CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO TIZZANO

présentées le 5 février 2002 [1]

1. Par ordonnance du 3 mai 2000, parvenue au greffe de la Cour le 19 mai, l'Arbeitsgericht Hamburg (République fédérale d'Allemagne) a soumis à la Cour, en application de l'article 234 CE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation des directives 76/207/CEE [2] et 79/7/CEE [3] dans le cadre d'un litige qui oppose une salariée qui a atteint l'âge de la retraite (60 ans) à son employeur du secteur public. Cette salariée critique notamment le fait de ne pas être admise au bénéfice du régime allemand de préretraite en raison de son âge alors que les travailleurs de sexe masculin du même âge ont droit au bénéfice du régime en cause.

I — Cadre juridique

A — La réglementation communautaire

2. En application de l'article 1er de la directive 76/207:

«1. La présente directive vise la mise en œuvre, dans les États membres, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail et, dans les conditions prévues au paragraphe 2, la sécurité sociale. Ce principe est dénommé ci-après 'principe de l'égalité de traitement'.

2. En vue d'assurer la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, le Conseil arrêtera, sur proposition de la Commission, des dispositions qui en préciseront notamment le contenu, la portée et les modalités d'application».

1 — Langue originale: l'italien.

2 — Directive 76/207/CEE 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).

3 — Directive 79/7/CEE 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 L 1979, 6, p. 24).

3. L'article 2 de la directive 76/207 dispose que:

«1. Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.

2. La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante.

3. La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

4. La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er, paragraphe 1.»

4. Conformément à l'article 5 de la directive 76/207:

«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.

2. À cet effet, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que:

a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement;

b) soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels de travail, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes;

c) soient révisées celles des dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement lorsque le souci de protection qui les a inspirées à l'origine n'est plus fondé; que, pour les dispositions conventionnelles de même nature, les partenaires sociaux soient invités à procéder aux révisions souhaitables».

5. En application de l'article 6 de la directive 76/207:

«Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes».

6. La directive 79/7 a été adoptée sur le fondement de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 76/207[4] en vue d'assurer la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale.

7. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 79/7 dispose que:

«La présente directive s'applique:

a) aux régimes légaux qui assurent une protection contre les risques suivants:

— maladie,

— invalidité,

— vieillesse,

— accident du travail et maladie professionnelle,

— chômage;

4 — Voir premier considérant de la directive 79/7.

b) aux dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où elles sont destinées à compléter les régimes visés sous a) ou à y suppléer».

2. Le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité».

8. Conformément à l'article 4 de la directive 79/7:

«1. Le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial, en particulier en ce qui concerne:

— le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes,

— l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations,

— le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du conjoint et pour personne à charge et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations.

9. Conformément à l'article 5 de la directive 79/7:

«Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement».

10. L'article 6 de la directive 79/7 dispose que:

«Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application du principe de l'égalité de traitement de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes».

11. L'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7 prévoit que:

«La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application:

a) la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations».

B — La législation nationale

12. Les conditions permettant de faire valoir des droits à une pension de retraite sont définies dans le Sozialgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland, 6e livre (code social allemand, 6e livre; ci-après «SGB VI»), qui prévoit, et ce en fonction d'une série de critères [5], différentes hypothèses pour l'âge de la retraite — lesquelles situent cependant toutes cet âge entre 60 et 65 ans (articles 35 à 40). Il est notamment prévu que les assurés des deux sexes puissent faire valoir leurs droits à pension au plus tard à l'âge de 65 ans révolus (article 35 du SGB VI); à 63 ans, s'il s'agit d'assurés ayant cotisé pendant une période d'au moins 35 ans (article 36 du SGB VI); ou dès l'âge de 60 ans s'ils ont bénéficié pendant 24 mois d'un régime de préretraite dont nous parlerons plus longuement ci-après (article 38 du SGB VI). Toujours à 60 ans — mais seulement pour les femmes — un droit à la retraite peut être ouvert si d'autres conditions particulièrement favorables par ailleurs pour les intéressées sont réunies (par exemple, un délai de carence de 15 ans seulement; article 39 du SGB VI) [6]. Il est clair que pour qu'un salarié puisse bénéficier d'une mise à la retraite anticipée, il est nécessaire qu'il y ait une demande en ce sens de la part de l'intéressé, car il pourrait aussi décider de continuer à travailler. À cet égard, il est apparu au cours du présent litige que, en République fédérale d'Allemagne lorsque les salariées âgées de 60 ans révolus et satisfaisant aux conditions mentionnées à l'article 39 du SGB VI ont atteint l'âge de la retraite, elles peuvent continuer à travailler aussi bien à temps plein qu'à temps partiel au lieu de faire valoir leurs droits à une pension de vieillesse, mais il est clair que dans ce dernier cas elles n'ont droit qu'à une rémunération proportionnelle à leurs heures de travail effectives.

13. Comme nous venons de le dire, un travailleur peut faire valoir ses droits à pension plus tôt s'il a bénéficié d'un régime de travail à temps partiel pour des raisons liées à son âge (c'est-à-dire d'un régime dit «de préretraite»; article 38 du SGB VI). Ce régime est réglementé par l'Altersteilzeitgesetz (loi sur la préretraite, ci-après l'«ATG») du 23 juillet 1996, dont le double

5 — Tels que la durée de cotisations, le versement de cotisations sociales obligatoires pendant un certain nombre d'années, certaines conditions psychophysiques (le sexe, une invalidité grave ou une incapacité professionnelle), le chômage, l'exercice d'un métier spécifique (dans le cas des mineurs).

6 — Il est prévu une retraite au même âge également pour les handicapés graves et ceux qui sont atteints d'une incapacité professionnelle ainsi que les chômeurs et les mineurs, étant donné le caractère particulièrement usant d'un tel travail (articles 37, 38 et 40 du SGB VI).

objectif est de faciliter aux travailleurs d'un certain âge le passage progressif de la vie active à la retraite et de réduire le taux de chômage (article 1er de l'ATG), étant donné que l'employeur est tenu d'embaucher un chômeur pour qu'il travaille aux côtés du travailleur placé en régime de préretraite [article 3, paragraphe 1, sous 2), de l'ATG][7]. L'admission à ce régime est subordonnée à deux conditions: que le travailleur de sexe masculin ou féminin ait atteint l'âge de 55 ans et qu'une convention de préretraite (individuelle, collective ou d'entreprise) ait été conclue entre l'employeur et le travailleur (article 2, paragraphe 1, de l'ATG). Le recours à la préretraite est encouragé, d'une part, par une rémunération plus élevée, égale à 70 % du salaire net à temps plein, même si le salarié travaille selon un horaire réduit de moitié [voir article 3, point 1, sous 1), de l'ATG]; d'autre part, par une contribution financière du Bundesanstalt für Arbeit (office fédéral allemand du travail; ci-après le «Bundesanstalt») provenant de fonds publics affectés à la lutte contre le chômage[8] et destinée à rembourser à l'employeur 20 % du salaire minimal net ainsi que les cotisations de sécurité sociale (article 4 de l'ATG). L'intervention du Bundesanstalt est toutefois soumise à certaines limites; elle ne peut, notamment, dépasser cinq ans (article 4, paragraphe 1, de l'ATG) et cesse dès que le travailleur est en mesure de faire valoir un droit à pension et, en tout état de cause, lorsqu'il a atteint l'âge de 65 ans révolus [article 5, paragraphe 1, sous 1) et 2), de l'ATG]. Les parties peuvent, par ailleurs, décider que la convention de préretraite prend également fin lorsque le droit à pension prend effet (article 8, paragraphe 3, de l'ATG).

14. Selon la convention collective sur la préretraite pertinente et en vigueur au moment des faits qui font l'objet du litige au principal (le Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit du 5 mai 1995; ci-après la «convention collective»), l'employeur peut, dans des conditions analogues à celles prévues par l'ATG, accorder le bénéfice de la préretraite aux travailleurs à temps plein des deux sexes qui ont atteint l'âge de 55 ans révolus (article 2, paragraphe 1, de la convention collective). Pour ceux qui ont déjà atteint l'âge de 60 ans révolus et qui remplissent les conditions prévues à l'article 2, paragraphe 1, précité, la préretraite devient un droit (article 2, paragraphe 2) à moins que des motifs graves de service ou d'organisation de l'entreprise n'y fassent obstacle. La préretraite qui doit durer au moins deux ans (article 2, paragraphe 3)[9] peut consister en un travail à temps plein pendant la moitié de la durée normalement prévue («Blockmodell» ou modèle de préretraite en bloc) ou en un travail à temps partiel pendant la durée dudit contrat («Teilzeitmodell» ou modèle de préretraite à temps partiel; article 3, paragraphe 2).

