CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 16 mars 2000 *

I — Introduction

1. Les spécialistes du droit communautaire, et, en particulier, ceux qui sont familiarisés avec la jurisprudence de la Cour de justice en matière de politique sociale, savent bien que ce n'est pas la première fois qu'un litige entre la Société anonyme belge d'exploitation de la navigation aérienne (Sabena) et une de ses employées donne lieu à une procédure préjudicielle.

Ce n'est pas la première fois non plus que la Cour du travail de Bruxelles défère une question à la Cour dans le cadre de l'un de ces litiges, en application de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) [1]. En l'espèce, cette juridiction demande l'interprétation du protocole sur l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne [2] (ci-après le «protocole»).

2. Le traité CE, y compris ses annexes et protocoles, a été modifié conformément à la disposition de l'article 6 du traité d'Amsterdam [3] afin d'abroger les dispositions dépassées et d'adapter le libellé de certains articles. L'article 12 du traité d'Amsterdam a donc prévu que les articles du traité CE seraient renumérotés conformément aux tableaux des équivalences figurant en son annexe.

À la suite de cette rénumérotation, les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE, et le protocole sur l'article 119 du traité CE est devenu le protocole sur l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne.

II — Les faits du litige au principal

3. La convention collective de travail n° 17, du 19 décembre 1974, conclue au sein du Conseil national du travail [4], ins-

* Langue originale: l'espagnol.

1 — C'est cette même juridiction qui a déféré la question préjudicielle ayant débouché sur l'arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455).

2 — Protocole n° 2 annexé au traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, entré en vigueur le 1er novembre 1993 (JO C 191, p. 68).

3 — Il a modifié le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes. Il a été signé le 2 octobre 1997 à Amsterdam et est entré en vigueur le 1er mai 1999.

4 — Cette convention a été rendue obligatoire par arrêté royal du 16 janvier 1975.

titue un régime d'indemnités complémentaires dont bénéficient en cas de licenciement les travailleurs âgés de 60 ans et plus à charge de leur dernier employeur, pour autant qu'ils perçoivent des allocations de chômage. Le montant de l'indemnité est égal à la moitié de la différence entre la rémunération nette de référence et l'allocation de chômage.

4. La convention collective de travail du 23 mai 1984, arrêtée au sein de la sous-commission paritaire n° 315.1, Sabena, et conclue dans le cadre de la convention collective du travail n° 17, dispose que les travailleurs masculins âgés de plus de 55 ans et les travailleurs féminins âgés de plus de 53 ans, licenciés avec leur accord, obtiennent à charge de leur employeur une indemnité complémentaire pour autant qu'ils bénéficient d'allocations de chômage. Cette indemnité complémentaire est versée aux travailleurs masculins jusqu'à 65 ans et aux travailleurs féminins, jusqu'à 60 ans. Il s'agit d'un régime qui a été instauré pour faire face à des situations de sous-emploi résultant notamment de l'évolution des techniques de travail spécifiques au secteur de l'aviation commerciale et pour promouvoir le maintien au travail des travailleurs moins âgés.

5. En juin 1960, Mme Defreyn, demanderesse au principal, a commencé à travailler comme employée auprès de Sabena, la compagnie aérienne défenderesse. En novembre 1984, elle a demandé à bénéficier du régime des indemnités complémentaires. L'entreprise l'a informée qu'elle acceptait sa demande en lui notifiant un préavis de deux ans qui a pris fin le 31 décembre 1986.

L'entreprise s'est engagée à lui verser, du 1er janvier 1987 à novembre 1991, mois de son 60e anniversaire, l'indemnité complémentaire aux allocations de chômage, qui représente normalement 1 % de la dernière rémunération brute mensuelle par année de service. Une dérogation est cependant prévue en faveur des travailleurs qui comptent 25 années ou plus d'ancienneté, en vertu de laquelle le montant des allocations de chômage et de l'indemnité complémentaire, y compris la cotisation individuelle au régime professionnel de pension, s'élève à 82 % de la rémunération nette du dernier mois précédant la date à laquelle la prépension doit sortir ses effets.

6. Mme Defreyn a perçu l'indemnité complémentaire à l'allocation de chômage jusqu'en novembre 1991, mois où elle a atteint 60 ans, et, à partir de ce montant, elle a commencé à percevoir sa pension de vieillesse.

7. Dans son arrêt du 17 février 1993 [5], rendu dans le cadre d'un recours en manquement dirigé contre le royaume de Belgique, la Cour a dit pour droit que l'indemnité complémentaire accordée à charge du dernier employeur aux travailleurs licenciés à un âge déterminé, qui bénéficient d'allocations de chômage,

5 — Commission/Belgique (C-173/91, Rec. p. I-673).

constitue une rémunération au sens de l'article 119 du traité, de sorte que les travailleurs féminins de plus de 60 ans ne peuvent pas être privés de cette prestation alors que les travailleurs masculins ont le droit de la percevoir jusqu'à l'âge de 65 ans.

