

**CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL**  
**M. GEORGIOS COSMAS**  
 présentées le 13 juillet 1995 \*

1. Dans l'affaire en cause, la Cour a été invitée, par ordonnance du Kantonrechter te Rotterdam, à se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 119 du traité CE en rapport avec l'accès à un système professionnel de pensions, l'interprétation de l'arrêt Barber (ci-après l'« arrêt Barber »), rendu par la Cour le 17 mai 1990<sup>1</sup>, ainsi que l'interprétation du protocole n° 2 sur l'article 119, précité, qui a été annexé au traité CE par le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992.

**I — Le litige en cause**

2. Le présent litige porte sur les effets de l'arrêt Barber, précité, pour les femmes travaillant à temps partiel. M<sup>me</sup> Francina Johanna Maria Dietz a travaillé à temps partiel, concrètement sept heures par semaine, comme aide soignante pour personnes âgées pendant la période allant du 11 décembre 1972 au 6 novembre 1990 au service de la Stichting Thuiszorg Rotterdam (ci-après « Thuiszorg »), partie défenderesse, et de l'auteur de celle-ci (Stichting Katholieke Maatschappelijke Gezinszorg). Le 6 novembre 1990, M<sup>me</sup> Dietz a atteint l'âge de 61 ans

et, en vertu d'un accord qu'elle avait conclu avec son employeur le 18 juillet 1990, elle a été mise à la retraite anticipée sur la base du régime de retraite anticipée volontaire (vervroegde uittredingsregeling), qui était appliqué chez Thuiszorg. En vertu de la loi instituant un régime d'affiliation obligatoire à un fonds professionnel de pensions (wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, ci-après la « loi BPF »)<sup>2</sup>, Thuiszorg est affiliée au « Pensioenfonds voor de Gezondheids-, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen » (ci-après la « caisse PGGM »). Ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, l'affiliation à la caisse professionnelle de pensions précitée est obligatoire en vertu de l'article 3 de la loi BPF. Cet article prévoit que le ministre des Affaires sociales et de l'Emploi peut, à la demande des représentants des organisations professionnelles du secteur concerné, rendre obligatoire l'affiliation à une caisse professionnelle de pensions.

3. Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1991, M<sup>me</sup> Dietz ne pouvait pas être affiliée au régime de pensions de son employeur, étant donné que les travailleurs à temps partiel qui, comme M<sup>me</sup> Dietz, sont occupés pendant une durée

\* Langue originale: le grec.

1 — C-262/88, Rec. p. I-1889.

2 — Loi du 17 mars 1949, *Staatsblad* J 121.

égale ou inférieure à 40 % de l'horaire de travail complet, sont exclus de ce système. C'est ainsi que M<sup>me</sup> Dietz n'a pas pu faire valoir ses droits à pension sur la base de l'ancien régime de pensions avant le 1<sup>er</sup> janvier 1991. Le 1<sup>er</sup> janvier 1991, cette restriction a été supprimée dans le cadre de l'adaptation du régime des caisses de pensions aux dispositions de la directive 86/378/CEE 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<sup>3</sup>. Dans le cadre de cette adaptation, un régime transitoire a été instauré, prévoyant pour les travailleurs qui avaient été exclus de la caisse PGGM l'octroi d'une pension sur la base d'un régime de prestations compensatoires (Overbruggingsuitkering, ci-après l'« OBU »).

4. Le 2 décembre 1992, M<sup>me</sup> Dietz a assigné Thuiszorg devant le Kantonrechter te Rotterdam. La demanderesse dans la procédure principale, M<sup>me</sup> Dietz, fait valoir que, le 6 novembre 1990, elle aurait différé sa mise à la retraite anticipée si elle avait su qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1991 l'exclusion de l'acquisition d'un droit à pension des travailleurs à temps partiel cesserait d'être en application et qu'elle pourrait, en vertu du régime transitoire précité, qui a été instauré en liaison avec la suppression de la restriction précitée pour les travailleurs à temps partiel, bénéficier d'une pension sur la base de l'OBU. La demanderesse, M<sup>me</sup> Dietz, prétend qu'elle n'était pas au courant de la modification en

question concernant la suppression de la restriction en cause, alors que, au contraire, la défenderesse Thuiszorg était au courant de cette suppression et aurait dû l'en informer. La demanderesse soutient que la défenderesse Thuiszorg a agi en violation de l'article 119 du traité CE, étant donné qu'elle n'a pas autorisé son affiliation à la caisse PGGM, avec laquelle Thuiszorg avait conclu un accord. Selon la demanderesse, le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, contenu dans l'article 119, lui confère un droit à l'assurance et, partant, à une pension correspondante avec effet rétroactif au 8 avril 1976, date de l'arrêt Defrenne II<sup>4</sup>, dans lequel la Cour a jugé que cet article a un effet horizontal direct. M<sup>me</sup> Dietz demande ainsi à la juridiction précitée d'enjoindre à la défenderesse Thuiszorg de l'autoriser à s'affilier au régime de pension de la caisse PGGM à partir du 8 avril 1976 ou à prendre toutes mesures lui permettant d'obtenir, à partir du moment où elle atteint l'âge de la retraite, une pension comme si elle avait été affiliée à la caisse PGGM depuis le 8 avril 1976.

