CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. WALTER VAN GERVEN

présentées le 4 mai 1994 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Les présentes affaires préjudicielles s'inscrivent dans le prolongement de l'arrêt du 17 mai 1990, Barber, dans lequel, comme nous le savons, la Cour a dit pour droit que

« l'article 119 du traité s'oppose à ce qu'un homme licencié pour cause économique ne puisse prétendre qu'à une pension avec paiement différé à l'âge normal de la retraite, alors qu'une femme se trouvant dans les mêmes conditions a droit à une pension de retraite immédiate, du fait de l'application d'une condition d'âge variable selon le sexe, qui est alignée sur la différence prévue par le régime légal national pour l'octroi des pensions de retraite » [1].

Il résulte dès lors de l'arrêt Barber que de telles discriminations apparaissant dans des régimes professionnels de pension doivent être supprimées. Les présentes affaires s'articulent autour de la question de la *manière* dont cette suppression doit être opérée. Les deux régimes de pension en litige ont opté pour un alignement de l'âge normal de départ à la retraite des travailleurs féminins sur celui des travailleurs masculins.

Antécédents de l'affaire C-408/92, Smith e.a.

2. M^me^ Smith et les autres demanderesses au principal dans l'affaire C-408/92 ont été ou sont encore affiliées à un régime professionnel de pension conventionnellement exclu, l'Avdel Pension & Life Assurance Plan (ci-après « régime »), géré par leur employeur, Avdel Systems Limited.

Le régime est financé en partie par des cotisations de l'employeur et en partie par une cotisation du travailleur, s'élevant à 5 % du salaire servant de base au calcul de la pension, déduction faite de l'abattement fiscal. Le régime confère aux affiliés le droit à une pension dès qu'ils atteignent l'âge normal de départ à la retraite ou la possibilité de convertir une partie de la pension annuelle en un capital exempt d'impôts. Sous certaines conditions, ils peuvent également transférer

* Langue originale: le néerlandais.

1 — C-262/88, Rec. p. I-1889, points 35 des motifs et 3 du dispositif.

au régime la valeur des droits à pension constitués dans le cadre d'un emploi antérieur.

Avant le 1er juillet 1991, le régime prévoyait que l'âge normal de départ à la retraite était de 65 ans pour les hommes et de 60 ans pour les femmes. Les règles du régime ont été modifiées avec effet au 1er juillet 1991 et prévoient désormais un âge normal de départ à la retraite uniformément fixé à 65 ans pour les hommes et pour les femmes. Selon l'ordonnance de renvoi, la modification concerne tant les prestations obtenues au titre d'années de service postérieures au 1er juillet 1991 que les prestations obtenues au titre d'années de service antérieures au 1er juillet 1991. Les conséquences de la modification sont, plus particulièrement, les suivantes:

a) si une femme prend sa retraite à l'âge de 60 ans, sa pension fera l'objet d'une réduction actuarielle de 4 % par année séparant la date de son départ à la retraite du moment où elle atteindra l'âge de 65 ans. Selon l'ancienne règle, elle aurait perçu une pension au taux plein;

b) si une femme quitte le régime avant d'avoir atteint l'âge normal de départ à la retraite, soit pour elle 65 ans, les droits à pension déjà constitués et susceptibles d'être transférés à un autre régime agréé ou utilisés en vue de l'achat d'une police d'assurance sont calculés sur la base d'un âge normal de départ à la retraite fixé à 65 ans, et

c) si une femme prend sa retraite à l'âge de 60 ans, les prestations de pension acquises du fait de son emploi antérieur sur la base d'un départ à la retraite à l'âge de 60 ans feront l'objet d'une réduction actuarielle de 4 % par année séparant la date de son départ à la retraite du moment où elle atteindra l'âge de 65 ans. Cependant, le montant total de ces prestations de pension ne peut pas être inférieur au niveau de la garantie donnée, en termes monétaires, au moment où les droits concernés ont été transférés au régime. Cette règle peut avoir pour effet de limiter la réduction globale nette de ces prestations.

3. 78 travailleurs féminins ont introduit un recours contre les nouvelles règles devant le Bedford Industrial Tribunal (ci-après « Industrial Tribunal »). Leur plainte se fonde en particulier sur l'article 119 du traité CE. En accord avec les parties, cinq affaires ont été sélectionnées comme représentatives. Ces affaires peuvent être réparties en trois catégories, à savoir:

a) les travailleurs féminins qui ont pris leur retraite après le 1er juillet 1991, entre 60 et 65 ans. Tel est le cas de Mmes Smith, Ball et McHugh. En application des nou-

velles règles, leur pension a subi une réduction, respectivement de 20 %, 8,3 % et 11,28 %;

b) les travailleurs féminins encore en service, ayant transféré au régime les droits à pension acquis auprès d'un employeur précédent. Tel est le cas de M^me^ Parker. Au cas où ces personnes prennent leur retraite entre 60 et 65 ans, leurs droits à pension font l'objet de la réduction actuarielle susmentionnée de 4 % par année jusqu'à leur 65^e^ anniversaire, sous réserve de la garantie donnée, en termes monétaires, ainsi qu'il a été indiqué ci-avant, et

c) les travailleurs féminins qui sont encore en service, mais qui ne sont plus affiliés au régime. C'est la situation de M^me^ Vance, qui a quitté volontairement le régime. Elle peut prétendre à une pension différée en fonction des droits qu'elle a constitués au cours de son affiliation au régime, la valeur de cette pension étant cependant calculée sur la base d'un âge normal de départ à la retraite de 65 ans [2].

4. Par ordonnance du 2 novembre 1992, l'Industrial Tribunal a sursis à statuer et a soumis à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Lorsqu'un régime professionnel de retraite prévoit des âges normaux de départ à la retraite différenciés selon le sexe (65 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes) et qu'un employeur tente, en se basant sur l'arrêt Barber, de mettre fin à cette distinction, l'article 119 du traité CEE fait-il obstacle à ce que cet employeur adopte, pour les hommes et les femmes, un âge de départ à la retraite commun fixé à 65 ans

i) en ce qui concerne les prestations de pension afférentes à ce régime professionnel de retraite et allouées aux travailleurs en considération des années de service postérieures au 1^er^ juillet 1991, date à laquelle a été assurée l'égalité entre les hommes et les femmes;

ii) en ce qui concerne les prestations de pension afférentes à ce régime professionnel de retraite et allouées aux travailleurs en considération des années de service existant à la date du 17 mai 1990 ou postérieures à celle-ci, mais antérieures au 1^er^ juillet 1991, date à laquelle a été assurée l'égalité entre les hommes et les femmes;

2 — L'ordonnance de renvoi mentionne encore une quatrième catégorie, à savoir les travailleurs féminins qui étaient affiliés au régime, mais qui entre-temps sont décédés. Comme aucune des affaires au principal ne se rapporte à cette hypothèse, nous ne prendrons pas cette catégorie en considération.

iii) en ce qui concerne les prestations de pension afférentes à ce régime professionnel de retraite et allouées aux travailleurs en considération des années de service antérieures au 17 mai 1990, l'égalité entre les hommes et les femmes ayant été assurée à dater du 1er juillet 1991?

