenu du rapport d'emploi. A la différence d'un régime légal de pension de retraite, dont la finalité serait extérieure au rapport de travail, la disposition nationale en cause concernerait l'organisation du rapport d'emploi proprement dit et créerait sur la base de ce rapport des droits et obligations pour les parties contractantes. Il conviendrait, par ailleurs, de relever que la Cour aurait reconnu l'applicabilité de l'article 119 au service public à maintes reprises (voir les arrêts du 8 avril 1976, 43/75, Defrenne II, Rec. p. 455; du 9 juin 1982, 58/81, Commission/Luxembourg, Rec. p. 2175; du 21 mai 1985, 248/83, Commission/Allemagne, Rec. p. 1459), et de souligner que, dans la fonction publique, l'intégralité du rapport d'emploi pourrait même être réglée par la loi.

En second lieu, la Commission relève qu'en l'espèce on ne saurait parler que de discrimination indirecte à l'égard des travailleurs féminins, puisque l'exclusion en question s'applique de la même façon aux travailleurs masculins et féminins. En renvoyant aux statistiques publiées dans l'*Eurostat — Enquête sur les forces de travail, résultats de 1986*, elle conclut que la catégorie des travailleurs dont la durée normale du travail n'excède pas 10 heures par semaine se compose presque exclusivement de femmes.

Cette inégalité ne s'expliquerait pas par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. En effet, la Commission ne voit pas pourquoi il serait économiquement défendable et socialement nécessaire de faire bénéficier les travailleurs à temps plein du maintien du salaire pendant six semaines, tandis qu'on le refuserait aux travailleurs à temps réduit socialement moins favorisés. Une telle règle supprimerait la protection là où précisément elle serait la plus indiquée dans la pratique. De même, l'argument selon lequel l'obligation pour l'employeur de maintenir le salaire en cas de maladie découlerait de son devoir de sollicitude, lequel n'aurait pas de fondement dans le cas de travailleurs à temps réduit, ne serait pas davantage de nature à convaincre, étant donné que, pour la reconnaissance d'un devoir de sollicitude, le légis-

lateur devrait se laisser guider non seulement par la disponibilité de l'employeur à prêter sa sollicitude, mais aussi par le besoin de sollicitude du travailleur.

Enfin, la Commission estime qu'une réponse à la question préjudicielle étant possible sur la base de l'article 119, il serait inutile d'interpréter la directive 75/117 du Conseil du 10 février 1975, précitée. La Commission suggère, dès lors, à la Cour de répondre comme suite à la question préjudicielle:

« Une disposition législative qui, en cas de maladie d'un travailleur, oblige l'employeur au maintien de la rémunération, en excluant cependant les travailleurs dont la durée normale de travail n'excède pas 10 heures par semaine ou 45 heures par mois, est incompatible avec l'article 119 du traité CEE, si cette exclusion frappe une proportion beaucoup plus élevée de femmes que d'hommes. »

2. En revanche, le *gouvernement danois* met l'accent sur l'exigence d'une supériorité importante d'un sexe quant au point de savoir qui est concerné par une mesure prétendument indirectement discriminatoire. Il serait également nécessaire que la mesure ait cet effet dans à peu près tous les domaines et que la prétendue discrimination subsiste pendant plusieurs années dans les mêmes proportions approximativement. Du point de vue de la sécurité juridique, il serait impensable qu'une limitation fixe, générale et légale, inscrite dans une disposition de sécurité sociale et de droit du travail doive être considérée comme illégale dans un secteur, mais légale dans un autre. Il en irait de même si une telle mesure était illégale pendant une année et légale l'année suivante. A titre d'exemple, le gouvernement danois relève qu'au Danemark le nombre de femmes salariées travaillant moins de 10 heures par semaine représentait avant 1985 5 %, et 2,8 % pour les hommes. En 1986, la différence se serait réduite à 4 % de femmes et 3 % d'hommes.

Le gouvernement danois propose, par conséquent, une réponse affirmative à la question préjudicielle en l'espèce.

T. F. O'Higgins
Juge rapporteur