5. La défenderesse fait valoir, de son côté, que, au moment où elle a conclu avec la demanderesse un accord de retraite anticipée, elle ne savait pas encore que la suppression de l'exclusion des travailleurs à temps partiel s'accompagnerait de l'adoption d'un régime transitoire pour ces travailleurs. Thuiszorg prétend en outre qu'elle n'a absolument aucun pouvoir ni aucune influence sur les

3 — JO L 225, p. 40.

4 — Arrêt du 8 avril 1976 (43/75, Rec. p. 455).

décisions de la caisse PGGM et que la demanderesse devait faire valoir ses prétentions concernant son affiliation au régime de pensions en cause directement auprès de cette caisse, et non auprès de Thuiszorg, qui n'a donc pas été valablement assignée. Thuiszorg prétend aussi que la demande de la demanderesse concernant son assurance ne peut pas être accueillie avec effet rétroactif au 8 avril 1976, et cela en raison de l'arrêt Barber, précité. Estimant que certaines précisions concernant le droit communautaire étaient nécessaires pour résoudre le litige, le Kantonrechter te Rotterdam a décidé de surseoir à statuer et de déférer à la Cour, en vertu de l'article 177 du traité CE, un certain nombre de questions préjudicielles.

Le texte complet des questions préjudicielles se lit comme suit:

« 1) Le droit à l'affiliation à un régime professionnel de pensions, tel que celui dont il est question en l'espèce, qui est imposé par l'autorité des pouvoirs publics, relève-t-il également du droit à la rémunération (à l'égalité de rémunération) visé à l'article 119 du traité CE?

1) a) Les éléments suivants incitent-ils à répondre d'une manière différente à la question 1 posée par le Kantonrechter te Utrecht dans l'ordonnance précitée:

## II — Les questions préjudicielles

6. Le Kantonrechter te Rotterdam invite la Cour, par ordonnance du 18 octobre 1993<sup>5</sup>, à se prononcer sur des questions que le Kantonrechter te Utrecht avait déjà soumises à la Cour par son ordonnance du 18 mars 1993 dans l'affaire Fisscher<sup>6</sup>. L'ordonnance du Kantonrechter te Rotterdam renvoie explicitement aux questions posées par le Kantonrechter te Utrecht, qu'elle complète aussi.

a) le fait que, outre des considérations de politique sociale (dans le cadre de la constitution, par branche professionnelle, du régime de pensions, les coûts sont supportés conjointement par toutes les entreprises relevant de la branche professionnelle), le motif déterminant de l'adoption de la wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (loi néerlandaise sur l'affiliation obligatoire à un fonds professionnel de pension — ci-après la 'loi BPF'), consistait à faire obstacle à la concurrence réciproque au sein de la branche professionnelle?

5 — JO C 338 du 15 décembre 1993, p. 12.

6 — Arrêt du 28 septembre 1994 (C-128/93, Rec. p. I-4583).

b) le fait que le projet initial de loi BPF prévoyait certes de rendre obligatoire d'office l'affiliation à un fonds professionnel de pension, sans que, toutefois, pareille disposition ne se retrouve dans le texte final de la loi (Tweede Kamer 1948-1949 785, n° 6)?

conventionnellement exclus) s'applique-t-elle également à un droit à l'affiliation à un régime professionnel de pensions tel que celui dont il est question en l'espèce et dont, en tant que femme mariée, la demanderesse avait été exclue?

c) la question de savoir si la stichting Thuiszorg Rotterdam n'a pas introduit de réclamation contre la mesure rendant obligatoire l'affiliation à un fonds professionnel de pension ou a précisément introduit une telle réclamation (qui a été ignorée par le ministre)?

2) a) En cas de réponse affirmative à la question précédente, la limitation dans le temps que la Cour a instaurée dans l'arrêt Barber pour une mesure en matière de pensions telle que celle dont il était question dans l'arrêt Barber ('contracted out schemes', régimes conventionnellement exclus) s'applique-t-elle également au versement d'une pension de retraite?

d) la question de savoir si la stichting Thuiszorg a ou non effectué une enquête parmi les travailleurs qu'elle emploie, dont les résultats aurait pu fournir un motif pour demander l'exemption ou pour informer les travailleurs de la possibilité d'exemption?