2) En cas de réponse négative à la totalité ou à une partie de la première question ci-avant, l'article 119 du traité CEE impose-t-il à l'employeur de limiter autant que possible les répercussions négatives de sa décision d'éliminer ces âges de départ à la retraite différenciés pour les femmes dont les prestations sont affectées par cette décision?

3) En cas de réponse négative à la totalité ou à une partie de la première question ci-avant, l'article 119 du traité CEE permet-il à l'employeur de faire valoir que la réduction des prestations versées aux femmes est objectivement justifiée par les nécessités de l'entreprise ou par celles du régime professionnel de retraite concerné et, si oui, quels sont les facteurs à prendre en considération en vue de vérifier si cette décision est objectivement justifiée? »

Antécédents de l'affaire C-28/93, Van den Akker e.a.

5. Mme Van den Akker et les autres parties demanderesses au principal dans l'affaire C-28/93 sont toutes employées par des personnes morales qui font partie du Groupe Koninklijke Shell. A ce titre, elles sont affiliées au régime professionnel de pension de la Stichting Shell Pensioenfonds, partie défenderesse au principal (ci-après « fonds de pension »).

Jusqu'au 31 décembre 1984, le règlement de ce régime de pension établissait une distinction entre les travailleurs de sexe masculin et ceux de sexe féminin en ce sens que l'âge normal de départ à la retraite était fixé, respectivement, à 60 ans pour les premiers et à 55 ans pour les seconds. De ce fait, les travailleurs de sexe masculin pouvaient adhérer au régime pendant cinq ans de plus que leurs collègues féminins, ce qui leur permettait de constituer une pension nominale plus élevée, étant entendu que la constitution des droits à pension prenait fin, pour les uns et les autres, dès que le nombre maximal d'années de service ouvrant ces droits était atteint.

Cette distinction a été supprimée à partir du 1er janvier 1985: l'âge normal de départ à la retraite a été fixé pour tous les affiliés à 60 ans. Le régime transitoire suivant a en outre été adopté. Les travailleurs de sexe féminin qui, le 1er janvier 1985, étaient déjà affiliés au régime avaient le choix entre soit

adhérer à la nouvelle réglementation en acceptant le relèvement de l'âge de départ à la retraite de 55 à 60 ans, soit y adhérer tout en maintenant l'âge de départ à la retraite à 55 ans. Le choix devait être effectué au plus tard le 31 décembre 1986. En l'absence d'un choix explicite en faveur d'un âge de départ à la retraite fixé à 60 ans, l'intéressée était réputée avoir opté pour un âge de départ à la retraite fixé à 55 ans. Toutes les demanderesses au principal ont opté explicitement ou implicitement pour le maintien de l'âge de départ à la retraite à 55 ans.

6. A la suite de l'arrêt Barber précité, le fonds de pension a estimé nécessaire de modifier le règlement de pension dans le sens de la suppression, avec effet au 1er juin 1991, de la possibilité, offerte aux travailleurs féminins par la modification du règlement opérée en 1985, de maintenir, après le 1er janvier 1985, l'âge de départ à la retraite à 55 ans.

Au moment de cette modification, les règles de compensation suivantes ont été prises. On calcule d'abord la diminution, résultant de la modification de la valeur actuelle, des droits à pension qui ont été constitués au cours de la période antérieure au 17 mai 1990. Cette diminution est ensuite compensée, chaque adhérent pouvant opter au plus tard le 1er décembre 1991 pour une prise d'effet anticipée de la pension (correspondant à cette valeur actuelle) sans que soit appliquée la déduction réglementaire pour cause de pension anticipée. Si aucune déclaration n'était introduite à cette date, l'intéressée était réputée avoir choisi la première option.

Selon l'ordonnance de renvoi, le fonds de pension a donné l'assurance de reconsidérer la modification pour autant qu'il apparaisse que l'absence de mise en œuvre de la modification n'entraîne pas de risque de violation de l'article 119 du traité CE. En effet, le fonds de pension craint que, en cas de violation constatée de cet article, si on ne mettait pas en œuvre la modification, les travailleurs masculins se trouvant dans la même situation puissent encore prétendre aux mêmes droits que ceux qui découlent, pour leurs collègues féminins, du régime transitoire mis en œuvre en 1985 et, en particulier, optent pour un âge de départ à la retraite fixé à 55 ans.

7. Les parties demanderesses au principal estiment que l'article 119 et l'arrêt Barber ne rendent pas indispensable la modification évoquée ci-avant et que, dès lors, il convient de rendre la modification inopérante. Elles réclament à cet égard une déclaration en droit du Kantongerecht te 's-Gravenhage (ci-après « Kantongerecht »).

Le Kantongerecht a estimé nécessaire de soumettre à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« A) Est-il contraire à l'article 119 du traité CEE qu'en vertu d'un régime de pensions arrêté dans le cadre d'un contrat de travail et selon lequel l'âge de la pension est fixé depuis le 1er janvier 1985 à 60 ans, tant pour les adhérents de sexe masculin que pour ceux de sexe fémi-

nin, l'âge de la pension reste fixé, après le 17 mai 1990, à 55 ans pour une catégorie déterminée d'assujettis de sexe féminin,

a) si cette règle résulte d'une réglementation transitoire arrêtée avec effet au 1er janvier 1985 (date à laquelle le règlement a été modifié en ce sens que l'âge de la pension, qui était antérieurement fixé à 60 ans pour les adhérents de sexe masculin et à 55 ans pour les adhérents de sexe féminin, a été fixé uniformément à 60 ans), ('la réglementation transitoire') et

b) si la réglementation transitoire n'est applicable qu'aux adhérents (ou aux candidats à cette qualité) de sexe féminin qui, tant le 31 décembre 1984 que le 1er janvier 1985, étaient employés par un employeur affilié à la défenderesse ('les personnes lésées') et

c) si la réglementation transitoire prévoyait également que les personnes lésées pouvaient choisir 55 ou 60 ans comme âge de la pension, ce choix ayant dû être effectué au cours d'une période qui avait déjà pris fin (au plus tard) le 31 décembre 1986?

B) Aux fins de la réponse à la question A, est-il indifférent que, dans les cas où un choix explicite n'a pas été exprimé dans les délais, la réglementation transitoire prévoie que c'est l'âge de la pension originaire, à savoir 55 ans, ou l'âge de la pension général, à savoir 60 ans, qui est applicable? »

Le relèvement de l'âge de départ à la retraite des travailleurs féminins au niveau de celui des travailleurs masculins, en exécution de l'arrêt Barber, est-il compatible avec l'article 119 du traité CE?

8. Malgré les différences entre les deux affaires, la question centrale à laquelle la Cour se trouve confrontée en l'occurrence est la même, soit la question de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, afin de tenir compte des conséquences de l'arrêt Barber, un régime professionnel de pension peut aligner l'âge où les intéressés peuvent faire valoir leurs droits en élevant l'âge de départ à la retraite des travailleurs féminins plutôt qu'en abaissant celui des travailleurs masculins. Il ressort en particulier de l'affaire Smith qu'un tel procédé entraîne un préjudice pour les travailleurs féminins, qui doivent désormais rester plus longtemps en service pour pouvoir avoir droit à une pension professionnelle au taux plein.