15. Conformément à l'article 9, paragraphe 1, de la convention collective, la relation de travail en préretraite prend fin à la date définie dans chaque convention indi-

7 — Cette obligation s'impose également dans le cas qui est celui de la demanderesse au principal dans lequel le salarié opte pour la formule de «préretraite en bloc» (travail à temps plein pour une période égale à la moitié de celle au cours de laquelle il aurait exercé une activité à temps partiel); dans ce cas, l'embauche d'un chômeur doit être postérieure à la mise à la retraite du salarié (article 3, paragraphe 3, de l'ATG).

8 — Selon les explications fournies par le gouvernement allemand lors de l'audience.

9 — Cet accord dépend également des modalités prévues par l'article 38 du SGB VI qui permet aux salariés de bénéficier d'une retraite anticipée après avoir travaillé en régime de préretraite pendant 24 mois.

viduelle. Toutefois, le paragraphe 2, sous a), de ce même article 9 prescrit, entre autres, que cette relation de travail prend fin, en tout état de cause, au terme du mois précédent celui au cours duquel le travailleur peut prétendre à une pension de retraite. Ainsi, comme l'ont démontré le gouvernement allemand et la partie défenderesse dans le litige au principal, ce rapport prend fin lorsque cesse le financement public par le Bundesanstalt, en application de l'article 5, paragraphe 1, sous 2), précité, de l'ATG. Cela pour éviter que l'employeur ne supporte les charges plus élevées résultant du régime de préretraite de travailleurs qui ont atteint l'âge de la retraite.

16. Tel est le cadre normatif et conventionnel complexe applicable en Allemagne que nous avons tenté de retracer sur la base des documents fournis par les parties. Si nous y sommes parvenus correctement, nous pensons pouvoir en déduire aux fins du présent litige, pour synthétiser plus encore, que le régime de préretraite est au fond une mise à la retraite anticipée du travailleur qui entend se prévaloir de ce droit à l'âge de 55 ans accomplis et au plus tard à l'âge auquel il peut prétendre à la retraite, en ayant présent à l'esprit que si les travailleurs de sexe féminin peuvent normalement faire valoir ce droit à 60 ans et ceux du sexe masculin à 65 ans, celui-ci peut parfois être acquis par les femmes même après cet âge et, en tout état de cause, jusqu'à 65 ans et par les hommes dès 60 ans. En outre, le régime en cause n'est pas une fin en soi, mais s'inscrit, de par l'objectif de la lutte contre le chômage qu'il poursuit, dans le cadre de l'obligation de l'employeur d'embaucher un chômeur. Nous soulignons également que, aux fins de l'acquisition d'un droit à une retraite anticipée, la période minimale d'application du régime de préretraite doit être de 24 mois, avec pour conséquence que si un travailleur, quel que soit son sexe, opte pour ledit régime peu avant ses 60 ans ou après cet âge, il sera automatiquement mis à la retraite après ces 24 mois, puisque, comme nous l'avons vu, la relation de travail en régime de préretraite prend automatiquement fin lorsque l'intéressé peut se prévaloir de son droit à pension [voir article 9, paragraphe 2, sous a), de la convention collective]. Enfin, nous rappelons que la convention collective prévoit que lorsque le salarié est en mesure de faire valoir son droit à pension, la relation de travail existant le cas échéant prend fin en tout état de cause [article 9, point 2, sous a), conformément à l'article 8, paragraphe 2, de l'ATG]. Cette situation a pour conséquence que, quel que soit son sexe, un travailleur ne saurait obtenir le bénéfice du régime de préretraite s'il a déjà acquis un droit à pension.

II — Faits et questions préjudicielles

17. Mme Kutz-Bauer, demanderesse au principal, née le 21 août 1939, est employée par la Freie und Hansestadt Hamburg, partie défenderesse, en qualité de directrice de la Landeszentrale für politische Bildung. Pensant pouvoir augmenter le montant de sa pension par le versement de cotisations complémentaires après l'âge de 60 ans révolus, Mme Kutz-Bauer a sollicité de son employeur entre octobre et novembre 1998 la conclusion d'une convention de préretraite qui lui aurait permis de travailler à temps partiel

pour des raisons d'âge (c'est-à-dire en régime de préretraite), selon la formule «en bloc», c'est-à-dire, en travaillant à plein temps du 1er septembre 1999 au 28 février 2002 et en n'étant, par conséquent, plus tenue de fournir un travail entre le 1er mars 2002 et le 31 août 2004.

18. La défenderesse a rejeté cette demande par lettre du 21 décembre 1998 et lui a proposé à la place un emploi ordinaire à temps partiel, avec une rémunération proportionnelle à son travail effectif, emploi qui n'intéressait cependant pas Mme Kutz-Bauer. La défenderesse a motivé son refus en soulignant que bien que Mme Kutz-Bauer ait, à 60 ans révolus, acquis en principe le droit à une convention de préretraite [10], compte-tenu des conditions fixées par l'article 9, paragraphe 2, sous a), de la convention collective, sa relation de travail aurait dû en tout état de cause prendre fin immédiatement avant le début du régime de préretraite. En effet, dans la mesure où elle remplissait les conditions prévues par l'article 39 du SGB VI précité, l'intéressée avait déjà acquis un droit à pension à l'âge de 60 ans.

19. S'estimant victime d'une discrimination injuste fondée sur le sexe, Mme Kutz-Bauer a saisi l'Arbeitsgericht Hamburg en mettant en cause le refus du droit de bénéficier d'un régime de préretraite qui lui avait été opposé pour la période comprise entre sa 60e et sa 65e année alors que les travailleurs de sexe masculin du même âge bénéficient de ce droit, étant donné que, pendant ce même intervalle de temps, ils peuvent choisir la formule de préretraite au lieu de continuer à exercer un emploi à temps plein. La demanderesse explique cette situation par le fait que la majorité des femmes acquiert un droit à pension dès 60 ans alors que les hommes ne l'acquièrent qu'à 65 ans.

20. Exprimant une certaine compréhension pour les arguments de la demanderesse et précisant que les travailleurs concernés par les limites prévues à l'article 9, paragraphe 2, sous a), de la convention collective sont, à âge égal, presque, exclusivement des femmes, la juridiction saisie a, par conséquent, soumis à la Cour les questions suivantes:

«1) Une disposition d'une convention collective applicable à la fonction publique, qui autorise les employés de sexe masculin et de sexe féminin à bénéficier du régime de préretraite, méconnaît-elle les articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, et les conditions de travail, si elle n'admet la préretraite que jusqu'à la date à laquelle il est possible de faire valoir pour la première fois ses droits à une pension de retraite complète servie par le régime légal de l'assurance pension et si parallèlement le groupe des personnes qui peuvent prétendre à une pension complète dès l'âge de 60 ans est composé presque exclusivement de femmes alors que celui des personnes qui ne peuvent percevoir une pension de retraite complète qu'à compter de l'âge de 65 ans est composé presque exclusivement d'hommes?

10 — Voir article 2, paragraphe 2, de la convention collective.

2) En cas de violation des directives 76/207/CEE et 79/7/CEE par des dispositions légales et issues de conventions collectives, les juridictions nationales sont-elles habilitées à appliquer, en écartant les restrictions contraires au droit communautaire, lesdites dispositions au bénéfice du groupe défavorisé jusqu'à ce que les partenaires sociaux ou le législateur adoptent une réglementation non discriminatoire?».

III — Analyse juridique

A — *Sur la première question préjudicielle*

1. Arguments des parties

21. Mme Kutz-Bauer et la Commission font d'abord valoir que le présent litige relève du champ d'application de la directive 76/207 et notamment, selon la Commission, de l'article 5, paragraphe 1, de cette directive dans la mesure où le régime de préretraite affecte les conditions de travail qui font précisément l'objet de l'article précité [11]. Cela étant, tant Mme Kutz-Bauer que la Commission sont d'avis que, au regard de ces dispositions, il y a lieu de considérer la réglementation allemande en cause, y compris la convention collective, comme discriminatoire, au motif que pour l'octroi de la préretraite, cette réglementation fait une distinction en fonction de l'âge de la retraite lequel est toutefois différent selon le sexe du fonctionnaire. Selon la Commission, il s'agit notamment d'une discrimination «indirecte» au préjudice des travailleurs de sexe féminin, c'est-à-dire d'une discrimination qui «tout en étant formulée de façon neutre désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes» [12]. Comme telle, nous le rappelons, à moins que les conditions pour bénéficier des dérogations prévues et autorisées par la directive (article 2, paragraphes 2 à 4) ne soient réunies [13], la discrimination pourrait être justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à une discrimination fondée sur le sexe [14].

