# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. WALTER VAN GERVEN

présentées le 15 juillet 1993 *

*Monsieur le Président,*
*Messieurs les Juges,*

1. La présente affaire a pour objet une demande adressée à la Cour par la Court of Appeal d'Angleterre et du Pays de Galles en vue de l'obtention d'une décision préjudicielle sur l'interprétation de l'article 119 du traité CEE. Les questions déférées à la Cour se sont posées dans le cadre d'un litige opposant la société Birds Eye Wall's Limited (ci-après « Birds »), partie appelante au principal, à M^me^ Roberts, partie intimée au principal.

## Faits et procédure

2. M^me^ Roberts, qui est née le 13 juin 1930, est entrée en service de Birds, une filiale du groupe Unilever, le 16 février 1970. Pour des raisons de santé, elle a pris sa retraite le 14 août 1987, à l'âge de 57 ans et deux mois.

Résumons sa situation en matière de pension de la manière suivante. Depuis le jour de son soixantième anniversaire, c'est-à-dire depuis le 13 juin 1990, elle a droit à une *pension légale*. L'âge d'ouverture du droit à cette pension légale est fixé à 60 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes. Outre cette pension légale, elle a droit à des prestations au titre d'*un régime de pension d'entreprise propre à Unilever*[1]. Au moment des faits, l'âge d'ouverture des droits à cette pension d'entreprise était également de 60 ans pour les femmes et de 65 ans pour les hommes[2]. Il est apparu à l'audience qu'il a été adapté entretemps et que désormais les hommes et les femmes peuvent prendre leur retraite aux mêmes conditions entre leur soixantième et soixante-cinquième anniversaire.

3. En plus de la pension légale et de la pension d'entreprise du régime d'Unilever, M^me^ Roberts a également droit à une *pension complémentaire* entièrement financée par Birds qui est destinée aux travailleurs qui doivent quitter l'entreprise pour des raisons de santé avant d'avoir atteint l'âge d'ouverture des droits à pension. Cette pension complémentaire a tout d'abord pour but de garantir à ces travailleurs le même montant de pension que celui auquel auront droit leurs collègues qui sont en mesure de continuer à travailler jusqu'à l'âge d'ouverture des droits à pension. Elle vise également à assurer que les travailleurs de sexe masculin et de sexe féminin perçoivent un

* Langue originale: le néerlandais.

1 — Il s'agit d'une pension d'entreprise du type dit « contributory contracted-out » (« contributif conventionnellement exclu »). Ces pensions d'entreprise dites « contracted-out » ont pour caractéristique qu'elles remplacent partiellement la pension légale, du moins pour les travailleurs affiliés à ce régime. Cf. arrêt du 3 décembre 1987, affaire 192/85, Newstead, Rec. 1987, p. 4753, point 3. Lorsqu'on dit qu'il s'agit d'un régime « contributory » (« contributif »), cela signifie que les travailleurs cofinancent le régime par des cotisations.

2 — Il apparaît néanmoins du dossier que déjà avant d'avoir atteint l'âge d'ouverture des droits à pension, M^me^ Roberts a perçu des prestations au titre du régime de pension d'Unilever. Les conditions auxquelles ces avantages ont été octroyés ne sont pas tout à fait claires mais elles ne font de toute façon pas partie de la matière du litige (cf. le point 8 plus bas).

montant total identique de pension (pension d'entreprise plus pension légale).

Bien qu'à strictement parler, les travailleurs concernés ne peuvent faire valoir aucun droit à cette pension complémentaire, au financement de laquelle ils ne participent d'ailleurs pas, elle leur est en pratique systématiquement octroyée. Pour le surplus, aucune des parties litigantes ne conteste que la pension complémentaire soit une « rémunération » au sens de l'article 119 du traité CEE (cf. le point 11 plus bas).

4. Pour déterminer le montant de la pension complémentaire, Birds calcule tout d'abord pour chaque bénéficiaire une « pension de retraite brute » (« Gross Retirement Pension »; ci-après « GRP »). Pour effectuer ce calcul, Birds se base sur le dernier salaire des travailleurs concernés et sur l'ancienneté qu'ils auraient acquise s'ils étaient restés en service jusqu'à l'âge normal du départ à la retraite. Par le biais de la GRP, qui évidemment n'existe qu'en théorie, Birds détermine ainsi à quel montant global de pension les travailleurs qui ont dû quitter l'entreprise pour des raisons de santé auraient eu droit s'ils avaient pu continuer à travailler normalement.

