



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 10 septembre 2019¹

Affaire C-450/18

WA
contre
Instituto Nacional de la Seguridad Social

[demande de décision préjudicielle formée par le Juzgado de lo Social n° 3 de Gerona (tribunal du travail n° 3 de Gérone, Espagne)]

« Renvoi préjudiciel – Travailleurs féminins et travailleurs masculins – Égalité de traitement en matière de sécurité sociale – Directive 79/7/CEE – Pension d'invalidité – Complément de pension accordé aux mères de deux enfants ou plus qui sont bénéficiaires d'une pension contributive de la sécurité sociale – Article 157, paragraphe 4, TFUE – Action positive – Mesures destinées à compenser les désavantages liés à la carrière des travailleurs féminins »

I. Introduction

1. Le droit espagnol accorde aux *femmes qui ont eu au moins deux enfants biologiques ou adoptés* un supplément à leur pension contributive de retraite, de survie ou d'invalidité permanente de la sécurité sociale. Le requérant dans l'affaire au principal (ci-après le « requérant »), père de deux filles, a contesté une décision rendue par l'autorité nationale de sécurité sociale refusant de lui accorder un supplément similaire à sa pension d'invalidité permanente.
2. La juridiction de renvoi souhaite savoir si la disposition nationale instaurant le complément de pension pour les femmes, qui ne reconnaît pas un tel droit aux hommes, viole l'interdiction du droit de l'Union de toute discrimination fondée sur le sexe.
3. La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des régimes de retraite accordant des avantages liés à la maternité aux seules femmes. Les arrêts Griesmar² et Leone³ concernaient toutefois des pensions professionnelles pour fonctionnaires qui relevaient du principe de l'égalité des rémunérations consacré à l'article 157 TFUE. Dans la présente affaire, la Cour est invitée à indiquer s'il convient d'appliquer une approche similaire aux affaires concernant des avantages faisant partie d'un régime de pension général de la sécurité sociale.

¹ Langue originale : l'anglais.

² Arrêt du 29 novembre 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

³ Arrêt du 17 juillet 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090).

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

4. Aux termes du troisième considérant 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 sociale⁴, « la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité, [...] dans ce cadre, des dispositions spécifiques destinées à remédier aux inégalités de fait peuvent être prises par les États membres en faveur des femmes ».

5. Selon son article 1^{er}, la directive 79/7 vise « la mise en œuvre progressive, dans le domaine de la sécurité sociale et autres éléments de protection sociale prévu à l'article 3, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, ci-après dénommé "principe de l'égalité de traitement" ».

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

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

[...]

– invalidité,

[...] »

7. L'article 4 de la directive 79/7 est libellé comme suit :

« 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 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.

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. L'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 79/7 prévoit que cette directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application « les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants ; l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants ».

⁴ JO 1979, L 6, p. 24.

B. Le droit espagnol

9. L'article 60, paragraphe 1, de la Ley General de la Seguridad Social (loi générale sur la sécurité sociale, ci-après la « LGSS »)⁵ énonce :

« Eu égard à leur contribution démographique à la sécurité sociale par rapport au nombre d'enfants qu'elles ont eu, un complément de pension est accordé aux femmes qui ont eu des enfants biologiques ou adoptés et qui bénéficient de pensions contributives de retraite, de veuvage ou d'incapacité permanente au titre d'un quelconque régime du système de sécurité sociale.

Le montant de ce complément, qui présente à tous égards la nature juridique d'une pension publique contributive, résulte de l'application au montant initial desdites pensions d'un pourcentage déterminé, qui est fonction du nombre d'enfants, conformément à l'échelle suivante :

- a) dans le cas de deux enfants : 5 pour cent.
- b) dans le cas de trois enfants : 10 pour cent.
- c) dans le cas de quatre enfants ou plus : 15 pour cent.

En vue d'établir le droit au complément ainsi que son montant, seuls sont pris en compte les enfants nés ou adoptés avant le fait générateur de la pension en question. »

III. Les faits à l'origine du litige, la procédure au principal et la question préjudicielle

10. Par décision du 25 janvier 2017, l'Instituto Nacional de la Seguridad Social (Institut national de la sécurité sociale, Espagne, ci-après l'« INSS »), a accordé au requérant une pension pour incapacité de travail absolue et permanente à hauteur de 100 % de la base de calcul, s'élevant à 1 603,43 euros par mois, augmentés des revalorisations.

11. Le requérant a introduit une réclamation administrative contre cette décision, en soutenant en substance que, étant le père de deux filles, il avait le droit de percevoir un complément de 5 % sur sa pension, dans les mêmes conditions que les femmes.

12. Par décision du 9 juin 2017, l'INSS a rejeté ladite réclamation et a confirmé sa décision du 25 janvier 2017. L'INSS a indiqué que, comme son nom l'indique, le complément pour maternité est reconnu exclusivement aux femmes bénéficiaires d'une prestation contributive de la sécurité sociale espagnole, mères de deux enfants ou plus, au titre de leur contribution démographique à la sécurité sociale.

13. Le 23 mai 2017, le requérant a introduit un recours contre la décision de l'INSS devant le Juzgado de lo Social n° 3 de Gerona (tribunal du travail n° 3 de Gérone, Espagne), la juridiction de renvoi. Il a demandé que lui soit reconnu le droit à bénéficier d'un complément de pension de 5 % appliqué à la base de calcul de sa pension pour incapacité de travail absolue et permanente. Il demande la reconnaissance de ce droit au même titre que le complément pour maternité prévu à l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS.

⁵ Approuvée par le Real Decreto Legislativo 1/1994 (décret législatif royal n° 1/1994), du 20 juin 1994 (BOE n° 154, du 29 juin 1994, p. 20658), dans sa version consolidée approuvée par le Real Decreto Legislativo 8/2015 (décret législatif royal n° 8/2015), du 30 octobre 2015 (BOE n° 261, du 31 octobre 2015, p. 103291), tel que modifié par la Ley 48/2015 de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (loi n° 48/2015 sur le budget général de l'État pour 2016), du 29 octobre 2015 (BOE n° 260, du 30 octobre 2015, p. 101965).

14. Le 18 mai 2018, la juridiction de renvoi a été informée du décès du requérant, survenu le 9 décembre 2017. Son épouse a repris son action en sa qualité d'ayant cause et a poursuivi cette action dans la procédure au principal⁶.

15. Selon la juridiction de renvoi, la notion de « *contribution démographique* » pourrait valoir aussi bien pour les femmes que pour les hommes, étant donné que les concepts de procréation et de responsabilité en ce qui concerne les soins, l'alimentation et l'éducation des enfants ainsi que l'attention portée à ceux-ci valent pour toute personne ayant la condition de père ou de mère, quel que soit son sexe. De plus, l'interruption de travail motivée par la naissance ou l'adoption des enfants ou par les soins aux enfants, naturels ou adoptés, peut porter préjudice de manière identique aux hommes ou aux femmes. La juridiction de renvoi estime que, sous cet aspect, la législation relative au complément pour maternité prévue à l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS instaure une différence de traitement injustifiée en faveur des femmes, au détriment des hommes qui se trouvent dans une situation équivalente.

16. Toutefois, la juridiction de renvoi admet que, sous l'aspect *biologique*, il existe un fait différenciateur incontestable, puisque la procréation implique pour les femmes un sacrifice bien plus important que pour les hommes au niveau personnel. Elles doivent faire face à une période de grossesse ainsi qu'à un accouchement, qui impliquent des sacrifices biologiques et physiologiques évidents, avec le préjudice que cela entraîne pour les femmes, sur le plan physique, mais également en ce qui concerne leur travail. La juridiction de renvoi estime que, du point de vue biologique, le complément pour maternité prévu à l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS met en place un complément justifié en faveur des femmes. Aucun homme ne se trouve dans une situation équivalente. La situation d'un travailleur masculin n'est pas comparable à celle d'un travailleur féminin qui fait face aux désavantages professionnels entraînés par l'interruption de travail résultant de la grossesse et de la naissance de l'enfant. La juridiction de renvoi entretient néanmoins des doutes quant aux effets de la jurisprudence de la Cour, en particulier l'arrêt Griesmar⁷, dans la présente affaire.

