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

présentées le 27 avril 1994 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

La réglementation néerlandaise et les questions déférées à la Cour

1. La présente affaire soulève à nouveau des questions complexes concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Le Centrale Raad van Beroep pose à la Cour un certain nombre de questions relatives à la portée exacte des règles communautaires existant en la matière à propos des pensions de retraite des fonctionnaires néerlandais. La réponse à ces questions est nécessaire pour trancher un litige entre un fonctionnaire retraité (M. Beune) et l'Algemeen burgerlijk pensioenfonds (ci-après l'« ABP »), l'organisme public qui verse les pensions de retraite aux fonctionnaires et qui gère les fonds correspondants. M. Beune, qui est marié, prétend faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que l'ABP lui verse une pension inférieure à celle d'un fonctionnaire marié de sexe féminin, en raison des modalités selon lesquelles la législation néerlandaise organise le cumul d'une pension de fonctionnaire avec la pension de base de la sécurité sociale dont bénéficient tous les résidents néerlandais au titre de l'Algemene Ouderdomswet (loi portant régime général des pensions de vieillesse, ci-après l'« AOW »).

2. Nous commencerons par décrire la pension de base du régime général de sécurité sociale (due en application de l'AOW), car c'est le point qui est à l'origine du problème dont la Cour est saisie. Cette pension, que nous désignerons ci-après par les termes « pension AOW » ou « pension de base », est la pension de vieillesse à laquelle ont droit tous les résidents néerlandais (et aussi, dans certains cas, les non-résidents qui ont travaillé aux Pays-Bas). Elle est fixée par référence à ce qui est considéré comme un minimum social, son but étant de protéger tous les résidents âgés contre l'indigence. Elle peut être réclamée à partir de l'âge de 65 ans et elle est calculée sur la base d'une période d'assurance maximale de 50 ans.

3. L'AOW établit une distinction entre les personnes mariées et les célibataires. Dans le passé, elle établissait aussi une distinction entre les hommes mariés et les femmes mariées. En effet, jusqu'au 1er avril 1985, une femme mariée ne possédait aucun droit propre à la pension de base; elle était supposée

* Langue originale: l'anglais.

bénéficier de la pension versée à son conjoint à partir de l'âge de 65 ans, dont le montant était égal à 100 % du minimum social. Les célibataires ne recevaient, quant à eux, que 70 % de ce minimum social.

4. A partir du 1er avril 1985, la discrimination précitée à l'égard des femmes mariées a été supprimée dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 79/7/CEE du Conseil sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale [1]. Depuis cette date, tant les hommes mariés que les femmes mariées reçoivent 50 % du minimum social [2]. Les droits à pension des célibataires n'ont pas été modifiés et sont restés maintenus à 70 %.

5. Outre la pension AOW, les fonctionnaires ont droit à une pension spécifique en application de l'Algemene Burgerlijke Pensioenwet (loi portant régime général des pensions civiles, ci-après l'« ABPW »). Les droits à pension au titre de cette loi ne sont pas limités aux fonctionnaires stricto sensu, mais s'étendent à d'autres catégories de personnes, tels les salariés des établissements privés d'enseignement qui sont financés par des fonds publics; en résumé, l'ABPW est une loi qui s'applique à la plupart des personnes qui, d'une façon ou d'une autre, appartiennent au service public aux Pays-Bas. La pension ABPW est calculée sur la base de deux critères: la période d'emploi dans le service public et la rémunération que le fonctionnaire concerné a reçue pendant ses deux dernières années d'emploi. La pension maximale, acquise après quarante années de service, est égale à 70 % du dernier traitement ou salaire.

6. Cette pension est versée par l'ABP, partie appelante dans la procédure nationale. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'APB est un organisme de droit public qui gère les fonds utilisés pour verser les pensions de retraite. Bien que ces dernières soient déterminées par la loi, l'ABP dispose d'une large indépendance par rapport aux pouvoirs publics. Le régime de l'ABPW ressemble d'ailleurs, dans ses grandes lignes, aux régimes de retraite professionnels des salariés du secteur privé qui existent aux Pays-Bas, et qui sont gérés par des caisses de retraite privées opérant dans un cadre général réglé par la loi. Nous mentionnerons certaines caractéristiques particulières du régime de l'ABPW lorsque nous examinerons les questions posées par le Centrale Raad van Beroep.

7. Les difficultés de l'espèce ont pour origine la combinaison des pensions ABPW et AOW. Comme la pension ABPW s'établit à un niveau relativement élevé (jusqu'à 70 %

1 — JO 1979, L 6, p. 24.

2 — Une personne mariée dont le conjoint n'a pas encore atteint l'âge de 65 ans reçoit 70 % du minimum social et toutes les personnes qui ont droit à l'AOW reçoivent un supplément atteignant jusqu'à 30 % du minimum social si leur conjoint a moins de 65 ans. Toutefois, ces droits à pension supplémentaires ne semblent pas présenter d'intérêt en l'espèce.

du dernier salaire ou traitement), le législateur néerlandais a considéré qu'il n'y avait pas lieu de permettre aux fonctionnaires de bénéficier d'un cumul complet des deux types de pensions. Dans les années 50, il a pris des mesures pour restreindre ce cumul. Il a décidé que la partie de pension AOW correspondant à des périodes d'emploi dans le service public devait être « intégrée » (« ingebouwd ») dans la pension ABPW, ce qui signifiait que les montants correspondants étaient, en pratique, défalqués de cette seconde pension.

8. Toutefois, à cette époque, le cas des femmes mariées posait un problème pour l'application de cette règle d'intégration, car celles-ci ne recevaient pas de pension AOW sur la base d'un droit propre, mais bénéficiaient indirectement de la pension de leur conjoint. Le législateur néerlandais a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'intégrer entièrement cette pension, puisque les femmes mariées ne la recevaient pas réellement. Dans le cadre de la solution de compromis qui a été dégagée, une partie seulement de la pension AOW, reçue par le conjoint de la femme mariée fonctionnaire, était à intégrer dans la pension ABPW de cette dernière. Cette partie a été fixée à égalité avec la pension AOW versée aux célibataires, à savoir 70 % du minimum social. En conséquence, dans le cas des femmes mariées, la déduction opérée sur la pension ABPW en vertu de la règle d'intégration de la pension de base correspondait à 70 % de la déduction qui aurait été effectuée s'il s'était agi d'un homme.

9. La révision de 1985 de l'AOW, qui a éliminé la discrimination à l'égard des femmes mariées, a encore posé un problème pour l'intégration de la pension AOW dans le cas des fonctionnaires mariés de sexe féminin. Comme nous l'avons déjà indiqué, toutes les personnes mariées reçoivent 50 % du minimum social depuis le 1er avril 1985. Après un système provisoire, le législateur néerlandais a défini de nouvelles règles d'intégration, qui ont pris effet au 1er janvier 1986. Ces nouvelles règles ne suscitent pas de difficultés pour ce qui concerne les périodes d'emploi postérieures à cette date. Les pensions ABPW correspondant à ces périodes ne comportent plus de différences de traitement entre hommes mariés et femmes mariées — de même qu'il n'existe plus de différences pour leurs pensions AOW. Néanmoins, pour les périodes d'emploi antérieures à la date du 1er janvier 1986, l'ancien régime d'intégration a été maintenu, avec le système de la moindre réduction pour les femmes mariées: il semble que le législateur néerlandais ait souhaité protéger ainsi les attentes des femmes mariées ayant travaillé dans le service public avant 1986. Cela signifie que les femmes mariées qui étaient déjà fonctionnaires avant le 1er janvier 1986, et qui prennent leur retraite postérieurement à cette date, continuent à être avantagées du fait que, pour les périodes d'emploi dans le service public antérieures à 1986, l'intégration de la pension AOW est calculée sur la base du montant de la pension AOW versée aux célibataires (70 % du minimum social), et non sur la base de la pension AOW qui était versée à leur

conjoint (100 % du minimum social), et ce nonobstant le fait qu'elles reçoivent désormais une pleine pension AOW qui est exactement la même que celle que reçoivent les hommes mariés. Telle est la différence de traitement contestée en l'espèce. Les fonctionnaires mariés de sexe masculin ayant travaillé avant le 1er janvier 1986 sont soumis à une règle d'intégration à 100 % de la pension AOW pour les périodes d'emploi antérieures à cette date, au lieu de 70 % pour les fonctionnaires mariés de sexe féminin.

10. M. Beune, le défendeur au principal, a pris sa retraite en 1988, après avoir travaillé toute sa vie dans le service public. Il s'est vu octroyer une pension ABPW à laquelle s'appliquent les anciennes règles d'intégration. Dans son cas, l'intégration de la pension de base représente un maximum parce qu'il avait déjà travaillé pendant quarante ans dans l'administration publique avant 1986, en étant également assuré au titre de l'AOW pour ces quarante années. L'intégration — en d'autres termes la déduction opérée sur sa pension ABPW — représente 16 286,59 HFL par an. Dans le cas d'une femme mariée, la déduction ne serait que d'environ 11 300 HFL par an. M. Beune prétend faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe et il a introduit un recours devant l'Ambtenarengerecht (juridiction chargée du contentieux de la fonction publique) de La Haye, qui a rendu une décision en sa faveur sur la base de la directive 79/7 [3]. L'ABP a interjeté appel de cette décision devant le Centrale Raad van Beroep qui a déféré à la Cour les questions suivantes:

« 1) La notion de régime légal qui assure une protection contre le risque de vieillesse, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7/CEE doit-elle être comprise en ce sens qu'elle inclut un régime légal de pension destiné (en ordre principal) aux fonctionnaires, tel que celui-ci est prévu par l'ABPW (Algemene Burgerlijke Pensioenwet) Loi néerlandaise portant régime général des pensions civiles)?