En procédant de la sorte, Birds veille à ce que la GRP à prendre en considération se situe à un niveau identique pour les hommes et pour les femmes. Lorsque, pour une raison ou pour une autre, le montant de la GRP d'un (ou d'une) bénéficiaire déterminé(e) obtenu au terme de ce calcul s'avère inférieur au montant auquel un collègue comparable — réel ou hypothétique — de l'autre sexe aurait eu droit, il est alors majoré jusqu'à ce qu'il atteigne le même niveau [3].

5. Une fois que la GRP a été calculée, Birds verse à titre de pension complémentaire cette partie de la GRP à laquelle le bénéficiaire ne peut pas déjà prétendre au titre d'autres régimes de pension. Aux travailleurs qui doivent quitter l'entreprise pour des raisons de santé, Birds verse donc la différence entre, d'une part, leur GRP et, d'autre part, les pensions qu'ils peuvent obtenir de la part des pouvoirs publics et/ou Unilever.

6. Les effets qui résultent concrètement de l'application de ce principe diffèrent cependant en fonction du sexe du ou de la bénéficiaire. Pour y voir clair, il convient de distinguer trois périodes dans le déroulement complet de la pension, c'est-à-dire entre le moment du départ à la retraite pour raison de santé et le moment du décès.

*Première période: depuis leur départ de l'entreprise jusqu'à leur soixantième anniversaire,* ni les hommes ni les femmes n'ont droit à une pension légale. Les avantages financiers qu'ils perçoivent éventuellement au titre du régime de pension Unilever [4] peuvent varier en fonction du sexe du ou de la bénéficiaire. La pension complémentaire versée par Birds compense cependant cette différence de sorte qu'en fin de compte, les travailleurs retraités reçoivent tous un montant identique de pension (d'entreprise), qu'ils soient de sexe masculin ou qu'ils soient de sexe féminin.

3 — Une telle adaptation a eu lieu lors de la détermination de la GRP de M^me^ Roberts. Lorsqu'il est apparu que sa GRP s'élevait à 1295 £ par an alors que celle d'un collègue masculin se trouvant dans une situation comparable se serait élevée à 1302 £, Birds a majoré la GRP de M^me^ Roberts jusqu'à ce qu'elle atteigne 1302 £.

4 — Cf. la note 2 plus haut.

*Deuxième période: entre le soixantième et le soixante-cinquième anniversaire*, les femmes ont déjà droit à une pension légale mais pas les hommes. Birds diminue alors le montant de la pension complémentaire qu'elle verse aux anciennes travailleuses à concurrence du montant de la pension légale qu'elles perçoivent, tandis que les pensionnés de sexe masculin continuent à percevoir la pension complémentaire dont ils bénéficiaient déjà avant leur soixantième anniversaire. Ceci a pour conséquence que si les anciens travailleurs de sexe féminin et les anciens travailleurs de sexe masculin qui se trouvent dans une situation comparable continuent à percevoir un même montant total de pension, les hommes perçoivent un montant de pension complémentaire supérieur au montant de la même pension perçu par les femmes, ce qui n'était pas le cas au cours de la période précédente.

*Troisième période: à partir de l'âge de 65 ans*, les hommes ont eux aussi droit à une pension légale. Birds réduit alors leur pension complémentaire également du montant de la pension légale à laquelle ils peuvent prétendre. Dans la mesure où, au cours de cette période, les hommes perçoivent une pension légale plus élevée que leurs collègues de sexe féminin qui se trouvent dans des circonstances comparables, ils reçoivent de Birds un montant de pension complémentaire inférieur au montant qui est versé à leurs collègues de sexe féminin au titre de cette même pension complémentaire.

7. En résumé, la Court of Appeal constate que pour l'octroi des pensions complémentaires, Birds applique aux hommes et aux femmes un traitement différent qui est incontestablement et directement fondé sur le sexe. Néanmoins, dès lors qu'il est apparu que la pratique suivie par Birds « a pour but et pour effet de rendre le montant total des pensions perçues par l'intimée (à savoir la pension légale à laquelle s'ajoute la pension d'entreprise) égal au montant des pensions que percevrait un collègue masculin se trouvant dans une situation identique », la première question préjudicielle, qui est fondamentale, a pour objet d'amener la Cour à se prononcer sur le point de savoir si la pratique suivie par Birds est ou n'est pas incompatible avec l'article 119 du traité.

Avant d'examiner de plus près cette première question, nous renvoyons au rapport d'audience dans lequel les faits sont exposés de manière plus détaillée et les questions préjudicielles reproduites in extenso.

**La première question préjudicielle**

*Portée du litige*

8. Il nous paraît nécessaire de préciser la portée exacte du litige au principal qui a donné lieu à cette question préjudicielle.