17. Dans ces conditions, le Juzgado de lo Social n° 3 de Gerona (tribunal du travail n° 3 de Gérone) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Une règle de droit national (à savoir l'article 60, paragraphe 1, de la [LGSS]) qui, eu égard à leur contribution démographique à la sécurité sociale, reconnaît un droit à un complément de pension aux femmes qui ont eu des enfants biologiques ou adoptés et qui bénéficient d'un régime du système de sécurité sociale des pensions contributives de retraite, de survie ou d'incapacité permanente et qui, en revanche, ne reconnaît pas un tel droit aux hommes se trouvant dans une situation identique, porte-t-elle atteinte au principe d'égalité de traitement qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe, qui est reconnu par l'article 157 [TFUE] et par la 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, telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, et refondue par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ? »

18. Le requérant, l'INSS et la Commission européenne ont déposé des observations écrites. Ces parties intéressées et le gouvernement espagnol, qui a également répondu aux questions écrites de la Cour, ont été entendus en leurs plaidoiries lors de l'audience qui s'est tenue le 13 juin 2019.

⁶ Les références au requérant dans les présentes conclusions doivent être interprétées en conséquence.

⁷ Arrêt du 29 novembre 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

IV. Analyse

19. Les présentes conclusions sont structurées de la manière suivante. Tout d'abord, je commencerai par identifier l'instrument du droit de l'Union applicable à l'avantage en cause dans la présente affaire (A). J'interpréterai ensuite les dispositions pertinentes applicables en l'espèce, qui figurent dans la directive 79/7 (B). Enfin, puisque je vais conclure qu'il convient d'interpréter cette directive comme s'opposant à une mesure telle que celle en cause dans la présente affaire, j'examinerai si la disposition nationale pourrait, néanmoins, relever de l'exception générale de « discrimination positive » prévue à l'article 157, paragraphe 4, TFUE (C).

A. Instrument du droit de l'Union applicable

20. La décision de renvoi soulève la question de la compatibilité de l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS avec le principe de l'égalité de traitement tel que reconnu par l'article 157 TFUE et par la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail⁸.

21. Le requérant approuve le cadre juridique de l'Union tel qu'il a été identifié dans la décision de renvoi. À l'inverse, l'INSS, le gouvernement espagnol et la Commission ne sont pas d'accord avec cette position et soutiennent que l'instrument du droit de l'Union applicable en l'espèce est la directive 79/7. Le requérant soutient, à titre subsidiaire, que cette directive est en tout état de cause applicable.

22. Je suis d'accord que l'instrument juridique applicable est la directive 79/7.

23. La Cour est évidemment liée par les faits de l'affaire tels qu'ils ont été établis par la juridiction nationale, ainsi que par la portée des questions et le cadre général de l'affaire tels qu'ils ont été définis par la juridiction de renvoi dans la décision de renvoi. Ce n'est toutefois pas le cas en ce qui concerne le droit de l'Union applicable. La Cour est autorisée à interpréter toutes les dispositions du droit de l'Union pertinentes qui sont nécessaires pour permettre aux juridictions nationales de trancher les litiges dont elles sont saisies, même si ces dispositions ne sont pas expressément indiquées dans les questions posées à la Cour⁹. *Iura (Europaea) novit Curia (Europaea)*.

24. Le droit de l'Union distingue les régimes de pension professionnels, qui relèvent de la notion de « rémunération » visée à l'article 157, paragraphes 1 et 2, TFUE¹⁰, des régimes de pension légaux de sécurité sociale, qui ne relèvent pas de cette notion¹¹.

25. La jurisprudence de la Cour a confirmé, de manière constante, que « les régimes ou prestations de sécurité sociale, comme les pensions de retraite, réglés directement par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée et obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs » ne peuvent pas être inclus dans la notion de « rémunération » visée à l'article 157 TFUE. « Ces régimes assurent en effet aux travailleurs le bénéfice d'un système légal au financement duquel les travailleurs, les employeurs et éventuellement les pouvoirs publics contribuent dans une mesure qui est moins fonction du rapport d'emploi entre employeur et travailleur que de considérations de politique sociale »¹².

⁸ Directive du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 (JO 2006, L 204, p. 23).

⁹ Voir, par exemple, en ce sens, arrêt du 19 septembre 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, points 40 et 41 et jurisprudence citée).

¹⁰ Voir, par exemple, arrêt du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, points 25 à 28).

¹¹ Voir, par exemple, arrêt du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, points 7 et 8).

¹² Voir, par exemple, arrêt du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, points 7 et 8).

26. Le requérant a affirmé lors de l'audience que la présente affaire concerne une pension contributive qui dépend de l'emploi précédent. Un salaire plus élevé ouvre le droit à une pension plus élevée. C'est pourquoi, selon lui, la prestation en cause doit être considérée comme une « rémunération » au sens de l'article 157, paragraphe 2, TFUE.

27. Certes, comme le soutient le requérant, le *critère de l'emploi* a été défini dans la jurisprudence comme un élément déterminant pour qualifier un régime de pension de « rémunération »¹³. Néanmoins, le fait qu'un régime de pension soit financé par des cotisations dont le calcul dépend du salaire permet difficilement de qualifier automatiquement ce régime de pension de « rémunération ». En effet, le critère élaboré par la Cour nécessite une analyse globale qui ne s'appuie pas sur un seul élément, tel que le caractère contributif d'une prestation¹⁴. Même si les prestations en matière de sécurité sociale peuvent avoir un rapport avec la notion de « rémunération » et peuvent être liées à l'emploi par l'intermédiaire des cotisations, les prestations réglées par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche applicables à des catégories générales de travailleurs ont été considérées comme ne relevant pas de la notion de « rémunération »¹⁵.

28. La Cour a déjà eu l'occasion d'examiner différentes prestations relevant du régime général de sécurité sociale espagnol. Elle a systématiquement considéré que les prestations contributives, telles que les pensions de retraite et les prestations de chômage, ainsi que la pension d'invalidité permanente à laquelle s'applique le complément en cause, ne sont pas incluses dans la notion de « rémunération », mais qu'elles relèvent du cadre de la directive 79/7¹⁶.

29. Selon moi, il n'y a pas lieu de s'écarter de cette approche dans la présente affaire. Il ne fait guère de doute que la prestation en cause fait partie d'un régime de sécurité sociale régi par la loi, à l'exclusion de tout élément de concertation, et qu'elle s'applique aux travailleurs en général et non pas à une catégorie de travailleurs spécifique.

30. La directive 2006/54 applique la même distinction que celle élaborée dans la jurisprudence relative à l'article 157, paragraphe 2, TFUE, en ce qui concerne la notion de « rémunération ». Le champ d'application de la directive est spécifiquement limité aux « régimes professionnels de sécurité sociale », qui sont définis comme excluant les régimes légaux de sécurité sociale¹⁷.

31. Par conséquent, la prestation en cause ne relève pas de la notion de « rémunération » au sens de l'article 157, paragraphe 2, TFUE. Elle n'est donc pas non plus couverte par la directive 2006/54.

13 Voir, par exemple, arrêt du 28 septembre 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, point 43), ou du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 28).

14 Sur la question du caractère contributif d'une prestation et de sa qualification de « rémunération », voir conclusions de l'avocate générale Sharpston dans l'affaire Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, points 34 à 38).

15 Voir, en ce sens, notamment, arrêt du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, points 7 et 8), ou du 28 septembre 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, point 24).

16 En ce qui concerne les pensions de retraite contributives, auxquelles est également applicable le complément de retraite en cause dans la présente affaire, voir, par exemple, arrêts du 22 novembre 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, point 26), et du 8 mai 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, point 56). En ce qui concerne les pensions de chômage, voir arrêt du 9 novembre 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, points 33 et 34). En ce qui concerne les pensions d'invalidité permanente, voir arrêts du 16 juillet 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, point 63), et du 14 avril 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, points 26 et 34).

17 Voir considérants 13 et 14. Aux termes de son article 1^{er}, sous c), la directive 2006/54 s'applique aux « régimes professionnels de sécurité sociale », ces régimes étant expressément définis à l'article 2, paragraphe 1, sous f), comme des « régimes non régis par la directive 79/7 ».

32. L'instrument du droit de l'Union applicable en l'espèce est donc la directive 79/7. La prestation en cause complète une pension d'invalidité permanente de la sécurité sociale, qui relève d'un régime légal de protection contre l'un des risques énumérés à l'article 3, paragraphe 1, sous a), de ladite directive, à savoir l'invalidité. Comme la pension elle-même, le complément est directement et effectivement lié à la protection du risque d'invalidité. Il est intrinsèquement lié à la réalisation de ce risque et vise à assurer que ses bénéficiaires soient adéquatement protégés contre le risque d'invalidité¹⁸ en réduisant l'écart entre les hommes et les femmes¹⁹.

33. L'ensemble de ces considérations m'amène à conclure qu'il est nécessaire de reformuler la question préjudicielle comme faisant référence à la directive 79/7.