2) Dans l'affirmative, le principe de l'égalité de traitement, inscrit à l'article 4, paragraphe 1, de la directive précitée doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un régime différent de cumul de la pension du régime général (AOW — Algemene Ouderdomswet — Loi néerlandaise portant régime général des pensions de vieillesse) et de la pension de fonctionnaire pour, d'une part, les (anciens) fonctionnaires mariés de sexe masculin et, d'autre part, les (anciens) fonctionnaires mariés de sexe féminin?

3) Pour le cas où les questions énoncées sous 1) et 2) appellent une réponse affirmative, à défaut de règles de droit national qui éliminent l'inégalité de traite-

3 — Précitée, note 1.

ment visée ci-dessus, l'ancien fonctionnaire marié de sexe masculin peut-il se fonder sur les dispositions de la directive 79/7/CEE pour exiger qu'en ce qui concerne son droit à une pension de fonctionnaire, il soit traité de la même manière qu'un fonctionnaire marié de sexe féminin qui, par ailleurs, se trouve dans la même situation?

4) L'effet du principe de l'égalité de traitement, visé dans la question énoncée sous 3), implique-t-il que l'inégalité dans les droits à pension entre fonctionnaires mariés de sexe masculin et fonctionnaires mariés de sexe féminin, dont il est question dans la présente procédure, soit éliminée à partir du 23 décembre 1984, même dans la mesure où le droit à pension se fonde sur des périodes (c'est-à-dire la période de service en qualité de fonctionnaire) antérieures à cette date?

Dans ce contexte, convient-il d'accorder encore de l'importance à un élément qui n'a pas été évoqué dans l'arrêt du 11 juillet 1991, Verholen e.a. (C-87/90, C-88/90 et C-89/90), dans l'arrêt du 8 mars 1988, Dik e.a. (80/87), et dans l'arrêt du 24 juin 1987, Borrie Clarke (384/85), à savoir que, dans le système de pension de l'ABPW, le financement s'effectue par voie de couverture en capital?

Pour le cas où la Cour répondrait par la négative à la question énoncée sous 1), le Centrale Raad van Beroep demande à la Cour de justice, en ne tenant pas compte des questions énoncées sous 2) à 4), de répondre aux questions énoncées ci-après.

5) La notion de rémunération inscrite à l'article 119 du traité CEE doit-elle être comprise en ce sens qu'elle vise également une pension de vieillesse destinée (en ordre principal) aux fonctionnaires, telle que celle prévue par l'ABPW néerlandaise?

6) Pour le cas où la question énoncée sous 5) appelle une réponse affirmative et qu'il convient de se fonder sur le principe selon lequel le régime différent pour les (anciens) fonctionnaires mariés de sexe masculin et de sexe féminin, en ce qui concerne le cumul de la pension du régime général (AOW) et de la pension de fonctionnaire, est contraire au principe de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, inscrit dans la disposition précitée du traité, le fonctionnaire marié de sexe masculin peut-il invoquer ce principe pour faire en sorte qu'en ce qui concerne son droit à pension, il soit traité de la même façon qu'un fonctionnaire marié de sexe féminin?

7) Peut-on trouver dans le droit communautaire des critères permettant, pour le

cas où les questions énoncées sous 5) et 6) appellent une réponse affirmative, de limiter les conséquences de la violation du droit communautaire, tant du point de vue de la date à partir de laquelle on peut faire valoir un droit à l'égalité de traitement que du point du vue des périodes au cours desquelles un droit à pension a été constitué?

Le fait que, dans le système de pension en question, le financement s'opère par voie de couverture en capital présente-t-il un intérêt aux fins de la réponse à cette dernière question? »

11. En substance, les questions posées par le Centrale Raad van Beroep sont les suivantes:

« 1) Eu égard au principe de l'égalité de traitement, quelles sont (le cas échéant) les règles de droit communautaire applicables à des pensions de vieillesse de fonctionnaires telles que celles servies en application de l'ABPW? Est-ce l'article 119 qui est applicable, ou la directive 79/7/CEE?

2) Les règles d'intégration, telles qu'elles sont appliquées en l'espèce, sont-elles incompatibles avec les règles applicables du droit communautaire?

3) Dans cette hypothèse, les règles du droit communautaire peuvent-elles être invoquées pour faire en sorte que les fonctionnaires mariés de sexe masculin, tel M. Beune, soient traités de la même façon que les fonctionnaires mariés de sexe féminin? Existe-t-il ou peut-il exister une limitation dans le temps de leurs effets? »

Le cadre normatif communautaire

12. La présente affaire pose, pour la première fois, la question de savoir si un régime de retraite destiné à des fonctionnaires, qui est organisé par la loi et qui, à première vue, ressemble beaucoup à un régime de retraite professionnel du secteur privé, doit être considéré comme relevant de la notion de « rémunération », définie à l'article 119 du traité CEE. Elle semble donc soulever à nouveau la question, souvent débattue, de l'application des règles d'égalité de traitement aux régimes de retraite professionnels. La Cour a déjà dit, dans l'arrêt Bilka, que les pensions versées par des régimes professionnels pouvaient, sous certaines conditions, être considérées comme une rémunération au sens de l'article 119 [4]. Elle l'a confirmé dans l'arrêt Barber, dans lequel elle a jugé que les régimes de retraite professionnels conventionnellement exclus, tels qu'ils existent au Royaume-Uni, relèvent de l'article 119 et que des âges différents de la retraite sont donc prohibés [5]. Néanmoins, la Cour a également estimé que, pour des raisons impé-

4 — Arrêt du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607).

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

rieuses de sécurité juridique, il était nécessaire de limiter dans le temps les effets de son arrêt [6]. Elle a décidé que l'article 119 ne pouvait pas être invoqué pour demander l'ouverture d'un droit à pension avec effet à une date antérieure à celle de l'arrêt (17 mai 1990), exception faite pour ceux qui avaient, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente. Cet aspect de sa décision n'étant pas pleinement explicité, la Cour a ultérieurement été saisie de questions concernant l'interprétation exacte de cette limitation. Elle a récemment jugé, dans l'affaire Ten Oever, que la limitation de l'arrêt Barber s'appliquait aussi au régime complémentaire en cause dans cette affaire et précisé que ladite limitation excluait (sauf pour ceux qui avaient déjà introduit une réclamation) toutes les prestations de retraite correspondant à des périodes d'emploi antérieures à la date de l'arrêt Barber [7].

13. L'arrêt Barber a eu un tel retentissement qu'il a été examiné lors des conférences intergouvernementales qui ont conduit au traité sur l'Union européenne. L'entrée en vigueur de ce traité a eu pour effet d'annexer au traité CE un nouveau protocole libellé comme suit:

« Aux fins de l'application de l'article 119, des prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable. »

Cet ajout à l'article 119 est entré en vigueur le 1er novembre 1993.

14. Pour être exhaustif, nous mentionnerons aussi le protocole sur la politique sociale, qui a également été annexé au traité CE en vertu du traité sur l'Union européenne et qui, quant à lui, contient en annexe l'« accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ». L'article 6 de cet accord, dont les paragraphes 1 et 2 reprennent largement l'article 119 du traité CEE, introduit une règle nouvelle à son paragraphe 3:

« Le présent article ne peut empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser les désavantages dans leur carrière professionnelle. »

6 — Ibidem, points 40 à 45 des motifs de l'arrêt.

7 — Arrêt du 6 octobre 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879, points 15 à 20).

Toutefois, personne n'a avancé l'idée que cette disposition était applicable au cas d'espèce.

15. Outre ces dispositions du traité, il convient de tenir compte de la directive 79/7 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale [8]. En vertu de son article 3, paragraphe 1, cette directive s'applique (notamment) aux régimes légaux qui assurent une protection contre le risque vieillesse, risque qui couvre évidemment les droits à pension. Son article 4, paragraphe 1, stipule l'absence, dans son domaine d'application, « de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement ... en ce qui concerne ... le calcul des prestations... » Elle aurait dû être transposée le 23 décembre 1984 au plus tard et on sait que la Cour a constamment jugé qu'« un État membre ne peut pas laisser subsister après le 22 décembre 1984 des inégalités de traitement dues au fait que les conditions exigées pour la naissance du droit à prestations sont antérieures à cette date » [9]. La Cour a également précisé que l'interdiction de discrimination inscrite à l'article 4, paragraphe 1, peut être invoquée par les particuliers devant les juridictions nationales pour écarter l'application de toute disposition nationale non conforme audit article [10].