8. Ayant pris connaissance de cet arrêt, Mme Defreyn a demandé, en juin 1993, de bénéficier de l'indemnité complémentaire jusqu'à 65 ans, c'est-à-dire jusqu'en novembre 1996.

9. L'entreprise ayant rejeté cette demande, Mme Defreyn l'a assignée devant le Tribunal du travail en septembre 1993. Elle concluait à ce que Sabena soit condamnée, d'une part, à lui verser, de décembre 1991 à novembre 1996, l'indemnité complémentaire qui, cumulée avec les allocations de chômage, lui assurait 82 % de la rémunération nette de son dernier mois de travail, et, d'autre part, aux intérêts et aux dépens. Le montant de l'indemnité complémentaire réclamée s'élevait à 1 624 380 BEF.

10. En première instance, le Tribunal du travail a déclaré la demande recevable mais l'a rejetée comme non fondée et a condamné Mme Defreyn aux dépens. Dans ses motifs, il a considéré que l'indemnité qui complétait les allocations de chômage relevait du champ d'application du protocole qui limite dans le temps la portée de l'article 119 du traité à l'égard des prestations versées en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale. Il a considéré qu'il était établi que Mme Defreyn fondait ses prétentions sur une période d'emploi antérieure au 17 mai 1990 et qu'elle n'avait intenté son action qu'après cette date.

III — Les questions préjudicielles

11. La Cour du travail de Bruxelles (Belgique) saisie de l'appel formé par Mme Defreyn, a déféré les questions suivantes à titre préjudiciel à la Cour, en vertu de l'article 177 du traité:

« 1) L'indemnité complémentaire de prépension prévue par la convention collective de travail n° 17, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 16 janvier 1975 et prévue dans la convention collective de travail du 23 mai 1984, conclue au sein de la sous-commission paritaire n° 315.1 peut-elle être considérée comme une allocation due en exécution d'un régime professionnel de sécurité sociale à laquelle le protocole sur l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne est applicable?

2) Les dispositions de la convention collective de travail n° 17 et de la convention collective de travail du 23 mai 1984, conclue au sein de la sous-

commission paritaire n° 315.1, sont-elles compatibles avec l'article 5 de la directive 76/207/CEE en ce qu'elles excluent les travailleurs féminins âgés de plus de 60 ans du bénéfice des allocations de prépension, constituant des indemnités complémentaires pour licenciement, accordées à titre de complément aux allocations de chômage, alors que ces indemnités sont garanties aux travailleurs masculins jusqu'à l'âge de 65 ans?

3) Au cas où la réponse aux deux questions précédentes serait affirmative, l'application du protocole sur l'article 119 du traité ferait-il obstacle à ce qu'il soit fait droit à l'action de Mme Defreyn, pour autant qu'elle se fonde sur l'article 5 de la directive 76/207?»

IV — Les dispositions communautaires applicables

12. L'article 119 du traité établit le principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Son deuxième alinéa définit la notion de rémunération dans les termes suivants:

«Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.»

13. Le protocole vise à préciser les effets dans le temps de l'article 119 du traité en matière de régimes professionnels de sécurité sociale et dispose ce qui 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» [6].

6 — À la suite de la renumérotation des articles du traité réalisée dans le cadre du traité de Maastricht, le texte du protocole est libellé comme suit: «Aux fins de l'application de l'article 141, 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».

14. L'article 5 de la directive 76/207/CEE [7], dont l'interprétation intéresse aussi la juridiction nationale, est libellé comme suit:

« 1. L'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe.

...»

V — La procédure devant la Cour

15. Sabena, le gouvernement belge et la Commission ont présenté des observations écrites dans la présente procédure, dans le délai fixé à cet effet par l'article 20 du statut CE de la Cour de justice. Les représentants de Mme Defreyn, de Sabena, du gouvernement belge, du gouvernement du Royaume-Uni et de la Commission ont présenté leurs observations orales à l'audience du 24 février 2000.

16. Mme Defreyn soutient que le protocole n'est pas applicable à son cas concret dans la mesure où elle prétend au paiement d'une prestation complémentaire à l'allocation de chômage, que la Cour a qualifiée de rémunération au sens de l'article 119 du traité, et non de prestation de sécurité sociale, dans son arrêt du 17 février 1993 [8].

17. Tant Sabena que le gouvernement belge considèrent que l'indemnité complémentaire de prépension réclamée par Mme Defreyn constitue une rémunération au sens de l'article 119 et que le régime établissant le bénéfice de cette prestation est, sans aucun doute, un régime de sécurité sociale organisé sur une base professionnelle et créé pour compléter un régime préexistant de sécurité sociale. Toutefois, elle n'a aucun droit à en obtenir le paiement jusqu'à 65 ans parce que sa situation relève pleinement du protocole, celui-ci limitant dans le temps l'application de la notion de rémunération aux prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale. Tous deux s'accordent à dire que le protocole ne doit pas être limité uniquement aux prestations versées à titre de pension de vieillesse, mais qu'il vise aussi toute prestation octroyée par un régime professionnel de sécurité sociale et, partant, l'indemnité complémentaire réclamée par Mme Defreyn. Ils proposent de ce fait de répondre au juge national que la prestation litigieuse est versée par un régime professionnel de sécurité sociale soumis au protocole.