B. La directive 79/7 s'oppose-t-elle à une mesure telle que celle en cause en l'espèce ?

34. L'analyse de la compatibilité de la disposition nationale en cause avec la directive 79/7 doit se faire en trois étapes. Premièrement, les femmes et les hommes se trouvent-ils dans une situation comparable aux fins de l'application de la règle nationale en cause (1) ? Deuxièmement, la règle nationale en cause constitue-t-elle une discrimination au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7 (2) ? Troisièmement, si tel est le cas, l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS peut-il relever de l'une des dérogations prévues à l'article 7 de ladite directive (3) ?

1. Sur la comparabilité

35. Une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations objectivement différentes²⁰. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'analyse de la comparabilité doit être effectuée non pas de manière générale et abstraite, mais de manière spécifique *au regard de la prestation concernée*. Cela implique de tenir dûment compte des objectifs de la mesure ou de la prestation nationale spécifique concernée²¹. Par conséquent, les objectifs législatifs (déclarés) revêtent une importance particulière lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère comparable des travailleurs féminins et des travailleurs masculins.

36. La jurisprudence de la Cour, ainsi que le droit dérivé, ont distingué des situations dans lesquelles les travailleurs féminins et les travailleurs masculins ne sont tout simplement pas comparables en raison de la condition biologique des femmes, qui s'entend comme comprenant la grossesse, l'accouchement et la période qui suit immédiatement l'accouchement.

37. D'une part, en ce qui concerne le congé de *maternité*, la Cour a considéré que les femmes « se trouvent dans une situation spécifique qui exige qu'une protection spéciale leur soit accordée, mais qui ne peut pas être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail »²². La Cour a jugé de manière constante que « la situation d'un travailleur masculin n'est pas comparable à celle d'un travailleur féminin lorsque l'avantage accordé au seul travailleur féminin vise à compenser des désavantages professionnels qui résultent pour un tel travailleur de son éloignement du travail, inhérent au congé de maternité »²³.

18 Voir, en ce sens, en ce qui concerne les mécanismes de péréquation, arrêt du 20 octobre 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, points 42 et suiv.).

19 Voir, en ce qui concerne les objectifs de la mesure, la section B(1)(b) des présentes conclusions.

20 Voir, par exemple, arrêt du 14 juillet 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, point 39 et jurisprudence citée).

21 Sur ce point, voir, par exemple, arrêts du 1^{er} octobre 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, point 33), et du 19 juillet 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, point 25 et jurisprudence citée). Pour plus de détails sur l'analyse de la comparabilité, voir mes conclusions dans l'affaire Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, points 64 à 79).

22 Voir, par exemple, arrêts du 13 février 1996, Gillespie e.a. (C-342/93, EU:C:1996:46, point 17), et du 14 juillet 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, point 39).

23 Arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648 point 41). Voir également arrêt du 16 septembre 1999, Abdoulaye e.a. (C-218/98, EU:C:1999:424, points 18, 20 et 22).

38. D'autre part, la Cour a jugé que les situations des mères et des pères qui travaillent sont comparables en ce qui concerne de nombreuses autres circonstances liées à la *parentalité et à l'éducation des enfants*. Les femmes et les hommes se trouvent dans une situation comparable en leur qualité de parents et en ce qui concerne l'éducation de leurs enfants²⁴. Ainsi, ils se trouvent dans une situation comparable, par exemple, en ce qui concerne la nécessité dans laquelle ceux-ci peuvent se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de leurs enfants²⁵ ou de la nécessité dans laquelle ils se trouvent d'avoir recours à des services de garderie lorsqu'ils exercent un emploi²⁶.

39. Par conséquent, il est essentiel de déterminer dans la présente affaire si les règles nationales en cause sont liées aux caractéristiques biologiques particulières des femmes s'agissant de la grossesse, de l'accouchement et de la maternité (a). Si tel n'est pas le cas, il devient indispensable d'identifier les finalités objectives de la mesure en cause afin de déterminer si les travailleurs féminins et les travailleurs masculins se trouvent dans une situation comparable à cet égard (b).

a) S'agit-il d'une mesure relative à la protection en raison de la maternité au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 ?

40. L'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 énonce que « [l]e principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme *en raison de la maternité* ». Selon le troisième considérant de ladite directive, « la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité » et « dans ce cadre, des dispositions spécifiques destinées à remédier aux inégalités de fait peuvent être prises par les États membres en faveur des femmes ».

41. Cette disposition peut être considérée comme une reconnaissance de l'absence de comparabilité entre les femmes et les hommes en ce qui concerne leur condition biologique, conformément à la jurisprudence présentée au point 37 des présentes conclusions.

42. La mesure en cause peut-elle être considérée comme une disposition « relative à la protection de la femme en raison de la maternité » au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 ?

43. Le gouvernement espagnol et l'INSS soutiennent que l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS relève de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7. L'INSS affirme que la mesure est intrinsèquement liée à la maternité, puisque les femmes qu'elle vise sont des mères : en l'absence de maternité, la situation que la mesure nationale vise à corriger n'existe pas. Le gouvernement espagnol a fait valoir, lors de l'audience, que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 doit être entendu comme autorisant des mesures de discrimination positive pour des raisons liées à la maternité et doit être interprété de manière large à la lumière de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, et de l'article 23 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).

44. À l'inverse, le requérant et la Commission considèrent que la mesure en cause ne saurait relever de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7. Ces parties intéressées plaident en faveur d'une interprétation étroite de ladite disposition en ce sens qu'elle couvre seulement les aspects liés à la condition biologique des femmes. Tel serait le cas, notamment, de la période couverte par le congé de maternité.

²⁴ Voir, par exemple, arrêts du 25 octobre 1988, *Commission/France* (312/86, EU:C:1988:485, point 14) ; du 29 novembre 2001, *Griesmar* (C-366/99, EU:C:2001:648, point 56) ; du 26 mars 2009, *Commission/Grèce* (C-559/07, non publié, EU:C:2009:198, point 69), et du 16 juillet 2015, *Maïstrellis* (C-222/14, EU:C:2015:473, point 47).

²⁵ Arrêt du 30 septembre 2010, *Roca Álvarez* (C-104/09, EU:C:2010:561, point 24).

²⁶ Arrêt du 19 mars 2002, *Lommers* (C-476/99, EU:C:2002:183, point 30).

45. L'expression « en raison de la maternité » n'est pas définie dans la directive 79/7. À ma connaissance, la Cour n'a, jusqu'à présent, pas encore interprété l'article 4, paragraphe 2, de cette directive. Toutefois, elle a, à plusieurs occasions, interprété des dispositions similaires dans le contexte de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207²⁷ qui, dans des termes relativement comparables à ceux de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7, a établi que cette directive « ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

46. Dans le cadre de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207, la Cour a considéré que l'exception de « maternité » est d'interprétation stricte²⁸. La Cour a, de manière constante, lié l'application de cette dérogation à la condition biologique des femmes et aux rapports particuliers entre une femme et son enfant. Par conséquent, seules les mesures liées à la protection des femmes au cours de la grossesse, de l'accouchement et du congé de maternité ont été considérées comme relevant de cette disposition²⁹. À l'inverse, des mesures qui ne sont pas strictement destinées à protéger les femmes dans de telles situations ont été considérées comme ne relevant pas de l'exception de « maternité »³⁰.

47. Cette interprétation stricte de la notion de « maternité » a également été appliquée par la Cour afin de déterminer si les situations des travailleurs féminins et des travailleurs masculins sont comparables aux fins de l'application du principe de l'égalité de rémunération prévue à l'article 157 TFUE dans le domaine des pensions professionnelles. Dans l'arrêt Griesmar, la Cour a indiqué qu'une mesure pourrait être admise si elle était destinée à « compenser des désavantages professionnels qui résultent pour les fonctionnaires féminins de leur éloignement du travail pendant la période qui suit l'accouchement, auquel cas la situation d'un travailleur masculin n'est pas comparable à celle d'un travailleur féminin »³¹. Toutefois, la Cour a explicitement refusé de considérer que les désavantages que les femmes subissent dans l'évolution de leur carrière professionnelle en raison de leur rôle prépondérant dans l'éducation des enfants sont liés au « congé de maternité » ou à tout inconvénient subi en raison de leur absence du travail après l'accouchement³². La Cour en a jugé ainsi, notamment, parce que la bonification en cause dans cette affaire était également accordée pour des enfants adoptés sans être liée à l'octroi préalable à la mère d'un congé d'adoption³³.