Ce qui est en litige, ce n'est pas l'existence, jadis dans le régime de pension d'entreprise d'Unilever et toujours actuellement dans le régime légal, de conditions d'âge différentes pour les hommes et pour les femmes quant à l'ouverture des droits à pension (cf. le point 2 plus haut). M^me^ Roberts ne conteste pas davantage la notion de GRP ni la manière dont elle est calculée, telles que nous les avons exposées plus haut. Enfin, elle ne conteste pas non plus la manière dont Birds verse des pensions complémentaires à ses anciens travailleurs jusqu'à l'âge de 60 ans (c'est-à-dire pendant la première période; cf. le point 6 plus haut) et à partir

de l'âge de 65 ans (c'est-à-dire pendant la troisième période; cf. le point 6 plus haut).

9. Mme Roberts estime en revanche que la manière dont Birds calcule le montant de la « pension de transition » (« bridging pension »), c'est-à-dire la pension destinée aux anciens travailleurs dont l'âge se situe entre 60 et 65 ans (c'est-à-dire pendant la deuxième période; cf. le point 6 plus haut) est incompatible avec l'article 119 du traité CEE. Comme l'a dit la juridiction de renvoi, Mme Roberts affirme en effet

« que le fait qu'elle perçoit d'une tierce partie (en l'espèce, l'Etat) un versement que son équivalent masculin ne perçoit pas est indifférent en l'espèce et ne peut pas affecter l'obligation pesant sur l'employeur, en vertu de l'article 119 du traité, de la rémunérer de façon égale à celle de son équivalent masculin ».

10. Comme chacun sait, l'article 119 du traité CEE impose aux Etats membres d'assurer l'application du « principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ». La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur la portée précise de l'article 119. Depuis le premier arrêt Defrenne du 25 mai 1971, la Cour a donné une interprétation large de la notion de « rémunération » [5]. Par ailleurs, il est établi depuis le deuxième arrêt Defrenne du 8 avril 1976 [6] que l'article 119 s'applique directement

« à toutes formes de discriminations directes et ouvertes, susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération retenus par l'article cité » [7].

La Cour a déclaré en outre que les conditions énoncées à l'article 119 ne s'appliquent pas aux discriminations qui résultent de régimes de sécurité sociale et des prestations prévues par ceux-ci, en particulier les pensions de vieillesse [8], mais qu'elles s'appliquent en revanche aux régimes de pension d'entreprise dits « conventionnellement exclus » (« contracted-out ») [9]. A propos de ceux-ci, la Cour a déclaré que

« la fixation d'une condition d'âge différente selon le sexe pour les pensions versées dans le cadre d'un régime conventionnellement exclu est contraire à l'article 119, même si la différence entre les âges de retraite des hommes et des femmes est alignée sur celle prévue par le régime légal national » [10].

11. Aucune des parties litigantes ne conteste que la pension complémentaire en cause aujourd'hui est une « rémunération » au sens de l'article 119 du traité CEE ni que Mme Roberts pouvait se prévaloir directement de l'article 119 devant le juge national pour entreprendre la manière dont Birds accorde cette pension complémentaire. La

5 — Cf. arrêt du 25 mai 1971, affaire 80/70, Defrenne, Rec. 1971, p. 445, point 6, confirmé en dernier lieu par l'arrêt du 17 février 1993, affaire C-173/91, Commission/Royaume de Belgique, non encore publié au Recueil, point 13.

6 — Affaire 43/75, Defrenne, Rec. 1976, p. 455.

7 — Arrêt du 27 mars 1980, affaire 129/79, Macarthys, Rec. 1980, p. 1275, point 10, confirmé par l'arrêt du 17 mai 1990, affaire C-262/88, Barber, Rec. 1990, p. I-1889.

8 — Arrêt Defrenne I, point 12.

9 — Arrêt Barber, point 28.

10 — Arrêt Barber, point 32. La Cour a cependant limité les effets de son arrêt dans le temps. C'est l'interprétation de cette limitation dans le temps qui est au centre des affaires pendantes C-109/91, Ten Oever, C-110/91, Moroni, C-152/91, Neath et C-200/91, Coloroll. Cf. à ce propos les conclusions que nous avons présentées le 28 avril 1993.

Cour interprétant largement la notion de « rémunération » et ayant déjà par le passé déclaré l'article 119 applicable tant aux pensions d'entreprise du type dit « de remplacement » [11] qu'aux pensions d'entreprise qui ne sont pas des pensions de remplacement [12], nous estimons pouvoir nous rallier au point de vue des parties.