Sabena et le gouvernement belge soutiennent que, si la Cour devait être d'un avis

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

8 — Arrêt Commission/Belgique, précité à la note 5.

contraire, il faudrait conclure que le protocole ne vise pas l'indemnité litigieuse, hypothèse dans laquelle il faudrait appliquer la jurisprudence établie dans son arrêt du 17 février 1993 [9] et accueillir les conclusions de la demanderesse. Le gouvernement belge souligne que, dans ce cas, il y aurait un risque important de multiplication des recours tendant à obtenir le bénéfice des indemnités complémentaires de prépension, qui se traduirait concrètement par un déséquilibre financier aux répercussions importantes sur l'économie du pays, étant donné que la prépension conventionnelle est très répandue en Belgique.

18. Le gouvernement du Royaume-Uni affirme que l'indemnité complémentaire est versée par un régime professionnel de sécurité sociale auquel s'applique le protocole. Il avance plusieurs raisons à l'appui de son affirmation: en premier lieu, la lettre du protocole ne limite pas son champ d'application aux pensions de vieillesse; en deuxième lieu, la prestation réclamée est accordée au niveau de l'entreprise et est destinée à compléter l'allocation de chômage versée par le régime général de sécurité sociale; en troisième lieu, le fait que le protocole n'établit pas de distinction entre les diverses prestations signifie qu'il est appelé à s'appliquer à toutes les prestations accordées par les régimes professionnels de sécurité sociale; en dernier lieu, la prestation réclamée par Mme Defreyn peut être attribuée à des périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, étant donné que le droit s'acquiert en fonction du nombre d'années passées au service de l'entreprise et que son montant est calculé comme un pourcentage du dernier salaire perçu par le travailleur.

19. La Commission ne nourrit aucun doute quant à la nature de la prestation. Elle est d'avis qu'il s'agit d'une rémunération au sens de l'article 119 du traité et que, dès lors, cette prestation doit être accordée aux travailleurs masculins et féminins aux mêmes conditions, le régime appliqué à Mme Defreyn, en vertu duquel l'indemnité complémentaire est versée jusqu'à 60 ans aux femmes et jusqu'à 65 ans aux hommes, étant incompatible avec cette disposition.

La Commission reconnaît que la période pour laquelle Mme Defreyn réclame le paiement de l'indemnité complémentaire, qui va du 1er décembre 1991, mois de son 60e anniversaire, au 30 novembre 1996, date à laquelle elle a eu 65 ans, ne peut pas être considérée, au sens strict, comme une période d'emploi. Elle arrive à la conclusion que le protocole n'est pas applicable au présent cas d'espèce parce que les prestations réclamées couvrent une période postérieure au 17 mai 1990 et que l'arrêt précité de la Cour du 17 février 1993, dans lequel le royaume de Belgique a été condamné pour manquement, ne contient aucune limitation de ses effets dans le temps.

9 — Précitée à la note 5.

VI — Examen des questions préjudicielles

A — *Observations préliminaires et antécédents*

20. Pour donner une réponse à la juridiction nationale, il importe de remonter au 13 mai 1986, date à laquelle a été prononcé l'arrêt Bilka [10]. La Cour a dit pour droit dans cet arrêt qu'un régime complémentaire de pension, institué aux termes d'un accord entre l'entreprise et le comité d'entreprise représentant les travailleurs, qui a pour objet de compléter les prestations sociales dues en vertu de la législation nationale d'application générale par des prestations dont le financement est supporté uniquement par l'employeur et qui est considéré comme faisant partie intégrante des contrats de travail ne constitue pas un régime de sécurité sociale directement réglé par la loi et soustrait au champ d'application de l'article 119. Au contraire, les prestations servies aux employés en vertu de ce régime constituent un avantage payé par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, au sens de l'article 119, deuxième alinéa, de sorte que les conditions auxquelles l'employeur subordonnait l'adhésion de ses employés à un régime présentant ces caractéristiques relevaient du champ d'application de l'article 119 du traité [11].

21. En dépit de cette jurisprudence, le Conseil a adopté quelques mois plus tard la directive 86/378/CEE [12], destinée à réglementer l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. Son article 9 permet aux États membres de différer la mise en application obligatoire du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne, notamment, la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi de pensions, soit jusqu'à la date à laquelle cette égalité est réalisée dans les régimes légaux, soit au plus tard jusqu'à ce qu'une directive impose cette égalité, cette dernière hypothèse ne s'étant pas concrétisée [13].

22. Le 17 mai 1990, la Cour a prononcé son arrêt Barber [14] qui, comme chacun le sait, poursuit l'orientation jurisprudentielle qui a été prise à partir de 1976 dans l'arrêt Defrenne [15], confirmée en 1986 dans l'arrêt Bilka [16]; cet arrêt de la Cour a posé un jalon dans le développement de la politique sociale communautaire, en ce qui concerne concrètement l'interprétation du principe d'égalité de rémunération entre hommes et

10 — 170/84, Rec. p. 1607.