48. Ainsi, la notion de « maternité », telle qu'interprétée par la Cour, est liée à la réalité biologique particulière qui rend les femmes et les hommes incomparables : la grossesse, l'accouchement et le congé de maternité. Cette réalité limite l'objet de cette protection spéciale non seulement ratione materiae, mais également, en toute logique, ratione temporis dès lors que l'exception de maternité ne peut pas être considérée comme incluant tout événement ou situation ultérieure en raison du simple fait d'avoir été mère. La *maternité* doit donc être envisagée de manière étroite. Elle ne saurait être mise sur un pied d'égalité avec les notions plus générales de *condition de mère* ou de *parentalité*.

27 Article 2, paragraphe 7, tel que modifié, de la directive du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO 1976, L 39, p. 40), telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 (JO 2002, L 269, p. 15). Cet article a été remplacé par l'article 28 de la directive 2006/54.

28 Voir, par exemple, arrêt du 15 mai 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, point 44).

29 Voir, par exemple, s'agissant du congé de maternité, arrêt du 18 novembre 2004, Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, point 33) ; en ce qui concerne une durée supplémentaire de congé de maternité, voir arrêt du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, points 25 et 26), et s'agissant de mesures particulières concernant l'utilisation possible par la mère salariée ou par le père salarié d'une période de congé, arrêt du 19 septembre 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, points 61 à 65).

30 Voir, par exemple, arrêts du 25 octobre 1988, Commission/France (312/86, EU:C:1988:485, points 13 et 14), qui concernait plusieurs « droits particuliers des femmes » les protégeant dans leur qualité de travailleurs âgés ou de parents, et du 30 septembre 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, points 26 à 31), qui concernait une période de congé qui, bien qu'elle était dénommée « congé d'allaitement », était effectivement détachée de l'allaitement en tant que tel et pouvait être considérée comme visant l'éducation des enfants. Voir également, en ce sens, arrêt du 16 juillet 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, point 51), en matière de congé parental.

31 Arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 46).

32 Arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 51).

33 Arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 52).

49. L'INSS et le gouvernement espagnol proposent de s'éloigner de cette approche dans le cadre de la directive 79/7 et d'adopter une acception plus large du terme « maternité » comme incluant « la condition de mère ». Lorsqu'il a été interrogé lors de l'audience sur les raisons pour lesquelles il propose une interprétation aussi large, le gouvernement espagnol a fait valoir que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 doit être interprété, à la lumière de l'article 157, paragraphe 4, TFUE et de l'article 23 de la Charte, comme laissant ouverte la possibilité de prendre des mesures de discrimination positive en ce qui concerne la condition de mère au sens large.

50. Cet argument ne me convainc pas. Comme je vais l'expliquer en détail ci-dessous³⁴, il serait éventuellement possible de trouver une base juridique potentielle pour une action positive dans le cadre de la présente affaire en-dehors de la directive 79/7, à savoir à l'article 157, paragraphe 4, TFUE. Il suffit de rappeler à cet égard que les mesures autorisant un traitement différent des femmes et des hommes, et qui sont des mesures de protection en raison de la maternité au sens de la directive 79/7, sont fondées sur une prémisses et une logique différentes de celles des règles générales en matière d'action positive prévues à l'article 157, paragraphe 4, TFUE. Suggérer que des dispositions générales ultérieures en matière d'action positive puissent permettre d'adopter une interprétation qui dénature la signification de la notion de comparabilité prévue dans la législation sectorielle plus ancienne et spécifique, privant effectivement d'efficacité l'une de ses dispositions clés, ne me semble pas une bonne méthode d'interprétation de la loi.

51. En résumé, je ne vois aucun motif valable d'attribuer une signification différente et plus large à l'expression « en raison de la maternité » dans le cadre de la directive 79/7. Comme le préconise la Commission à juste titre, c'est plutôt l'inverse : une interprétation large de l'exception de « maternité » autoriserait un traitement différent dans des situations où les mères et les pères qui travaillent se trouvent effectivement dans une situation comparable, privant ainsi la directive de sa finalité.

52. Selon cette interprétation raisonnablement étroite de l'expression « en raison de la maternité » qui doit, à mon avis, également s'appliquer dans le contexte de la directive 79/7, je ne vois pas comment la mesure en cause peut être considérée comme relevant de l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive.

53. Un aperçu des caractéristiques particulières de la mesure en cause permet de confirmer cette conclusion. Le complément de maternité prévu à l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS n'est lié à aucune des situations spécifiques de grossesse, d'accouchement et de congé de maternité. En effet, l'octroi du complément pour maternité n'est en fait subordonné à aucune de ces situations.

54. Premièrement, comme le relève le requérant, les travailleurs féminins éligibles au complément pour maternité n'ont peut-être pas toutes effectivement bénéficié d'une période de congé de maternité. Puisque, dans le droit national, les femmes et les hommes peuvent de manière égale bénéficier d'un congé pour adoption³⁵, il est tout à fait possible qu'une femme puisse bénéficier du complément pour maternité, alors même qu'elle n'a pas pris ce congé ou qu'elle n'a d'ailleurs ni été enceinte ni accouché. Deuxièmement, lorsqu'un enfant a deux mères³⁶, les deux auront droit au complément pour maternité, alors que seule l'une d'elles aura peut-être effectivement pris le congé de maternité. Puisque la mesure en cause n'exige pas que les femmes aient effectivement arrêté de

34 Voir la section C, points 93 et 96 à 98, des présentes conclusions.

35 En vertu de l'article 48, paragraphe 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (loi sur le statut des travailleurs), telle que modifiée par le Real Decreto Legislativo 2/2015 (décret royal législatif n° 2/2015), du 23 octobre 2015 (BOE n° 255, du 24 octobre 2015).

36 Le requérant a expliqué qu'une telle situation était possible selon l'article 44, paragraphe 5, de la Ley 20/2011 del Registro Civil (loi n° 20/2011 relative à l'état civil), du 21 juillet 2011 (BOE n° 175, du 22 juillet 2011).

travailler au moment où elles ont eu leurs enfants, le lien avec le congé de maternité ferait également défaut, par exemple dans le cas où une femme aurait accouché avant d'entrer sur le marché du travail. Troisièmement, le fait que la mesure ne s'applique pas aux mères d'un seul enfant confirme qu'elle n'est pas liée à la protection de la maternité.

55. Par conséquent, en définitive, la mesure ne couvre pas toutes les situations qui sont clairement et objectivement liées à la maternité, alors qu'elle inclut des situations qui ne sont pas liées à la maternité. Une telle conception législative peut difficilement relever du champ d'application de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7.

56. Il semblerait également que tant l'INSS que le gouvernement espagnol aient, en fin de compte, reconnu que l'objectif particulier de l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS est bien plus large que l'objectif de protection des femmes en raison de la maternité dans le sens (étroit) proposé ci-dessus.

57. L'ensemble de ces considérations confirme que l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS ne comprend pas d'éléments établissant un lien entre le complément et les désavantages professionnels liés à la notion de « maternité » au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7.

b) Quels sont les objectifs de la mesure en cause ?

58. Selon l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS, le complément pour maternité a été instauré pour reconnaître une « contribution démographique » à la sécurité sociale. Comme l'a relevé la Commission, le préambule de la loi par laquelle cette mesure a été adoptée ne contient pas de justification plus précise³⁷.

59. Si l'on prend en compte l'objectif déclaré de l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS lui-même, il est difficile de concevoir que les femmes et les hommes ne sont pas dans une position comparable en ce qui concerne leur « contribution démographique » au régime de sécurité sociale, puisqu'il semble qu'ils soient encore tous les deux nécessaires aux fins de la procréation³⁸.

60. Toutefois, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires et du contexte politique décrits par la Commission, l'INSS et le gouvernement espagnol, la mesure en cause était dictée par, et poursuivait, un objectif bien plus large.

61. Il résulte des observations de la Commission, ainsi que de la réponse écrite donnée par le gouvernement espagnol à la question posée par la Cour, que l'amendement parlementaire qui est à l'origine de la mesure en cause indiquait le besoin de reconnaître la spécificité de genre en matière de pensions et de supprimer ou, du moins, de *réduire, l'écart entre les hommes et les femmes concernant les pensions*³⁹. En effet, les femmes quittent plus souvent leur travail afin de s'occuper des enfants, ce qui a une répercussion immédiate sur leurs revenus ainsi que sur leurs retraites, donnant lieu au phénomène dit de la « double peine »⁴⁰. La mesure vise donc à introduire la notion de « contribution démographique » afin de reconnaître les efforts consacrés par les femmes aux soins apportés aux enfants et à leur éducation au détriment de leur activité professionnelle⁴¹. La Cour constitutionnelle

37 Loi n° 48/2015 sur le budget général de l'État pour 2016.

38 Malgré certaines hésitations par rapport à la possibilité d'une activation parthénogénétique d'ovocytes de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain dans un ovule humain non fécondé [voir arrêt du 18 octobre 2011, Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, point 36) ; mais voir également arrêt du 18 décembre 2014, International Stem Cell (C-364/13, EU:C:2014:2451, point 38)], il semblerait que, même en droit de l'Union, les deux sexes soient encore nécessaires pour concevoir.