16. Enfin, nous mentionnerons également la directive 86/378/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale [11], bien qu'elle ne soit pas évoquée par le Centrale Raad van Beroep, sans doute parce que le délai imparti pour sa transposition n'expirait que le 1er janvier 1993. Alors que la directive 79/7 s'applique aux régimes légaux de sécurité sociale, la directive 86/378 s'applique aux régimes appelés « régimes professionnels de sécurité sociale ». A première vue, l'association du terme « professionnel », visiblement au sens de « non réglé par la loi », et du terme « sécurité sociale » peut sembler étonnante, mais il est évident que les régimes de retraite professionnels constituent un exemple des régimes auxquels la directive 86/378 est destinée à s'appliquer. Cette directive définit les régimes professionnels de sécurité sociale comme étant:

« Les régimes non régis par la directive 79/7/CEE qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative » [12].

8 — Citée à la note 1.

9 — Voir arrêts du 24 juin 1987, Borrie Clarke (384/85, Rec. p. 2865, point 10 des motifs), du 8 mars 1988, Dik (80/87, Wethouders, Rec. p. 1601, point 9) et du 11 juillet 1991, Verholen e.a. (C-87/90, C-88/90 et C-89/90, Rec. p, I-3757, points 28 et 29).

10 — Voir affaire Borrie Clarke, précitée à la note 9, point 11, récemment confirmé dans arrêt du 24 février 1994, Roks e.a. (C-344/92, Rec. p. I- 571, point 18).

11 — JO 1986, L 225, p. 40.

12 — Article 2, paragraphe 1.

Ces régimes comprennent, comme dans le cas de la directive 79/7, les régimes qui assurent une protection contre le risque vieillesse, c'est-à-dire les régimes de retraite [13]. Là encore, toute discrimination fondée sur le sexe est prohibée, y compris dans le calcul des prestations. Les États membres auraient dû prendre les mesures nécessaires afin que les dispositions des régimes professionnels contraires au principe de l'égalité de traitement soient révisées au plus tard le 1er janvier 1993 [14]. Toutefois, il existe une dérogation générale à cette obligation, dérogation qui concerne les droits et les obligations afférents à une période d'affiliation à un régime professionnel antérieure à la révision de ce régime [15]. Une telle dérogation n'existe pas dans la directive 79/7, mais elle pourrait s'avérer utile pour le régime litigieux en l'espèce, point sur lequel nous reviendrons.

17. Tel est, très brièvement résumé, le cadre normatif communautaire. Dans la suite des présentes conclusions, nous examinerons d'abord la question de savoir quels sont, parmi ces règles et ces instruments, ceux qui s'appliquent au problème de l'intégration de la pension AOW dans la pension ABPW. Est-ce l'article 119 du traité qui est applicable, ou l'une des directives, ou éventuellement une conjugaison des deux? Ensuite, nous traiterons la question de savoir si le régime litigieux est contraire à l'interdiction de discrimination. Enfin, en cas de réponse affirmative à cette question, il conviendra d'examiner la question de savoir si M. Beune peut invoquer les règles communautaires applicables en la matière et s'il existe une quelconque limitation dans le temps de leurs effets.

Les règles applicables

18. Le premier point à examiner est le point de savoir si l'article 119 du traité s'applique à une pension de vieillesse telle que la pension ABPW. Dans le récent arrêt Moroni, la Cour a précisé, dans son examen du rapport entre la directive 86/378 et l'article 119, qu'il faut d'abord s'interroger sur l'existence éventuelle d'une infraction à cet article et que, dès lors qu'une telle infraction est établie, il n'est plus nécessaire de s'interroger sur l'existence éventuelle d'un conflit avec la directive qui, en tout état de cause, ne saurait limiter la portée des prescriptions de l'article 119 [16]. Ce raisonnement s'applique naturellement aussi au rapport entre la directive 79/7 et l'article 119.

19. La jurisprudence de la Cour fournit des indications générales sur les types de régimes de sécurité sociale qui sont à considérer

13 — Article 4.
14 — Article 8, paragraphe 1.
15 — Article 8, paragraphe 2.

16 — Arrêt du 14 décembre 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591, points 22 à 24).

comme relevant de la notion de « rémunération » au sens de l'article 119 et sur ceux qui n'en relèvent pas. Déjà, dans l'arrêt Defrenne, elle a indiqué:

« Si des avantages participant de la nature des prestations de sécurité sociale ne sont ... en principe, pas étrangers à la notion de rémunération, on ne saurait cependant inclure dans cette notion, telle qu'elle est délimitée à l'article 119, les régimes ou prestations de sécurité sociale, notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de l'approche professionnelle intéressée, obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs;

... En effet, ces régimes assurent aux travailleurs le bénéfice d'un système légal au financement duquel travailleurs, employeurs et éventuellement les pouvoirs publics contribuent dans une mesure qui est moins fonction du rapport d'emploi entre employeur et travailleur que de considérations de politique sociale » [17].

20. Alors que l'arrêt Defrenne I concernait une pension générale classique, organisée par l'État, les arrêts Bilka et Barber ont examiné la question de savoir si des régimes de retraite professionnels privés pouvaient être considérés comme faisant partie de la rémunération du travailleur. Dans l'arrêt Bilka, la Cour s'est attachée à la circonstance que le régime considéré, bien qu'adopté en conformité avec les dispositions pertinentes de la réglementation allemande, trouvait sa source dans un accord entre l'entreprise et son personnel et avait pour effet de compléter les prestations sociales du régime général, dues en vertu de la législation nationale, par des prestations dont le financement était uniquement supporté par l'employeur. La Cour a également retenu que le caractère contractuel par opposition à légal du régime était confirmé par la circonstance qu'il était considéré comme faisant partie intégrante des contrats de travail [18]. A partir de cette analyse, elle a conclu que le régime en question relevait du champ d'application de l'article 119.

21. Dans l'arrêt Barber, la Cour a développé un raisonnement similaire. Elle a souligné le fait que les régimes professionnels privés conventionnellement exclus, dont il s'agissait dans cette affaire, résultaient soit d'un accord entre les travailleurs et les employeurs, soit d'une décision unilatérale de ces derniers, et qu'ils étaient entièrement financés par l'employeur ou par l'employeur et les travailleurs sans que, en aucun cas, les pouvoirs publics participent au financement. En deuxième lieu, elle a relevé que de tels régimes n'étaient pas obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs et

17 — Arrêt du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445, points 7 et 8).

18 — Affaire Bilka, précitée à la note 4, points 20 et 21.

qu'ils ne concernaient, au contraire, que les travailleurs employés par certaines entreprises, de sorte que l'affiliation auxdits régimes résultait nécessairement de la relation de travail. Elle a ajouté que, en outre, même si ces régimes étaient établis en conformité avec la législation nationale, ils étaient régis par leurs propres règles. En troisième lieu, elle a estimé que la circonstance que les cotisations et prestations se substituaient en partie à celles du régime légal général ne pouvait exclure l'application de l'article 119, ayant conclu que la fonction économique desdits régimes était analogue à celle des régimes complémentaires existant dans certains États membres (comme celui de l'affaire Bilka) [19].

22. A partir de ces arrêts, il est possible d'établir une liste des facteurs qui ont été considérés comme pertinents pour répondre à la question examinée.

1) La mesure dans laquelle le régime considéré est réglé par la loi est un facteur qui a joué un rôle important. Le fait que les régimes professionnels privés fonctionnent dans un cadre législatif ne fait pas obstacle à l'application de l'article 119, dès lors qu'ils sont régis par leurs propres règles. Les prestations de sécurité sociale directement réglées par la loi semblent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 119.

2) L'existence d'un élément d'accord ou de concertation entre les employeurs et les travailleurs dans l'entreprise ou le secteur professionnel concerné, ou encore d'une décision unilatérale de l'employeur, a été retenue pour conclure à l'application de l'article 119 à un régime de retraite. La nature consensuelle d'un régime est confirmée, par exemple, par la circonstance que ce régime est considéré comme faisant partie intégrante du contrat de travail.

3) Le financement du régime est également un élément qui a été considéré comme pertinent. La circonstance qu'un régime est entièrement financé par l'employeur, ou par l'employeur et les travailleurs, plaide en faveur de l'application de l'article 119. Au contraire, la contribution des pouvoirs publics au financement d'un régime constitue une indication donnant à penser que ce régime s'inscrit dans une politique sociale générale.

4) Les régimes qui s'appliquent à des catégories générales de travailleurs ne relèvent pas de l'article 119. La notion de « catégories générales de travailleurs » appelle cependant une explication et sera examinée plus loin.

5) Si la fonction du régime considéré est de compléter des prestations générales de sécurité sociale, versées en application de

19 — Affaire Barber, précitée. Voir aussi arrêt du 17 février 1993, Commission/Belgique (C-173/91, (C-173/91, Rec. p. I-673).

la législation nationale, l'article 119 peut être applicable.

23. Ces critères ne sont pas tous aisément applicables à la pension ABPW dont il s'agit en l'espèce. Le caractère complémentaire du régime en cause est l'élément qui pose le moins de problèmes. La pension ABPW complète la pension AOW qui est la pension de sécurité sociale de base, financée par les pouvoirs publics, et, à cet égard, le régime de l'ABPW semble parfaitement comparable aux régimes de retraite professionnels privés existant au Pays-Bas dans divers secteurs professionnels autres que la fonction publique. Il est vrai que les pensions AOW et ABPW ne sont pas entièrement cumulables, puisque les règles d'intégration imposent d'opérer une déduction sur la pension ABPW. Néanmoins, cette circonstance semble dénuée de pertinence puisque la Cour a jugé, dans l'arrêt Barber, que les régimes conventionnellement exclus, qui se substituent entièrement au régime légal [20], ne sont pas étrangers de ce fait à la notion de rémunération.