3) Pour les cas où le régime de pensions en usage dans une entreprise est rendu obligatoire en vertu de la loi, l'organisme qui met en œuvre ce régime et qui le gère (la caisse professionnelle de retraite) est-il tenu d'appliquer le principe de l'égalité de traitement inscrit à l'article 119 du traité CEE et le travailleur qui est désavantagé par le non-respect de cette règle peut-il citer directement la caisse de retraite comme s'il s'agissait de l'employeur?

2) En cas de réponse affirmative à la question précédente, la limitation dans le temps que la Cour a instaurée dans l'arrêt Barber pour une mesure en matière de pensions telle que celle dont il était question dans l'arrêt Barber ('contracted out schemes', régimes

Pour expliciter cette question, il peut être utile de relever que le Kantonrechter n'est pas compétent pour connaître

d'une action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, car l'importance de l'action dépasse les limites de sa compétence. Dans la présente procédure, il importe donc de savoir si, sur le fondement de son contrat de travail, la demanderesse peut citer la caisse de retraite.

affaire, dont le Kantonrechter a été saisi par citation signifiée le 16 juillet 1992? »

- 4) Si, sur le fondement de l'article 119 du traité CEE, la demanderesse possède un droit à l'affiliation à la caisse professionnelle de retraite à partir d'une date antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1991, cela veut-il dès lors dire qu'elle n'est pas obligée de payer les cotisations qu'elle aurait dû payer si elle avait été auparavant admise par la caisse de retraite?

Les questions précitées soulèvent des problèmes relatifs à l'application de l'article 119 du traité aux régimes professionnels de pensions et la validité de la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber, précité.

### III — Le cadre législatif et jurisprudentiel

- 5) Le fait que la demanderesse n'ait pas réagi plus tôt afin d'exiger l'octroi des droits auxquels elle prétend à l'heure actuelle présente-t-il un intérêt en l'espèce?

7. L'article 119 du traité prévoit ce qui suit: « Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail.

- 6) Le protocole sur l'article 119 du traité CEE joint en annexe au traité de Maastricht (le 'protocole Barber') ainsi que l'article III comportant dispositions transitoires de la proposition de loi n° 20890 (la proposition de loi modifiant cet article), visant à mettre en œuvre la quatrième directive, comportent-ils des conséquences aux fins de l'appréciation de la présente

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

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

- a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure,
- b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. »

Dans l'arrêt *Bilka* <sup>7</sup>, qui a été confirmé par l'arrêt *Barber*, précité, et par l'arrêt *Ten Oever* <sup>8</sup>, la Cour a jugé que tant le droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions que le droit à des prestations à la charge de ces régimes entrent dans le champ d'application de l'article 119. Plus particulièrement, dans l'arrêt *Barber*, précité, la Cour a jugé que, à la différence des prestations servies par les régimes légaux nationaux de sécurité sociale, les pensions versées par les régimes professionnels de sécurité sociale constituent des avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier et que, par conséquent, elles entrent dans le concept de « rémunération » au sens de l'article 119 du traité CE.

8. La conséquence pratique de cette jurisprudence est que, s'agissant de régimes professionnels de pensions, la fixation de l'âge de la retraite en fonction du sexe du bénéficiaire de la pension constitue une discrimination prohibée par l'article 119, et cela en dépit du fait que la directive 86/378, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale <sup>9</sup>, permet des dérogations au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne la fixation de l'âge de la retraite [article 9, sous a), de la directive], de même d'ailleurs que 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 <sup>10</sup>. La conséquence de cet arrêt est que la directive 86/378 est presque intégralement dépourvue d'objet, étant donné que l'octroi de pensions par les régimes professionnels de pensions ne devra plus être considéré comme entrant dans le champ d'application de cette directive, mais dans celui de l'article 119.

9. Or, la Cour a soumis les effets de l'arrêt *Barber* à une limitation dans le temps en jugeant que « l'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à celle du présent arrêt, d'un droit à pension, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé

<sup>7</sup> — Arrêt du 13 mai 1986 (170/84, Rec. p. 1607).

<sup>8</sup> — Arrêt du 6 octobre 1993 (C-109/91, Rec. p. I-4879).

<sup>9</sup> — Voir également le rectificatif qui a été publié au JO L 283 du 4 octobre 1986, p. 27. Le délai fixé pour la mise en œuvre de cette directive par les États membres est venu à expiration le 30 juillet 1989.

<sup>10</sup> — JO L 6, p. 24.

une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable »<sup>11</sup>. Précisant le contenu de cette limitation, la Cour a jugé, dans l'arrêt Ten Oever, que, « en vertu de l'arrêt du 17 mai 1990, C-262/88, Barber, l'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué, afin d'exiger l'égalité de 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 »<sup>12</sup>.