Nous examinerons tout d'abord la question centrale sur le plan des principes pour ensuite apporter une réponse aux questions posées dans les deux affaires.

9. Bien qu'il s'agisse d'un sujet délicat, nous estimons qu'en droit communautaire, la réponse de *principe* est plutôt claire. Nous relèverons qu'une question analogue a été soumise à la Cour dans l'affaire C-200/91, Coloroll: dans cette affaire, la High Court of Justice (Chancery Division) souhaite s'entendre dire si le principe de l'égalité des rémunérations exige toujours de relever les prestations prévues pour celui des deux sexes qui est désavantagé ou s'il est compatible avec l'article 119 de réduire les prestations prévues pour l'autre sexe [3]. Dans nos conclusions du 28 avril 1993 dans les affaires Ten Oever, Moroni, Neath et Coloroll [4], sur le fondement de la jurisprudence de la Cour, nous avons opéré une distinction entre les prestations de pension selon qu'elles se fondent sur des discriminations encourues dans le passé (après l'arrêt Barber) ou se rapportent à des activités exercées après la mise en œuvre d'un nouveau régime, adapté (par suite de cet arrêt) au principe de l'égalité de traitement. Cette distinction s'impose également en l'occurrence.

10. S'agissant de prestations qui sont fondées sur des périodes d'activité situées dans le *passé*, auxquelles un régime discriminatoire s'appliquait, dans l'attente d'une mesure qui neutralise cette discrimination, un *relèvement* des prestations du groupe de personnes du même sexe qui est désavantagé doit être opéré, afin qu'elles atteignent le niveau de celles dont bénéficie le groupe de personnes du même sexe qui est avantagé. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour en matière de discrimination fondée sur le sexe, le régime plus favorable doit être appliqué également au groupe de personnes du même sexe qui est le moins avantagé, étant donné que ce régime constitue le « seul système de référence valable » pour une mise en œuvre immédiate du principe de l'égalité de traitement [5].

Dans le cadre de l'application de cette jurisprudence, il convient évidemment de tenir compte de la limitation dans le temps de l'arrêt Barber. Comme la Cour l'a précisé récemment dans les arrêts Ten Oever, Moroni et Neath, cela signifie que

« l'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué, afin d'exiger l'égalité de

3 — Cette question figure au point 1(2)(iii) des questions dans l'affaire Coloroll.

4 — Conclusions dans les affaires C-109/91, C-110/91, C-152/91 et C-200/91 (Rec. 1993, p. I-4932 et I-4933, point 60).

5 — La Cour a, pour la première fois, développé ce critère dans l'arrêt du 20 mars 1994, Razzouk et Beydoun (75/82 et 117/82, Rec. p. 1509, point 19), quant au droit à l'égalité de traitement de fonctionnaires européens de sexe féminin et de sexe masculin. Elle l'a ensuite utilisé pour assurer l'application du principe de l'égalité de traitement consacré par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 (voir la référence complète à la note 11), aussi longtemps que le législateur national n'a pas assuré la mise en œuvre (intégrale) de cette directive: voir entre autres les arrêts du 24 juin 1987, Borrie Clarke (384/85, Rec. p. 2865, point 12), et, récemment, du 24 février 1994, Roks (C-343/92, Rec. p. I-0000, point 18). Dans les arrêts Kowalska et Nimz, la Cour a également fait application de cette jurisprudence dans le domaine de l'article 119 du traité CE: arrêts du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591, point 19), et du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297, point 18).

traitement en matière de pensions professionnelles, que pour les prestations dues au titre de périodes d'emploi postérieures au 17 mai 1990, sous réserve de l'exception prévue en faveur des travailleurs ou de leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable » [6].

En d'autres termes, dans le domaine des pensions professionnelles, la jurisprudence mentionnée ci-avant, relative au « seul système de référence valable », ne peut être appliquée qu'à des périodes d'activité postérieures au 17 mai 1990.

11. La situation se présente d'une manière essentiellement différente dans le cas de prestations qui se fondent sur un nouveau régime, adapté au principe de l'égalité de traitement et se rapportant à des périodes d'activité *futures*, c'est-à-dire des périodes d'activité accomplies après l'entrée en vigueur de ce régime. Tout comme Avdel Systems Limited, le gouvernement du Royaume-Uni, le gouvernement allemand et la Commission, nous estimons que le droit communautaire ne s'oppose pas à une diminution de semblables prestations, aussi longtemps que ces prestations restent fixées à un niveau égal pour les travailleurs masculins et féminins. Émettre une appréciation différente constituerait une immixtion communautaire inopportune dans un domaine politique qui relève actuellement de la compétence des États membres, lesquels, comme la Cour l'a souligné itérativement, « disposent d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne la nature des mesures de protection et les modalités concrètes de leur réalisation » [7].

Contrairement à ce que les parties demanderesses dans les deux affaires au principal soutiennent, l'arrêt Defrenne II ne dément pas cette conclusion. Il est exact que dans cet arrêt, la Cour a considéré que, étant donné l'objectif social dont relève l'article 119 — tel que celui-ci se traduit dans l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main

6 — Arrêts du 6 octobre 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879, points 20 des motifs et 2 du dispositif); du 14 décembre 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591, points 31 des motifs et 3 du dispositif); du 22 décembre 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6953, points 18 des motifs et 1 du dispositif).

7 — Arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047, point 27); du 7 mai 1991, Commission/Belgique (C-229/89, Rec. p. I-2205, point 22), et du 19 novembre 1992, Molenbroek (C-226/91, Rec. p. I-5943, point 15). Voir également récemment l'arrêt du 24 février 1994, Roks, précité (note 5), dans lequel, s'agissant de la directive 79/7, la Cour a confirmé que celle-ci « laisse toutefois intacte la compétence que les articles 117 et 118 du traité reconnaissent aux États membres pour définir leur politique sociale dans le cadre d'une collaboration étroite organisée par la Commission et, partant, la nature et l'étendue des mesures de protection sociale, y compris en matière de sécurité sociale, ainsi que les modalités concrètes de leur réalisation... » (point 28). A notre avis, il en va de même pour l'article 119 du traité CE.

d'œuvre prescrite par l'article 117 [8] — il convenait d'« écarter l'objection tirée de ce que cet article pourrait être respecté autre ment que par un relèvement des salaires les moins élevés » [9]. Comme nous l'avons déjà soutenu dans les conclusions du 28 avril 1993, précitées [10], il convient de lire cet attendu dans son contexte: la procédure au principal concernait une demande d'indemnisation introduite par M^me^ Defrenne à l'encontre de son ancien employeur, la Sabena, en raison de discriminations en matière de salaires qui concernaient une activité qui avait été exercée au cours de la décennie précédente. Dès lors, il convient de considérer que cet attendu ne peut se rapporter qu'à des discriminations encourues dans le *passé* pour lesquelles, comme nous l'avons signalé, la Cour exige que le régime plus favorable s'applique également au groupe le moins avantagé.