24. Il est difficile de se prononcer sur la question de savoir si les fonctionnaires qui bénéficient de la pension ABPW constituent une « catégorie générale de travailleurs », la Cour ayant fourni peu d'indications permettant de déterminer le contenu de cette notion. Cette expression pourrait désigner des catégories définies dans certains régimes légaux de sécurité sociale, par exemple travailleurs manuels ou non manuels, travailleurs salariés ou indépendants, par opposition, par exemple, à des travailleurs employés dans un secteur particulier, qui ne seraient pas à considérer comme une catégorie générale. De fait, dans l'arrêt Barber, la Cour a relevé que les régimes dont il s'agissait:

« ... ne sont pas obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs. Au contraire, ils ne concernent que les travailleurs employés par certaines entreprises, de sorte que l'affiliation audit régime résulte nécessairement de la relation de travail avec un employeur donné » [21].

Bien que l'État ne soit naturellement pas une entreprise, on pourrait le considérer comme un employeur unique. De plus, il est certain que l'affiliation au régime de retraite de l'ABPW résulte obligatoirement de la relation d'emploi avec l'État ou d'un emploi dans le secteur public.

25. Les autres critères — à savoir le fondement légal du régime ou son caractère consensuel, ainsi que son financement — sont ceux qui semblent poser les problèmes les plus difficiles. Cela résulte en grande partie de la circonstance que le régime litigieux s'applique à des fonctionnaires, lesquels sont employés par l'État, qui est à la fois leur employeur et l'autorité qui décide la politi-

20 — Affaire Barber, précitée à la note 5, points 27 et 28.

21 — Ibidem, point 26.

que sociale générale, y compris la sécurité sociale. Il est donc nécessaire de déterminer en quelle qualité l'État agit dans le cadre de la pension ABPW.

26. A première vue, on pourrait penser que la nature légale de la pension ABPW fait obstacle à ce qu'elle soit considérée comme une rémunération. Contrairement aux régimes en cause dans les affaires Barber et Bilka, le régime qui nous intéresse en l'espèce n'est pas un régime professionnel privé opérant dans un cadre législatif général. En effet, le montant des prestations de retraite que reçoivent les fonctionnaires est directement réglé par la loi. Néanmoins, il nous paraît douteux que cela puisse en quoi que ce soit constituer un critère décisif. Comme l'ABP l'a souligné dans ses observations, l'ensemble de la rémunération reçue par les fonctionnaires est directement réglé par la loi aux Pays-Bas. Cela signifie-t-il que le principe de l'égalité de traitement inscrit à l'article 119 ne s'applique pas à la fonction publique néerlandaise — ou à la fonction publique en général? Tel n'est pas l'avis de la Cour. Déjà, dans l'arrêt Defrenne II, elle a jugé que l'article 119 s'appliquait:

« dans le cas d'une rémunération inégale de travailleurs masculins et de travailleurs féminins pour le même travail, accompli dans un même établissement ou service, *privé ou public* » [22].

27. De plus, on constate que, dans certains États membres, comme les Pays-Bas, la rémunération des fonctionnaires (y compris leurs retraites) est déterminée par la loi, alors que tel n'est pas le cas dans d'autres, comme le Royaume-Uni. Cette circonstance constitue, elle aussi, un élément incitant à penser que le caractère légal de cette rémunération ne doit pas constituer le critère décisif, conduisant à conclure à l'inapplicabilité de l'article 119. La rémunération des fonctionnaires est réglée, ou non, par la loi selon la façon dont la fonction publique est organisée dans un État membre. Or, l'article 109 de la Constitution néerlandaise prévoit que le statut des fonctionnaires doit être déterminé par la loi. Le fait que le traitement des fonctionnaire néerlandais est une rémunération au sens de l'article 119 a été confirmé par la Cour dans l'arrêt Liefting [23].

28. Pour ce qui concerne les droits à pension des fonctionnaires, la question essentielle semble donc porter, non pas sur le point de savoir s'ils sont réglés par la loi, mais sur le point de savoir si les pouvoirs publics, lorsqu'ils déterminent ces droits, agissent en leur qualité de responsable de la politique générale de la sécurité sociale de l'État ou, au contraire, en leur qualité d'employeur. Tel était aussi le point de vue de l'avocat général

22 — Arrêt du 8 avril 1976, Defrenne I (43/75, Rec. p. 455, point 22) souligné par nous.

23 — Liefting/Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam, 23/83, Rec. 1984, p. 3225.

Sir Gordon Slynn qui a déclaré, dans l'affaire Liefting, à propos des régimes de retraite des fonctionnaires néerlandais:

« Le fait qu'un régime est organisé par la loi n'est pas, à notre avis, l'élément concluant. La loi peut être utilisée à des fins différentes. Lorsqu'elle définit, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale, les droits et les obligations de tous les travailleurs ou ceux de groupes de travailleurs qui ne sont en aucune manière 'employés par' l'État, il ne fait aucun doute qu'elle est plutôt fondée sur 'des considérations de politique sociale' que sur un rapport d'emploi. D'un autre côté, si ce même procédé, la législation, permet d'adopter des règles concernant ceux qui sont 'employés par' l'État, ces dispositions peuvent être l'expression d'une politique sociale, mais elles peuvent également découler du rapport d'emploi et régir ce dernier. Il est exact que, dans ce dernier cas, les règles peuvent en même temps constituer le reflet des idées d'un État en matière de politique sociale, mais, à notre avis, cet élément ne peut pas leur enlever leur caractéristique essentielle de règles régissant les relations d'emploi. S'il en était autrement, les fonctionnaires ne pourraient se prévaloir du principe de l'égalité de rémunération pour un même travail inscrit à l'article 119 et rien dans cet article ni dans la jurisprudence de la Cour ne semble justifier un tel résultat. La question pertinente est donc de savoir si les dispositions prises l'ont été par l'État agissant essentiellement en qualité d'employeur » [24].

24 — Affaire Liefting e.a., précitée à la note 23, Rec. p. 3244.

29. Dans le cas de la pension ABPW, l'État agit bien, selon nous, en qualité d'employeur. L'une des indications en ce sens est fournie par l'élément de concertation ou de négociation collective qui semble faire partie du système de fixation de la pension ABPW et du système de gestion des fonds correspondants. Comme l'ont fait apparaître les réponses à l'une des questions écrites posées par la Cour — concernant le statut juridique de l'ABP et son mode de financement —, l'ABP est un organisme de droit public qui jouit d'une large indépendance par rapport aux autorités centrales et dont la composition est paritaire, les employeurs et les employés étant représentés de manière égale. De plus, selon les indications de l'ABP, si les retraites des fonctionnaires sont définies par la loi, aucune modification n'y est apportée, sauf par accord entre les employeurs et les employés et elles sont considérées comme faisant partie des conditions générales d'emploi. M. Beune conteste la portée et les effets de la concertation. Toutefois, il nous semble que, même en l'absence de concertation, les droits à pension continuent à pouvoir être qualifiés de rémunération, à condition que l'État agisse en sa qualité d'employeur lorsqu'il les définit unilatéralement.

30. Le niveau des prestations de retraite pourrait fournir une autre indication en faveur de l'idée que l'État agit en sa qualité d'employeur. Dans le cas de la pension ABPW, le maximum que peut recevoir un fonctionnaire, après une carrière complète dans la fonction publique, est de 70 % du salaire qui lui a été versé pendant les deux années qui ont précédé sa retraite. Cela semble constituer un prolongement assez généreux de son traitement, plutôt qu'une pension destinée à lui assurer une sécurité sociale de base. Nous rappellerons encore que les fonctionnaires bénéficient aussi de l'AOW,

qui assure, en tout état de cause, ce second type de pension. Les règles d'intégration litigieuses ont précisément été introduites en raison du fait que la combinaison de la pension AOW et de la pension ABPW conduisait parfois à ce que le fonctionnaire retraité reçoive une pension pouvant même être supérieure à son dernier salaire.

31. Enfin, il convient d'examiner le mode de financement de la pension ABPW. Selon la réponse très détaillée de l'ABP à la question écrite de la Cour, ce financement est presque entièrement assuré par des cotisations versées par les divers employeurs du secteur public qui emploient des personnels relevant du champ d'application de l'ABPW. Ces cotisations sont déterminées par la loi et fixées à un certain pourcentage du salaire. Les pourcentages sont régulièrement adaptés pour tenir compte du fait que l'ABP fonctionne sur le système de la capitalisation et doit disposer de fonds suffisants, sans être supérieurs à ce qui est nécessaire, pour assurer le paiement des pensions. Une partie des cotisations est déduite des salaires ou traitements versés aux fonctionnaires.