22. Mme Kutz-Bauer est au contraire d'avis que l'on se trouve en l'espèce en présence d'une discrimination directe, même s'il s'agit d'une discrimination déguisée ou dissimulée. À son avis, en effet, s'il est vrai que la convention collective comporte une réglementation neutre, il est également vrai que cette réglementation fait référence à des dispositions qui font une distinction claire

11 — Arrêt du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723).

12 — Arrêt du 26 septembre 2000, Kachelmann (C-322/98, Rec. p. I-7505, point 23).

13 — Dont la Commission exclut du reste l'application en l'espèce.

14 — Voir, en ce sens, par exemple, arrêts du 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185, point 32); du 2 octobre 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253, point 34, qui comporte d'autres références); Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, point 25); du 6 avril 2000, Jørgensen (C-226/98, Rec. p. I-2447, point 41, qui comporte d'autres références), et Kachelmann, précité (point 23). Nous signalons que le même principe s'applique aux hypothèses de discrimination indirecte qui sont contraires à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, correspondant à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 (voir, par exemple, arrêts du 11 juin 1987, Teuling (30/85, Rec. p. 2497, point 13); du 13 décembre 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Rec. p. 4311, point 17); du 7 mai 1991, Commission/Belgique (C-229/89, Rec. p. I-2205, points 19 et 26); du 24 février 1994, Roks e.a. (C-343/92, Rec. p. I-571, point 33), et du 14 décembre 1995, Megner et Scheffel (C-444/93, Rec. p. I-4741, point 24).

quant à l'âge de la retraite selon le sexe du travailleur. Il ne serait pour cette raison pas nécessaire d'effectuer une comparaison statistique entre les groupes de travailleurs pour constater le caractère discriminatoire de la disposition. Toujours pour ce motif, la demanderesse au principal fait valoir que la discrimination ne peut même pas se justifier du fait que, d'une part, la différence dans l'âge de la retraite favorise les travailleurs de sexe féminin et que, d'autre part, une telle différence est licite, en application de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7, qui autorise les États membres à maintenir des conditions d'âge distinctes pour faire valoir un droit à une pension de retraite et à l'allocation de fin de contrat de travail. Quant aux éventuelles justifications de caractère objectif, elles ne sauraient être pertinentes en l'espèce, puisqu'il s'agit d'une discrimination directe. En tout état de cause, Mme Kutz-Bauer exclut qu'il existe des facteurs objectifs et non liés au sexe de nature à justifier la discrimination en cause. Cette constatation vaut, notamment, pour l'argument fondé sur la différence de traitement que nous avons rappelée entre les travailleurs de l'un et l'autre sexe en ce qui concerne l'âge de la retraite puisque cette différence de traitement est précisément liée au sexe. Enfin, la demanderesse fait valoir que la discrimination en cause a été introduite par la convention collective de 1995; elle est par conséquent postérieure à l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7, c'est-à-dire à la disposition qui laisse aux États membres la faculté de fixer un âge différent pour la retraite.

23. Revenons à présent aux observations de la Commission pour signaler que les considérations qui précèdent sont celles qui ont été développées au cours de la phase écrite de la procédure. À ce stade, comme nous l'avons dit, la Commission était partie de la prémisse que le régime de préretraite concernait les conditions de travail des travailleurs ayant atteint un certain âge et qui relevaient, par conséquent, du champ d'application de la directive 76/207. D'autre part, à son avis, ce régime ne pouvait être considéré comme une «prestation» de sécurité sociale relevant du régime d'assurance vieillesse, de sorte qu'il fallait exclure que les conditions d'application de la directive 79/7 dont le champ d'application est précisément limité au secteur de la sécurité sociale étaient réunies.

24. Lors de l'audience devant la Cour et à la lumière des explications supplémentaires fournies à cet égard par le gouvernement allemand, la Commission a cependant modifié sa position sur ce point en ce sens qu'elle considère désormais que bien que la préretraite ne fasse pas partie du régime d'assurance vieillesse, elle peut, néanmoins, relever des dispositions de la directive 79/7 et être notamment qualifiée d'«autre prestation» au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de cette directive, dans la mesure où il s'agit d'une prestation de sécurité sociale liée au risque du chômage [voir article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7]. Par conséquent, la dérogation prévue par l'article 7, paragraphe 1, sous a), pourrait à son avis également être invoquée en l'espèce.

25. Concrètement, cependant, la Commission a conclu sur ce point également par la négative, dans la mesure où elle a considéré qu'en l'espèce les conditions indiquées par la Cour dans l'arrêt Thomas e.a. pour l'application de la dérogation en cause

n'étaient pas réunies [15]. Nous rappelons que la Cour a jugé dans l'arrêt précité que «des discriminations prévues dans des régimes de prestations autres que les régimes de pensions de vieillesse et de retraite ne peuvent être justifiées, à titre de conséquence d'une fixation de l'âge de la retraite différent selon le sexe, que si ces discriminations sont objectivement nécessaires pour éviter de mettre en cause l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou pour garantir la cohérence entre le régime des pensions de retraite et le régime des autres prestations» (point 12). Or, selon la Commission, il est certain que l'octroi du régime de préretraite aux salariés ayant atteint l'âge de 60 ans ne devrait pas avoir de répercussions considérables sur l'équilibre financier des régimes de retraites, mais il n'en aurait pas non plus sur la cohérence du régime de sécurité sociale allemand parce qu'il n'y a pas de lien nécessaire et indissociable entre les différents âges de préretraite autorisés par l'article 7, paragraphe 1, sous a), qui avantagent les femmes, et le régime de préretraite qui ne les avantage pas. Il est en effet vrai qu'admettre une salariée de l'âge de Mme Kutz-Bauer au bénéfice de ce régime pourrait avoir des conséquences négatives sur l'efficacité dudit régime dans la mesure où un emploi continuerait à être partiellement occupé alors qu'il pourrait être destiné à un chômeur mais il n'en demeure pas moins — ce qui a été confirmé à l'audience tant par la défenderesse au principal que par le gouvernement allemand — qu'en République fédérale d'Allemagne, les travailleurs de sexe féminin qui ont acquis un droit à pension à l'âge de 60 ans ont la faculté, au lieu de prendre leur retraite, de continuer à travailler à temps plein ou à temps partiel (même si, dans ce cas, elles sont seulement en droit de percevoir une rémunération qui ne comporte pas d'incitation financière provenant de fonds publics). On ne voit donc pas comment le fait d'admettre ces salariées au bénéfice du régime de préretraite peut sérieusement mettre en danger l'objectif de réduction du chômage.

26. En définitive, tant Mme Kutz-Bauer que la Commission considèrent que la première question appelle une réponse positive.

27. La Freie und Hansestadt Hamburg, partie défenderesse dans le litige au principal, répond à ces arguments qu'il n'y a aucune discrimination des femmes dans la présente affaire, ni directement ni indirectement, au motif que, d'une part, il n'est pas vrai que les travailleurs des deux sexes soient traités de manière différente ni, d'autre part, que la relation entre la cessation du bénéfice du régime de préretraite et les dispositions relatives à l'ouverture des droits à pension ait affecté de manière défavorable les travailleurs de sexe féminin, puisque ces dispositions qui accordent aux femmes la possibilité de bénéficier d'une retraite dès 60 ans sont destinées à favoriser l'accès à la retraite des femmes dans le cadre d'un régime normatif destiné précisément à leur protection.

28. La défenderesse au principal souligne, notamment, que l'ordonnance de renvoi ne comporte pas d'éléments ni de données statistiques de nature à démontrer que les travailleurs concernés par les limites d'âge figurant à l'article 9, paragraphe 2, sous a),

15 — Arrêt du 30 mars 1993, Thomas e.a. (C-328/91, Rec. p. I-1247); voir dans le même sens, arrêt du 23 mai 2000, Hepple e.a. (C-196/98, Rec. p. I-3701).

de la convention collective sont principalement des travailleurs de sexe féminin. Par ailleurs, poursuit la défenderesse, le juge de renvoi a procédé à une comparaison de la situation des travailleurs des deux sexes en ne prenant en considération que l'âge comme condition de l'acquisition des droits à pension alors que le Sozialgesetzbuch fait dépendre la possibilité pour les travailleurs de sexe féminin de bénéficier d'une pension dès l'âge de 60 ans d'autres facteurs, comme le respect d'une période minimale de carence. En outre, l'ordonnance de renvoi part de la prémisse que les personnes concernées par les limites d'âge précitées prévues dans la convention collective sont presque exclusivement des femmes, sans tenir compte, par conséquent, de tous les travailleurs qui partent en retraite (anticipée) à des âges différents en raison d'une invalidité grave ou d'une incapacité professionnelle ni des travailleurs de sexe masculin qui peuvent se prévaloir d'un droit à pension avant d'avoir accompli leur 65e année, en application de dispositions valables pour les travailleurs des deux sexes [16]. En conclusion, selon la défenderesse, l'affirmation figurant dans l'ordonnance de renvoi, selon laquelle les travailleurs qui peuvent prétendre à une pension à l'âge de 60 ans sont presque exclusivement de sexe féminin alors que ceux qui l'acquièrent à 65 ans sont presque exclusivement de sexe masculin est inexacte [17].