12. Par ailleurs, le point de vue que nous défendons en l'occurrence est étayé récemment par l'arrêt Roks. Dans cet arrêt, la juridiction nationale demandait à la Cour si le droit communautaire s'opposait à l'instauration d'une législation nationale qui — en subordonnant le maintien du droit à une prestation d'incapacité de travail à une condition de revenu qui s'applique désormais tant aux hommes qu'aux femmes — prive pour l'avenir les femmes de droits que celles-ci tiraient jusqu'alors de l'effet direct de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE [11]. Se référant à la compétence des États membres en matière de politique sociale, la Cour a répondu que

« le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un État membre, en contrôlant ses dépenses sociales, prenne des mesures qui ont pour effet de retirer à certaines catégories de personnes le bénéfice de prestations de sécurité sociale, à *condition que ces mesures respectent le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, tel qu'il est défini à l'article 4, paragraphe 1 de la directive 79/7...* » [12].

Il en va de même en ce qui concerne l'application de l'article 119 du traité CE à des régimes de pension professionnels: cette disposition exige bien l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes; toutefois, elle n'impose pas un *niveau* déterminé de prestations futures de pension professionnelle.

8 — La Cour a relevé à maintes reprises que, bien qu'elle puisse présenter des éléments importants pour l'interprétation d'autres dispositions du droit communautaire, cette disposition revêt une nature essentiellement programmatique et que la mise en œuvre de ces objectifs doit être le résultat d'une politique sociale qu'il appartient aux autorités compétentes de définir (voir l'arrêt du 29 septembre 1987, Giménez Zaera, 126/86, Rec. p. 3697, points 13 et 14). La Cour l'a confirmé plus récemment dans l'arrêt du 17 mars 1993, Sloman Neptun (C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887, points 25 et 26), ajoutant que l'article 117 n'autorise pas un contrôle juridictionnel de la politique sociale définie par les États membres (point 27).

9 — Arrêt du 8 avril 1976, Defrenne II (43/75, Rec. p. 455, point 15).

10 — Point 60 des conclusions.

11 — 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).

12 — Arrêt Roks, précité, point 29 (passage que nous soulignons), avec renvoi aux arrêts du 11 juin 1987, Teuling (30/85, Rec. p. 2497), et Commission/Belgique, précité (note 7). Ce principe est effectivement déjà formulé au point 22 de l'arrêt mentionné en premier lieu et au point 24 de l'arrêt mentionné en dernier lieu, mais sans la phrase soulignée.

Réponses aux questions posées dans l'affaire Smith

13. Appliqué à l'affaire Smith, ce raisonnement donne le résultat suivant. Comme l'Industrial Tribunal l'indique à juste titre dans sa première question, il convient d'opérer une distinction entre trois cas de figure.

Nous commencerons par le cas de figure évoqué en dernier lieu, à savoir le fait de porter à 65 ans l'âge de départ à la retraite des travailleurs masculins et féminins en ce qui concerne les prestations de pension allouées en considération des *années d'activité antérieures au 17 mai 1990*. La solution de droit communautaire est claire: une telle opération n'est pas concernée par l'article 119 du traité CE, étant donné que — à tout le moins quant à des discriminations découlant de différences d'âges de départ à la retraite — cette disposition est dépourvue d'effet direct en ce qui concerne ces prestations et on ne peut pas non plus mentionner une autre règle ou un autre principe de droit communautaire qui rende nécessaire l'adaptation des régimes de pension professionnels au principe d'égalité par l'instauration d'un âge commun de départ à la retraite (plus élevé ou moins élevé). Nous avons, certes, de la compréhension pour le point de vue des parties demanderesses au principal et du gouvernement allemand, selon lequel un relèvement de l'âge de départ à la retraite peut, pour les femmes, entraîner une atteinte aux droits acquis inclus dans le régime professionnel de pension modifié par la suite. Néanmoins, étant donné l'absence de règles de droit communautaire pour la période concernée, cette problématique ne saurait être résolue que selon le droit national. D'ailleurs, il ressort des observations présentées par les gouvernements intervenants qu'un certain nombre de possibilités sont offertes en droit national: à ce sujet, le gouvernement du Royaume-Uni mentionne les règles, en vigueur au Royaume-Uni, du droit des contrats et du droit des trusts, tandis que le gouvernement allemand se réfère aux principes de droit allemand de la protection de la confiance légitime et des droits acquis (« Prinzip des Vertrauens- und Bestandsschutz ») ainsi qu'à la jurisprudence du Bundesarbeitsgericht [13]. Il convient d'ajouter qu'Avdel Systems Limited ne saurait, aux fins de la justification d'une modification rétroactive du régime, en aucune façon invoquer les conséquences financières de l'arrêt Barber, étant donné précisément que cet arrêt ne s'applique pas à des périodes d'activité qui lui sont antérieures.

14. Ensuite, il y a l'alignement sur l'âge le plus élevé de l'âge de départ à la retraite pour les travailleurs masculins et féminins en ce qui concerne des prestations de pension qui ont été acquises au titre de *périodes d'activité situées entre le 17 mai 1990 et la date de l'alignement, en l'espèce le 1er juillet 1991*. Étant donné que ces périodes d'activité se situent après l'arrêt Barber, il convient d'appliquer intégralement en l'occurrence la règle décou-

13 — Aux points 14 et 15 de ses observations, le gouvernement allemand renvoit en particulier à ce qu'il est convenu d'appeler l'arrêt sur les « pensions de veuf » (Witwerrenten-Urteil) du Bundesarbeitsgericht du 5 septembre 1989 (3 AZR 575/88; publié entre autres dans *Betriebs-Berater*, 1989, p. 2400, et dans *Der Betrieb*, 1989, p. 2615), dans lequel, s'agissant de la protection des droits acquis dans le cadre de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement dans les régimes particuliers d'assurance des pensions de veuf, une « *théorie des trois niveaux* » est appliquée. Selon cette théorie, un employeur ne saurait instaurer une uniformisation rétroactive de l'âge de la retraite que s'il peut démontrer concrètement l'existence à cet effet de *motifs contraignants* (zwingende Gründe), tels qu'un état de nécessité économique, la réduction d'une surprotection survenue de façon non planifiée et une grave violation de l'obligation de loyauté.

lant de la jurisprudence de la Cour, selon laquelle le principe de l'égalité de traitement exige que le régime qui s'applique au groupe de personnes du même sexe qui est le plus avantagé (en l'espèce les femmes) s'applique au groupe de personnes du même sexe qui est le moins avantagé (en l'espèce, les hommes).

Contrairement à la Commission — qui considère que seule la date de versement de la pension est pertinente pour l'appréciation de la question de savoir si l'article 119 du traité CE a été respecté [14] — nous estimons dès lors que l'article 119 du traité CE ne permet pas, pour des prestations *acquises* au titre de ces périodes d'activité, un alignement sur l'âge le plus élevé des âges de départ à la retraite.