En revanche, les parties sont divisées sur le point de savoir si la manière dont Birds accorde une pension complémentaire à d'anciens travailleurs qui ont dû quitter l'entreprise pour des raisons de santé et dont l'âge se situe entre 60 et 65 ans constitue une discrimination directe ou indirecte au détriment des anciens travailleurs de sexe féminin et sur le point de savoir si cette discrimination peut être justifiée. M^me^ Roberts et la Court of Appeal estiment que seule une discrimination indirecte est susceptible de justification tandis que la Commission et Birds considèrent qu'aussi bien les discriminations directes que les discriminations indirectes peuvent éventuellement être justifiées.

*La possibilité de justifier objectivement une discrimination dépend-elle du caractère direct ou indirect de celle-ci?*

12. Le point de vue selon lequel le caractère direct ou indirect d'une discrimination [13] serait décisif pour déterminer s'il est possible de justifier cette discrimination [14] nous paraît soulever des problèmes.

Birds prétend qu'en matière de discrimination fondée sur le sexe, la Cour n'a à ce jour admis l'existence de motifs de justification qu'à propos de cas de discrimination indirecte [15] tandis qu'elle a considéré jusqu'à présent les cas de discrimination directe comme n'étant pas susceptibles de justification [16]. Sans vouloir contredire ce point de vue, nous estimons, contrairement à M^me^ Roberts, à la juridiction de renvoi et au gouvernement du Royaume-Uni, que l'on ne peut pas déduire de la jurisprudence qu'une discrimination directe ne pourrait *jamais* être objectivement justifiée. La Cour n'a, en tout état de cause, jamais opéré une pareille déduction. Au contraire, même s'il est vrai que pour l'*application* de son concept de discrimination à des cas concrets de discrimination fondée sur le sexe, la Cour a uniquement considéré comme justifiables des cas de discrimination indirecte, cela n'empêche nullement que pour la *définition* de ce concept de discrimination, la Cour n'évoque la possibilité de justification qu'en des termes parfaitement généraux. Il est en effet de jurisprudence constante que pour qu'il y ait une discrimination illicite, il faut que l'on

11 — Cf. l'arrêt Barber.

12 — Cf. l'arrêt du 13 mai 1986, affaire 170/84, Bilka, Rec. 1986, p. 1607.

13 — Cf. déjà à propos de cette différence le deuxième arrêt Defrenne, déjà cité à la note 7 plus haut, point 18.

14 — Selon la Commission, il serait plus correct de parler de la justification d'une inégalité de traitement (qu'elle soit directe ou non) plutôt que de la justification d'une discrimination. En effet, selon elle, une discrimination serait, par définition, un traitement différent de situations comparables (ou un traitement identique de situations différentes) *qui ne peut être justifié objectivement.* Tout en admettant qu'une telle terminologie serait effectivement plus correcte, nous nous en tiendrons néanmoins à la terminologie consacrée par la jurisprudence de la Cour qui utilise indistinctement les notions d'« inégalité de traitement » et de « discrimination ». Cf. par exemple le point 32 de l'arrêt Barber dans lequel la Cour déclare que « l'article 119 interdit toute *discrimination* en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, quel que soit le mécanisme qui détermine *cette inégalité* » (mis en italique par nous).

15 — Cf. arrêt du 31 mars 1981, affaire 96/80, Jenkins, Rec. 1981, p. 911, points 10-15; arrêt Bilka, points 29 et ss; arrêt du 13 juillet 1989, affaire 171/88, Rinner-Kühn, Rec. 1989, point 12; arrêt du 27 juin 1990, affaire C-33/89, Kowalska, Rec. 1990, points 15 et 16.

16 — Cf. arrêt Barber, point 32 et arrêt Dekker, point 12.

« ait traité d'une façon différente des situations comparables, entraînant un désavantage pour certains sujets par rapport à d'autres, sans que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'une certaine importance » [17].

Par ailleurs, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 19 octobre 1977 dans l'affaire Ruckdeschel [18] à propos d'une interdiction de discrimination énoncée par le traité CEE [19], la Cour a dit pour droit

« qu'il n'en reste pas moins que l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire (point 7) ».

Tout récemment encore, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 7 juillet 1993, la Cour a défini le principe de l'égalité de traitement de la manière suivante:

« Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement envisagé en tant que principe général du droit communautaire exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière identique, à moins qu'une telle différenciation ne soit objectivement justifiée » [20].