10. Le protocole n° 2 (ci-après le « protocole Barber »), qui a été inséré dans le traité CE le 1<sup>er</sup> novembre 1993, date de l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, vise, lui aussi, à préciser les effets dans le temps de l'effet direct de l'article 119 du traité dans le secteur des pensions, octroyées par des régimes professionnels de pensions. Ce protocole se lit comme suit: « Aux fins de l'application de l'article 119, des prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunérations si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclama-

tion équivalente selon le droit national applicable. » Ce protocole a donc adopté la même solution que celle qui avait été appliquée par la jurisprudence de la Cour que nous venons de citer.

#### IV — Réponses aux questions préjudicielles

11. Dans les États où il existe une longue tradition de régimes professionnels de pensions, un problème sérieux est apparu en ce qui concerne les retombées et les effets dans le temps de l'application à ces régimes du principe de l'égalité des rémunérations, énoncé à l'article 119, ce qui a entraîné un nombre considérable de questions préjudicielles.

La présente affaire s'inscrit dans le contexte de cette problématique. Dans son arrêt Fischer, précité, la Cour a déjà répondu à la plupart des questions préjudicielles que lui a posées le Kantonrechter te Rotterdam.

*En ce qui concerne la première question préjudicielle*

12. Cette question comprend deux branches. Par sa première branche, le Kantonrechter te

11 — Voir le point 5 du dispositif de l'arrêt Barber.

12 — Arrêt Ten Oever, point 2 du dispositif. Cet arrêt a été confirmé depuis lors par l'arrêt du 14 décembre 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591, point 3 du dispositif), et par l'arrêt du 22 décembre 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935, point 1 du dispositif).

Rotterdam demande si le droit à l'affiliation à un régime professionnel de pensions relève de l'interdiction de discrimination, édictée par l'article 119 du traité CE. La Cour a déjà répondu par l'affirmative à cette question dans l'arrêt Fisscher<sup>13</sup>. Nous observerons seulement que la caisse PGGM, qui est en cause dans la présente affaire, présente les mêmes caractéristiques que le régime de pensions qui était au centre de l'affaire Fisscher. Ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi et des observations présentées devant la Cour par la défenderesse dans la procédure principale, la présente affaire concerne également un régime professionnel de pensions qui satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt Barber. Il s'agit donc d'un régime auquel l'ensemble du secteur professionnel concerné est obligatoirement affilié, qui a été défini à la suite de négociations collectives au sein du secteur professionnel concerné, et non directement par la loi, qui est financé par les employeurs et les travailleurs, à l'exclusion de toute contribution des pouvoirs publics, et qui s'applique non pas à des catégories générales de travailleurs, mais uniquement aux travailleurs occupés dans un secteur déterminé. Par conséquent, l'article 119 et le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes sont également applicables dans le cas de la caisse PGGM.

pensions. Nous estimons que ces circonstances ne sont pas de nature à affecter le fait que l'affiliation à un régime professionnel de pensions est qualifié d'avantage consenti par l'employeur au travailleur en raison de la relation de travail au sens de l'article 119 du traité CE, ni, par conséquent, à mettre en cause l'application de cet article au cas concret. En effet, ni les raisons qui ont incité le législateur néerlandais à arrêter la loi BPF, ni la disposition du projet de loi initial qui n'a finalement pas été adopté, relative à l'affiliation obligatoire, ni non plus la question de savoir si Thuiszorg, partie défenderesse, a ou non soulevé des objections contre l'affiliation obligatoire, ni encore le fait que Thuiszorg a effectué une enquête auprès des travailleurs sur la possibilité d'une dispense de l'affiliation obligatoire n'exercent une incidence sur les critères que nous venons d'exposer et sur lesquels est fondé, selon l'arrêt Barber, le fait que l'affiliation à des régimes professionnels de pensions et les prestations servies par ces régimes sont qualifiés d'avantages consentis par l'employeur au travailleur en raison de la relation de travail.

*En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle*

13. Par la seconde branche 1) a) de la première question, la juridiction de renvoi demande si les circonstances qu'elle énumère modifient la conclusion précitée quant à l'application de l'article 119 du traité au droit d'affiliation à un régime professionnel de

14. Cette question comprend, elle aussi, deux branches. Par la première branche de cette question, le Kantonrechter te Rotterdam demande si la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber s'étend aussi au droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions tel que celui dont il est question en l'espèce. La Cour a également répondu à

13 — Voir le point 1 du dispositif de l'arrêt Fisscher.



cette question dans l'arrêt Fisscher. Elle a dit pour droit que « la limitation des effets dans le temps de l'arrêt Barber ne s'applique pas au droit à l'affiliation à un régime de pensions professionnel »<sup>14</sup>.