11 — Ibidem, points 20 et 22.

12 — Directive du Conseil du 24 juillet 1986, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (JO L 225, p. 40).

13 — Le 27 octobre 1987, la Commission a présenté au Conseil une proposition de directive complétant la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux et professionnels de sécurité sociale [COM (87) 494 fin, JO C 309, p. 10]. Son article 9, paragraphe 1, prévoyait, sans préjudice de certaines dispositions transitoires: «Lorsqu'un âge de retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite est fixé, cet âge doit être identique pour les deux sexes». Cette proposition n'a cependant pas été adoptée.

14 — C-262/88, Rec. p. I-1889.

15 — Précité à la note 1.

16 — Précité à la note 10.

femmes appliqué aux pensions de retraite versées par un régime professionnel de sécurité sociale.

23. L'arrêt Barber présente deux aspects importants aux fins de la présente affaire. Le premier est que la Cour a confirmé sa jurisprudence d'après laquelle une pension de retraite versée par un plan de pensions d'entreprise, qui, en l'espèce, était «conventionnellement exclu» du régime général de sécurité sociale [17], constitue un avantage payé par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier et que, par conséquent, elle relève du champ d'application de l'article 119 du traité [18].

24. Le deuxième aspect de cet arrêt réside dans la limitation de ses effets dans le temps décidée par la Cour. Dans les observations présentées durant la procédure préjudicielle, la Commission a évoqué cette possibilité, tandis que le gouvernement du Royaume-Uni a souligné les importantes conséquences économiques que comporterait une interprétation de l'article 119 qui inclurait les pensions versées par un régime de pension d'entreprise, étant donné que, dans cet État, un nombre très élevé de travailleurs étaient affiliés à des régimes présentant ces caractéristiques, régimes qui contenaient souvent des exceptions au principe d'égalité de traitement, notamment en ce qu'ils prévoient des âges de la retraite distincts pour les hommes et les femmes [19].

25. Dans son arrêt, la Cour a tenu compte du fait que l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7/CEE [20], qui concerne les régimes légaux de sécurité sociale, autorisait 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 que, comme je l'ai déjà indiqué précédemment, cette exception a aussi été reprise à l'article 9, sous a), de la directive 86/378 relative aux régimes professionnels de sécurité sociale. Elle a considéré que, au vu 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

17 — «Contracted out» en vertu de la Social Security Pensions Act 1985. Cette expression signifie que le régime professionnel se substitue au régime général de pensions de retraite pour la partie des cotisations et des prestations qui est liée au montant du salaire perçu par chaque travailleur. Ses affiliés ne paient au régime général que des cotisations réduites, correspondant à la pension de base, identique pour tous, que le régime général ouvre à tous les travailleurs, indépendamment de leur salaire.

18 — Arrêt précité à la note 14, point 28.

19 — Les États membres ont mis plus de six ans et demi pour adapter la directive 86/378 à cette jurisprudence. Directive 96/97/CE du Conseil, du 20 décembre 1996, modifiant la directive 86/378 (JO L 46, p. 20).

20 — Directive du Conseil du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO 1979, L 6, p. 24).

régimes conventionnellement exclus du régime général et que des exceptions au principe d'égalité entre travailleurs masculins et travailleurs féminins continuaient d'être admises en cette matière.

26. En conséquence, elle a dit pour droit au point 45 de l'arrêt que l'effet direct de l'article 119 du traité ne peut pas être invoqué pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à celle dudit arrêt, d'un droit à pension, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droits qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable.

27. À la suite de cet arrêt, The British Petroleum Company plc, Barclays Bank plc et Mars UK Limited, notamment, ont attaqué le Conseil et la Commission devant la Cour de justice [21], en demandant que soit reconnue la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne du fait des préjudices qu'elle avait provoqués dans l'exercice de ses fonctions. Les entreprises ont soutenu, d'une part, qu'elles avaient été induites en erreur par les deux institutions, principalement à partir de la directive 86/378, qui avait été adoptée sans tenir compte de l'interprétation donnée à l'article 119 par l'arrêt Bilka, et, d'autre part, qu'à la suite de l'arrêt Barber elles devaient faire face à des coûts supplémentaires pour leurs régimes de pension [22].

28. De toutes les interprétations auxquelles a donné lieu le point 45 [23] de l'arrêt Barber [24], les États membres ont faite leur celle qui figure au protocole, en vigueur depuis le 1er novembre 1993, en vertu duquel, 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 rémunérations 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

21 — JO 1992, C 24, p. 5.

22 — Affaires transférées au Tribunal de première instance le 27 septembre 1993.

23 — «Paragraph 45 has exercised the minds of lawyers throughout the Community. Attemps have been made to analyse the precise meaning of pension scheme documents in order to determine how and when entitlement arises...». Hudson, D., «Some reflections on the implications of the Barber decision», *European Law Review*, 1992, p. 163 à 171, spécialement p. 168.