32. Nous voudrions également souligner que l'ABP dispose d'une large indépendance financière. Les cotisations que les divers employeurs du secteur public lui versent proviennent des budgets annuels de ces derniers, au titre de dépenses en rapport avec les rémunérations, et les prêts que l'ABP accorde aux autorités centrales font partie de la dette générale de l'État.

33. En conclusion, il ne nous semble guère faire de doute que la pension ABPW est organisée par l'État en sa qualité d'employeur, et non dans le cadre de sa politique sociale générale. La pension ABPW complète la pension de base de la sécurité de manière très similaire aux régimes professionnels existant aux Pays-Bas; elle est versée en raison de la relation d'emploi; il semble qu'il existe une concertation en ce qui concerne le niveau des prestations; enfin, la pension est financée par les cotisations versées par l'État en sa qualité d'employeur. Les règles relatives à l'intégration de la pension AOW dans la pension ABPW doivent donc obéir au principe de l'égalité de traitement inscrit à l'article 119 du traité CEE.

34. Avant d'abandonner ce point, nous voudrions néanmoins aborder la question de savoir si l'examen individuel des divers critères qui ont été énumérés représente la bonne méthode, ou si une approche plus directe est désormais possible. Une telle approche, si elle est reflétée dans la décision qui sera rendue en l'espèce, serait peut-être utile pour d'autres formes de régimes de retraite et pourrait renforcer la sécurité juridique dans ce domaine complexe et financièrement important.

35. Il nous semble que les divers critères que nous avons examinés ont pu être utiles lorsqu'il existait encore des difficultés, ou qu'il pouvait encore en surgir, pour distinguer et classifier différents types de régimes de retraite. Cela peut d'ailleurs expliquer pourquoi une importance différente a été accordée à des facteurs différents dans les affaires qui ont été tranchées à ce jour. On

peut se demander s'il est encore nécessaire de les prendre tous en considération. De plus, la présente affaire donne à penser que certains d'entre eux ne sont nullement décisifs. Par exemple, la circonstance que les règles du régime de retraite figurent dans une mesure étatique et que les cotisations de l'employeur proviennent de fonds publics n'est nullement importante en l'espèce puisqu'elle résulte simplement de la circonstance que les travailleurs concernés sont employés par l'État.

36. De même, ce qui semble important, c'est que l'employeur finance les prestations en raison de l'existence de la relation d'emploi, qu'il existe ou non une obligation légale en ce sens. Nous avons déjà indiqué que l'élément de concertation ne nous paraissait pas essentiel en l'espèce. Il est exact que la Cour a insisté sur l'opposition entre les régimes organisés par la loi et les régimes conventionnels, non seulement dans l'arrêt Defrenne I lui-même [25], mais aussi dans un arrêt aussi récent que l'arrêt Ten Oever [26]. Néanmoins, comme le Royaume-Uni l'a signalé, si la Cour a attaché de l'importance, dans cette affaire, au fait qu'une négociation collective avait eu lieu avant l'adoption du régime qui était en question, pareille circonstance n'a pas été considérée comme déterminante dans d'autres affaires. Elle n'a pas été considérée comme importante, par exemple, lorsque l'article 119 a été appliqué à la prestation qui était en cause dans l'affaire Rinner-Kühn, [27] ni à propos de l'indemnité de départ dans l'arrêt Barber lui-même [28]. En outre, si l'existence d'une négociation collective antérieure est retenue comme critère d'applicabilité de l'article 119, la question du degré de négociation collective nécessaire à son application et même du degré effectif de négociation collective susciteront presque inévitablement de grandes difficultés.

37. Le financement du régime appelle des considérations analogues. Là encore, il semble inutile de centrer trop étroitement le débat sur le mécanisme exact du financement. Comme le précise l'arrêt Barber, les prestations découlant de l'emploi constituent une rémunération, qu'elles soient directement versées par l'employeur ou par l'intermédiaire de tiers, tel un trust distinct de l'employeur en Angleterre, ou par une caisse distincte. En l'espèce, il existe une caisse distincte, ce qui rend la situation quelque peu similaire à celle de l'affaire Barber, comme l'a souligné le gouvernement néerlandais. Toutefois, qu'il existe ou non des fonds distincts, les prestations continuent de faire partie de la rémunération.

38. Le facteur qui est réellement décisif, à notre avis, est donc simplement le fait que le droit à pension du salarié trouve sa source dans la relation d'emploi et qu'il peut être considéré comme faisant partie de sa rémunération, quoique à titre différé. Après tout, telle est la raison logique de l'application de l'article 119 et la raison sous-jacente des décisions Bilka et Barber.

25 — Affaire Defrenne I, précitée à la note 22.
26 — Affaire Ten Oever, précitée à la note 7.
27 — Affaire Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743).
28 — Affaire Barber, précitée à la note 5.

39. L'adoption d'un critère direct tel que celui-ci présente un certain nombre d'avanta-

ges. Cette solution permet d'éviter les différences arbitraires qui pourraient apparaître, à défaut, entre différents types de régimes professionnels. Elle permet d'assimiler les régimes professionnels du secteur public et du secteur privé, ce qui semble souhaitable à une époque où la ligne de partage entre ces secteurs est de plus en plus floue. Enfin, elle évite le risque d'incertitudes juridiques et de litiges. Même si l'extension de l'article 119 à un éventail plus large de régimes professionnels est susceptible d'accroître les charges financières, les risques sont bien moindres depuis l'expiration du délai de transposition de la directive 86/378 et compte tenu de la possibilité de limiter dans le temps les demandes fondées sur l'article 119.

40. Si, comme nous l'avons soutenu, l'article 119 est applicable, s'ensuit-il que les directives 79/7 et 86/378 sont, par définition, dénuées de pertinence dans le cas de l'espèce? On ne saurait l'admettre aussi simplement. Il est certes constant, comme nous l'avons déjà indiqué [29], que ces directives ne peuvent pas limiter la portée de l'article 119 du traité. Néanmoins, il n'est pas exclu dans le principe qu'elles puissent contenir des dispositions imposant aux États membres des obligations supplémentaires en matière d'égalité de traitement, obligations qui pourraient s'appliquer à la pension ABPW et aux règles de cumul. Au surplus, l'effet des directives dans le temps peut être différent de celui de l'article 119 — nous pensons évidemment à la limitation dans le temps décidée par la Cour dans l'arrêt Barber, sur laquelle nous reviendrons [30].

41. Pour ce qui concerne la directive 79/7, on pourrait théoriquement envisager que certains régimes de sécurité sociale — et peut-être, en particulier, un régime tel que celui de la pension ABPW, qui est organisé par la loi mais qui s'applique uniquement aux fonctionnaires en raison de leur relation d'emploi — relèvent tant des règles de cette directive que de l'article 119. Il convient de se rappeller que la directive 79/7 s'applique, aux termes de son article 3, paragraphe 1, aux « régimes légaux ».

42. Nous avons cependant du mal à admettre une pareille accumulation de règles. D'une part, il ne semble pas que le Conseil ait eu l'intention, lors de l'adoption de la directive, d'inclure les régimes de sécurité sociale relevant également de l'article 119. En outre, dans la mesure où la Cour a donné une interprétation large de la notion de « rémunération » au sens de l'article 119, indiquant que cette notion couvrait aussi certains régimes de sécurité sociale, le rapport entre cette disposition et les directives 79/7 et 86/378 tend à susciter des questions juridiques ardues. Il semble donc préférable d'affirmer que la directive 79/7 est, par définition, inapplicable aux régimes de sécurité sociale relevant de l'article 119. Cela serait en accord avec la jurisprudence précédemment citée [31] concernant le rapport entre la sécurité sociale et l'article 119, dans laquelle la Cour s'efforce d'établir une distinction claire entre les régimes généraux de sécurité sociale et ceux qui s'inscrivent dans le cadre de la relation d'emploi. Nous pensons donc qu'il y a

29 — Voir point 18 des présentes conclusions.

30 — Voir points 51 et suiv.

31 — Voir points 19 et suiv. des présentes conclusions.

lieu de considérer que la directive 79/7 n'est applicable qu'aux régimes généraux de sécurité sociale qui sont « moins fonction du rapport d'emploi entre l'employeur et le travailleur que de considérations de politique sociale » [32].

43. En revanche, il est plus difficile de défendre le même point de vue pour ce qui concerne le rapport entre l'article 119 et la directive 86/378 relative aux régimes professionnels de sécurité sociale. Dans son préambule, cette directive mentionne explicitement l'article 119; elle ne s'applique qu'aux régimes qui ne relèvent pas de la directive 79/7 et elle vise spécifiquement la relation d'emploi [33]. En outre, les régimes professionnels dont la Cour a déclaré qu'ils relevaient de l'article 119, dans les arrêts Bilka, Barber et les arrêts postérieurs, sont des régimes qui peuvent aisément entrer dans le cadre des dispositions de la directive 86/378; d'ailleurs, la Cour a admis dans l'arrêt Barber lui-même que cette directive était susceptible de s'appliquer aux régimes qui étaient en cause [34]. Il serait donc erroné de soutenir que l'article 119 et la directive 86/378 s'excluent mutuellement.