15. Ainsi qu'il ressort de la comparaison entre les deux branches de la deuxième question, la seconde branche 2) a) soulève le problème de savoir si, eu égard aux réponses aux questions précédentes, la limitation dans le temps de la possibilité d'invoquer l'effet direct de l'article 119, prévue par la jurisprudence de la Cour et par le protocole Barber, trouve application à l'égard du versement des prestations de pension en cas d'affiliation avec effet rétroactif à un régime professionnel de pensions. La juridiction nationale demande en substance si, en ce qui concerne la limitation dans le temps en question, il faut distinguer entre le droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions et le droit aux prestations dans le cadre de ce régime.

16. En ce qui concerne cette question, il faut tout d'abord observer que, ainsi qu'il ressort des arrêts Ten Oever et Moroni, précités, la Cour admet que les principes énoncés dans l'arrêt Barber, y compris celui de la limitation dans le temps, trouvent aussi application à l'égard d'autres régimes professionnels de

pensions. Tel est par exemple le cas des régimes professionnels de pensions complémentaires. Il s'ensuit que l'arrêt Barber ne peut pas être considéré comme se rapportant uniquement aux régimes professionnels de pensions conventionnellement exclus (« contracted out »), auxquels se rapportait cette affaire. Par conséquent, conformément à ce que nous avons exposé plus haut, le régime de pensions litigieux entre, de par sa nature, dans le champ d'application de la limitation dans le temps.

17. Il convient ensuite de rechercher quelle est l'étendue de l'application de la limitation dans le temps par rapport aux prestations servies. Le protocole Barber, qui a adopté la solution consacrée par l'arrêt qui porte le même nom, prévoit en substance que les prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne sont pas considérées comme des rémunérations au sens de l'article 119, à moins qu'elles ne se rapportent à des périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990. Par conséquent, en ce qui concerne les prestations afférentes à des périodes d'emploi antérieures à cette date, il n'existe aucune obligation d'observer le principe d'égalité de traitement.

Le caractère général des termes du protocole conduit à la conclusion que la limitation dans le temps qu'il prévoit couvre *toutes* les prestations accordées par des régimes professionnels de sécurité sociale. Cette conséquence a été confirmée par la Cour, qui a souligné

<sup>14</sup> — Point 2 du dispositif de l'arrêt Fisscher.

dans ses récents arrêts dans l'affaire Fisscher, précitée, et dans les affaires Beune et Vroege<sup>15</sup> que « tout en l'étendant à l'ensemble des prestations versées par un régime professionnel de sécurité sociale, le protocole n° 2 a retenu en substance la même interprétation de l'arrêt Barber que celle de l'arrêt Ten Oever »<sup>16</sup>. Ainsi, contrairement à ce qui vaut pour le droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions, qui, ainsi que nous l'avons exposé plus haut, n'est pas soumis à une limitation dans le temps, le droit à une prestation (telle qu'une pension de vieillesse) à la charge d'un tel régime est soumis à la limitation dans le temps.

18. La conséquence pratique de l'application de la limitation dans le temps aux prestations à la charge des régimes de pensions est que, lorsqu'une discrimination a été constatée par la Cour et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées par le régime, la disposition de l'article 119 impose, pour la période postérieure au 17 mai 1990, « l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée »<sup>17</sup>. Ainsi, lorsque le différend porte sur l'âge de la retraite, pour rétablir l'égalité, les droits à pension des travailleurs masculins doivent être calculés en fonction du même âge de la retraite que celui des travailleurs féminins<sup>18</sup>. Toutefois, cela ne vaut pas pour les périodes

d'emploi antérieures au 17 mai 1990. En ce qui concerne ces périodes, l'article 119 n'est pas d'application obligatoire et les employeurs ainsi que les organismes de gestion des régimes professionnels de pensions ne sont pas tenus d'observer le principe d'égalité de traitement pour les prestations dues pour ces périodes<sup>19</sup>.

19. Il est logique que ces principes trouvent aussi application dans le cas de travailleurs qui, en raison d'une discrimination, avaient été exclus de l'affiliation à un régime professionnel de sécurité sociale et qui y ont été affiliés par la suite avec effet rétroactif. Après leur affiliation à ce régime, ces travailleurs ne pourront pas exiger l'application de l'article 119 aux prestations afférentes à des périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990.

20. Par conséquent, l'absence de limitation dans le temps dans le cadre de l'application de l'article 119 en ce qui concerne l'affiliation à un régime professionnel de sécurité sociale ne veut pas dire que cet article est appliqué sans limitation dans le temps en ce qui concerne le versement des prestations dues.

Toute interprétation contraire aurait pour effet d'accorder un traitement favorable aux

15 — Arrêts du 28 septembre 1994, Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471), et Vroege (C-57/93, Rec. p. I-4541).