39 Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados (1^{er} septembre 2015, Serie A, n° 163-4, p. 2812 à 2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017 (Programme intégral de soutien aux familles 2015-2017), approuvé par le Conseil des ministres le 14 mai 2015 (disponible sur www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (rapport sur le complément pour maternité à la pension contributive) envoyé en juin 2015 par le gouvernement espagnol à la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (commission d'évaluation et de suivi des accords sur le pacte de Toledo).

espagnole a elle aussi considéré qu'il s'agissait là de l'objectif qui sous-tend la mesure : l'objectif est de compenser les mères qui, en dépit de leur intention de mener une carrière professionnelle plus longue, se sont consacrées à l'éducation de leurs enfants, avec pour conséquence qu'elles n'ont pas pu cotiser pendant autant d'années que les autres travailleurs⁴².

62. L'INSS a par ailleurs produit des données statistiques montrant que les cotisations de sécurité sociale sont directement liées au sexe et au nombre d'enfants. L'écart des pensions entre les hommes et les femmes a, selon ces données, un impact plus important sur les femmes qui sont mères de deux enfants ou plus.

63. Il est possible de tirer une première conclusion préliminaire des éléments susmentionnés. Il est clair que la mesure en cause ne vise en réalité *pas* à protéger les femmes qui assument des responsabilités liées à l'éducation des enfants. En effet, l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS ne comporte aucune condition qui lierait la prestation en cause à l'éducation effective des enfants. Il ne requiert pas de prouver une période de congé, une interruption de travail ou, à tout le moins, une quelconque réduction du temps de travail. Certes, même si l'éducation des enfants constituait l'objectif déclaré, cela ne serait pas très utile, puisque la Cour a jugé de manière constante que les pères et les mères se trouvent dans une situation comparable en ce qui concerne l'éducation des enfants⁴³.

64. La seconde conclusion préliminaire est que le véritable objectif de la mesure semble être la *réduction de l'écart entre les hommes et les femmes* en ce qui concerne les retraites, au vu de données statistiques générales qui montrent que les femmes qui sont mères de plus d'un enfant sont particulièrement désavantagées en ce qui concerne leurs droits à la retraite.

65. Ce dernier objectif soulève immédiatement la question de savoir si une telle situation structurelle d'inégalité suffit à rendre les femmes et les hommes incomparables dans toute situation quelle qu'elle soit.

66. J'estime que tel ne saurait être le cas. Il est vrai que, dans certaines situations, la jurisprudence de la Cour a pris en compte des différences affectant différents groupes de personnes afin de rejeter leur caractère comparable⁴⁴. Toutefois, la Cour a jugé qu'était comparable la situation de personnes appartenant à différentes catégories d'âge touchées par des problèmes structurels, tels que le chômage⁴⁵. En outre, la Cour a mis en garde contre la prise en compte de généralités et de données statistiques précisément parce que cela est susceptible de conduire à un traitement discriminatoire des femmes et des hommes dans une situation donnée⁴⁶. En effet, l'existence de données statistiques solides démontrant l'existence de différences structurelles touchant les femmes n'exclut pas qu'il y ait des situations dans lesquelles les femmes et les hommes sont placés dans une situation comparable.

42 Ordonnance du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle, Espagne), du 16 octobre 2018 [n° 3307-2018, ES:T:2018:114A, point 3(b)].

43 Voir jurisprudence citée aux notes 29 et 30.

44 Arrêt du 1^{er} octobre 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, points 37 à 39).

45 Voir arrêt du 19 juillet 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, points 26 et 27).

46 Voir, en ce sens, arrêt du 3 septembre 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, point 38). Voir également, en ce qui concerne des arguments relativement comparables à ceux avancés par le gouvernement espagnol et l'INSS dans la présente affaire, arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 56).

67. Je ne vois aucune raison de ne pas adopter la même approche dans la présente affaire. De plus, les arguments concernant les différentes situations dans lesquelles se trouvent les groupes doivent alors, à condition que ces différences ne soient pas telles qu'elles rendraient ces groupes totalement non comparables, être adéquatement appréciés au stade de la justification⁴⁷ ou, le cas échéant, dans le cadre de l'évaluation de l'« action positive ». En particulier, l'« action positive » autorise à s'écarter de l'approche individuelle en matière d'égalité afin de prendre en considération la situation désavantageuse d'un groupe en vue de parvenir à une égalité substantielle⁴⁸.

68. Par conséquent, je suis amené à conclure que l'existence d'une inégalité générale et structurelle en ce qui concerne les retraites n'exclut pas que les travailleurs féminins et les travailleurs masculins, parents de deux enfants ou plus, se trouvent dans une situation comparable lorsqu'il s'agit de la prestation en cause, à savoir l'accès à (un complément d')une pension contributive d'invalidité.

2. Sur la discrimination

69. En raison de la nature de la mesure en cause, l'examen de la question de savoir si l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS est discriminatoire sera nécessairement très bref. Cette disposition réserve ce complément aux femmes. Elle constitue donc une discrimination directe fondée sur le sexe qui a un effet sur le calcul des prestations au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7.

70. Comme la Commission le rappelle à juste titre, il n'est pas possible de justifier un tel cas de discrimination directe dans le cadre de la directive 79/7⁴⁹. Une dérogation à l'interdiction de toute discrimination directe fondée sur le sexe n'est possible que dans les cas énumérés exhaustivement dans cette directive⁵⁰. Il est donc nécessaire d'examiner si la mesure en cause est susceptible de relever de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 79/7.

3. Article 7, paragraphe 1, de la directive 79/7

71. En raison du caractère particulièrement sensible de la sécurité sociale et de la fréquence des différences de traitement entre les femmes et les hommes à l'époque où la directive 79/7 a été négociée, l'article 7, paragraphe 1, a autorisé les États membres à exclure certaines matières du champ d'application de la directive. En effet, la directive 79/7 visait « seulement » la mise en œuvre « progressive » du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes⁵¹. Par conséquent, les exceptions prévues à l'article 7, paragraphe 1, ne peuvent logiquement pas être liées à une tentative systématique de protection des femmes ou de discrimination positive. Elles visent plutôt à préserver certains éléments des régimes de sécurité sociale à l'époque où la directive a été adoptée⁵².

47 En ce qui concerne la transitivité sur le plan interne entre ces catégories, voir mes conclusions dans l'affaire Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, points 61 et 62).

48 Voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, point 8). Voir, pour ma proposition en ce sens, la section C des présentes conclusions.

49 Voir, par analogie, arrêts du 18 novembre 2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, point 41), et du 12 septembre 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, point 50).

50 Voir, en ce sens, arrêt du 26 juin 2018, MB (Changement de sexe et pension de retraite) (C-451/16, EU:C:2018:492, point 50 et jurisprudence citée).

51 Voir arrêts du 11 juillet 1991, Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, point 25), et du 16 juillet 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, point 60).

52 Comme il a été souligné dans la jurisprudence, même si ces objectifs ne figurent pas dans le préambule de la directive 79/7, « il ressort de la nature des exceptions figurant à l'article 7, paragraphe 1, de la directive que le législateur communautaire a entendu autoriser les États membres à maintenir temporairement, en matière de retraites, les avantages reconnus aux femmes, afin de leur permettre de procéder progressivement à une modification des systèmes de pensions sur ce point sans perturber l'équilibre financier complexe de ces systèmes, dont il ne pouvait méconnaître l'importance ». Voir, par exemple, arrêts du 30 avril 1998, De Vriendt e.a. (C-377/96 à C-384/96, EU:C:1998:183, point 26), et du 27 avril 2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, point 35).

72. Parmi les matières que les États membres sont autorisés à exclure du champ d'application de la directive 79/7 figurent « les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants » et « l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants », mentionnées à l'article 7, paragraphe 1, sous b).

73. L'INSS et le gouvernement espagnol font valoir, en des termes généraux, que la mesure en cause dans la présente affaire relève de cette exception.

74. À l'inverse, le requérant soutient que l'exception prévue à l'article 7, paragraphe 1, sous b), n'est pas applicable. Selon lui, cette exception est uniquement applicable aux pensions de vieillesse, et non pas aux pensions d'invalidité telles que celle en cause en l'espèce.