13. On ne saurait donc raisonnablement affirmer que la Cour aurait, par le passé, limité la possibilité de justifier une discrimination aux cas de discrimination indirecte. Il ne nous paraît pas davantage souhaitable que la Cour adopte semblable attitude à l'avenir, notamment parce qu'il n'est pas toujours possible de distinguer aussi clairement les discriminations directes des discriminations indirectes. L'affaire qui nous occupe aujourd'hui nous en offre un bel exemple. Comme l'indique la Commission, la politique de pension menée par Birds peut, en effet, être analysée comme instituant une inégalité de traitement directe mais aussi comme occasionnant une inégalité de traitement indirecte. On peut, en effet, relever que Birds verse à tous les anciens travailleurs de sexe féminin dont l'âge se situe entre 60 et 65 ans une pension complémentaire dont le montant est inférieur à celui de la pension complémentaire qu'elle verse à leurs collègues de sexe masculin qui se trouvent dans une situation comparable, ce qui laisse supposer l'existence d'une discrimination directe. On peut néanmoins tout aussi bien mettre l'accent sur le fait que Birds calcule la pension complémentaire de tous ses anciens travailleurs d'une manière identique, à savoir qu'elle déduit de leur GRD le montant des prestations de pension auquel ils peuvent prétendre à la charge des pouvoirs publics ou d'Unilever. Le fait est simplement qu'il se trouve que « par hasard » ce mode de calcul a pour résultat que pendant cinq ans, les femmes perçoivent une pension complémentaire d'un montant inférieur. Présentée de cette manière, la politique de pension suivie

17 — Arrêt du 13 juillet 1962, affaires jointes 17/61 et 20/61, Klöckner-Werke et Hoesch, Rec. 1962, p. 615, à la p. 652. Cet arrêt confirme des arrêts antérieurs tel que l'arrêt du 17 décembre 1959, affaire 14/59, Ponta-Mousson, Rec. 1958-1959, p. 445, à la p. 475, qui a lui-même été confirmé, par exemple, par l'arrêt du 13 novembre 1984, affaire 283/83, Racke, Rec. 1984, p. 3791, point 7.

18 — Affaires jointes 117/76 et 16/77, Rec. 1977, p. 1753.

19 — Il s'agissait en l'espèce de l'interdiction énoncée à l'article 40, paragraphe 3, deuxième alinéa du traité CEE. La même chose vaut cependant pour l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 119 du traité CEE également.

20 — Arrêt du 7 juillet 1993, affaire C-217/91, Royaume d'Espagne/Commission, non encore publié au Recueil, point 37.

par Birds constituerait une discrimination indirecte [21].

Il paraît dès lors arbitraire de faire dépendre, dans des cas comme celui de l'espèce, la possibilité de justifier une inégalité de traitement qui aurait été constatée du caractère direct ou indirect de cette inégalité.

14. Même en faisant abstraction de l'imprécision de la ligne de démarcation entre discrimination directe et discrimination indirecte, il ne nous paraît pas souhaitable de conclure catégoriquement à l'impossibilité de justifier une discrimination directement fondée sur le sexe. La Commission se réfère à cet égard à la question préjudicielle qui est posée à la Cour dans l'affaire pendante C-32/93, Webb. Cette affaire concerne le licenciement d'une femme qui, après avoir été engagée en remplacement d'une employée enceinte, s'est aperçue qu'elle était elle-même enceinte. Bien que le licenciement pour motif de grossesse constitue incontestablement une discrimination directe [22], on ne saurait exclure, eu égard aux circonstances particulières, qu'une discrimination de cet ordre dans une affaire comme l'affaire Webb puisse quand même être justifiée.

D'autres exemples ont été cités au cours de l'audience, de situations dans lesquelles une discrimination directement fondée sur le sexe pourrait néanmoins être justifiée [23]. Nous reconnaissons avec Birds et la Commission que de telles situations peuvent se présenter exceptionnellement.

*L'existence d'une justification objective*

15. En ce qui concerne à présent la question elle-même des motifs objectifs de justification, examinons tout d'abord brièvement le point de vue de M^me^ Roberts selon laquelle le fait qu'elle perçoit d'une tierce partie, en l'espèce l'Etat, une pension à laquelle un collègue masculin se trouvant dans une situation identique n'aurait pas droit (cf. le point 9 plus haut) est sans incidence sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner à l'obligation faite à l'employeur par l'article 119 de payer des rémunérations égales aux hommes et aux femmes. Nous ne saurions souscrire au point de vue de M^me^ Roberts parce qu'il comporte une nouvelle inégalité, à savoir qu'une entreprise comme Birds payerait des montants significativement plus élevés pour la pension des anciens travailleurs de sexe féminin dont l'âge se situe entre 60 et 65 ans que pour la pension des anciens travailleurs de sexe masculin se trouvant dans une situation comparable. En effet, la pension de vieillesse que M^me^ Roberts reçoit de l'Etat est cofi-

21 — Birds affirme même en ordre principal qu'il n'y a aucune discrimination en l'espèce. A l'appui de cette affirmation, elle a déclaré au cours de l'audience qu'elle réduirait également le montant de la pension complémentaire d'un travailleur de sexe masculin qui aurait droit à une pension légale — par hypothèse étrangère — à partir de l'âge de 60 ans. Nul n'a cependant affirmé qu'il s'agirait là de plus qu'une pure hypothèse, en d'autres termes, que Birds aurait jamais effectivement appliqué une telle réduction à la pension d'un travailleur de sexe masculin âgé de moins de 65 ans.