29. S'agissant du traitement plus favorable réservé dans l'ensemble aux femmes, la défenderesse allègue qu'il est également confirmé sur le plan des règles applicables à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 (voir point 3 des présentes conclusions), ce qui s'explique par la double activité des femmes, sur le plan professionnel et à la maison, qui a pour conséquence un épuisement plus précoce de leurs capacités de travail et par conséquent, une incapacité professionnelle avant la date de retraite normale.

30. Dans l'hypothèse où la Cour parviendrait en tout état de cause à la conclusion qu'une discrimination existe en l'espèce, la défenderesse au principal rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour, c'est aux États membres qu'il incombe de déterminer si et comment poursuivre un objectif de politique sociale comme la lutte contre le chômage; ainsi, selon la Cour et précisément parce que les États membres jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la définition de leur politique sociale, la directive 79/7 ne fait pas obstacle à des réglementations nationales qui, bien qu'étant indirectement discriminatoires, sont destinées à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et nécessaires à cet effet [18].

31. En conclusion, la Freie und Hansestadt Hamburg suggère de répondre à la première question préjudicielle par la négative,

16 — Voir articles 36 et 38 du SGB VI et point 12 ci-dessus.

17 — Toujours pour démontrer qu'il n'y a pas de discrimination en l'espèce, la défenderesse souligne que, si l'on fait abstraction de la situation particulière du Land de Hamburg, et que l'on prenne au contraire en considération l'ensemble de l'Allemagne, le nombre de femmes qui ne peuvent bénéficier du régime de préretraite à l'âge de 60 ans accomplis est nettement plus limité. En effet, les travailleurs de sexe féminin acquièrent normalement un droit à pension lorsqu'elles atteignent l'âge de 60 ans, mais il s'agit d'une pension à taux réduit. Conformément à la déclaration interprétant l'article 9 de la convention collective, elles conservent, dans ce cas, un droit au régime de préretraite. Seul, le Land de Hamburg fait exception à cette règle en vertu du statut plus favorable reconnu aux femmes par le Hamburgisches Ruhegeldgesetz. Toutefois, comme nous l'avons dit, il s'agit d'une particularité qui est tempérée par la situation nationale.

18 — Arrêt Roks e.a., précité, ainsi qu'arrêt du 14 décembre 1995, Nolte (C-317/93, Rec. p. I-4625).

dans la mesure où la réglementation allemande apparaît justifiée au regard de la dérogation inscrite à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 ainsi que par les objectifs poursuivis par le régime de préretraite.

32. Enfin, s'agissant de l'argumentation du gouvernement allemand, nous rappelons d'abord qu'il a fait valoir que seule la directive 79/7 est applicable en l'espèce, eu égard à la finalité et à l'économie du régime de préretraite. Ceci étant, ce gouvernement reconnaît que le problème en cause se pose en raison des conditions différentes qui ont été fixées pour l'âge de la retraite, mais rappelle que, comme l'a confirmé la Cour [19], ces différences sont légales, conformément à l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7. Il fait également valoir que la majorité des femmes juge favorablement une telle différenciation et que par ailleurs, si celle-ci aboutit à un désavantage dans le cas de Mme Kutz-Bauer, c'est parce que l'intéressée n'entend pas faire valoir ses droits à la retraite mais bénéficier au lieu de cela d'un régime de préretraite. Dans le cadre d'une mise en balance des différents intérêts en jeu, c'est la confiance légitime de la majorité des salariées qui doit prévaloir et celles-ci comptent sur la possibilité de pouvoir partir en retraite avant les hommes.

33. Pour fournir cependant une justification à la discrimination en cause dans la présente affaire, le gouvernement allemand analyse principalement les finalités déjà décrites du régime de préretraite, en soulignant, notamment, l'objectif de la lutte contre le chômage. Aux fins d'un tel objectif, il paraît en effet tout à fait logique que le financement public d'une partie de la rémunération du travailleur bénéficiant d'une préretraite prenne fin lorsque ledit travailleur peut se prévaloir d'un droit à pension au motif que l'on ne saurait encourager, avec des ressources destinées à la lutte contre le chômage, le maintien en activité d'un travailleur qui a déjà acquis un droit à pension et continue en dépit de ce droit à occuper un emploi qui serait, sinon, disponible pour un chômeur. Selon le gouvernement allemand, le système actuel assure en revanche la cohérence des régimes de protection contre le chômage duquel relève la préretraite (et le soutien financier qui l'accompagne) et du régime de pension de retraite qui fixe l'âge pour l'acquisition des droits à pension. En effet, en excluant les travailleurs qui ont déjà droit à une pension de retraite à taux plein du bénéfice des financements versés par le Bundesanstalt, on évite un chevauchement entre différents régimes de prévoyance participant à la même politique sociale.

34. De l'avis de la République fédérale d'Allemagne, l'ensemble de ces dispositions est pleinement conforme à la jurisprudence de la Cour relative à l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7 dans l'arrêt Thomas e.a., précité, notamment lorsque cet arrêt précise que les discriminations en cause ne peuvent être justifiées

19 — Voir arrêt du 7 juillet 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Rec. p. I-4297). Le gouvernement allemand a précisé que, pour résoudre le problème des différences en ce qui concerne l'âge de la retraite, le législateur allemand a prévu désormais que la différence entre hommes et femmes devrait être progressivement réduite pour atteindre le même âge de la retraite pour tous les travailleurs, en prévoyant en même temps un régime transitoire qui allie l'objectif ultime de l'égalité de traitement avec la confiance légitime de la majorité des femmes concernées sur la base de laquelle les femmes nées avant 1941 peuvent faire valoir ce droit à pension dès l'âge de 60 ans accomplis.

comme conséquence de la fixation d'âges de la retraite différents selon les sexes que s'il s'agit là de discriminations «qui sont objectivement nécessaires pour éviter de mettre en cause l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou pour garantir la cohérence entre le régime des pensions de retraite et des autres prestations» [20]. Mais le gouvernement allemand rappelle que même dans l'arrêt Graham [21] la Cour qui devait se prononcer sur le chevauchement de pensions et d'autres prestations publiques a jugé que «pour le cas où, en application de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7, un État membre a fixé l'âge de la retraite des femmes à 60 ans et celui des hommes à 65 ans, cette disposition l'autorise également, d'une part, à prévoir que le taux de la pension d'invalidité dont bénéficient les personnes frappées d'une incapacité de travail avant d'atteindre l'âge de la retraite est limité au taux réel de la pension de retraite à partir de l'âge de 60 ans pour les femmes et à partir de l'âge de 65 ans pour les hommes et, d'autre part, à réserver le bénéfice d'une allocation d'invalidité, qui est payée en sus de la pension d'invalidité, aux personnes qui sont âgées de moins de 55 ans dans le cas des femmes et de moins de 60 ans dans le cas des hommes au moment où l'incapacité de travail prend cours» (point 21).

35. Tout en reconnaissant, par conséquent, l'existence d'une différence de traitement, le gouvernement allemand conclut en ce sens que celle-ci est pleinement justifiée au regard des considérations de caractère général ci-dessus mentionnées et qui affectent le régime de sécurité sociale allemand dans sa totalité.

2. Analyse

36. Par la première question préjudicielle, le juge de renvoi demande en substance si une convention collective qui exclut du régime de préretraite institué par l'ordre juridique allemand les travailleurs qui peuvent se prévaloir d'un droit à pension est contraire au principe de l'égalité de traitement tel que défini dans la directive 76/207, compte tenu du fait que ce sont presque, exclusivement des femmes qui acquièrent ce droit dès l'âge de 60 ans alors que ce sont presque exclusivement des hommes qui ne peuvent partir en retraite qu'à l'âge de 65 ans.