75. Je ne vois pas de raison de s'opposer à ce que l'article 7, paragraphe 1, sous b), s'applique à une pension d'invalidité permanente. En effet, même si la première partie de cette disposition fait référence à une pension de « vieillesse », ce n'est pas le cas de la seconde partie, qui fait référence de manière générale à l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants. En réalité, la Cour a déjà appliqué l'exception prévue à l'article 7, paragraphe 1, sous b), dans le contexte des pensions d'invalidité permanente espagnoles⁵³.

76. Toutefois, l'article 7, paragraphe 1, sous b), n'est pas applicable dans la présente affaire pour une autre raison. Comme le requérant le signale à juste titre, l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS n'est *pas lié à une interruption réelle d'emploi* due à l'éducation des enfants. Le complément pour maternité est attribué sans tenir compte de l'existence d'une interruption d'emploi, que ce soit sous la forme d'un congé de maternité ou d'un congé parental, ou tout autre type de congé⁵⁴.

77. Je souhaiterais ajouter, par souci de clarté, que, même si une mesure telle que celle en cause était effectivement liée à une interruption d'emploi due à l'éducation des enfants, cette circonstance ne saurait pour autant signifier, selon moi, qu'elle pourrait relever de l'exception prévue à l'article 7, paragraphe 1, sous b).

78. Comme l'ont fait valoir à juste titre la Commission et le requérant, les exceptions prévues à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 79/7 ont été élaborées dans le contexte d'une *élimination progressive* des disparités de traitement⁵⁵, et doivent être interprétées strictement⁵⁶. Même si l'article 7, paragraphe 2, et l'article 8, paragraphe 2, de ladite directive mentionnent la possibilité pour les États membres de « maintenir » des dispositions existantes, la Cour n'a pas interprété l'article 7, paragraphe 1, comme une clause de « standstill » stricte. La jurisprudence admet que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 79/7 peut s'appliquer à l'adoption ultérieure de mesures qui ne peuvent pas être distinguées de mesures préexistantes relevant de cette dérogation, ainsi qu'aux modifications de ces mesures⁵⁷.

79. Toutefois, la règle en cause dans la présente affaire ne peut pas être considérée, sur la base d'une interprétation raisonnable, comme étant liée à un *avancement progressif* vers la pleine application du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le domaine de la sécurité sociale. La mesure a été adoptée en 2015, soit plusieurs décennies après l'entrée en vigueur de la directive 79/7. Elle a été incorporée dans un contexte législatif national qui ne comprenait aucune disposition similaire à

53 Arrêt du 16 juillet 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, points 60 et 63).

54 Voir point 63 des présentes conclusions.

55 Voir, par exemple, arrêt du 7 juillet 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, point 14).

56 Voir, par exemple, en ce qui concerne l'article 7, paragraphe 1, sous a), arrêt du 21 juillet 2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, point 33 et jurisprudence citée).

57 Voir arrêts du 7 juillet 1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), et du 23 mai 2000, Hepple e.a. (C-196/98, EU:C:2000:278, point 23), ainsi que conclusions de l'avocat général Saggio dans l'affaire Hepple e.a. (C-196/98, EU:C:1999:495, points 21 à 24), et de l'avocat général Mischo dans l'affaire Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, points 66 à 69).

laquelle cette mesure pouvait être rattachée. Il n'est donc pas possible d'envisager la mesure comme nécessaire à un régime préexistant appliquant la dérogation prévue à l'article 7 paragraphe 1, sous b), ou comme inséparable de ce régime. En outre, cette mesure n'est pas liée à l'objectif global de l'article 7, paragraphe 1, qui est de préserver l'équilibre financier du régime de sécurité sociale.

80. Par conséquent, je dois conclure que la mesure en cause dans la présente affaire ne saurait être considérée comme relevant de l'exception prévue à l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 79/7.

C. Article 157, paragraphe 4, TFUE

81. Bien que j'aie conclu que la directive 79/7 s'oppose à l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS, il reste encore à déterminer si la mesure en cause peut néanmoins être admise au titre de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, une disposition qui a été examinée en détail par les parties intéressées ayant déposé des observations dans la présente affaire.

82. Aux termes de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, « [p]our assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Cette disposition permet ainsi de « racheter » ou de rendre compatibles avec le droit de l'Union des mesures qui ne relèvent pas des exceptions ou dérogations spécifiques prévues par le droit dérivé dans le domaine de l'égalité entre les sexes⁵⁸.

83. Toutefois, le champ d'application de l'article 157, paragraphe 4, TFUE demeure incertain. Premièrement, il reste à déterminer si l'article 157, paragraphe 4, TFUE est limité à la sphère de l'« égalité des rémunérations » ou s'il a un champ d'application plus large (1). Deuxièmement, quel type de mesures peuvent être considérées comme relevant de cette disposition, notamment en ce qui concerne les mesures visant à « compenser des désavantages dans la carrière professionnelle » (2) ? Après avoir analysé ces deux questions fondamentales de manière générale, et proposé que certaines mesures nationales élaborées avec soin dans le domaine des pensions de la sécurité sociale pourraient relever de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, je dois maintenir ma conclusion que la mesure en cause dans la présente affaire ne constitue pas une telle mesure, puisqu'elle ne remplit pas les exigences fondamentales en matière de proportionnalité (3).

1. Sur le champ d'application de l'article 157, paragraphe 4, TFUE et l'« égalité des rémunérations »

84. La prestation en cause ne relève pas de la notion de « rémunération » au sens de l'article 157, paragraphe 2, TFUE⁵⁹. L'article 157, paragraphe 4, TFUE pourrait-il donc racheter une mesure nationale qui ne relève pas du champ d'application de l'article 157, paragraphe 2, TFUE ?

85. Interrogée sur ce point lors de l'audience, la Commission a soutenu que, étant entendu que la notion de « carrière professionnelle » visée à l'article 157, paragraphe 4, TFUE est très large, le champ d'application de cette disposition n'est pas limitée à la notion d'« égalité de rémunération ». Elle peut donc également s'appliquer au domaine de la sécurité sociale.

⁵⁸ Pour une jurisprudence suggérant que l'article 157, paragraphe 4, TFUE peut s'appliquer à des situations dans lesquelles une mesure nationale a été déclarée incompatible avec les règles spécifiques du droit dérivé de l'Union admettant l'action positive, voir, par exemple, arrêts du 28 mars 2000, Badeck e.a. (C-158/97, EU:C:2000:163, point 14) ; du 6 juillet 2000, Abrahamsson et Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, points 40, 54 et 55), et du 30 septembre 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, points 29 et 30).

⁵⁹ Voir points 27 à 31 des présentes conclusions.

86. Je suis d'accord avec la Commission pour dire qu'il n'y a aucune raison de limiter le champ d'application de l'article 157, paragraphe 4, TFUE au domaine de l'« égalité des rémunérations ».

87. Certes, la disposition spécifique qui autorise les États membres à adopter des mesures d'« action positive » figure à l'article 157 TFUE, qui était historiquement lié à l'« égalité des rémunérations ». Toutefois, plusieurs éléments corroborent la thèse selon laquelle le paragraphe 4 de cette disposition va au-delà du domaine spécifique de l'« égalité des rémunérations ».

88. Premièrement, le libellé de l'article 157, paragraphe 4, TFUE est clairement plutôt large. Il prévoit une exception au « principe de l'égalité de traitement » entre femmes et hommes, et non pas à l'« égalité des rémunérations », sans définir de limites explicites aux domaines dans lesquels il s'appliquera⁶⁰. Les mesures admises au titre de cette disposition sont décrites dans des termes tout aussi larges comme des « mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté » ou « à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Les buts poursuivis par l'article 157, paragraphe 4, TFUE sont eux aussi énoncés au regard de l'objectif très large d'« assurer concrètement une pleine égalité [...] dans la vie professionnelle ».

89. Deuxièmement, d'un point de vue systématique, l'article 157, paragraphe 3, TFUE, qui constitue un fondement juridique large allant bien au-delà du principe de l'égalité des rémunérations et qui inclut l'adoption de « mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail » fait déjà obstacle à une éventuelle limitation globale de l'article 157 TFUE au domaine spécifique de l'« égalité des rémunérations »⁶¹.

90. Troisièmement, il est vrai que, dans le passé, la Cour a adopté une interprétation « étroite » de l'exception relative à l'action positive consacrée à l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207, indiquant que cette disposition constituait une dérogation au principe de l'égalité de traitement⁶². Cette position a néanmoins été progressivement abandonnée⁶³. Elle ne figure pas dans la jurisprudence concernant l'exception plus large et globale relative à l'action positive prévue à l'article 157, paragraphe 4, TFUE. Selon moi, ce n'est pas un hasard. L'article 157, paragraphe 4, TFUE consolide, dans le droit primaire, la vision d'une égalité substantielle dans le domaine de l'égalité des sexes, et non pas une simple dérogation qui devrait être interprétée étroitement.