24 — Les auteurs sont partagés quant au nombre d'interprétations possibles. Traversa, E., «Interdiction de discrimination entre travailleurs masculins et féminins, arrêt du 17 mai 1990», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 426 et suiv., en particulier p. 429, propose trois interprétations possibles; Deakin, S., «Equality in Pensions Law — The limits of Barber», *The Cambridge Law Journal*, p. 236 à 239, en particulier p. 237; Moore, S., «'Justice Doesn't Mean a Free Lunch': The Application of the Principle of Equal Pay to Occupational Pension Schemes», *European Law Review*, 1991, p. 159 et suiv., en particulier p. 163; Binon, J.-M., «L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: La 'valse-hésitation' du droit européen», *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 635 à 721, en particulier p. 664 et 665, et De Vos, M., «La notion de 'rémunération' au sens de l'article 119 du Traité de Rome et son application dans le temps au regard de l'arrêt Barber et des arrêts postérieurs de la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue de droit social*, 1995, p. 156 à 205, en particulier p. 184, en avancent quatre, et Honeyball, S., et Shaw, J., «Sex, law and the retiring man», *European Law Review*, 1991, p. 47 et suiv., en particulier p. 56, en identifient jusqu'à cinq.

équivalente selon le droit national applicable [25].

B — *La réponse à la première question préjudicielle. L'applicabilité du protocole sur l'article 119 du traité à l'indemnité complémentaire litigieuse*

29. En posant la première des questions préjudicielles qu'elle a déférées, la Cour du travail de Bruxelles souhaite savoir si une prestation destinée à compléter les allocations de chômage, qui est versée par l'entreprise en vertu d'une convention collective aux travailleurs ayant un certain âge et participant à des programmes de réduction du personnel, doit être considérée comme une prestation versée en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale soumise au protocole sur l'article 119 du traité.

30. La directive 79/7 s'applique aux régimes légaux qui assurent une protection contre les risques suivants: maladie, invalidité, vieillesse, accident du travail, maladie professionnelle et chômage; elle s'applique aussi aux dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où elles sont destinées à compléter les régimes précités ou à y suppléer.

31. Dans son arrêt Defrenne de 1971, la Cour avait déjà établi une distinction entre les régimes légaux de sécurité sociale et ceux auxquels s'applique l'article 119 du traité [26]. Les premiers visent obligatoirement des catégories générales de travailleurs; leurs pensions de retraite sont régies directement par la loi, à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou du secteur professionnel concerné; ces régimes permettent aux travailleurs de bénéficier d'un système légal au financement duquel eux-mêmes, les 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. Dans ces régimes, le travailleur bénéficie normalement des prestations légalement prévues, non en raison de la contribution patronale, mais du seul fait qu'il réunit les conditions légales exigées pour l'octroi de la prestation [27].

25 — Les entreprises qui avaient attaqué le Conseil et la Commission se sont désistées de leur action le 18 mai 1995 lorsqu'elles se sont rendu compte que le cadre juridique existant lorsqu'elles avaient formé leur recours avait été modifié avec l'entrée en vigueur du protocole et à la suite des interprétations données par la Cour dans un certain nombre d'arrêts. Radiation du registre par le Tribunal de première instance le 12 juillet 1995.

26 — Le chapitre III des conclusions qu'a présentées dans cette affaire l'avocat général Dutheillet de Lamothe est consacré à l'examen de la diversité et de la complexité des régimes de pension dans les États membres. Il distingue, d'une part, les régimes légaux de sécurité sociale, généraux et spéciaux, qu'il estime exclus du champ d'application de l'article 119 du traité et, de l'autre, les régimes de pension dont les prestations sont versées directement par l'entreprise et ceux qu'il qualifie de «complémentaires», d'origine conventionnelle, dont les prestations, qui complètent celles du régime général, sont octroyées par des organismes professionnels ou interprofessionnels, dont il considère qu'ils sont inclus dans le champ d'application dudit article.

27 — Arrêt du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445, points 8 et 10).

32. Les régimes auxquels s'applique l'article 119 du traité se caractérisent, en revanche, par le fait qu'ils sont financés intégralement par l'entreprise ou par l'entreprise et le travailleur, sans participation des pouvoirs publics, et par le fait qu'ils s'appliquent uniquement aux travailleurs occupés dans des entreprises ou secteurs d'activités déterminés. Ils figurent parmi les régimes professionnels de sécurité sociale régis par la directive 86/378 qui, en son article 2, les définit comme suit: sont considérés comme régimes professionnels de sécurité sociale les régimes non régis par la directive 79/7 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.