37. Comme nous l'avons déjà dit, avant même d'aborder le fond du problème, les parties ont largement discuté de la question de savoir si la directive 76/207 relative à l'accès à l'emploi et aux conditions de travail est réellement pertinente en l'espèce ou s'il ne devrait pas plutôt être fait application de la directive 79/7 relative à la sécurité sociale. Nous devons dire cependant que, en dépit des arguments échangés à cet égard tant au cours de la phase écrite

20 — Voir ci-dessus, point 25. Mais le gouvernement allemand rappelle en outre les arrêts du 19 octobre 1995, Richardson (C-137/94, Rec. p. I-3407, points 18 et 19), et du 30 janvier 1997, Balestra (C-139/95, Rec. p. I-549, points 33 et 35).

21 — Arrêt du 11 août 1995, Graham e.a. (C-92/94, Rec. p. I-2521).

que au cours de l'audience, il ne nous semble pas que les termes du problème aient été parfaitement clarifiés, soit parce que le cadre normatif allemand déjà très complexe n'a pour l'essentiel été précisé que verbalement et par conséquent, de manière nécessairement sommaire, soit parce que comme nous l'avons déjà relevé ci-dessus, le régime de préretraite en cause présente des caractéristiques très particulières.

38. Cela étant, nous devons reconnaître qu'avant les éclaircissements sur le régime de préretraite fournis à l'audience par le gouvernement allemand, ce sont les arguments développés par la Commission dans ses observations et qui ont été rappelés ci-dessus (voir le point 21 des présentes conclusions) ramenant la présente affaire à la notion de conditions de travail visée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 qui nous semblaient les plus convaincants. Les précisions fournies à l'audience par le gouvernement allemand, notamment quant aux objectifs du régime de préretraite en cause et à l'intervention financière du Bundesanstalt nous amènent au contraire, comme elles ont amené également la Commission, à conclure que l'admission d'un travailleur d'un certain âge au bénéfice de ce régime est une prestation à cheval entre les régimes de vieillesse et de chômage, selon que l'accent est mis sur l'une ou l'autre des finalités de la préretraite, et que par conséquent, qu'il s'agisse de l'un ou l'autre de ces aspects, il convient de replacer le régime de préretraite dans le cadre du champ d'application de la directive 79/7 [voir article 3, paragraphe 1, sous a)], qui a été également rappelée par le juge de renvoi et fait expressément l'objet de la seconde question préjudicielle. Par conséquent, nous sommes, nous aussi, d'avis que les questions soumises à notre attention doivent être examinées du point de vue de l'interdiction de discrimination visée à l'article 4, paragraphe 1, de cette dernière directive (disposition qui équivaut, par ailleurs, à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207), qui, nous le rappelons, fait relever l'interdiction en cause, entre autres, du «champ d'application des régimes [de prévoyance] et des conditions d'admission à ces régimes».

39. Comme nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, la question au centre du présent litige tire précisément son origine du fait que l'article 9, paragraphe 2, sous a), de la convention collective lie explicitement, conformément à ce qui a été prévu par l'ATG, l'âge au-delà duquel il n'est pas possible de continuer à travailler ou de débuter la relation de travail en régime de préretraite à la date à laquelle le travailleur acquiert le droit à pension. Le juge de renvoi et Mme Kutz-Bauer mais en définitive, également la Commission, partant de la prémisse que ce sont surtout des femmes qui acquièrent le droit à pension à l'âge de 60 ans alors que les hommes acquièrent normalement ce droit à 65 ans en déduisent que le renvoi à l'âge de la retraite dans la convention collective est discriminatoire dans la mesure où s'agissant des travailleurs dont l'âge est compris entre 60 et 65 ans, il pénaliserait presque, exclusivement des femmes. D'autre part, cette discrimination est critiquée en excipant du fait que le SGB VI fixe, comme nous l'avons vu (voir point 12 des présentes conclusions), le moment de l'acquisition du droit à pension

en fonction de différents paramètres, au nombre desquels figure également mais pas uniquement le sexe.

40. La Freie und Hansestadt Hamburg fait valoir en outre que l'ordonnance de renvoi ne comporte aucune indication concernant des données statistiques ou d'autres éléments de fait de nature à étayer l'affirmation de l'Arbeitsgericht Hamburg selon laquelle ce sont plutôt les travailleurs de sexe féminin qui ne sont pas admis au bénéfice de la préretraite, telle qu'elle est définie à l'article 9, paragraphe 2), sous a), de la convention collective. Sur ce point, nous nous bornons cependant à observer que, dans le cadre d'une procédure en application de l'article 234 CE, ce n'est pas à la Cour mais au juge de renvoi qu'il incombe, sur la base des éléments dont il dispose, d'apprécier en fait si la disposition précitée de la convention collective touche ou non un pourcentage de femmes sensiblement supérieur à celui des hommes [22]. D'autre part, ce qui est pertinent dans la présente affaire est la question de savoir si le renvoi à l'âge de la retraite effectué par la convention collective pour déterminer à partir de quand il n'est plus possible de bénéficier du régime en cause a ou non des répercussions différentes selon le sexe du travailleur, indépendamment du nombre (beaucoup) plus élevé ou (beaucoup) moins élevé des sujets de l'une ou de l'autre catégorie concernée par une telle règle.

22 — Voir à cet égard, arrêt du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez (C-167/97, Rec. p. I-623), précisément à propos de la question de savoir s'il y avait ou non en l'espèce une discrimination indirecte fondée sur le sexe; voir également arrêt Jørgensen, précité (points 33 à 35).

41. À part ce dernier aspect, nous devons en tout état de cause, relever que les parties sont pratiquement d'accord sur le fait que les travailleurs sont traités différemment selon leur sexe. Les points de vue divergent plutôt sur d'autres aspects de la question que nous allons examiner à présent.

42. Comme nous l'avons vu, la discussion entre les parties a porté avant tout sur la question de savoir si la discrimination en cause doit être qualifiée de directe ou d'indirecte. Il nous semble toutefois évident que nous nous trouvons ici en présence d'une discrimination indirecte, parce que s'il est vrai — comme l'a fait observer la Commission — qu'en précisant l'âge auquel il est possible de conclure des conventions de préretraite, la convention collective renvoie explicitement aux différents âges prévus par le SGB VI pour l'acquisition du droit à pension sans toutefois faire directement une distinction selon le sexe. Nous ajoutons que cette solution nous semble également conforme à la jurisprudence de la Cour qui a récemment qualifié d'indirecte une hypothèse de discrimination dans laquelle, bien que le traitement différent n'ait pas été fondé sur le sexe des travailleurs, la distinction qui était faite l'était sur la base de critères qui sont quant à eux strictement et directement liés à ce facteur [23].

23 — Nous nous référons, notamment, à l'arrêt récent Schnorbus dans lequel la Cour a constaté qu'une réglementation nationale qui fait dépendre l'accès prioritaire au stage juridique préparatoire de l'accomplissement d'un service militaire ou civil obligatoire (auquel n'étaient tenus en l'espèce que les hommes) constitue une discrimination indirecte (arrêt du 7 décembre 2000, Schnorbus, C-79/99, Rec. p. I-10997, point 32).

43. Étant donné qu'il existe donc en l'espèce une discrimination indirecte fondée sur le sexe, et par conséquent, contraire en principe à l'interdiction visée à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, il convient maintenant de vérifier si cette discrimination peut se justifier sur la base des motivations invoquées par certaines des parties intervenues au cours de la présente procédure.

44. À cet égard, nous rappelons d'abord que les dérogations prévues à l'article 2, paragraphes 2 à 4, de la directive 76/207 que certaines parties considèrent applicables en l'espèce ont été évoquées au cours de la présente procédure. Cependant, alors que tant Mme Kutz-Bauer que la Commission, tout en faisant référence aux dérogations visées à l'article 2, paragraphes 2 à 4, excluent leur application bien que pour des motifs différents, la Freie und Hansestadt Hamburg semble au contraire considérer que la dérogation prévue au paragraphe 3 de l'article en cause est applicable en l'espèce, compte tenu du fait que les différences dans l'âge de la retraite répondent aux exigences de protection des femmes pour lesquelles cette disposition aurait été prévue.

45. Eu égard au fait que nous sommes d'avis que c'est la directive 79/7 et non la directive 76/207 qui est applicable à la présente affaire, nous pourrions nous abstenir de discuter de l'applicabilité des dérogations précitées. Nous procéderons toutefois à leur examen tant dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas notre appréciation que parce que la dérogation dont il a été question en dernier lieu présente des liens évidents avec la dérogation prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7.