91. Je considère donc que l'article 157, paragraphe 4, TFUE devrait être interprété comme admettant, sous l'égide de la « discrimination positive », des mesures qui seraient sinon interdites par le principe de l'égalité de traitement consacré à la directive 79/7, pour autant que ces mesures visent effectivement à assurer « une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle » et à prévoir « des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté » ou « à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

60 Voir Tobler, C., « Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam », *European Journal of Law Review*, vol. 1, n° 1, Kluwer Law International, 2000, p. 135 à 151, en particulier p. 142.

61 Langenfeld, C., « AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen », paru dans Grabitz, E., Hilf, M., et Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, Munich, 2019, Werkstand : 66, Rn. 84. Voir également Krebber, S., « Art 157 AEUV », paru dans Callies, C., et Ruffert, M., *EU/EAUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C.H., Beck, Munich, 2016, Rn. 73.

62 Voir arrêt du 17 octobre 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, point 21).

63 Voir, en ce sens, arrêt du 11 novembre 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, point 32), qui ne mentionne plus l'obligation d'« interprétation stricte » ; ou arrêts du 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, point 39), et du 30 septembre 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, point 24). Voir également, par analogie, arrêt du 22 janvier 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, point 65).

92. Il existe toutefois une autre question liminaire : l'article 157, paragraphe 4, TFUE s'applique-t-il au domaine de la sécurité sociale ? En effet, ce domaine continue à relever d'un régime spécifique, quelque peu à l'écart de tous les autres instruments applicables dans le domaine de l'égalité des sexes en ce qui concerne les conditions de travail et la rémunération, et réglementé par la seule directive ayant survécu parmi les « anciennes » directives adoptées sur le fondement de l'article 235 CE (actuel article 352 TFUE)⁶⁴.

93. Toutefois, d'un point de vue plus large, il convient de souligner que l'exclusion du domaine régi par la directive 79/7 du champ d'application de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, aurait pour conséquence quelque peu paradoxale d'isoler le domaine de la sécurité sociale et de l'exclure de l'objectif d'atteindre, en pratique, une égalité substantielle poursuivi par cette disposition. En effet, les dispositions de la directive 79/7 qui prévoient la possibilité d'une dérogation, à savoir l'article 4, paragraphe 2, et l'article 7, ne sont pas bien adaptées en tant qu'instruments de mise en œuvre de la discrimination positive. C'est surtout en raison de l'interprétation étroite dont ces deux dispositions doivent faire l'objet, mais aussi, et plus particulièrement, en raison de leurs structures et buts différents.

94. En outre, comme déjà indiqué, la directive 79/7 est le « dernier des Mohicans » de la législation en matière d'égalité adoptée au cours des années 70 et 80 toujours en vigueur. La beauté, la clarté et la simplicité de son langage qui, compte tenu de la rédaction législative actuelle, ne peuvent qu'être admirées, ne devraient pas faire oublier que la réalité sociale qui existait et qui faisait l'objet de mesures en 1978 est forcément différente de celle qui existe environ quarante ans plus tard.

95. Toutefois, après avoir fait toutes ces concessions, je maintiens mon point de vue que le fait d'admettre, sous certaines conditions, que l'article 157, paragraphe 4, TFUE puisse servir à justifier des mesures du domaine de la sécurité sociale définies étroitement et relevant de la directive 79/7, tout en étant apparemment en contradiction avec ses dispositions est, d'un point de vue systématique et logique, préférable à l'autre solution défendue par l'INSS et le gouvernement espagnol, c'est-à-dire de commencer à interpréter et, en fait, à modifier les notions contenues dans la directive 79/7 à la lumière de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, et d'une quelconque vision d'égalité (substantielle)⁶⁵.

96. Comme je l'ai déjà expliqué précédemment, l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 reconnaît que les hommes et les femmes ne sont pas comparables dans la situation particulière qu'est la maternité, mais il n'établit pas, de ce fait, de possibilité spécifique d'« action positive »⁶⁶. Certes, il est vrai que les fondements conceptuels sur lesquels repose l'action positive ont certains éléments en commun avec le raisonnement qui sous-tend les conclusions relatives à l'absence de comparabilité en matière de maternité précisément en raison de la situation particulière de désavantages subis par l'un des groupes désignés et de l'objectif tendant à parvenir à une égalité substantielle⁶⁷. Toutefois, à tout

64 Les autres « anciennes » directives applicables dans ce domaine ont soit été refondues par la directive 2006/54 – dont la base juridique est l'article 157, paragraphe 3, TFUE – soit modifiées par des actes adoptés sur cette même base juridique [c'est le cas de la directive 76/207 citée ci-dessus ; la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO 1975, L 45, p. 19) ; 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 (JO 1986, L 225, p. 40) ; et la directive 86/613/CEE du Conseil, du 11 décembre 1986, sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité (JO 1986, L 359, p. 56)].

65 Voir point 50 des présentes conclusions.

66 Voir points 41 et 50 des présentes conclusions.

67 Voir, par exemple, arrêt du 18 mars 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, point 37), où l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 est lié à l'objectif visant à « déboucher sur une égalité substantielle et non formelle ». Voir également arrêt du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, point 26).

le moins dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe, ces deux catégories conceptuelles – la maternité en tant que caractéristique s’opposant à la comparabilité et la possibilité d’adopter une action positive afin de supprimer ou de compenser les désavantages subis par les femmes – sont maintenues en tant que catégories distinctes dans la législation et la jurisprudence⁶⁸.

97. Il ne s’agit pas là d’une simple coïncidence. En effet, la logique qui sous-tend les deux exceptions est différente : une exception concernant des mesures destinées à protéger les femmes en raison de la maternité, telles que l’article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7, est fondée sur la non-comparabilité en ce qui concerne une réalité biologique bien spécifique qui existera toujours. Une telle exception ne vise pas à supprimer ou à compenser un déséquilibre préexistant ou une situation structurelle désavantageuse qui pourraient être amenés à disparaître avec le progrès social. En fait, l’article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 s’applique indépendamment de toute situation de désavantage ou de sous-représentation préexistante.

98. De surcroît, du point de vue des fonctions et objectifs de l’exception de maternité et de l’action positive, la distinction revêt une importance considérable. De nombreux désavantages subis par les femmes proviennent d’un rôle qu’on leur attribue et qui est construit par la société, et une interprétation large de l’exception de « maternité » comme comprenant la « condition de mère » est susceptible de perpétuer et de figer encore plus ces rôles, allant ainsi à l’encontre de l’objectif même de l’action positive.

99. En ce qui concerne l’article 7 de la directive 79/7, son champ d’application limité, lié au caractère progressif de la directive, constitue déjà en tant que tel un obstacle important à ce que cette disposition soit considérée comme une mesure appropriée d’action positive dans le domaine de la sécurité sociale. En outre, comme indiqué précédemment, l’objectif de cette disposition n’est pas tant lié à la notion d’« égalité substantielle », mais à une logique de maintien de certaines différences préexistantes au « bénéfique » des femmes, tout en préservant l’équilibre fiscal des régimes de sécurité sociale⁶⁹.

100. En résumé, exclure le domaine de la sécurité sociale du champ d’application de l’article 157, paragraphe 4, TFUE, aurait pour conséquence que la directive 79/7 serait le seul instrument spécifique du droit dérivé dans le domaine de la politique sociale mettant en œuvre le principe du droit de l’Union de l’égalité entre les femmes et les hommes qui serait exclu de l’approche substantielle en matière d’égalité proclamée par l’article 157, paragraphe 4, TFUE, en tant que disposition générale de l’« action positive » sur le fondement du sexe.

101. Une telle conséquence me paraît difficile à accepter. L’article 157, paragraphe 4, TFUE devrait donc également permettre de justifier une mesure nationale qui serait sans cela discriminatoire dans le cadre juridique spécifique mis en place par le droit dérivé de l’Union applicable, dont fait partie la directive 79/7, dans la mesure où elle satisfait aux exigences de ladite disposition du traité, à savoir que de telles mesures visent à assurer « une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle », et à prévoir « des avantages spécifiques destinés à faciliter l’exercice d’une activité professionnelle par le sexe sous-représenté » ou « à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

68 Le fait que les mesures de protection des femmes en raison de la maternité et l’action positive relèvent de bases juridiques différentes le confirme, comme l’a soutenu la Commission lors de l’audience. L’exception de « maternité » est prévue à l’article 28, paragraphe 1, de la directive 2006/54, tandis que l’exception générale en matière d’action positive figure à l’article 3 de cette directive. Il en allait de même dans la directive 76/207, où deux dispositions distinctes étaient également dédiées à ces différentes catégories (l’article 2, paragraphes 3 et 4 ; après amendement, l’article 2, paragraphes 7 et 8). L’exception de « maternité » et l’« action positive » font également l’objet de différentes dispositions dans l’article 4, paragraphe 2, et l’article 6 de la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l’égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l’accès des biens et services et la fourniture de biens et services (JO 2004, L 373, p. 37). Voir cependant les conclusions de l’avocat général Tesauro dans l’affaire Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, point 17), qui semblent décrire l’article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 comme une mesure d’« action positive ».