En vertu de son article 4, la directive 86/378 s'applique tant aux régimes professionnels qui assurent une protection contre les risques de maladie, d'invalidité, de vieillesse, y compris dans le cas de retraites anticipées, d'accident du travail et maladie professionnelle, de chômage, qu'aux régimes professionnels qui prévoient d'autres prestations sociales, en nature ou en espèces, et notamment des prestations de survivants et des prestations familiales, si ces prestations sont destinées à des travailleurs salariés et constituent dès lors des avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

33. La prestation litigieuse n'est pas versée par un régime de sécurité sociale régi directement par la loi et il ne s'applique pas non plus obligatoirement à des catégories générales de travailleurs. Comme je l'ai indiqué précédemment, la Cour a rejeté dans son arrêt du 17 février 1993 [28] les arguments du gouvernement belge qui soutenait que cette prestation devait être considérée comme une prestation de sécurité sociale parce qu'elle formait un ensemble indissociable avec l'allocation de chômage, ensemble qu'il qualifiait de « prépension conventionnelle ».

34. Le présent cas d'espèce concerne au contraire une prestation créée par convention collective en faveur des travailleurs d'une entreprise, afin de compléter les prestations de régime légal qui assurent une protection contre le chômage des travailleurs licenciés à un âge déterminé et dont le paiement est à charge du dernier employeur, qui la verse en raison de la relation de travail, étant donné que son montant est fonction du nombre d'années de travail.

35. En conséquence, cette indemnité complémentaire est comprise dans le champ d'application de l'article 119 du traité et le

28 — Arrêt Commission/Belgique, précité à la note 5.

régime de sécurité sociale qui l'assure est professionnel.

36. Il reste à déterminer si le protocole lui est applicable en tenant compte de la circonstance que la Cour est restée muette, dans son arrêt de 1993, à l'égard de l'argument du gouvernement belge d'après lequel, si l'indemnité complémentaire instituée par la convention collective n° 17 relevait du champ d'application de l'article 119 du traité, il faudrait recourir au protocole qui limite dans le temps la portée de cet article appliqué aux prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale.

37. Dans son ordonnance de renvoi, la Cour du travail de Bruxelles fait état des doutes qu'elle a sur l'applicabilité du protocole à cette affaire. Je propose de dissiper ces doutes au fur et à mesure que je les aborderai.

38. En premier lieu, il ne semble pas clair pour la juridiction de renvoi si la limitation des effets dans le temps de l'article 119, prévue par le protocole, s'applique uniquement aux régimes de pension qui répondent aux critères énoncés par la Cour dans son arrêt Barber et ceux qui ont suivi, ou si cette limitation s'étend, conformément à la formulation utilisée par le protocole, à toutes les prestations versées par un régime professionnel de sécurité sociale.

39. J'estime que, à ce stade, on ne peut plus avoir de doute sur la question de savoir si le protocole s'applique exclusivement aux régimes de pension ou à toutes les prestations assurées par un régime professionnel de sécurité sociale. S'il est vrai que, dans son arrêt Barber, la Cour a indiqué que l'article 119 du traité ne pouvait pas être invoqué pour revendiquer un droit à pension, avec effet à une date antérieure à celle du prononcé dudit arrêt, il faut tenir compte du fait que, dans le litige au principal, le demandeur souhaitait précisément que lui soit reconnu un droit à pension de retraite, alors qu'il n'était pas question d'autres prestations. Toutefois, dans l'arrêt Ten Oever [29], à savoir le suivant de la série, dans lequel le demandeur souhaitait que lui soit reconnu le droit de percevoir une pension de survie, la Cour, se fondant sur les mêmes raisons que celles ayant justifié la limitation des effets dans le temps de l'arrêt Barber, a précisé que l'égalité de traitement en matière de régimes de pensions professionnelles ne peut être invoquée que pour les prestations dues au titre de périodes d'emploi postérieures au 17 mai 1990 [30].

La Cour a précisé cet aspect concret au point 49 de son arrêt Fisscher [31], dans lequel elle a affirmé: «... le protocole présente un lien évident avec l'arrêt Barber, précité, puisqu'il se réfère à la même date du 17 mai 1990. Cet arrêt condamne une discrimination entre homme et femme qui

29 — Arrêt du 6 octobre 1993 (C-109/91, Rec. p. I-4879).
30 — Ibidem, point 19.
31 — Arrêt du 28 septembre 1994 (C-128/93, Rec. p. I-4583)

résulte d'une condition d'âge variable selon le sexe pour obtenir une pension de retraite à la suite d'un licenciement pour cause économique. Des interprétations divergentes ont été données de l'arrêt Barber qui limite, à compter de sa date, c'est-à-dire du 17 mai 1990, l'effet de l'interprétation qu'il donne de l'article 119 du traité. Ces divergences ont été levées par l'arrêt Ten Oever, précité, qui est antérieur à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne. Tout en l'étendant à l'ensemble des prestations versées par un régime professionnel de sécurité sociale et en l'incorporant au traité, le protocole n° 2 a retenu en substance la même interprétation de l'arrêt Barber que celle de l'arrêt Ten Oever... ».