44. Au surplus, il n'y a aucune raison de ne pas soumettre un régime tel que celui de l'ABPW aux règles de la directive 86/378. Il convient de garder à l'esprit que cette directive s'applique aux régimes « non régis par la directive 79/7/CEE », ce qui nous paraît être le cas du régime de retraite de l'ABPW. Il ne serait pas trop artificiel d'affirmer que ce régime, bien que réglé par la loi, est un régime

« ... qui (a) pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer... » [35].

L'État n'est naturellement pas une entreprise, de même que la fonction publique n'est pas une branche économique. Toutefois, la fonction publique pourrait certainement être considérée comme un secteur professionnel ou interprofessionnel. De son côté, le régime de retraite pourrait être considéré comme un régime complétant le régime légal de sécurité sociale de l'AOW.

45. Dans la suite des présentes conclusions, nous tenterons donc aussi de déterminer si les règles de la directive 86/378 comportent des obligations supplémentaires pour les États membres, allant au-delà de celles qui résultent de l'article 119, en ce qui concerne un régime de pensions de vieillesse tel que celui de l'ABPW.

32 — Voir note 17.

33 — Voir article 2, paragraphe 1, précité, point 16.

34 — Voir ci-après, point 51.

35 — Voir article 2, paragraphe 1, de la directive.

L'interdiction de discrimination

46. La question de savoir si les règles d'intégration litigieuses violent l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 119 ne devrait pas nous retenir longtemps. Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt Defrenne II:

« Parmi les discriminations directes, susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères fournis par l'article 119, il faut compter notamment celles qui ont leur source dans des dispositions de nature législative ... de telles discriminations étant décelables sur la base d'analyses purement juridiques » [36].

Cela s'applique manifestement à la discrimination entre hommes mariés et femmes mariées résultant de la différence entre les dispositions législatives applicables à l'intégration de la pension AOW dans la pension ABPW pour les périodes d'emploi dans la fonction publique antérieures au 1er janvier 1986. Le fait que seules les personnes mariées font l'objet d'une différence de traitement fondée sur le sexe n'affecte naturellement pas cette conclusion.

47. La Commission soulève la question de savoir si une telle différence de traitement peut être justifiée et cite la jurisprudence de la Cour en matière de justification de discriminations indirectes. La Cour a déjà précisé dans l'arrêt Bilka, à propos du cas d'une différence de traitement entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein alors que la majorité des travailleurs à temps partiel sont des femmes, que l'interdiction de discrimination ne s'applique pas si la différence de traitement « peut s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » [37]. Selon la Commission, une justification devrait également être possible dans les cas de discrimination directe. Ce point de vue est contesté par le Royaume-Uni.

48. Toutefois, il ne nous paraît pas nécessaire que la Cour dise si la Commission a raison sur ce point. Dans le cas des règles d'intégration applicables à la pension ABPW, aucune justification fondée sur des raisons étrangères à la discrimination ne nous semble possible. Le maintien des anciennes règles d'intégration, pour les prestations de retraite afférentes à des périodes d'emploi antérieures au 1er janvier 1986, semble avoir été décidé par le législateur néerlandais dans le but de protéger les « droits acquis » des fonctionnaires mariés de sexe féminin [38]. Cela ne saurait, selon nous, justifier la discrimination, puisque cela équivaudrait à justifier tous les cas de discrimination concernant des prestations de retraite afférentes à des périodes d'emploi antérieures à la suppression de la discrimina-

36 — Affaire Defrenne I, précitée à la note 22, point 21.

37 — Affaire Bilka, précitée à la note 4, point 30.

38 — Voir ci-dessus, point 9.

tion. En outre, il est évident que, en 1985, le législateur néerlandais aurait pu éviter toute discrimination sans affecter les « droits acquis » des femmes mariées: il aurait pu accorder les mêmes prestations aux hommes mariés.

49. L'ABP pourrait vouloir répondre à cela qu'il ne dispose pas des ressources requises pour augmenter les prestations destinées aux hommes mariés, puisqu'il fonctionne selon un système de financement par capitalisation. Toutefois, des considérations d'ordre budgétaire ne sauraient non plus justifier une discrimination. Comme la Cour l'a récemment déclaré dans l'affaire Roks:

« ... admettre que des considérations d'ordre budgétaire puissent justifier une différence de traitement entre hommes et femmes ... impliquerait que l'application et la portée d'une règle aussi fondamentale du droit communautaire que celle de l'égalité entre hommes et femmes puissent varier, dans le temps et dans l'espace, selon l'état des finances publiques des États membres » [39].

Pour le cas où l'ABP voudrait objecter que son budget est séparé du budget général de l'État, nous voudrions observer que, dans sa réponse à la question de la Cour, l'ABP a indiqué qu'il était entièrement financé par les cotisations des employeurs, sous réserve d'une seule exception: il reçoit des sommes provenant du budget de l'État pour compenser les coûts liés à la suppression des discriminations entre les veuves et les veufs.

50. Dans la mesure où nous sommes d'avis que la discrimination litigieuse tombe manifestement sous le coup de l'interdiction de l'article 119, il est inutile d'examiner l'effet de la directive 86/378, qui pourrait s'appliquer à des discriminations indirectes ne relevant pas de l'article 119. Il va sans dire qu'il y aurait lieu d'appliquer le même raisonnement si l'on considérait qu'un régime de retraite tel que celui de l'ABPW ne relève pas de l'article 119 du traité, mais de la directive 79/7.

Limitations éventuelles dans le temps

51. Ayant donc conclu que la pension ABPW est à considérer comme une variété de pension de retraite professionnelle directement régie par l'article 119 du traité, nous en venons à la question d'une éventuelle limitation dans le temps des effets de l'arrêt qui sera rendu en l'espèce. Dans l'arrêt Barber, qui concernait la différence d'âge de la retraite dans le cadre de régimes conventionnellement exclus, la Cour a abordé cette question de la manière suivante. Elle a d'abord évoqué la gravité des conséquences qui pourraient résulter de son arrêt. Elle a ensuite souligné que l'article 7, paragraphe 1,

39 — Affaire Roks, précitée à la note 10, point 36.

de la directive 79/7 avait autorisé les États membres à différer la mise en application obligatoire du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi de pensions de vieillesse et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations; elle a ajouté que cette exception avait été introduite dans l'article 9, sous a), de la directive 86/378, qui, selon les termes de l'arrêt, « est susceptible de s'appliquer à des régimes conventionnellement exclus tel que celui de l'espèce ». La Cour a estimé que, compte tenu de ces dispositions, les États membres et les milieux intéressés avaient pu raisonnablement estimer que l'article 119 ne s'appliquait pas à des pensions versées par des régimes conventionnellement exclus et que des exceptions au principe de l'égalité entre travailleurs masculins et travailleurs féminins continuaient d'être admises dans cette matière. Dans ces conditions, elle a retenu que « des considérations impérieuses de sécurité juridique s'opposent à ce que des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé soient remises en cause, alors que, dans un tel cas, l'équilibre financier de nombre de régimes de pensions conventionnellement exclus risquerait d'être rétroactivement bouleversé » [40]. Elle a donc dit pour droit que « l'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à celle du présent arrêt, d'un droit à pension, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable ». Dans les arrêts postérieurs à l'arrêt Barber qu'elle a rendus jusqu'à présent, la Cour a décidé la même limitation dans le temps pour d'autres régimes de retraite et précisé que cette limitation avait pour effet d'exclure les réclamations concernant des prestations dues au titre de périodes d'emploi antérieures à la date de l'arrêt Barber (c'est-à-dire le 17 mai 1990), sous réserve de l'exception prévue en faveur des personnes ayant introduit une action avant cette date: voir arrêts Ten Oever, Neath et Moroni [41].

52. Il est évident que, si cette limitation s'applique aussi à la pension ABPW, l'article 119 ne peut pas être invoqué contre la discrimination résultant des règles d'intégration litigieuses puisque cette discrimination concerne exclusivement des prestations de retraite afférentes à des périodes d'emploi antérieures au 1er janvier 1986. Néanmoins, dans le cas de M. Beune, il est inutile d'examiner cette question puisque celui-ci entre dans la catégorie des « travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable » [42]. En effet, même si la date précise à laquelle il a engagé une procédure n'est pas indiquée dans la décision de renvoi, on relève que l'Ambtenarengerecht de La Haye a statué sur sa demande le 28 février 1990 — soit environ trois mois avant l'arrêt Barber. Cela signifie qu'il est en droit de réclamer la même pension que les fonctionnaires mariés de sexe féminin, avec le taux le plus faible de déduction de la pension AOW, même si la limitation de l'arrêt Barber doit s'appliquer.

40 — Affaire Barber, précitée à la note 5, point 44.

41 — Voir arrêts Ten Oever, précité à la note 7, Moroni, précité à la note 16, et arrêt du 22 décembre 1993, Neath, 152/92.

42 — Affaire Barber, précitée à la note 5, point 45.

53. Néanmoins, à l'audience, la Commission a proposé, pour le cas où les demandes en cause seraient à considérer comme fondées sur l'article 119, de les limiter à la partie de la pension correspondant à des périodes d'emploi postérieures à l'arrêt Defrenne II (8 avril 1976), dans lequel la Cour a décidé pour la première fois que l'article 119 produisait un effet direct, tout en limitant les effets de son arrêt dans le temps [43]. Il sera plus commode d'examiner cette idée plus loin.