15. S'agissant enfin de l'alignement sur l'âge le plus élevé de l'âge de départ à la retraite pour des prestations acquises au titre de *périodes d'activité postérieures à la date de l'alignement*, tout comme le gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement allemand, pour les motifs mentionnés précédemment (voir les points 11 et 12), nous estimons qu'une telle opération n'est pas contraire à l'article 119 du traité CE, pour autant à tout le moins qu'elle respecte entièrement le principe de l'égalité de traitement.

16. Ce dernier point nous amène à la deuxième question posée par l'Industrial Tribunal: même s'il ne s'oppose pas à l'alignement sur l'âge le plus élevé des âges de départ à la retraite, l'article 119 du traité CE impose-t-il à l'employeur de limiter autant que possible les répercussions négatives pour les femmes dont les prestations sont affectées par ledit alignement? S'agissant de l'alignement qui concerne les prestations afférentes à des périodes d'activité *antérieures au 17 mai 1990*, la réponse est claire: pour cette période, on ne saurait inférer de l'article 119 du traité CE des obligations pour l'employeur.

Il n'y a pas lieu d'évoquer en détail la situation relative aux prestations afférentes aux périodes d'activité situées entre le 17 mai 1990 et la date de l'alignement: comme nous l'avons indiqué, l'article 119 s'oppose, en l'occurrence, à un alignement sur l'âge le plus élevé de l'âge de départ à la retraite.

Mais qu'advient-il alors de l'alignement pour des années de service *futures* (c'est-à-dire les années postérieures à la date de l'alignement du 1er juillet 1991, prévue dans le régime)? Mme Smith et les autres parties demanderesses au principal soutiennent qu'en l'occurrence l'employeur est lié par le principe de droit communautaire de proportionnalité. La

14 — A l'audience, le conseil des parties demanderesses dans l'affaire Smith a indiqué à juste titre que le point de vue de la Commission ne tenait pas compte des caractéristiques intrinsèques des régimes professionnels de pension. En effet, ainsi que la Cour l'a fait observer dans les arrêts Ten Oever (point 17), Moroni (point 29) et Neath (point 14), cités à la note 6, les régimes professionnels de pension présentent un caractère particulier « 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 le paiement effectif de la prestation, qui est en revanche différé jusqu'à un âge donné ».

méthode choisie pour lever la discrimination interdite ne pourrait pas avoir pour effet de diminuer les prestations de pension des femmes plus que cela n'est strictement nécessaire pour répondre aux besoins de l'entreprise. Il faudrait encore tenir compte entre autres des excédents dont dispose le fonds de pension ou de méthodes alternatives de financement, telles que le relèvement des cotisations, et de la manière dont, dans le passé, l'employeur a profité du maintien d'un régime de pension discriminatoire (tel serait le cas en l'espèce, étant donné qu'Avdel Systems Limited n'a plus versé de cotisations depuis le 1er juin 1989).

Cette argumentation n'est pas fondée. L'article 119 du traité CE oblige l'employeur à supprimer toute inégalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins. A notre avis, le principe de proportionnalité ne saurait être invoqué pour porter préjudice à la mise en œuvre d'une « règle aussi fondamentale du droit communautaire que celle de l'égalité entre hommes et femmes » [15].

peut faire valoir une justification objective, telle que les nécessités de l'entreprise ou du régime professionnel de pension?

Nous sommes enclin à adopter un point de vue restrictif à cet égard. En effet, la durée de la période en cause et les coûts liés à cette durée sont à la disposition de l'employeur lui-même: plus vite le régime de pension est adapté au principe de l'égalité de traitement, plus courte est la période pendant laquelle la règle du « seul système de référence valable » s'applique et, dès lors, plus réduits sont les coûts qui en découlent pour l'employeur et pour le régime de pension. Il ne nous paraît donc pas opportun d'opérer, sur ce point, comme le plaide Avdel Systems Limited, une application souple des critères que la Cour a développés entre autres dans l'arrêt Bilka pour la justification objective de discriminations *indirectes* [16]. De même que le gouvernement du Royaume-Uni, nous estimons cependant que la Cour ne peut pas exclure a priori la possibilité d'exceptions objectivement justifiées.

17. La troisième question posée dans l'affaire Smith n'appelle de réponse qu'eu égard au deuxième cas de figure, à savoir celui de prestations de pension de travailleurs qui sont fondées sur des périodes d'activité prenant cours à partir du 17 mai 1990, mais antérieures à la date de l'alignement du 1er juillet 1991: l'employeur peut-il néanmoins, pour cette période, relever l'âge de départ à la retraite des femmes et, en conséquence, diminuer leurs prestations *lorsqu'*il

18. Toutefois, une telle possibilité ne peut être utilisée que dans des situations exceptionnelles, plus précisément pour tenir compte de circonstances qui sont totalement étrangères à la discrimination fondée sur le sexe et qui répondent à une nécessité *urgente* qui concerne la survivance même de l'entreprise ou la solvabilité de son régime profes-

15 — L'expression provient de l'arrêt Roks, précité, point 36.

16 — Arrêt du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607, point 36). Ces critères consistent à constater que les moyens choisis « répondent à un besoin véritable de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet ».

sionnel de pension. S'agissant de la survivance de l'*entreprise*, il nous paraît qu'un certain nombre — mais pas la totalité [17] — des facteurs invoqués par Avdel Systems Limited devant l'Industrial Tribunal [18] peuvent être qualifiés de semblables nécessités urgentes: nous pensons par exemple à la nécessité pour une entreprise d'assurer la réalisation des investissements vitaux ou de faire face à des chocs brutaux affectant ses effectifs [19]. S'agissant du *régime professionnel de pension*, une exception nous paraît possible lorsqu'une mise en œuvre sans restrictions du principe de l'égalité de traitement compromet gravement l'équilibre financier [20] du régime en cause et, dès lors, sa solvabilité [21]. Nous ne voulons pas non plus exclure qu'en raison des calculs actuariels complexes auxquels peut donner lieu la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement — les cas d'espèce, par exemple, requièrent des calculs séparés pour trois périodes distinctes d'emploi —, un régime professionnel de pension puisse donner la préférence à une conception alternative, moins complexe d'un point de vue administratif ou actuariel, pour mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne la période dont il est question en l'occurrence. Une telle conception alternative doit toutefois faire entrer pleinement en ligne de compte les droits que l'article 119 a fait naître en faveur de particuliers à partir du 17 mai 1990, date du prononcé de l'arrêt Barber [22].

Il va de soi que c'est au juge national qu'il appartient d'apprécier et de contrôler ces éléments, et notamment de déterminer si les motifs de justification invoqués par l'employeur et/ou par le régime professionnel de pension sont étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe [23] et ne contiennent pas plus de limitations du principe de l'égalité de traitement que cela n'est strictement nécessaire [24].