46. Il nous semble évident que les dérogations figurant à l'article 2, points 2 et 4, de la directive 76/207 n'ont aucune pertinence pour la présente affaire: la première parce qu'elle concerne les activités professionnelles pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante; la seconde parce qu'elle traite des mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes. Mais selon nous, la dérogation mentionnée à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 (et par conséquent, la dérogation analogue prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7) ne présente pas non plus de pertinence en l'espèce. La Cour a en effet clairement montré dans sa jurisprudence que cette dérogation n'a rien à voir avec des motifs de caractère social liés à la condition de la femme, fréquemment appelée à exercer une double activité sur le plan professionnel et à la maison comme le prétend la Freie und Hansestadt Hamburg, mais vise au contraire uniquement la protection de la condition biologique de la femme pendant sa grossesse et après celle-ci et des rapports particuliers entre la mère et l'enfant [24].

24 — Voir, parmi beaucoup d'autres, arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann, (184/83, Rec. p. 3047, points 25 et 26); du 25 octobre 1988, Commission/France (312/86, Rec. p. 6315, point 13); du 25 juillet 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047, point 13); du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 25), ainsi que du 19 novembre 1998, Høj Pedersen e.a.(C-66/96, Rec. p. I-7327, point 54).

47. Passant maintenant aux dérogations prévues par la directive 79/7, nous rappelons que l'ensemble des parties intervenues à la présente procédure ont à juste titre concentré leur attention sur l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive en cause qui prévoit, comme nous l'avons vu, une dérogation au principe de l'égalité de traitement «en ce qui concerne la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations».

48. À cet égard, nous considérons qu'il convient premièrement de réfuter l'affirmation de Mme Kutz-Bauer selon laquelle la dérogation précitée n'est pas applicable en l'espèce au motif que la convention collective n'a été conclue qu'en 1995 et par conséquent, après qu'ait été adoptée la réglementation qui, en se fondant précisément sur ladite dérogation, fait une distinction selon le sexe en ce qui concerne l'âge requis pour l'obtention de la pension de retraite. Si l'on considère en effet que la préretraite constitue une prestation sociale qui relève de l'une des branches de la sécurité sociale visées à l'article 3 de la directive 79/7, c'est précisément l'article 7, paragraphe 1, sous a), qui prévoit que la réserve relative aux différences dans l'âge fixé pour la retraite peut en principe s'appliquer également aux conséquences pouvant en résulter pour d'autres prestations. D'autre part, le fait que la convention collective ait été conclue après les dispositions qui fixent ces différents âges et notamment, après l'entrée en vigueur de la directive n'a en lui-même aucune pertinence. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, «le maintien [...] d'une condition d'âge de la retraite différente selon le sexe peut nécessiter *l'adoption ultérieure, postérieurement à l'expiration du délai de transposition de la directive*, de mesures qui sont indissociables de ce régime dérogatoire ainsi que la modification de telles mesures» [25], même si lesdites mesures ne relèvent pas du régime d'assurance vieillesse [26]. La Cour a en effet jugé qu'«interdire à un État membre, qui a fixé une condition d'âge de la retraite différente pour les hommes et pour les femmes, d'adopter ou de modifier, postérieurement à l'expiration du délai de transposition, des mesures liées à cette différence d'âge reviendrait à priver de son effet utile la dérogation prévue par l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive» [27].

49. Puisque par conséquent, indépendamment du fait que la préretraite relève du champ d'application de la directive 79/7, elle est en principe susceptible de constituer une «autre prestation» au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la même directive, nous passons maintenant à l'examen de la question de savoir si le régime en cause peut effectivement être justifié sur la base de cette disposition. Nous devons rappeler à cet égard que, selon une jurisprudence consolidée de la Cour, «lorsque en application de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive [79/7], un État membre prévoit, pour l'octroi des pensions

25 — Arrêt Hepple e.a., précité, point 23 (c'est nous qui soulignons); voir dans le même sens arrêt du 23 mai 2000, Buchner e.a. (C-104/98, Rec. p. I-3625, point 23).

26 — Arrêt Hepple e.a., précité, point 20.

27 — Arrêt Hepple e.a., précité, point 24.

de vieillesse et de retraite, un âge différent pour les hommes et pour les femmes, le domaine de la dérogation autorisée, défini par les termes 'conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations', figurant à l'article 7, paragraphe 1, sous a), est limité aux discriminations existant dans d'autres régimes de prestations pour autant qu'elles soient nécessairement et objectivement liées à cette différence d'âge» [28]. À cette occasion, la Cour a également précisé que cette dernière condition peut se trouver réalisée lorsque «ces discriminations sont objectivement nécessaires pour éviter de mettre en cause l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou pour garantir la cohérence entre le régime des pensions de retraite et celui des autres prestations» [29].

50. À dire vrai, aucune des parties intervenues à la présente procédure n'a soutenu que le régime de préretraite en cause peut être justifié en raison du premier des objectifs indiqués par la Cour dans la mesure où il vise à éviter de compromettre l'équilibre financier du système de sécurité sociale allemande. Comme nous l'avons indiqué en détail dans ce qui précède, la Freie und Hansestadt Hamburg et le gouvernement allemand ont au contraire mis l'accent sur l'autre finalité en insistant sur le fait que le régime en cause vise précisément à garantir la cohérence entre le régime de retraite et le régime mis en place contre le risque de chômage. En se fondant notamment sur les objectifs du système en cause et l'intervention publique en vue du financement d'une partie de la rémunération des travailleurs admis au bénéfice d'un tel régime, ils ont fait valoir qu'il était nécessaire d'exclure du régime de préretraite les travailleurs de plus de 60 ans qui ont déjà acquis un droit à la retraite pour éviter de compromettre le régime d'assurance contre le chômage qui figure également au nombre des objectifs relevant de la directive 79/7 [voir article 3, paragraphe 1, sous a)] et de mettre en jeu la cohérence entre ce régime et le régime de pension.

51. La Commission conteste cependant pour sa part l'existence d'un tel rapport entre les deux régimes précités. Comme nous l'avons déjà indiqué, elle a notamment fait observer lors de l'audience que, en l'état actuel de l'ordre juridique allemand, les travailleurs de sexe féminin qui atteignent leur 60e année, c'est-à-dire l'âge de la retraite [30], peuvent en tout état de cause choisir au lieu de la retraite de continuer à travailler à temps plein ou à temps partiel (mais dans ce cas avec une rémunération normalement liée à l'horaire de travail). Si tel est le cas, on ne voit pas comment le fait de permettre à ces femmes de continuer à travailler au-delà de leur 60e année en bénéficiant *également* du régime de préretraite pourrait mettre en jeu la cohérence entre les deux régimes en cause et affecter notamment la lutte contre le chômage, étant donné que ces salariées ont en tout état de cause la possibilité de

28 — Arrêt Hepple e.a., précité, point 25, qui comporte d'autres références.

29 — Arrêt Hepple e.a., précité, point 26, qui comporte d'autres références, notamment, celle à l'arrêt Thomas e.a., qui a été plusieurs fois rappelée.

30 — Naturellement dans le cas où elles satisfont aux conditions prévues à l'article 39 du SGB VI.

continuer à travailler et par conséquent, d'occuper un emploi.

52. Nous devons cependant dire que le problème ne se pose pas en termes aussi simples. Nous ne croyons pas en effet que l'on puisse mettre sur le même plan des hypothèses qui sont très différentes dans la réalité: d'une part, un travail à temps plein ou à temps partiel, pour ainsi dire, de type ordinaire; d'autre part, le régime de préretraite qui est caractérisé, comme nous l'avons vu, par des spécificités importantes et substantielles, au moins en ce qui concerne les objectifs qu'il poursuit, son fonctionnement et son financement. Il suffit de penser que dans les deux hypothèses que nous venons d'indiquer ni la rémunération (dont le montant est plus élevé dans le régime de préretraite) ni la charge pesant sur le Bundesanstalt (qui doit entièrement verser à l'employeur la partie la plus importante du salaire) ne sont égales. Autoriser par conséquent une salariée qui a déjà acquis un droit à pension à l'âge de 60 ans à opter pour le régime de préretraite signifierait l'encourager à continuer à travailler du fait des conditions de travail plus favorables que ce régime garantit. Comme l'ont souligné la défenderesse et le gouvernement allemand, s'il était procédé de la sorte, le régime de sécurité sociale supporterait, d'une part, des charges supplémentaires en détournant des ressources de leurs autres objectifs et, d'autre part, un poste de travail que le régime en cause entend au contraire destiner à un travailleur à la recherche d'un emploi continuerait d'être occupé. On parviendrait, par conséquent, à un résultat opposé à celui voulu par le législateur allemand lequel, précisément dans la perspective de la lutte contre le chômage, a souhaité anticiper au maximum la mise à la retraite des travailleurs qui n'en ont pas encore acquis le droit.