22 — Arrêt du 8 novembre 1990, affaire C-177/88, Dekker, Rec. 1990, p. I-3941, point 12.

23 — Ces exemples concernent l'inégalité de traitement résultant des nécessités objectives liées à l'exercice d'une profession déterminée (refus d'engager, pour une représentation devant avoir lieu à une date prochaine, une ballerine dont l'état de grossesse était avancé ou refus d'engager des candidats féminins pour la surveillance de prisonniers violents de sexe masculin: arrêt du 15 mai 1986, affaire 222/84, Johnston, Rec. 1986, p. 1651, point 3 du dispositif) ou encore une inégalité de traitement fondée sur des circonstances objectives particulières qui rendaient nécessaire ou acceptable la discrimination en raison du sexe (non prise en considération de candidats masculins lors de l'engagement d'une dame de compagnie par une dame âgée; octroi d'une prime destinée exclusivement à permettre aux travailleurs de sexe féminin qui travaillent la nuit de prendre un taxi pour rentrer chez elles parce qu'il était apparu que contrairement à leurs collègues masculins, elles étaient importunées sur le chemin du retour à la maison).

nancée dans une large mesure par Birds en tant qu'employeur. Il est donc incorrect de la qualifier sans plus de pension servie « par une tierce partie ». Si, pour le calcul des pensions complémentaires, Birds ne tenait pas compte du montant — pourtant cofinancé par l'entreprise — de la pension légale que les bénéficiaires perçoivent, elle payerait alors deux fois pour la pension des anciens travailleurs de sexe féminin dont l'âge se situe entre 60 et 65 ans (une fois pour la pension légale et une fois pour une pension complémentaire non minorée) alors qu'elle ne payerait qu'une seule fois pour la pension d'anciens travailleurs de sexe masculin dont la situation est comparable (mais qui n'ont pas encore droit à une pension légale).

16. Examinons à présent le motif de justification invoqué par Birds. Selon Birds, les retenues opérées par l'entreprise sur les pensions des anciens travailleurs de sexe féminin lorsqu'elles ont atteint l'âge de 60 ans constitueraient une inégalité de traitement licite parce qu'elles ont pour but d'empêcher que ces travailleurs de sexe féminin perçoivent un montant total de pension (pension d'entreprise plus pension légale) plus élevé que leurs collègues masculins dont la situation est comparable. Selon Birds, les retenues permettent d'empêcher l'apparition d'une inégalité entre les femmes et les hommes dans le domaine des prestations de pension.

Cet argument nous paraît particulièrement convaincant. Il nous semble, en effet, qu'une inégalité de traitement en matière de pension complémentaire qui, pour reprendre l'expression de la juridiction de renvoi, « a pour but et pour effet » d'éliminer ou d'empêcher une autre inégalité de traitement quant au montant total des prestations de pension et qui entraîne donc au niveau des résultats une réelle égalité de traitement, est objectivement justifiée. Cela est d'autant plus vrai dans une affaire comme celle-ci où la différence qui est appliquée aux hommes et aux femmes par les pouvoirs publics dans les conditions d'âge pour l'ouverture des droits à pension et qui entraîne une inégalité de traitement au niveau du montant total des prestations de pension, n'est rien de plus qu'« une discrimination qui est actuellement tolérée en ce qui concerne les pensions de retraite, mais que la Communauté cherche clairement, quoique lentement, à éliminer » [24]. C'est à bon droit que la Commission a fait observer au cours de l'audience qu'il faut en tout cas éviter que même si elle est provisoirement admise, une telle dérogation au principe de l'égalité de traitement soit élevée au rang d'objectif du droit communautaire.

17. L'argument que nous venons d'exposer n'est en rien entamé, selon nous, par les positions que la Cour a prises dans l'arrêt Barber où elle a déclaré que

« l'article 119 interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, quel que soit le mécanisme qui détermine cette inégalité » (point 32)

et que

« [l]e principe de l'égalité des rémunérations doit être assuré pour chaque élément de la rémunération et non pas seulement en fonc-

24 — Conclusions de l'avocat général Slynn publiées en annexe à l'arrêt du 26 février 1986, affaire 151/84, Roberts, Rec. 1986, p. 703, à la p. 710.

tion d'une appréciation globale des avantages consentis aux travailleurs » (point 35).