16 — Voir les arrêts, précités, Fisscher, point 49, Beune, point 61, et Vroege, point 41.

17 — Arrêt du 28 septembre 1994, Avdel Systems (C-408/92, Rec. p. 4435, point 17).

18 — Voir le point 18 de l'arrêt Avdel Systems, précité.

19 — Voir le point 19 de l'arrêt Avdel Systems, précité.

travailleurs qui, en raison d'une discrimination, avaient été exclus de l'affiliation à un régime professionnel et qui y ont été soumis par la suite avec effet rétroactif, dans la mesure où ces travailleurs seraient en mesure de se prévaloir du principe d'égalité pour la fixation du montant des prestations qui leur sont dues pour les périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, tandis que les travailleurs qui étaient dès le début soumis au régime en question ne jouissent pas d'un tel droit.

Or, cette distinction ne peut pas être acceptée. Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt Fisser, le travailleur « ne saurait exiger, notamment sur le plan financier, un traitement plus favorable que celui qu'il aurait eu s'il avait été régulièrement affilié »<sup>20</sup>.

Ces considérations nous conduisent à la conclusion que la limitation dans le temps du droit de se prévaloir de l'effet direct de l'article 119 vaut en principe pour le droit au versement d'une pension à la charge d'un régime professionnel de pensions lorsque le travailleur est affilié à ce régime avec effet rétroactif.

21. Or, la question qui se pose est, en outre, de savoir si cette conséquence couvre toutes

les formes de discriminations en rapport avec le droit à des prestations. Pour répondre à cette question, il faut faire un parallèle entre la jurisprudence Bilka et la jurisprudence Barber. Dans l'arrêt Bilka, la Cour a jugé que, dans la mesure où il est satisfait aux critères qu'elle a énoncés dans l'arrêt Defrenne I<sup>21</sup> et appliqués par la suite dans l'arrêt Barber, les prestations accordées dans le cadre d'un régime professionnel de pensions ont le caractère d'une « rémunération » au sens de l'article 119 du traité CE, et que l'exclusion des travailleurs à temps partiel d'un tel régime professionnel de pensions viole l'article 119 lorsqu'elle frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que cette exclusion s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe<sup>22</sup>. Dans cet arrêt, la Cour n'a pas prévu une limitation dans le temps, étant donné que les solutions qu'elle a adoptées se bornaient à développer la jurisprudence antérieure.

22. En revanche, dans l'arrêt Barber, la Cour a répondu pour la première fois à la question de savoir dans quelle mesure la fixation d'âges de la retraite différents selon le sexe, dans le cadre de régimes professionnels de pensions, constitue une discrimination illicite<sup>23</sup>. Lorsqu'elle a répondu par l'affirmative à cette question, la Cour a jugé nécessaire de limiter dans le temps les effets de son

20 — Voir le point 36 de l'arrêt précité.

21 — Arrêt du 25 mai 1971 (80/70, Rec. p. 445).

22 — Voir les points 16 à 18 et 31 de l'arrêt Bilka, précité, et le point 1 du dispositif.

23 — Voir le point 16 de l'arrêt Moroni, précité.

arrêt. Elle a essentiellement fondé cette limitation:

— d'une part, sur le fait que la réglementation communautaire, concrètement l'article 9, sous a), de la directive 86/378<sup>24</sup>, a admis des exceptions en ce qui concerne l'âge de la retraite et que, par conséquent, les États membres et les milieux intéressés ont pu raisonnablement estimer que le principe de l'égalité entre travailleurs masculins et travailleurs féminins ne s'appliquait pas dans ce cas,

— d'autre part, sur la constatation que l'effet rétroactif de l'arrêt risquerait de bouleverser l'équilibre financier de nombre de régimes professionnels de pensions.

23. Par conséquent, la limitation dans le temps de la possibilité d'invoquer l'effet direct de l'article 119 concerne uniquement les discriminations qui pourraient être fondées sur des exceptions prévues par des dispositions communautaires, telles que celle de l'article 7 de la directive 79/7 et celle de l'article 9 de la directive 86/378. C'est ce que la Cour a aussi confirmé dans les arrêts Vroege et Fisser, dans lesquels elle a jugé que « la limitation des effets dans le temps de l'arrêt Barber ne concerne que les types

de discriminations que, en raison des exceptions transitoires prévues par le droit communautaire susceptible d'être appliqué en matière de pensions professionnelles, les employeurs et les régimes de pensions ont pu raisonnablement considérer comme tolérées »<sup>25</sup>.

Or, tel n'est pas le cas en ce qui concerne la discrimination qui est au centre de la présente affaire, c'est-à-dire la discrimination des travailleurs à temps partiel. Dans un tel cas, on ne saurait admettre que les États membres et les intéressés aient raisonnablement considéré les dérogations à l'égalité comme tolérées à l'égard des travailleurs à temps partiel.