53. C'est précisément cette dernière observation qui fournit, à notre avis, la clef de lecture de la question en cause en la reposant dans les termes corrects qui ont été obscurcis en partie par une certaine confusion du débat, en partie par la complexité objective des règles allemandes pertinentes que nous avons souhaité, précisément pour ce motif, décrire ci-dessus de manière détaillée. Il convient en effet de souligner que, bien que l'accent ait été mis, lors du débat, sur l'âge des salariés en cause ainsi que sur la distinction entre hommes et femmes résultant de la différence dans l'âge de la retraite, le régime de préretraite est en réalité lié au moment où les salariés acquièrent le droit à la retraite et il est par conséquent, organisé et conçu de manière tout à fait cohérente par rapport à la multiplicité des hypothèses que la législation allemande permet d'envisager à cet égard (voir point 12 des présentes conclusions). Ces hypothèses peuvent certes concerner les âges différents fixés pour la retraite pour les hommes et pour les femmes, mais concernent également d'autres aspects, tels que selon les cas et pour les deux sexes, des conditions liées à l'état psychophysique du travailleur (invalidité grave et incapacité professionnelle), le type de travail (le cas des mineurs), la durée minimale de cotisations, le versement des cotisations obligatoires pendant un certain nombre d'années et la condition de chômeur.

54. Comme l'a souligné également la Freie und Hansestadt Hamburg, toutes ces considérations démontrent que la logique du régime en cause est parfaitement adaptée à la légitime finalité de la politique sociale que ce régime poursuit qui consiste à anticiper dans la mesure du possible la mise à la retraite de travailleurs qui n'ont pas encore acquis ce droit de manière à permettre d'embaucher des chômeurs aux emplois ainsi libérés. Dans cette logique, le point de référence ne peut être que le moment où l'intéressé acquiert le droit à pension, avec toutes les conséquences que cela comporte, même en termes de discriminations éventuelles en aval d'un tel choix: discrimination fondée sur le sexe mais, comme nous l'avons vu, également sur les autres situations que nous venons d'évoquer. S'il en est ainsi, de telles discriminations ne peuvent être considérées comme arbitraires mais au contraire, compte tenu de ce que nous avons souligné plus haut et conformément à la jurisprudence de la Cour précitée dans l'arrêt Hepple e.a., comme «objectivement nécessaires pour éviter de mettre en cause l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou pour garantir la cohérence entre le régime des pensions de retraite et celui des autres prestations».

55. Il nous semble par conséquent que nous pouvons conclure en ce sens qu'une discrimination telle que celle qui fait l'objet du litige au principal est nécessairement et objectivement liée aux différences dans l'âge de la retraite prévue pour les hommes et pour les femmes et peut par conséquent, être justifiée en vertu de la dérogation visée à l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7 ainsi que de manière plus générale par les finalités du régime de préretraite et les exigences objectives qui y sont sous-jacentes.

56. Il convient par conséquent de répondre à la première question posée en ce sens que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 ne fait pas obstacle à une convention collective applicable à la fonction publique qui n'admet les travailleurs des deux sexes au bénéfice de la préretraite que jusqu'à la date à laquelle il leur est possible de faire valoir pour la première fois leurs droits à une pension de retraite complète servie par le régime légal de l'assurance pension même si le groupe de personnes qui peuvent prétendre à une pension complète à l'âge de 60 ans est composé presque, exclusivement de femmes alors que celui des personnes qui ne peuvent percevoir une pension de retraite complète qu'à compter de l'âge de 65 ans est composé presque exclusivement d'hommes.

B — *Sur la seconde question préjudicielle*

57. Vu les conclusions auxquelles nous sommes parvenus en ce qui concerne la première question, nous ne devrions pas avoir à approfondir la seconde, puisque, bien que le juge de renvoi ait formulé cette question en termes abstraits, il est cepen-

dant clair qu'il ne l'a posée que pour le cas où la Cour répondrait par l'affirmative à la première question. Nous procéderons toutefois également à l'examen de cette question dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas nos conclusions sur la première.

58. Nous rappelons que le juge demande en substance dans la seconde question si les juges nationaux ont le pouvoir de ne pas appliquer des dispositions de lois ou des conventions collectives incompatibles avec les directives 76/207 et 79/7 tant que n'ont pas été adoptées des dispositions qui respectent le principe de l'égalité de traitement.

1. Arguments des parties

59. La Commission qui était partie de l'idée (voir le point 21 des présentes conclusions) que la directive 76/207 était applicable à la présente affaire — et qui n'a pas abordé ce point à l'audience, même si elle a entre-temps envisagé l'application de la directive 79/7 — a soutenu au cours de la procédure écrite que la réponse à la seconde question devrait normalement figurer dans les règles nationales de transposition (notamment, les dispositions mettant en œuvre l'article 5, paragraphe 2, de la directive 76/207), par lesquelles — à ce qu'il lui semble — la République fédérale d'Allemagne a mis en œuvre en droit allemand l'ensemble des directives pertinentes dans la présente affaire. Nous signalons par ailleurs que ni le juge de renvoi, ni le gouvernement allemand, ni la Commission n'ont indiqué quelles sont — si tant est qu'il en existe — les mesures adoptées par la République fédérale d'Allemagne pour transposer l'article 5, paragraphe 2, de la directive 76/207.

60. En partant notamment de la prémisse que la préretraite n'était en substance réglementée que par la convention collective [31], la Commission a précisé que si le législateur allemand avait opté pour la première des trois solutions indiquées à l'article 5, point b), précité, à savoir (en ce qui concerne la présente affaire) pour la nullité de plein droit des dispositions des conventions collectives contraires au principe de l'égalité de traitement, le problème soulevé par la seconde question préjudicielle ne se poserait même pas. Si au contraire, le législateur national avait opté pour l'une des deux autres solutions, c'est-à-dire la possibilité de déclarer nulles ou de modifier les dispositions discriminatoires figurant dans les conventions collectives précitées, ce choix pourrait avoir des conséquences négatives sur l'effet plein et direct des règles communautaires pertinentes en raison des difficultés que l'intéressé pourrait rencontrer pour obtenir une déclaration de nullité ou la modification des dispositions en cause. En l'espèce, ces problèmes ne devraient toutefois pas être particulièrement graves puisque Mme Kutz-

31 — Et cela, sur le fondement des indications limitées figurant dans l'ordonnance de renvoi qui ne font même pas mention de l'ATG.

Bauer est une salariée de la fonction publique. Dans ce cas, en effet, en vertu du principe de l'effet direct des directives, le législateur national devrait conférer un effet rétroactif à la déclaration de nullité ou à la modification des dispositions discriminatoires, au moins s'agissant des cas pour lesquels une action a déjà été introduite en justice. En effet, fait observer la Commission, l'exercice par voie juridictionnelle des droits résultant de la directive 76/207 perdrait de son efficacité si la déclaration de nullité ou la modification d'une disposition ne pouvait produire ses effets ex tunc (voir article 6 de la directive 76/207). La Commission ajoute, par ailleurs, que si pour des raisons pratiques, il n'était pas possible de conférer un effet rétroactif à la déclaration de nullité ou à la modification des dispositions discriminatoires, le législateur devrait prévoir la possibilité d'une indemnisation, par exemple, sous forme de reconnaissance d'années complémentaires de cotisations à l'assurance vieillesse de manière à faire droit en l'espèce aux prétentions de l'intéressée.

61. Si au contraire le législateur allemand n'avait pas complètement mis en œuvre la directive 76/207, il conviendrait, selon la Commission et conformément à la jurisprudence Marshall, par laquelle la Cour a reconnu l'effet direct de la directive en cause dans le cas où le travailleur fait valoir ses droits vis-à-vis de l'État en sa qualité d'employeur, de ne pas appliquer les dispositions nationales contraires au principe de l'égalité de traitement. Le fait que les dispositions discriminatoires aient été adoptées en partie exclusivement par l'État et, en partie, également en accord avec les syndicats (la convention collective) est dépourvu de pertinence, étant donné qu'il incombe à ces derniers de protéger les droits des travailleurs. La Commission fait observer par conséquent que si lesdits syndicats défendaient des clauses de conventions collectives contraires à des dispositions essentielles du droit du travail, ils n'agiraient pas de manière conforme à leur mission.