17 — Ainsi, à notre sens, il ne convient pas de retenir des facteurs de coût comportant un effet potentiel général, tels que les coûts potentiels, mentionnés par Avdel Systems Limited, liés à une hausse limitée de l'index des prix et les perspectives d'une récession économique.

18 — Point 7.4 de la décision de renvoi.

19 — Avdel Systems Limited invoque à cet égard les conséquences pour ses effectifs d'un recours massif des travailleurs masculins (au total, près de 90% de son personnel) au droit qui leur serait conféré de pouvoir prétendre à une pension au taux plein à l'âge de 60 ans.

20 — Le fait que, dans l'appréciation de la justification de discriminations, la Cour soit prête à prendre en considération l'équilibre financier du régime concerné ressort entre autres des arrêts du 7 juillet 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Rec. p. I-4297, points 15 à 18; régimes de pension légaux), et du 27 octobre 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Rec. p. I-5475, point 23; régime légal de prestation d'incapacité de travail).

21 — Le simple fait que la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entraîne des charges financières comportant certains effets quant à l'équilibre financier d'un régime professionnel de pension ne saurait dès lors constituer à lui seul un motif de justification: il doit s'agir de difficultés *impossibles ou presque impossibles à surmonter*. S'il s'agit, étant donné entre autres le délai limité et la situation financière du régime de pension (par exemple, la présence d'excédents, de réserves, et autres facteurs analogues), d'efforts qui sont surmontables, on peut renvoyer, par analogie, aux considérations développées par la Cour dans l'arrêt Roks, précité (note 5), relatives aux mesures légales de sécurité sociale: « Or, si des considérations d'ordre budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un État membre et influencer la nature ou l'étendue des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent toutefois pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique et, partant, ne sauraient justifier une discrimination au détriment de l'un des sexes » (point 35).

22 — Voir, s'agissant de la directive 79/7, l'arrêt du 8 mars 1988, Dik (80/87, Rec. p. 1601, point 14).

23 — Voir l'arrêt du 13 juillet 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743, point 15).

24 — Comparer le critère de proportionnalité, tel qu'il a été entre autres formulé dans l'arrêt Bilka (point 36) et dans l'arrêt Teuling, précité (note 12), point 18: les moyens choisis doivent être *aptes* à atteindre l'objectif justifié et être également *nécessaires* à cet effet. Cela implique non seulement que le juge national examine, en l'espèce, si la mesure adoptée par l'employeur et/ou par le régime professionnel de pension est pertinente, c'est-à-dire présente un lien logique avec l'objectif recherché (pour un cas dans lequel la Cour a considéré que cette pertinence n'existait pas, voir l'arrêt du 30 mars 1993, Thomas e.a., C-328/91, Rec. p. I-1247, point 16), mais encore s'il n'existe pas d'alternative valable pour l'employeur et/ou le régime professionnel de pension, qui restreigne moins le principe d'égalité de traitement.

Réponses aux questions posées dans l'affaire Van den Akker

19. Contrairement à l'affaire Smith, l'affaire Van den Akker concerne un alignement de l'âge de départ à la retraite des travailleurs masculins et féminins mis en œuvre *avant* l'arrêt Barber, soit le 1er janvier 1985, dans le cadre duquel, durant une période limitée (du début de l'année 1985 à la fin de l'année 1986), les adhérents féminins qui étaient alors affiliés pouvaient opter pour le maintien d'un âge de départ à la retraite inférieur. Dès lors, la question centrale formulée ci-avant (au point 8) présente en l'occurrence une nuance, l'accent étant mis sur les effets de l'arrêt Barber sur un régime transitoire convenu avant cet arrêt — et même avant l'arrêt Bilka [25]: un tel régime transitoire, qui est limité ratione personae et ratione temporis, doit-il être rapporté? Dans le cas du maintien d'un tel régime transitoire, les travailleurs masculins peuvent-ils prétendre aux mêmes droits que ceux qui s'appliquent aux travailleurs féminins qui, dans le cadre du régime transitoire de 1985, ont opté pour un âge de départ à la retraite fixé à 55 ans?

20. Les points de vue adoptés par les parties intervenant devant la Cour divergent. Les parties demanderesses au principal et le gouvernement néerlandais estiment que l'article 119 du traité CE ne s'oppose pas au régime transitoire en cause. Les premières invoquent à cet effet, en particulier, les motifs de l'arrêt Barber dans lesquels la Cour a déclaré 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 [26]. Selon elles, en l'espèce, les effets des situations juridiques concernées ont été épuisés par la survenance de la date ultime à laquelle il était possible d'opter en faveur du régime transitoire, soit le 31 décembre 1986. Adopter un point de vue différent reviendrait à tenir compte insuffisamment du principe fondamental de la sécurité juridique.

En revanche, selon le fonds de pension, il découle de l'arrêt Barber qu'à l'heure actuelle le régime transitoire dont il est question en l'occurrence est également interdit. Eu égard à la façon dont la Cour a limité dans le temps les effets de l'arrêt Barber, pour le fonds de pension, s'agissant de droits constitués après le 17 mai 1990, il n'est plus permis d'opérer une discrimination en maintenant un âge de départ à la retraite différent selon le sexe.

La Commission se rallie à ce dernier point de vue. Elle estime que les parties demanderesses au principal ne peuvent pas s'opposer à la suppression du régime transitoire en invoquant l'article 119 du traité CE. Selon la Commission, cette disposition ne s'oppose pas à une réduction pour l'avenir des prestations de pension du groupe avantagé pour les amener au niveau de celles du groupe défavorisé, aussi longtemps toutefois que le principe de l'égalité de traitement est respecté. La

25 — Précité (note 16).

26 — Voir l'arrêt Barber, points 41 et 44.

question de savoir s'il est porté atteinte aux droits acquis des demanderesses serait une autre question, à laquelle, en principe, il convient de répondre selon le droit national. Par ailleurs, la Commission estime qu'elle ne doit pas nuancer son point de vue à la lumière des circonstances mentionnées par le Kantongerecht aux points a), b) et c) de sa première question. Elle considère en particulier que la jurisprudence de la Cour en matière de prestations de sécurité sociale fournit de bons arguments à l'appui de la thèse selon laquelle le principe de l'égalité de traitement doit être rigoureusement respecté même dans le cadre du régime transitoire dont il est question en l'espèce.

21. Examinons tout de suite la jurisprudence évoquée par la Commission. Il s'agit d'un certain nombre d'arrêts (Borrie Clarke [27], Dik [28] et Johnson [29]) dans lesquels la Cour s'est prononcée sur la compatibilité avec la directive 79/7 de dispositions transitoires légales — le plus souvent insérées à l'occasion de l'adaptation de la législation nationale à cette directive — permettant de prolonger les effets de certaines règles discriminatoires au-delà de l'expiration du délai de transposition de ladite directive (23 décembre 1984) [30]. La Cour a fermement considéré qu'une telle attitude était contraire à la directive 79/7. Elle s'est fondée, à cet égard, en premier lieu sur l'effet direct de la prohibition des discriminations inscrite à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 et de l'obligation pour les États membres, inscrite à l'article 5 de cette directive, de supprimer toutes les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement [31]. En outre, la Cour a souligné que

« la directive ne prévoit aucune dérogation au principe de l'égalité de traitement prévu par l'article 4, paragraphe 1, de la directive pour autoriser la prolongation des effets discriminatoires de dispositions nationales antérieures. Il s'ensuit 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 prestation sont antérieures à cette date. Le fait que ces inégalités résultent de dispositions transitoires prises à l'occasion de l'institution d'une nouvelle prestation n'est pas une circonstance de nature à conduire à une appréciation différente » [32].