24. En effet, ni la directive 79/7 ni la directive 86/378 n'autorisent une telle conclusion, étant donné qu'elles ne contiennent aucun élément susceptible de fonder la thèse selon laquelle les travailleurs à temps partiel peuvent être exclus des régimes professionnels de pensions. Au contraire, ces deux directives interdisent expressément « 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 les « conditions d'accès aux régimes »<sup>26</sup>. Par conséquent, ainsi que l'avocat général M. Van Gerven l'a aussi souligné dans les affaires Vroege et

25 — Voir le point 27 de l'arrêt Vroege et le point 24 de l'arrêt Fisser.

24 — Cet article reprend l'exception prévue par l'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 79/7.

26 — Article 5, paragraphe 1, de la directive 86/378 et article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7.

Fisscher, « il était clair dès le départ qu'exclure (...) du bénéfice de régimes de pensions (...) les travailleurs à temps partiel par le biais d'une discrimination indirecte dépourvue de toute justification objective allait au-delà des dérogations autorisées et était dès lors illicite »<sup>27</sup>.

25. En ce qui concerne la jurisprudence, la Cour a précisé dans son arrêt du 31 mars 1981, Jenkins<sup>28</sup>, que les inégalités de rémunérations entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel sont susceptibles de constituer une discrimination prohibée par l'article 119. Concrètement, elle a jugé dans cet arrêt que « s'il s'avère qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins effectue le nombre minimal d'heures de travail par semaine qui est requis pour pouvoir prétendre au salaire horaire à taux plein, l'inégalité de rémunération est contraire à l'article 119 du traité lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour être en mesure d'effectuer ce nombre minimal d'heures par semaine, la pratique salariale de l'entreprise en question ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe »<sup>29</sup>. La Cour a développé ce critère dans ses arrêts ultérieurs et elle l'applique selon une jurisprudence constante<sup>30</sup>.

26. En outre, en ce qui concerne les charges financières auxquelles les employeurs et les caisses de pensions seraient soumis si la limitation dans le temps d'un droit d'affiliation aux régimes professionnels de pensions et du paiement des pensions par ces régimes était reconnue, il faut souligner que, ainsi qu'il ressort de l'arrêt Fisscher, le fait, pour le travailleur, de pouvoir prétendre à l'affiliation rétroactive à un régime professionnel de pensions ne lui permet pas de se soustraire au paiement des cotisations afférentes à la période d'affiliation concernée. Par conséquent, il n'existe pas de danger de bouleversement rétroactif grave de l'équilibre financier d'un tel régime.

27. Il ressort des considérations qui précèdent que la limitation dans le temps, qui a été imposée par l'arrêt Barber, ne peut pas s'étendre d'une manière générale à toutes les formes de discriminations fondées sur le sexe qui concernent le droit à des prestations. Dans la mesure où les conditions qui ont conduit à limiter dans le temps les effets de l'arrêt Barber ne sont pas remplies, des formes de discriminations telles que celle qui est au centre de la présente affaire ne peuvent pas être considérées comme incluses dans cette limitation.

28. Il reste à examiner si, éventuellement, le protocole Barber impose malgré tout une limitation dans le temps pour les prestations à servir en application du régime professionnel de pensions en cause. A ce sujet, on pourrait soutenir que les termes larges dans lesquels est rédigé le protocole Barber, qui a étendu la limitation dans le temps à l'ensemble des prestations versées par un régime

27 — Point 17 des conclusions dans l'affaire Vroege, précitée.

28 — 96/80, Rec. p. 911.

29 — Point 13 de l'arrêt Jenkins.

30 — Voir l'arrêt Bilka, points 24 à 31 et 36, et les arrêts du 13 juillet 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743, points 12 à 16), du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591, points 13 à 16), du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297, points 12 à 15), et du 4 juin 1992, Bétel (C-360/90, Rec. p. I-3589, points 18 et 21 à 27).

professionnel de sécurité sociale, montrent indéniablement que ce protocole vaut pour tous les régimes professionnels de pensions et pour *toutes* les discriminations fondées sur le sexe qui peuvent exister dans ce secteur, y compris, par conséquent, les discriminations indirectes à l'égard des travailleurs à temps partiel. Or, une telle interprétation ne peut pas être admise, étant donné que le protocole doit être interprété à la lumière de l'arrêt Barber et de la jurisprudence ultérieure qui a précisé cet arrêt. C'est ce que la Cour a d'ailleurs aussi admis dans ses arrêts Vroege et Fisscher, dans lesquels elle a souligné que ce protocole présente un lien évident avec l'arrêt Barber, précité, puisqu'il se réfère à la même date du 17 mai 1990 et qu'il retient en substance la même interprétation de l'arrêt Barber que celle de l'arrêt Ten Oever<sup>31</sup>. Par conséquent, ainsi que l'avocat général W. Van Gerven l'a aussi souligné dans le cadre des affaires Vroege et Fisscher, « le protocole Barber a pour finalité et pour objet de préciser les effets dans le temps de l'arrêt Barber »<sup>32</sup>.