40. En deuxième lieu, la juridiction nationale pense que la majorité des critères utilisés par la Cour dans les arrêts rendus en interprétation du protocole, inspirés par le souhait de sauvegarder l'équilibre financier des régimes de pension, ne sont pas applicables au régime établi par la convention collective conclue au sein de la sous-commission paritaire Sabena, qui régit l'octroi de l'indemnité complémentaire litigieuse. Ces critères, énoncés par la Cour aux points 17 et 18 de son arrêt Ten Oever [32], sont, d'une part, la particularité de la rémunération versée sous forme de pension, consistant en une dissociation temporelle entre la constitution du droit à la pension, qui se réalise progressivement tout au long de la carrière du travailleur, et son paiement effectif, qui est en revanche différé jusqu'à un âge donné, et, de l'autre, les caractéristiques des mécanismes financiers des pensions professionnelles dans lesquelles il existe des liens entre les cotisations périodiques et les montants futurs à payer.

D'après elle, en revanche, i) l'indemnité complémentaire litigieuse n'a pas de lien de causalité avec les périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990; ii) son montant n'est pas en rapport avec celui des cotisations payées; iii) il n'existe aucune dissociation temporelle entre la constitution du droit à pension et le paiement effectif de la prestation; et iv) l'indemnité complémentaire n'est pas régie par les mêmes mécanismes financiers que les pensions professionnelles.

41. Je ne me range pas à la thèse selon laquelle, en l'espèce, il n'existerait pas de lien de causalité entre la prestation et les périodes d'emploi antérieures à la date de l'arrêt Barber [i)]. En effet, c'est Sabena, en tant qu'ancien employeur de Mme Defreyn, qui lui versait l'indemnité complémentaire litigieuse, cette employée ayant travaillé pour l'entreprise entre juin 1960 et décembre 1986. La prestation était donc versée en raison de la relation de travail qui avait lié les deux parties, relation qui a pris fin avant le 17 mai 1990.

Quoi qu'il en soit, à supposer même que la juridiction nationale ait raison et que l'indemnité complémentaire litigieuse n'a pas de lien de causalité avec les périodes

32 — Précité à la note 29.

d'emploi antérieures au 17 mai 1990, la Cour de justice a dit pour droit, au point 60 de son arrêt Coloroll Pension Trustees [33], que la limitation des effets dans le temps de l'arrêt Barber n'est applicable à des prestations qui ne sont pas liées à la durée de la période effective d'emploi que dans l'hypothèse où leur fait générateur s'est produit avant le 17 mai 1990 [34]. Or, en l'espèce, le fait générateur, qui aurait résidé dans le licenciement, s'est produit avant cette date.

42. Je ne peux pas davantage marquer mon accord à l'égard de l'affirmation d'après laquelle le montant de la prestation n'est pas fonction de celui des cotisations payées [ii)], lorsqu'on constate que son montant est déterminé en fonction des années de service, à raison de 1 % du dernier salaire brut annuel, et que, lorsque le travailleur compte plus de 25 années de service, 82 % de ce montant lui sont assurés. C'est précisément durant les années où le travailleur est actif qu'est versée la majeure partie des cotisations aux régimes de sécurité sociale, tant légaux que professionnels.

43. S'agissant de la dissociation temporelle entre la constitution du droit à la prestation et son paiement effectif, [iii)], qui est une caractéristique typique, bien que non exclusive, des régimes de pension, je ne crois pas que l'on puisse affirmer, comme le fait la juridiction nationale, qu'elle n'existe pas dans le cas de l'indemnité complémentaire litigieuse.

Il ne fait pas de doute que l'octroi de cette prestation, qui été créée pour favoriser la libération de postes de travail par les employés ayant atteint un certain âge, afin que les moins âgés puissent conserver le leur, ne s'obtient pas comme la pension de retraite, dont le droit se constitue progressivement durant toute la carrière professionnelle, et à laquelle, avec l'âge, ont droit tous les travailleurs [35].

Qu'il y ait dissociation temporelle me semble néanmoins évident, étant donné que le présent cas d'espèce concerne une prestation dont le bénéfice est subordonné à l'extinction de la relation de travail avec l'entreprise, à l'instar de ce qui se passe dans le cas des prestations de vieillesse et de chômage. Cette dissociation est en revanche absente dans l'hypothèse du bénéfice des prestations financières en cas d'incapacité de travail pour maladie, ou d'accident de travail, par exemple, qui se présentent alors que le travailleur est en activité, sans solution de continuité entre la constitution du droit et le paiement de la prestation.

44. Il est vrai que l'indemnité complémentaire n'est pas régie par les mêmes méca-

33 — Arrêt du 28 septembre 1994 (C-200/91, Rec. p. I-4389).

34 — Il importe toutefois de souligner que, dans cet arrêt, la Cour se référait précisément à des prestations telles que le paiement d'un capital forfaitaire en cas de décès d'un travailleur en activité.