En effet, la problématique de l'affaire Barber est différente de celle qui nous occupe aujourd'hui. Il s'agissait dans l'affaire Barber de la reprise, dans un régime de pension d'entreprise, des conditions d'âge d'ouverture des droits à pension, différentes pour les hommes et pour les femmes, que les pouvoirs publics étaient provisoirement autorisés à appliquer dans le régime légal. Cette reprise a été condamnée par la Cour. En d'autres termes, il s'agissait des conditions qui régissent l'âge d'accès aux régimes de pension d'entreprise, une problématique qui est totalement indépendante de celle qui nous occupe aujourd'hui, à savoir la double contribution d'une entreprise à un seul et même régime de pension légale. De surcroît, et surtout, la pratique condamnée par la Cour dans l'affaire Barber avait pour effet de *renforcer* l'inégalité entre les hommes et les femmes qui est tolérée dans les régimes de pension légale. Dans le présent litige, il s'agit, au contraire, d'une pension d'entreprise complémentaire qui est calculée de manière à *supprimer* cette inégalité. Cela nous paraît constituer une différence fondamentale: ainsi qu'on l'aura compris à la lecture de l'argumentation qui précède, le mode de calcul litigieux a pour but d'assurer des prestations de pension égales aux travailleurs de sexe masculin et de sexe féminin (cf. le point 16 plus haut) et d'empêcher, en même temps, que leur employeur paie une double contribution pour la pension des femmes alors qu'il ne contribue qu'une seule fois au financement de celle des hommes (cf. le point 15 plus haut). L'application de ce mode de calcul permet donc précisément de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement à l'égard de chaque élément du régime de pension et cela, aussi bien en ce qui concerne la contribution financière de l'employeur qu'en ce qui concerne les prestations versées au travailleur.

*Conclusion*

18. Puisque nous sommes d'avis que Birds peut objectivement justifier la politique de pension litigieuse, nous concluons, en réponse à la première question préjudicielle, qu'un employeur n'agit pas d'une manière incompatible avec l'article 119 du traité CEE lorsque, compte tenu des conditions d'âge d'ouverture des droits à pension différentes pour les hommes et pour les femmes qui sont appliquées par les pouvoirs publics et qui sont encore licites, il utilise, pour l'application de son régime de pension d'entreprise complémentaire, un mode de calcul qui vise à assurer aux travailleurs retraités de sexe féminin et de sexe masculin un même montant total de pension de retraite (résultant de la somme de la pension d'entreprise et de la pension légale).

**La deuxième et la troisième question préjudicielle**

19. La deuxième question préjudicielle a trait au choix que le système de sécurité sociale anglais laisse aux femmes mariées entre, d'une part, verser intégralement leurs cotisations de pension, auquel cas elles ont droit à une pension de retraite complète, et, d'autre part, effectuer des versements à un tarif réduit, ce qui ne leur donne le droit qu'à une pension de retraite réduite (voire à aucune).

Pour les femmes qui, à l'instar de M^me^ Roberts, ont opté pour la deuxième solution et qui ne perçoivent donc pas une

pension de retraite complète, Birds calcule néanmoins la pension complémentaire comme si tel était le cas. Plus précisément, Birds diminue le montant qui est versé à ces femmes à titre de pension complémentaire lorsqu'elles ont atteint l'âge de 60 ans, non pas du montant de la pension légale qu'elles perçoivent *effectivement* mais bien du montant qu'elles *auraient pu* recevoir si elles avaient payé leurs cotisations de pension au tarif plein. La Court of Appeal souhaite s'entendre dire quelle influence cet élément peut avoir sur la réponse que la Cour donnera à la première question préjudicielle.

Bien que les cotisations de pension que M^me^ Roberts a versées au cours de sa carrière professionnelle ne lui ont ouvert aucun droit à une pension de retraite légale, elle perçoit néanmoins des pouvoirs publics une pension de veuve dont le montant correspond à celui d'une pension de retraite complète. Par sa troisième question préjudicielle, la Court of Appeal souhaite s'entendre dire si ce facteur peut influencer la réponse que la Cour donnera aux deux premières questions préjudicielles.