tions au principe d'égalité des rémunérations continuaient d'être admises. Au contraire, la limitation dans le temps, prévue par le protocole Barber, ne peut pas être aussi étendue aux discriminations indirectes fondées sur le temps partiel, étant donné que, ainsi qu'il a été exposé plus haut, la directive 86/378 ne prévoit aucune exception à cet égard<sup>33</sup>.

Par conséquent, dans la mesure où il s'agit de discriminations qui ne sont pas couvertes par l'arrêt et le protocole Barber, il ne doit pas y avoir de distinction, en ce qui concerne l'application dans le temps de l'effet direct de l'article 119, entre le droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions et le fait de prétendre à l'octroi d'une pension dans le cadre de ce régime.

*Sur les troisième, quatrième, cinquième et sixième questions préjudicielles*

29. Il résulte de ce qui précède que la limitation dans le temps, qui est énoncée dans le protocole et qui est celle qui ressort de l'arrêt Barber, tel qu'il a été précisé dans la jurisprudence ultérieure, s'applique au niveau de la problématique des discriminations, fondées sur le sexe, qui sont relatives à l'âge de la retraite, ainsi que pour les autres cas pour lesquels la directive 86/378 a prévu des exceptions. Dans ces cas, les milieux intéressés ont pu raisonnablement estimer jusqu'à la date de l'arrêt Barber que des excep-

30. Ces questions préjudicielles sont absolument identiques à celles posées par la juridiction nationale dans l'affaire Fisscher. Par conséquent, les réponses données par la Cour dans cette dernière affaire, par son arrêt du 28 septembre 1994 (points 3 à 6 du dispositif), valent aussi pour la présente affaire.

31 — Voir le point 41 de l'arrêt Vroege et le point 49 de l'arrêt Fisscher.

32 — Point 23 des conclusions dans l'affaire Vroege, précitée.

33 — En ce sens, voir aussi les conclusions de l'avocat général M. Van Gerven, du 7 juin 1994, dans les affaires Vroege et Fisscher, points 23 à 25. Voir, cependant, les conclusions de l'avocat général M. Jacobs, du 27 avril 1994, dans l'affaire Beune (points 56 et s.).

## V — Conclusion

31. Eu égard à ce qui a été exposé, nous proposons à la Cour de répondre dans les termes suivants aux questions posées à titre préjudiciel par le Kantonrechter te Rotterdam:

- « 1) Le droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions entre dans le champ d'application de l'article 119 du traité CEE et relève donc de l'interdiction de toute discrimination, édictée par cet article.
  - 1) a) La réponse à la question précédente n'est pas affectée par les circonstances que la juridiction nationale énumère dans la seconde branche 1) a) de la première question préjudicielle.
  - 2) La limitation dans le temps des effets de l'arrêt du 17 mai 1990, Barber, C-262/88, ne s'applique pas au droit d'affiliation à un régime professionnel de pensions.
    - 2) a) Dans la mesure où une discrimination entre dans le champ d'application de l'arrêt du 17 mai 1990, Barber, la limitation dans le temps des effets de cet arrêt s'applique également au droit à une pension de retraite dans le cadre d'un régime professionnel de pensions, que le travailleur affilié à ce régime avec effet rétroactif peut faire valoir.
  - 3) Les administrateurs d'un régime professionnel de pensions sont tenus, à l'instar précisément de l'employeur, d'observer les dispositions de l'article 119 du traité, et le travailleur qui subit une discrimination peut faire valoir ses droits directement à l'encontre de ces administrateurs.
- 4) Le fait pour un travailleur de pouvoir prétendre à l'affiliation avec effet rétroactif à un régime professionnel de pensions ne lui permet pas de se soustraire au paiement des cotisations afférentes à la période d'affiliation concernée.

- 5) Les règles nationales relatives aux délais de recours de droit interne sont opposables aux travailleurs qui font valoir leur droit à l'affiliation à un régime professionnel de pensions, à condition qu'elles ne soient pas moins favorables pour ce type de recours que pour les recours similaires de nature interne et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique l'exercice du droit communautaire.
  
- 6) Le protocole n° 2 sur l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne, annexé au traité sur l'Union européenne, n'a aucune incidence sur le droit à l'affiliation à un régime professionnel de pensions, qui demeure régi par l'arrêt du 13 mai 1986, Bilka (170/84). »