22. Cette jurisprudence, qui exige l'*effet immédiat* dans le temps du principe de l'égalité de traitement, doit-elle, ainsi que la Commission le suggère, s'appliquer sans restrictions à la problématique de l'espèce?

27 — Précité (note 5).

28 — Précité (note 22).

29 — Arrêt du 11 juillet 1991 (C-31/90, Rec. p. I-3723).

30 — Dans l'affaire Borrie Clarke, le Royaume-Uni défendait semblable régime transitoire en matière de prestations d'invalidité en formulant l'argument selon lequel il fallait sauvegarder, ainsi, les espoirs légitimes des personnes qui bénéficiaient d'une prestation sous l'ancien régime de ne pas être privées d'allocation du fait du changement de réglementation (point 4).

31 — Voir les arrêts Borrie Clarke, point 9, et Dik, point 8.

32 — Arrêt Borrie Clarke, point 10. Voir également les arrêts Dik, point 9, et Johnson, point 32.

Nous nourrissons de sérieux doutes à ce sujet. Ces doutes sont alimentés entre autres par le fait qu'au contraire de la directive 79/7, la directive 86/378/CEE [33], qui applique le principe de l'égalité de traitement au domaine des régimes professionnels de sécurité sociale, comporte, à l'article 8, paragraphe 2, la disposition transitoire suivante:

« 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. »

Contrairement à la directive 79/7, la directive 86/378 comporte donc une disposition expresse stipulant l'*effet différé dans le temps* des nouvelles dispositions normatives [34].

23. Pourquoi la directive 79/7 ne comporte-t-elle pas une telle exception, et bien la directive 86/378? A notre avis, cette différence s'explique principalement par le fait que la première de ces directives concerne les régimes *légaux* [35] de sécurité sociale, c'est-à-dire, selon les termes employés par la Cour,

« les régimes ou prestations de sécurité sociale comme, par exemple, les pensions de retraite, réglés directement par la loi, à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, et obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs » [36].

S'agissant de semblables régimes, le principe de l'effet immédiat de la nouvelle loi s'applique généralement [37]. En outre, il ne faut pas perdre de vue que i) les États membres disposaient de six ans pour adapter leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives [38], et ii) dans le domaine des pensions de vieillesse et de retraite, cette directive pré-

33 — 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).

34 — La proposition initiale de la Commission ne comportait pas ce régime transitoire. Cependant, en son article 10, la proposition comportait un régime transitoire analogue relatif à l'utilisation d'éléments de calcul actuariel différents selon le sexe.

35 — Voir l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7 et le deuxième considérant du préambule de cette directive. L'article 3, paragraphe 1, sous b), prévoit que la directive s'applique également aux dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où elles sont destinées à compléter les régimes visés sous a) ou à y suppléer.

36 — Arrêt Ten Oever, précité (note 6), point 9, avec renvoi à l'arrêt du 25 mai 1971, Defrenne I (80/70, point 7). Voir également l'arrêt Moroni, précité (note 6), point 14. Comparer la définition que, dans une jurisprudence constante, la Cour donne de la notion de « prestation de sécurité sociale » au sens du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2), à savoir une prestation qui « est octroyée, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, aux bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie (et qui) se rapporte à l'un des risques énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 » (voir entre autres les arrêts du 16 juillet 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839, point 15 et du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg, C-111/91, Rec. p. I-817, point 29).

37 — Pour la raison d'être de cette applicabilité immédiate, voir l'ouvrage classique de Roubier, P.: *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, p. 340 et suivantes.

38 — Voir l'article 8, paragraphe 1, de la directive 79/7.

voit une dérogation relative à la fixation de l'âge de départ à la retraite dont la Cour n'a jamais mis en doute la validité [39].

En revanche, dans le cas de régimes professionnels de pension, on se trouve dans le domaine *conventionnel.* Dans ce domaine, le droit transitoire est sujet à d'autres considérations que dans celui de régimes légaux ayant une portée générale, telles que le respect de l'autonomie de la volonté des parties et de l'équilibre contractuel atteint. Généralement, s'agissant de conventions, on admet l'effet différé de la nouvelle loi par rapport à la loi ancienne, l'application immédiate de la règle nouvelle ne devant être garantie que pour autant que l'intérêt général soit gravement affecté par la prolongation de situations nées sous l'empire de l'ancien droit [40].

24. Le principe de l'effet différé d'une nouvelle loi nous paraît tout à fait approprié dans le cas de situations conventionnelles qui se prolongent dans le futur. Néanmoins, nous pensons que ce principe ne doit pas être appliqué en l'occurrence, eu égard à la jurisprudence de la Cour et plus particulièrement aux arrêts Defrenne II et Barber. Dans le premier de ces arrêts, la Cour a considéré que, l'article 119

« ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers » [41].

Ainsi, l'application directe (et en principe immédiate dans le temps) de l'article 119 à des régimes horizontaux et en particulier conventionnels s'est trouvée admise.

Dans l'arrêt Barber, comme d'ailleurs dans l'arrêt Defrenne II, la Cour a néanmoins restreint cette application immédiate en limitant l'effet de cet arrêt dans le temps, ce qui a eu pour conséquence de conférer à cette disposition un effet différé temporaire. Il nous paraît qu'en procédant de la sorte, par l'institution d'un régime transitoire jurisprudentiel, la Cour a elle-même mis en œuvre la pondération, constituant le fondement du principe de l'effet différé, de l'intérêt général communautaire (et en particulier de la nécessité d'une application uniforme et générale du droit communautaire) et de l'intérêt particulier (spécialement, de la sécurité juridique et de la protection de rapports contractuels nés de bonne foi). C'est donc ce régime transitoire, contenu dans l'arrêt Barber, qu'il convient d'appliquer aux fins de l'interpréta-

39 — Voir l'arrêt Equal Opportunities Commission, précité (note 20), confirmé dans l'arrêt Thomas e.a., précité (note 24), point 9.

40 — Voir entre autres Chabas, F. dans Mazeaud, Mazeaud et Chabas: *Leçons de droit civil*, I, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1991, 147, p. 197-198; Ghestin, J. et Goubeaux, G.: *Traité de droit civil. Introduction générale* Paris, LGDJ, 1990, 373, p. 333 et 334; Roubier, P.: *Le droit transitoire*, p. 380 et suivantes.

41 — Arrêt Defrenne II, précité (note 9), point 39, confirmé ensuite dans une jurisprudence constante, entre autres dans les arrêts du 27 juin 1990, Kowalska, précité, point 12 et du 7 février 1991, Nimz précité, point 17 (dans ce dernier arrêt, uniquement en ce qui concerne des conventions collectives de travail).

tion de l'article 119 du traité CE dans le domaine des régimes professionnels de pension.