20. Après avoir lu la troisième question préjudicielle, la Cour pourrait être encline à écarter la deuxième question posée par la Court of Appeal comme étant purement hypothétique [25]. Les montants que Birds retient sur la pension complémentaire de M^me^ Roberts semblent, en effet, correspondre effectivement à une pension légale réellement perçue par M^me^ Roberts, à savoir en l'espèce une pension de veuve. Ceci ne nous empêchera cependant pas d'aborder la deuxième question préjudicielle. Dès l'instant où la base juridique sur laquelle les pouvoirs publics octroient les pensions de retraite et les pensions de veuve est différente [26], il nous semble en effet que cette question présente plus qu'une importance purement hypothétique.

21. Si une entreprise telle que Birds n'était autorisée à déduire du montant de la pension complémentaire qu'elle sert à un ancien membre féminin de son personnel tel que M^me^ Roberts que le montant de la pension légale que celle-ci perçoit *réellement*, cela obligerait, en fait, cette entreprise à compenser pour cette travailleuse la perte de pension légale qui résulte directement de son option pour le régime des cotisations réduites. Nous partageons l'avis de Birds, de la Commission et de la juridiction de renvoi que cela favoriserait illégalement les anciennes travailleuses mariées qui ont choisi de payer des cotisations à un tarif réduit. En effet, bien qu'ayant payé des cotisations considérablement moins élevées, elles percevraient le même montant total de pension de retraite (pension d'entreprise plus pension légale) que ceux qui ont toujours payé les cotisations de pension au tarif plein, à savoir les hommes, les femmes célibataires et une partie des femmes mariées. Une telle interprétation de l'article 119 du traité CEE inciterait toutes les travailleuses mariées employées chez Birds ou dans des entreprises comparables à opter pour le tarif réduit, ce qui ne saurait être dans l'esprit de l'article 119. Elle serait en outre incompatible avec le principe d'égalité que la Cour considère pourtant comme « un des principes fondamentaux du droit communautaire » (cf. le point 12 plus haut).

25 — L'article 177 du traité CEE n'autorise pas la Cour à répondre à des questions purement hypothétiques. Cf. arrêt du 16 juillet 1992, affaire C-83/91, Meilicke, Rec. 1992, p. I-4871, points 25, 32 et 33.

26 — La question aurait en tout cas une signification plus importante qu'une signification purement hypothétique s'il devait apparaître que les pensions de retraite et les pensions de veuve octroyées par les pouvoirs publics sont cumulables. Le dossier ne contient cependant aucune indication à cet égard.

22. Il nous paraît donc que pour le calcul de la pension complémentaire qu'elle octroie à ses anciennes travailleuses mariées qui ont opté pour le système des cotisations de pension réduites et qui, en conséquence, reçoivent une pension légale minorée, une entreprise telle que Birds peut néanmoins déduire du montant de cette pension complémentaire le montant de la pension légale que ses travailleuses retraitées auraient pu percevoir *si* elles avaient payé leurs cotisations de pension au tarif plein. Il va de soi que l'entreprise peut a fortiori déduire ce montant lorsqu'il apparaît que l'ancienne travailleuse en question perçoit des pouvoirs publics une pension de veuve dont le montant est égal à celui d'une pension de vieillesse complète.

23. C'est la raison pour laquelle nous répondons à la deuxième et à la troisième question préjudicielle que le fait qu'au cours de sa carrière professionnelle, une travailleuse retraitée ait opté pour le régime des cotisations à tarif réduit et qu'en conséquence elle ne perçoive de la part des pouvoirs publics aucune pension de vieillesse ou seulement une pension de vieillesse réduite, à laquelle s'ajoute ou non une pension de veuve, n'a aucun impact sur la réponse à donner à la première question préjudicielle.

## Conclusion

24. En conclusion, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par la Court of Appeal:

« 1) Un employeur n'agit pas d'une manière incompatible avec l'article 119 du traité CEE lorsque, compte tenu des conditions d'âge d'ouverture des droits à pension différentes pour les hommes et pour les femmes qui sont appliquées par les pouvoirs publics et qui sont encore licites, il utilise, pour l'application de son régime de pension d'entreprise complémentaire, un mode de calcul qui vise à assurer aux travailleurs retraités de sexe féminin et de sexe masculin un même montant total de pension de retraite (résultant de la somme de la pension d'entreprise et de la pension légale).

2) Lorsqu'une travailleuse retraitée a choisi pendant sa carrière professionnelle de payer des cotisations de pension à un tarif réduit, son employeur n'enfreint pas l'article 119 du traité CEE s'il calcule néanmoins le montant total de la pension de vieillesse que nous avons mentionné au point précédent sur la base de la pension légale que la travailleuse retraitée en question aurait pu obtenir si elle avait payé ses cotisations de pension au tarif plein. Ceci vaut a fortiori lorsque la travailleuse retraitée perçoit une pension de veuve dont le montant est égal à une pension de vieillesse. »