35 — Dans le cas de l'indemnité complémentaire, il est probable que tous les travailleurs qui ont l'âge requis ne demandent pas la prestation, que tous ceux qui la demandent ne l'obtiennent pas, étant donné que l'entreprise peut refuser de l'accorder, et que certains travailleurs qui ne l'ont pas demandée peuvent se voir contraints de l'accepter s'ils sont licenciés et si la convention collective leur est appliquée.

nismes financiers que les pensions professionnelles [iv)], dans lesquelles il existe des liens entre les cotisations périodiques et les montants futurs à payer. Cette raison n'est cependant pas suffisamment convaincante pour conclure que le protocole ne doit pas lui être appliqué. En effet, il s'agit d'une prestation qui, eu égard à l'âge que doivent avoir ses bénéficiaires, pourrait être qualifiée de prépension, destinée à compléter l'allocation de chômage en cas de licenciement, et la période durant laquelle elle est versée est liée à l'âge de la pension, qui, en Belgique, était différent pour les hommes et les femmes. Cette différence d'âge en fonction du sexe est celle que l'article 9 de la directive 86/378 autorisait aux États membres de maintenir. L'entreprise défenderesse devait donc faire partie des milieux intéressés qui avaient pu raisonnablement estimer que l'article 119 ne s'appliquait pas à cette prestation et qui avaient effectué leurs calculs en conséquence, lorsqu'ils ont réduit leurs effectifs. J'estime dès lors que si, aujourd'hui, ces entreprises se voyaient obligées d'appliquer l'égalité de rémunération pour cette prestation à des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé, l'équilibre financier du régime créé par cette convention collective pourrait être sérieusement affecté.

45. Je ne suis pas non plus d'accord avec la Commission lorsqu'elle déclare que le protocole n'est pas applicable à la réclamation de Mme Defreyn, qui demande le paiement de l'indemnité complémentaire pour la période de décembre 1991 à novembre 1996, période postérieure au 17 mai 1990. Il suffit de lire le protocole pour se convaincre que ce sont les périodes d'emploi qui doivent être postérieures à cette date et non les périodes durant lesquelles le travailleur a droit à percevoir les prestations.

46. J'observe en dernier lieu que Mme Defreyn a cessé de travailler pour Sabena en décembre 1986 et que l'entreprise lui a versé l'indemnité complémentaire jusqu'à son 60e anniversaire, en novembre 1991. Étant donné que, en application de l'article 9 de la convention collective de travail, la cotisation de pension au régime professionnel continue d'être versée comme si le travailleur était en activité, je me suis demandé s'il fallait considérer comme période d'emploi ou comme période assimilée celle courant entre le 17 mai 1990 et le 30 novembre 1991, durant laquelle Mme Defreyn aurait acquis des droits à la prestation pour lesquels elle pourrait invoquer l'effet direct de l'article 119 pour exiger l'égalité de traitement.

Je pense que la réponse doit être négative. En effet, en vertu de l'article 4 de la même convention, l'entreprise continue à verser l'indemnité complémentaire à son ancien travailleur jusqu'à l'âge de la retraite, même si celui-ci cesse d'avoir droit à percevoir des allocations de chômage parce qu'il commence de nouveau à travailler dans une autre entreprise. Dès lors, si, tout en percevant cette indemnité, le bénéficiaire peut travailler auprès d'une autre entreprise, la période durant laquelle il la perçoit ne peut être considérée comme période d'emploi auprès de Sabena.

47. Force est dès lors de conclure que l'indemnité complémentaire litigieuse est une prestation versée en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale, à laquelle le protocole sur l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne est applicable.

C — *Les deuxième et troisième questions préjudicielles — La non-applicabilité de la directive 76/207 au cas d'espèce*

48. En posant ses deuxième et troisième questions préjudicielles, la Cour du travail de Bruxelles souhaite savoir, en substance, si l'article 5 de la directive 76/207 s'oppose à ce que l'indemnité litigieuse soit accordée aux femmes jusqu'à leur 60e anniversaire alors que les hommes en bénéficient jusqu'à 65 ans et si, dans l'hypothèse où le protocole est applicable à ce cas d'espèce, Mme Defreyn pourrait fonder son action sur cet article.

49. La directive 76/207 régit la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Conformément à son deuxième considérant, cette directive ne vise pas les rémunérations. La Cour de justice a affirmé au point 24 de son arrêt Gillespie e.a. [36] que, lorsqu'une prestation constitue une rémunération versée directement ou indirectement par l'employeur au travailleur en raison de la relation d'emploi, elle relève de l'article 119 du traité et ne peut pas être soumise à la directive 76/207.

Étant donné que l'indemnité litigieuse constitue, sans aucun doute, une rémunération au sens de l'article 119, les dispositions de la directive 76/207 ne sauraient être invoquées pour trancher le présent cas d'espèce, de sorte qu'il n'y a pas lieu de répondre à ces deux questions préjudicielles.

36 — Arrêt du 13 février 1996 (C-342/93, Rec. p. I-475).

VII — Conclusion

50. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la Cour du travail de Bruxelles:

« 1) L'indemnité complémentaire prévue par la convention collective de travail n° 17, du 19 décembre 1974, conclue au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 16 janvier 1975, et prévue dans la convention collective de travail du 23 mai 1984, conclue au sein de la sous-commission paritaire n° 315.1, est une prestation versée en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale à laquelle s'applique le protocole sur l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne.

2) Étant donné que l'indemnité complémentaire litigieuse constitue une rémunération au sens de l'article 119 du traité, il n'y a pas lieu de répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles. »