25. Concrètement, cette constatation comporte les implications suivantes. Étant donné qu'en vertu de l'arrêt Barber, l'effet direct de l'article 119 du traité CE ne peut être invoqué que pour des périodes d'activité postérieures au 17 mai 1990, les travailleurs masculins du groupe Koninklijke Shell ne peuvent en aucune façon invoquer l'incompatibilité du régime transitoire avec l'article 119 du traité CE pour des périodes d'emploi antérieures à l'arrêt Barber. Il va également de soi que les travailleurs féminins qui, dans le cadre du régime transitoire, ont opté pour le maintien à 55 ans de l'âge de départ à la retraite et qui ont atteint cet âge avant l'arrêt Barber ne sont pas concernés par l'arrêt susmentionné: leur cas est précisément celui qu'au point 44 de l'arrêt Barber la Cour avait pris en considération, à savoir le cas dans lequel

« 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 ».

26. Contrairement aux parties demanderesses au principal, nous estimons toutefois qu'il n'est *pas* possible de considérer la situation des travailleurs féminins qui, dans le cadre du régime transitoire, ont opté en faveur d'un âge de départ à la retraite fixé à 55 ans, mais qui n'avaient pas encore atteint cet âge à l'époque de l'arrêt Barber comme une situation « qui a épuisé ses effets dans le passé »: en effet, leurs droits à pension continuent ou ont continué à se constituer après l'arrêt Barber. S'agissant des périodes d'activité accomplies par ces travailleuses et par leurs collègues masculins après le 17 mai 1990, il convient d'appliquer sans restrictions la dernière phrase du point 44 de l'arrêt Barber, dans laquelle la Cour a explicitement exclu un effet différé de la nouvelle interprétation de l'article 119:

« Il y a lieu, enfin, de préciser qu'aucune limitation des effets de ladite interprétation ne peut être admise pour ce qui concerne l'ouverture du droit à une pension à partir de la date du présent arrêt » [42].

27. Ainsi que le pensait à juste titre le fonds de pension, le régime transitoire devait donc être adapté pour tenir compte des conséquences de l'arrêt Barber [43]. Pour les périodes d'activité situées entre le 17 mai 1990 et le 1er juin 1991, date de la modification du

42 — En précisant l'effet dans le temps de l'arrêt Barber dans les arrêts Ten Oever (point 19), Moroni (point 31) et Neath (point 16), précités, la Cour a renvoyé explicitement à la motivation du point 44 de l'arrêt Barber.

43 — A cet effet, le fonds de pension invoque encore un autre argument, à savoir le fait qu'au point 32 de l'arrêt Barber la Cour a considéré 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; passage que nous soulignons). Nous ne croyons pas nécessaire de répondre ici à la question de savoir s'il convient d'attribuer à ce passage l'interprétation donnée par le fonds de pension. En effet, ce passage doit être lu conjointement avec la deuxième phrase de ce point, dont il ressort que la Cour considère que la circonstance qu'un âge de la retraite différent selon le sexe dans le cadre d'un régime professionnel de pension conventionnellement exclu est fondé sur le régime légal de pension ne justifie pas une telle discrimination.

règlement de pension, c'est la règle citée ci-avant du « seul système de référence valable » (ci-avant, point 10) qui s'applique. Pour les périodes d'activité postérieures, le relèvement de l'âge de départ à la retraite des travailleurs féminins qui relevaient du régime transitoire, pour atteindre le niveau de l'âge de départ à la retraite des travailleurs masculins, est compatible avec l'article 119 du traité CE, pour autant qu'en l'occurrence le principe de l'égalité de traitement soit entièrement respecté (ci-avant, au point 11).

28. S'agissant de la question d'un relèvement rétroactif de l'âge de départ à la retraite des travailleurs féminins quant à des périodes d'emploi situées entre l'arrêt Barber et la date de l'alignement de l'âge de départ à la retraite, nous pouvons renvoyer à la réponse donnée dans l'affaire Smith (ci-avant, point 17). Les parties n'ont pas évoqué ce problème en l'espèce, en raison peut-être du régime de compensation mis en œuvre par le fonds de pension (ci-avant, point 6).

Conclusion

29. Nous suggérons à la Cour de répondre aux questions préjudicielles soulevées dans les présentes affaires de la manière suivante:

Dans les deux affaires:

« Le fait pour un employeur, par suite de l'arrêt de la Cour du 17 mai 1990, Barber (C-262/88), dans le cadre d'un régime professionnel de pension, de relever l'âge de départ à la retraite de travailleurs féminins pour des périodes de travail situées dans l'avenir, afin qu'il atteigne celui des travailleurs masculins, n'est pas contraire à l'article 119 du traité CE, à tout le moins pour autant que le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes, inscrit dans la disposition précitée, soit pleinement respecté. Étant donné la limitation dans le temps de l'effet de l'arrêt Barber, le droit communautaire ne fait pas non plus obstacle à l'exécution d'une telle opération pour des périodes d'activité antérieures au 17 mai 1990. Le droit communautaire s'oppose toutefois à l'exécution d'une telle opération en ce qui concerne des périodes d'activité situées entre le 17 mai 1990 et la date de l'alignement. Pour ces dernières périodes d'activité, le principe de l'égalité de traitement doit être réalisé en appliquant les règles dont bénéficient les membres du groupe de personnes du même sexe le plus avantagé aux membres du groupe de personnes du même sexe le moins avantagé. »

Dans l'affaire C-408/92, Smith e.a.:

« 1) L'article 119 du traité CE n'implique, dans aucun des trois cas de figure précités, l'obligation indiquée par l'Industrial Tribunal dans sa deuxième question.

2) Dans le troisième cas de figure décrit par l'Industrial Tribunal, aux fins de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, il est possible, mais uniquement dans des situations exceptionnelles, de tenir compte de situations qui sont totalement étrangères à une discrimination fondée sur le sexe et qui répondent à une nécessité urgente qui concerne la survivance même de l'entreprise ou la solvabilité de son régime professionnel de pension. Il appartient au juge national d'examiner ces éléments et de veiller à ce que le principe de l'égalité de traitement ne soit pas plus restreint que cela n'est strictement nécessaire. »

Dans l'affaire C-28/93, Van den Akker e.a.:

« Étant donné l'arrêt Barber, le fait, dans le cadre d'un régime professionnel de pension, en ce qui concerne des périodes d'activité postérieures au 17 mai 1990, de laisser l'âge de départ à la retraite fixé à 55 ans pour un groupe limité d'adhérents féminins qui, à cette date, n'ont pas encore atteint l'âge de départ à la retraite, tandis que pour les travailleurs masculins l'âge de départ à la retraite est fixé à 60 ans, est contraire à l'article 119 du traité CE. Cette conclusion n'est pas affectée par la circonstance que cette situation fait partie d'un régime transitoire convenu avant l'arrêt Barber. »