62. Le gouvernement allemand ne s'est pas exprimé sur la seconde question préjudicielle alors que la Freie und Hansestadt Hamburg s'est bornée à un renvoi général à la jurisprudence de la Cour. En ce qui concerne, notamment, la question des contrats collectifs incompatibles avec le droit communautaire, elle a rappelé l'arrêt Nimz [32] par lequel la Cour a étendu à ce cas la jurisprudence Simmenthal [33] en vertu de laquelle le juge national a l'obligation dans le cadre de l'application des dispositions du droit communautaire d'assurer le plein effet de ces mesures en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale.

32 — Arrêt du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297).

33 — Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629).

2. Analyse

63. Pour répondre à la question posée, nous partons de l'idée que, pour les raisons qui ont été largement exposées précédemment, la directive 79/7 est applicable à la présente affaire. À l'instar de la directive 76/207, la directive précitée impose aux États membres de supprimer les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement [voir, respectivement, les articles 5 et 5, paragraphe 2, sous a)] ainsi que de prévoir les mesures nécessaires pour permettre à tous ceux qui s'estiment victimes d'une discrimination fondée sur le sexe de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle (voir l'article 6 des deux directives). Vu l'objectif de la directive 79/7, elle ne comporte pas de règle correspondant à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 76/207 qui étend l'obligation précitée également aux dispositions figurant dans d'autres actes juridiques et notamment, pour ce qui est pertinent en l'espèce, dans les conventions collectives. Il nous semble cependant que cet article fournit en tout état de cause des éléments utiles pour déterminer les instruments appropriés pour garantir de manière efficace le respect du principe de l'égalité de traitement, également en ce qui concerne la directive 79/7.

64. En effet, comme nous l'avons souligné, l'absence dans la directive précitée de dispositions comme l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 76/207 résulte, de toute évidence, du fait qu'en raison de son objet la directive 79/7 se réfère en principe à des régimes légaux. Cependant, lorsque le contenu du régime est défini, complété ou mis en œuvre par une convention collective, comme en l'espèce, les motifs qui sous-tendent l'article précité retrouvent toute leur utilité et par conséquent, il faut également dans ce cas avoir présent à l'esprit les solutions y relatives comme des instruments éventuellement destinés à garantir, comme l'entend précisément la directive 79/7, le plein respect des principes inscrits dans lesdites directives. La Cour a du reste également précisé par un arrêt qui a une portée générale que «le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces mesures en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel» [34], et ce également «dans le cas où la disposition contraire au droit communautaire résulte d'une convention collective de travail» [35]. La Cour, a par ailleurs, dit pour droit précisément en ce qui concerne l'interdiction de discrimination prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 que cette interdiction s'applique également aux conventions collectives [36], au motif que «le fait que le gouvernement [de l'État membre intéressé] ne participe pas à

34 — Arrêt Nimz, précité, point 19, lequel mentionne comme nous l'avons indiqué l'arrêt Simmenthal, précité.

35 — Arrêt Nimz, précité, point 20.

36 — Arrêt du 28 octobre 1999, Commission/Grèce (C-187/98, Rec. p. I-7713, point 44).

la négociation des conventions collectives ne saurait l'exonérer de l'obligation de prendre les dispositions *complémentaires* qui s'imposent pour assurer le respect des prescriptions qui découlent des règles communautaires» [37].

65. Après avoir procédé à cette clarification, il reste à vérifier concrètement quels sont les pouvoirs dont disposent les juges nationaux pour garantir le principe de l'égalité de traitement dans une affaire comme celle en cause ici. Nous rappelons encore une fois cependant qu'en l'absence d'indications sur les mesures adoptées par la République fédérale d'Allemagne pour transposer l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 76/207, il convient d'examiner toutes les hypothèses envisageables à cet égard, en ayant présent à l'esprit que, quelle que puisse être la solution concrète choisie par le législateur allemand, elle doit garantir le plein respect des principes inscrits dans la directive.

66. En supposant, par conséquent, que le législateur allemand a choisi avant tout des solutions du type de celles envisagées par l'article 5, point 2, sous b), de la directive 76/207, notamment, en vue de prévoir la possibilité d'annuler ou de modifier les clauses discriminatoires des conventions collectives, il est clair que, comme l'affirme la Commission, le travailleur concerné ne doit pas subir de préjudice en raison du temps qui lui est nécessaire pour faire valoir ses droits en justice. Cela signifie que cette annulation ou cette modification doivent être susceptibles d'avoir des effets rétroactifs. Il nous semble important sur ce point de rappeler l'arrêt de la Cour dans l'affaire Commission/Grèce, précitée, dans lequel il a été indiqué, précisément en ce qui concerne la directive 79/7, que l'obligation pour les États membres «d'assurer, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées, que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive *dans toute son étendue*» (point 47; c'est nous qui soulignons), emporte celle de prévoir la suppression rétroactive des discriminations fondées sur le sexe (voir point 48).

67. Si au contraire la République fédérale d'Allemagne n'a pas transposé correctement la directive en cause, elle devrait tout de même assurer la protection des droits que cette directive garantit. Comme cela est bien connu, selon une jurisprudence

37 — Arrêt Commission/Grèce, précité, point 50 (c'est nous qui soulignons).

constante de la Cour, «dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en fait une transposition incorrecte» [38]; et cela, au motif que l'État «ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte» [39]. En l'espèce, nous rappelons que, selon une jurisprudence désormais consolidée, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 a un effet direct parce qu'il «est suffisamment précis et inconditionnel pour pouvoir être invoqué par des particuliers devant les juridictions nationales pour écarter l'application de toute disposition nationale non conforme à cet article» [40].

68. Il est vrai que les dispositions d'une directive qui ont un effet direct peuvent exclusivement être invoquées vis-à-vis d'un État membre [41], mais comme on le sait, la Cour a par ailleurs jugé que «lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, *employeur* ou autorité publique. Dans l'un et l'autre cas, il convient, en effet, d'éviter que l'État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire» [42]. Or, puisqu'en l'espèce, l'employeur est la Freie und Hansestadt Hamburg, c'est-à-dire une collectivité territoriale et, par conséquent, en dernière analyse, l'État, Mme Kutz-Bauer est en droit d'invoquer l'interdiction de discrimination figurant à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 et d'obtenir ainsi qu'il soit fait droit, même rétroactivement [43], à sa demande.

69. En conclusion, nous sommes d'avis que la seconde question préjudicielle appelle une réponse positive.

38 — Arrêt Marshall, précité, point 46 (qui comporte d'autres références).

39 — Arrêt Marshall, précité, point 47.

40 — Arrêt Balestra, précité, (point 32 qui comporte d'autres références); voir également arrêts Ruzius-Wilbrink, précité (point 19 qui comporte d'autres références); du 1er juillet 1993, Van Cant (C-154/92, Rec. p. I-3811, point 14 qui comporte d'autres références); du 27 octobre 1993, Van Gemert-Derks (C-337/91, Rec. p. I-5435, point 31 et suiv. qui comportent d'autres références). Voir dans le même sens, à propos de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, les arrêts Marshall, précité (point 52), et du 12 juillet 1990, Foster e.a. (C-188/89, Rec. p. I-3313, point 21).

41 — Arrêts Marshall, précité, point 48, et du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325, points 19 à 25).

42 — Arrêt Marshall, précité, point 49 (c'est nous qui soulignons).

43 — Sur le fondement de l'enseignement résultant de l'arrêt Commission/Grèce, précité (voir, notamment, point 55).

IV — Conclusions

70. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons, par conséquent, à la Cour de dire que:

«L'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE 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 ne fait pas obstacle à une convention collective applicable à la fonction publique qui n'admet les travailleurs des deux sexes au bénéfice de la préretraite que jusqu'à la date à laquelle il leur est possible de faire valoir pour la première fois leurs droits à une pension de retraite complète servie par le régime légal de l'assurance pension même si le groupe de personnes qui peuvent prétendre à une pension complète à l'âge de 60 ans est composé presque exclusivement de femmes alors que celui des personnes qui ne peuvent percevoir une pension de retraite complète qu'à compter de l'âge de 65 ans est composé presque exclusivement d'hommes».

71. À titre subsidiaire, c'est-à-dire dans l'hypothèse dans laquelle la Cour considère que le régime de préretraite prévu par l'ordre juridique allemand est incompatible avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, nous proposons de répondre à la seconde question préjudicielle comme suit:

«Si des dispositions des conventions collectives et des dispositions législatives sont incompatibles avec les directives 76/207/CEE 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 ainsi que 79/7, les juges nationaux sont compétents pour appliquer les dispositions correspondantes au bénéfice des catégories défavorisées sans tenir compte des restrictions incompatibles avec le droit communautaire jusqu'à ce que des dispositions non discriminatoires soient adoptées par les partenaires sociaux ou par le législateur.»