54. Bien que l'action de M. Beune ne semble pas soumise à la limitation de l'arrêt Barber, les parties au principal de même que le gouvernement néerlandais, le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission ont consacré un certain nombre d'arguments à la question de l'applicabilité de cette limitation à la pension ABPW et à sa portée. Cette question est expressément soulevée, en des termes généraux, par le Centrale Raad van Beroep. De plus, il est naturellement exact qu'elle continue à présenter de l'intérêt pour toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation que M. Beune, mais qui n'ont pas engagé une action en justice avant le 17 mai 1990. Il semble donc souhaitable de l'examiner.

55. Il y a lieu de dire que la limitation décidée dans l'arrêt Barber est exprimée en des termes qui semblent destinés à une application générale. La Cour a jugé que:

« L'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à celle du présent arrêt, d'un droit à pension »,

exception faite pour les personnes ayant antérieurement engagé une action [44]. Les arrêts rendus par la Cour dans les affaires postérieures à l'arrêt Barber et précisant la portée de la limitation sont également exprimés en termes généraux [45]. Il semblerait donc que cette limitation s'applique aussi à la pension ABPW, dans la mesure naturellement où celle-ci est qualifiée de pension versée dans le cadre d'un régime de retraite professionnel relevant de l'article 119.

56. La Commission exprime cependant des doutes quant à l'applicabilité de la limitation Barber au cas de l'espèce. Elle considère que les facteurs qui ont justifié une limitation dans le temps dans le cas de l'arrêt Barber et des arrêts postérieurs n'existent pas en l'espèce. On sait que, dans lesdits arrêts, la Cour a retenu que les exceptions prévues tant dans la directive 79/7 que dans la directive 86/378 en matière d'âge de la retraite et de prestations de conjoint survivant avaient pu conduire les caisses de retraite à penser

43 — Voir affaire Defrenne I, précitée à la note 22.

44 — Ci-dessus, point 51 des présentes conclusions.

45 — Ibidem.

que le principe de l'égalité de traitement ne s'appliquait pas. Il est vrai que ces exceptions n'interviennent pas en l'espèce.

57. En tout état de cause, la question essentielle est de savoir si le gouvernement néerlandais aurait dû présumer, avant l'arrêt Barber, que la pension ABPW relevait du champ d'application de l'article 119 du traité. Nous pensons qu'il convient de répondre par la négative. En premier lieu, c'est seulement l'arrêt Barber qui a fait apparaître toute la portée de l'article 119 en ce qui concerne les régimes de retraite professionnels. Nous pensons que, en 1985, au moment où les Pays-Bas ont modifié les règles concernant l'intégration de la pension AOW, le gouvernement néerlandais avait le droit de considérer que la pension ABPW n'était visée ni par l'interdiction de discrimination de l'article 119, ni par celle de la directive 79/7. Il faut garder à l'esprit, comme on l'a souligné à l'audience, qu'il n'existait, à cette époque, aucune jurisprudence relative à l'application de l'article 119 aux régimes professionnels. Il n'existait pas non plus de jurisprudence relative à l'interprétation de la directive 79/7, et notamment quant à la prohibition de toute discrimination en matière de versement des pensions depuis le 23 décembre 1984, même si une telle discrimination est liée aux effets de dispositions législatives antérieures. De plus, l'article 3, paragraphe 3, de la directive 79/7 donnait à penser que l'application du principe de l'égalité de traitement dans les régimes professionnels était un point qui attendait toujours une législation [46]. Naturellement, en 1986, la Cour a rendu l'arrêt Bilka; toutefois, peu de temps après cet arrêt, le Conseil a adopté la directive 86/378 dont l'article 8, paragraphe 2, contient une exception qui semble s'appliquer aux règles d'intégration régissant la pension ABPW [47]. En outre, il va sans dire que, à la suite de l'arrêt Barber lui-même et de la limitation dans le temps qu'il instaurait, le gouvernement néerlandais avait une raison supplémentaire de supposer qu'il n'était pas tenu de modifier les règles en question, la discrimination n'existant que pour les périodes d'emploi antérieures à la date de l'arrêt Barber, surtout si l'on tient compte de la manière large dont la Cour a limité les effets de son arrêt dans le temps.

58. Nous sommes donc amené à conclure qu'il existe aussi en l'espèce des considérations impérieuses de sécurité juridique qui exigent une limitation dans le temps. On pourrait naturellement soutenir que, comme l'origine de ces considérations n'est pas exactement la même que dans l'affaire Barber, il faudrait décider une nouvelle limitation dans le temps à partir de la date de l'arrêt qui sera rendu dans la présente affaire. Toutefois, cela ne nous semble pas opportun pour des raisons évidentes de cohérence et de clarté; nous ne pensons pas non plus que cette solution serait en accord avec la jurisprudence de la Cour. D'ailleurs, dans l'arrêt Ten Oever, la justification de la limitation dans le temps n'était pas exactement la même que dans l'arrêt Barber, puisque le premier concernait

46 — Voir affaire Verholen e.a., précitée à la note 9.

47 — Voir ci-dessus, point 16 et points 51 et suiv. des présentes conclusions.

des prestations de conjoint survivant et non une différence d'âge de la retraite [48]. Or, la Cour a appliqué la même limitation que dans l'arrêt Barber sans s'attacher du tout à une justification spécifique [49]. La jurisprudence postérieure à l'arrêt Barber ne contient pas non plus d'éléments susceptibles d'inciter à penser que la limitation dans le temps est réservée aux discriminations résultant de différences dans l'âge de la retraite ou dans les pensions de reversion.

59. D'un point de vue pratique, la réponse à cette question n'affecte pas la discrimination litigieuse en l'espèce pour ce qui concerne les périodes d'emploi pertinentes, puisque toutes ces périodes se situent, en tout état de cause, avant le 17 mai 1990 (arrêt Barber) et avant la date de l'arrêt qui interviendra en l'espèce (même si elle peut éventuellement affecter les demandes introduites entre ces deux dates). Toutefois, il est également souhaitable d'envisager ce qui adviendrait dans d'autres affaires concernant des régimes professionnels, au cas où l'on conclurait à la nécessité d'une nouvelle limitation dans le temps dans toutes les hypothèses ne relevant pas des justifications de la jurisprudence Barber et de la jurisprudence ultérieure, tout en relevant d'autres justifications. Paradoxalement, on aboutirait, dans tous ces autres cas, à ce que l'égalité de traitement ne soit obligatoire que pour les périodes d'emploi postérieures à la date des futurs arrêts. Cela nous semble un sursis trop généreux à l'application du principe de l'égalité de traitement.

60. Dans la mesure où il y a lieu, selon nous, de conclure que la limitation dans le temps décidée dans l'arrêt Barber s'applique en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet du protocole concernant l'article 119, annexé au traité CE par le traité sur l'Union européenne. Comme nous l'avons précédemment mentionné [50], ce protocole prévoit, à titre général, que les prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne sont pas à considérer comme une rémunération au sens de l'article 119 si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées à des périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990 (date de l'arrêt Barber). Selon l'opinion de l'avocat M. général Van Gerven, cette disposition est à interpréter comme étant simplement une « définition déclaratoire de la portée donnée à l'article 119 et à la jurisprudence de la Cour » [51]. Telle est d'ailleurs l'approche qui respecte le plus pleinement l« 'acquis communautaire » que le traité sur l'Union européenne se propose de maintenir et de développer [52]. Comme nous l'avons indiqué, il n'est cependant pas nécessaire d'examiner l'effet du protocole en l'espèce en raison, d'abord, de la circonstance que M. Beune a engagé une action en justice

48 — Affaire Ten Oeuver, précitée à la note 7. Il est vrai que la différence entre l'affaire Barber et l'affaire Ten Oever est plus limitée que la différence entre l'affaire Barber et la présente affaire dans la mesure où les deux premières concernaient une discrimination en rapport avec les exceptions prévues dans les directives 79/7 et 86/378.

49 — Sur ce point, la Cour n'a pas suivi l'avocat général M. Van Gerven qui avait pris position en faveur d'une nouvelle limitation dans le temps à partir de la date de l'arrêt qui serait rendu dans cette affaire: voir point 51 des conclusions.

50 — Voir point 13 des présentes conclusions.

51 — Conclusions du 28 avril 1993 dans l'affaire Ten Oever, précitée à la note 7, point 23.

52 — Article B du traité sur l'Union européenne. Toutefois, il résulte de l'article L que la Cour n'est pas compétente pour connaître de cette disposition.

avant la date de l'arrêt Barber et parce que, en tout état de cause, la même limitation dans le temps s'applique, selon nous, à la pension ABPW qui fait partie de la rémunération des fonctionnaires néerlandais au sens de l'article 119.

61. Nous en venons à la question de savoir si la directive 86/378 ajoute quelque chose à la portée de l'interdiction de discrimination dans le temps. Cette question n'entre pas en ligne de compte pour M. Beune, mais pourrait être pertinente pour d'autres fonctionnaires néerlandais qui n'ont pas encore engagé une procédure et qui sont donc, selon nous, soumis à la limitation de l'arrêt Barber, ce qui signifie, en pratique, qu'ils ne peuvent pas invoquer l'article 119 contre la discrimination résultant des règles d'intégration de la pension de base. La directive 86/378 devait être intégralement transposée au 1er janvier 1993. Cela signifie-t-il que, depuis cette date — comme dans le cas de la directive 79/7 [53] — toute discrimination en matière de versement de prestations est prohibée même lorsqu'il s'agit de prestations afférentes à des périodes d'emploi antérieures au 1er janvier 1986? La réponse à cette question, pour autant qu'elle intéresse la pension ABPW, dépend de l'interprétation qu'il convient de donner de l'article 8, paragraphe 2, de la directive, déjà cité, qui stipule:

« La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations afférents à une période d'affiliation à un régime professionnel antérieure à la révision de ce régime demeurent régis par les dispositions de ce régime en vigueur au cours de cette période. »

A première vue, cette dérogation s'applique manifestement au cas des règles d'intégration de la pension de base dans la pension ABPW: la révision de ces règles, dans le sens de l'établissement d'une égalité de traitement, ne s'étend pas aux droits à pension afférents à des périodes d'affiliation antérieures; ces droits restent régis par les anciennes dispositions.

62. Toutefois, la Commission argue que cette dérogation ne s'applique pas aux règles d'intégration litigieuses pour ce qui concerne les périodes d'emploi antérieures au 1er janvier 1986, car leur révision a eu lieu avant l'adoption de la directive 86/378. Nous ne pouvons pas être d'accord avec cet argument. Il revient à dire qu'un État membre qui a adapté sa législation au principe de l'égalité de traitement avant l'adoption de la directive ne pourrait pas se prévaloir de l'exception prévue par cette dernière, alors que d'autres États membres, qui n'ont réalisé l'égalité de traitement que lorsque la directive les a

53 — Voir point 15 ci-dessus.

obligés à le faire, seraient en droit de maintenir des exceptions pour les droits et obligations afférents à des périodes d'emploi antérieures. Selon nous, cela ne saurait être juste. De plus, la directive n'indique nullement que la révision visée à l'article 8, paragraphe 2, doit nécessairement être la révision qui résulte de la mise en œuvre de la directive elle-même. Il faut également garder à l'esprit la règle générale selon laquelle un État membre n'est tenu de prendre aucune mesure si sa législation nationale est conforme aux règles d'une directive, avant même que celle-ci ne soit adoptée [54]. Tel semble être précisément le cas des Pays-Bas pour ce qui est de la dérogation prévue à l'article 8, paragraphe 2, en ce qui concerne les règles d'intégration de la pension ABPW.

63. Nous sommes donc d'avis que, pour autant que la directive 86/378 soit applicable au régime de l'ABPW, la dérogation prévue à l'article 8, paragraphe 2, fait obstacle à ce que des fonctionnaires mariés de sexe masculin puissent se prévaloir de l'incompatibilité de la discrimination affectant des périodes d'emploi antérieures au 1er janvier 1986 (qui sont les seules périodes litigieuses dans le cas de ce régime) avec cette directive, pour des prestations de retraite servies après le 1er janvier 1993. Il s'ensuit que la discrimination résultant des dispositions néerlandaises litigieuses en l'espèce ne peut pas être contestée sur la base de la directive 86/378.

64. Il convient ensuite de s'interroger sur la question d'une éventuelle limitation dans le temps, pour le cas où la Cour déciderait que le régime de pension de l'ABPW ne relève pas de l'article 119, mais de la directive 79/7. L'ABP et le gouvernement néerlandais soutiennent que, compte tenu du fait que l'ABP fonctionne sur un système de capitalisation, la Cour devrait décider, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que l'interdiction de discrimination ne peut être invoquée que pour des prestations de retraite afférentes à des périodes d'emploi postérieures à la date à laquelle la directive devait être transposée, à savoir le 23 décembre 1984. Ils ne semblent pas y voir une limitation dans le temps des effets de l'arrêt qui sera rendu, mais une interprétation générale de la portée de la directive 79/7. Toutefois, pareille interprétation serait contraire à la jurisprudence existante et bien établie selon laquelle la directive 79/7 interdit toute discrimination dans le versement de prestations après cette date, même si elle résulte de dispositions antérieures [55]. Certes, la capitalisation est un élément qui peut fournir une certaine justification en faveur d'un tel point de vue. Néanmoins, nous ne pouvons l'admettre: cette thèse impliquerait de distinguer à l'avenir, contrairement à la jurisprudence existante, entre les régimes d'assurance vieillesse qui sont financés par capitalisation et ceux qui ne le sont pas. Dans le cas des premiers, l'application du principe de l'égalité de traitement en

54 — Voir arrêt du 23 mai 1985, Commission/Allemagne (29/84, Rec. p. 1661, point 23).

55 — Voir point 15 des présentes conclusions.

vertu de la directive 79/7 serait différée pour la partie de la pension afférente à des périodes d'emploi antérieures au 23 décembre 1984. Cela ajouterait une incertitude supplémentaire quant à la portée des règles d'égalité de traitement du droit communautaire et il est probable que des questions difficiles se poseraient s'agissant de préciser les régimes de retraite relevant de cette nouvelle approche et les autres.

65. Il se peut cependant que l'argument de l'ABP et du gouvernement néerlandais s'appuie essentiellement sur le fait que ceux-ci ne pouvaient pas prévoir que la directive 79/7 régissait aussi le régime de l'ABPW et que des considérations impérieuses de sécurité juridique justifient une nouvelle limitation dans le temps, et plus précisément sur l'idée que, même si la directive confère un droit à l'égalité de traitement pour des périodes d'emploi antérieures, ce droit ne peut être invoqué, dans le cas d'un régime tel que celui de l'ABPW, que par ceux qui avaient déjà introduit une action en justice. Ce point de vue est conforté par la circonstance que, en 1985, lorsque le législateur néerlandais a modifié les règles de cumul des pensions, le rapport entre les règles pertinentes du droit communautaire et le régime litigieux n'était nullement clair, ainsi que nous l'avons montré [56]. Ces considérations sont justifiées, quelle que soit la qualification que retiendra la Cour pour le régime. La sécurité juridique semble donc encore être en jeu. Cette circonstance, associée aux conséquences financières qu'entraînerait une pleine rétroactivité de l'égalité de traitement pour l'ABP, justifierait une nouvelle limitation dans le temps.

66. Nous revenons enfin à la question de savoir si une action telle que celle de M. Beune doit être limitée, comme le suggère la Commission, à la partie de la pension qui correspond à des périodes d'emploi postérieures à la date de l'arrêt Defrenne II (8 avril 1976). Cette idée peut paraître surprenante à première vue puisque la discrimination dont se plaint M. Beune n'a commencé qu'en 1988, lorsqu'il a commencé à recevoir sa pension. Il nous semble néanmoins que la Commission a raison. Le fondement même de la réclamation de M. Beune sur la base de l'article 119 réside dans le caractère de rémunération différée de sa pension et, contrairement au cas de l'affaire Barber, sa réclamation concerne des périodes spécifiques d'une période d'emploi passée. Il serait illogique d'admettre que des demandes portant sur une rémunération différée puissent indéfiniment reculer dans le passé (et même éventuellement jusqu'à une date antérieure à l'entrée en vigueur du traité), alors que des demandes concernant une rémunération non différée ont été limitées à la date de l'arrêt ayant conféré un effet direct à l'article 119. Certes, les conséquences financières possibles, qui ont influencé la Cour dans l'arrêt Defrenne II, interviennent beaucoup moins en l'espèce. Au surplus, cette limitation dans le temps introduit une distinction entre les demandes en matière de pensions de retraite selon qu'elles sont directement fondées sur des périodes d'emploi ou non, ce qui peut apparaître comme une complication regrettable. Néanmoins, dès lors que l'on considère que les pensions de vieillesse relèvent de

56 — Voir point 57 ci-dessus.

l'article 119, la logique même impose, selon nous, d'appliquer aux demandes fondées sur des périodes d'emploi spécifiques des limitations correspondant à celles appliquées aux autres demandes tendant à obtenir une égalité de rémunération.

Conclusion

67. Nous sommes donc d'avis qu'il y a lieu de répondre comme suit aux questions déférées par la juridiction nationale, en adoptant la formule générale qui, comme nous l'avons indiqué, devrait être utile dans d'autres cas et qui consiste à considérer comme une rémunération les prestations servies par un régime de retraite autre qu'un régime général de sécurité sociale, dès lors que le droit du salarié auxdites prestations résulte de la relation d'emploi:

« 1) Les prestations versées dans le cadre d'un régime de retraite destiné à des fonctionnaires et autres agents du secteur public doivent être considérées comme une rémunération au sens de l'article 119 du traité CEE si le droit aux prestations du salarié résulte de la relation d'emploi.

2) L'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué pour demander l'ouverture d'un droit à de telles prestations au titre d'une période d'emploi antérieure à la date de l'arrêt Barber (17 mai 1990), exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable.

3) Dans le cas où une demande concernant de telles prestations peut être rattachée à une période d'emploi antérieure à la date de l'arrêt Barber, l'effet direct de l'article 119 ne peut pas être invoqué pour des prestations dues au titre d'une période d'emploi antérieure à la date de l'arrêt Defrenne II (8 avril 1976). »