69 Voir note 52 des présentes conclusions et jurisprudence citée.

2. Compensation des désavantages dans la carrière professionnelle

102. La Commission, bien qu'elle ait admis que l'article 157, paragraphe 4, TFUE est susceptible de s'appliquer dans le domaine de la sécurité sociale, soutient que la mesure en cause dans la présente affaire ne peut pas être incluse dans l'exception d'« action positive » prévue à cet article en raison de l'interprétation faite par la Cour, dans les arrêts du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648), et du 17 juillet 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), des articles qui l'ont précédé.

103. Dans l'arrêt 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648), la Cour a interprété l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale⁷⁰ dans une affaire concernant une bonification d'ancienneté pour enfants accordée aux femmes fonctionnaires relevant d'un régime de retraite professionnelle. La Cour a jugé que cette mesure ne relevait pas des mesures d'action positive prévues à l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale. La mesure n'apparaissait pas comme étant « de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle ». La Cour a relevé qu'« [a]u contraire, elle se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, *sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle*»⁷¹. Cette conclusion a été confirmée dans l'arrêt Leone⁷² ainsi que dans plusieurs arrêts en matière de violation des traités s'agissant de certains avantages conférés aux fonctionnaires féminins en ce qui concerne l'âge de départ à la retraite et le nombre d'années de service requis au moment du départ à la retraite⁷³.

104. À première vue, les considérations exposées dans ces arrêts sont également parfaitement valables dans le cadre de l'examen de l'article 157, paragraphe 4, TFUE dans la présente affaire. En effet, le complément pour maternité a une incidence sur le droit à la pension après la reconnaissance d'une situation d'incapacité absolue et permanente et non pas au cours de la carrière professionnelle de la requérante.

105. Un examen plus approfondi fait toutefois apparaître qu'une telle analogie soulève deux questions : une question plus technique et une question de principe.

106. Tout d'abord, en ce qui concerne l'argument plus *technique* : la jurisprudence Griesmar (arrêt du 29 novembre 2001, C-366/99, EU:C:2001:648) et Leone (arrêt du 17 juillet 2014, C-173/13, EU:C:2014:2090) ne doit pas nécessairement être interprétée comme excluant totalement la possibilité d'avoir recours à l'article 157, paragraphe 4, TFUE dans une situation qui est liée au besoin de compenser des désavantages du passé. Les déclarations dans ces arrêts doivent être replacées dans le contexte des circonstances des affaires particulières concernées. En effet, lorsque la *seule mesure* qui existe pour s'attaquer à un problème structurel comme l'écart entre les hommes et les femmes consiste en une compensation après le départ à la retraite, il est en effet légitime de suggérer que les dispositions nationales n'apportent pas une solution à des problèmes rencontrés par les femmes dans leur carrière professionnelle. Dans ces circonstances, le fait de proposer uniquement une

70 L'article 157, paragraphe 4, TFUE tire son origine de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO 1992, C 191, p. 91), qui a été incorporé au droit communautaire par le protocole n° 14 sur la politique sociale du traité de Maastricht.

71 Arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 65). Soulignement ajouté.

72 Arrêt du 17 juillet 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, points 100 à 103).

73 Arrêts du 13 novembre 2008, Commission/Italie (C-46/07, non publié, EU:C:2008:618, point 57), et du 26 mars 2009, Commission/Grèce (C-559/07, non publié, EU:C:2009:198, points 66 à 68).

compensation après le départ à la retraite serait même susceptible de contribuer à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre femmes et hommes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale⁷⁴, les femmes ne recevant concrètement une « récompense » qu'à la fin de leur carrière.

107. La situation est assez différente, selon moi, lorsqu'une mesure nationale, telle que celle en cause dans la présente affaire, fait partie d'un régime de droit national *plus large* qui comporte plusieurs mesures visant, effectivement, à porter remède aux problèmes rencontrés par les femmes dans leur carrière professionnelle. Dans un tel cas, on ne peut exclure que, par principe, s'il existe un contexte législatif général qui vise à compenser les désavantages auxquels sont exposées les femmes en leur offrant un soutien *au cours de leur vie professionnelle*, une mesure ayant pour effet de *compenser des désavantages du passé* pourrait légitimement être élaborée au titre de l'article 157, paragraphe 4, TFUE. Une telle mesure serait en effet *complémentaire* au régime général des mesures de compensation en vigueur au cours de la vie professionnelle. Il s'agirait d'une mesure de redressement temporaire visant à agir, au nom d'une équité intergénérationnelle, sur la situation de celles qui n'auront pas pu bénéficier de la progression vers l'égalité dans le système de sécurité sociale.

108. Si cette interprétation raisonnable, et d'ailleurs orientée vers une égalité substantielle, du champ d'application de l'article 157, paragraphe 4, TFUE n'était pas adoptée, il serait alors temps, selon moi, de revoir l'approche de la Cour à l'échelle des principes.

109. Premièrement, il y a le texte de l'article 157, paragraphe 4, TFUE, qui mentionne clairement l'objectif d'assurer concrètement l'égalité en englobant non seulement des mesures visant à faciliter l'accès et à éviter les désavantages⁷⁵, mais également à *compenser* ces désavantages. Cette disposition prime, selon moi, sur l'accent mis de manière quelque peu superflue sur la dichotomie entre l'égalité des chances et l'égalité des résultats qui avait prédominé dans une grande partie de la jurisprudence antérieure interprétant différentes dispositions juridiques⁷⁶.

110. Deuxièmement, l'interprétation du champ d'application de l'article 157, paragraphe 4, TFUE doit logiquement s'adapter aux particularités du domaine concerné. Si l'on admet que l'article 157, paragraphe 4, TFUE s'applique au domaine couvert par la directive 79/7, la compensation des désavantages subis dans la carrière professionnelle doit nécessairement couvrir les conséquences actuelles des désavantages subis dans le passé. Je ne vois pas comment il pourrait en être autrement dans le domaine de la sécurité sociale, où les désavantages au niveau des retraites se feront surtout sentir lorsque la personne quittera le marché du travail. Il est difficile de concevoir que la problématique de l'écart *actuel* entre les hommes et les femmes en matière de pensions puisse être réglée en facilitant l'accès des femmes au marché du travail ou en adoptant des mesures pendant qu'elles sont encore actives sur le marché du travail (ces mesures permettraient d'éviter *un éventuel écart futur* entre les hommes et les femmes en matière de pension), tout en excluant de manière catégorique toute mesure qui deviendrait applicable une fois qu'elles quittent le marché du travail (au moment où le problème se pose réellement et de manière plus urgente).

74 Voir, en ce sens, arrêts du 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, point 41), et du 30 septembre 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, point 36).

75 Il convient de relever que l'article 23 de la Charte semble également comprendre uniquement l'aspect « accès » de l'équation, mais va au-delà : « [l]e principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».

76 Voir, notamment, en ce qui concerne l'exclusion de méthodes en matière de « action positive » susceptibles d'inclure une approche « axée sur les résultats » visant à une compensation pour le passé, conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, point 9). Sur ce point, voir également conclusions de l'avocat général Poiars Maduro dans l'affaire Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, points 48 à 50).

111. Troisièmement, une telle conception de l'article 157, paragraphe 4, TFUE conduirait en effet à un résultat trop restrictif et exclusif, puisqu'il entraînerait la prolongation des désavantages subis par les femmes tout au long de leur vie professionnelle jusqu'à la période de la retraite⁷⁷. Le résultat qui en découlerait dans la pratique serait discutable d'un point de vue moral : dès lors qu'une *pleine égalité concrète* s'applique uniquement en ce qui concerne l'égalité des chances *dans la vie professionnelle*, rien ne pourra jamais être compensé après le départ des femmes du marché du travail, même si le désavantage découle clairement d'une inégalité subie dans leur vie professionnelle et se manifestera logiquement plus tard. Dans un tel cas de figure, la notion d'égalité des chances sera utile seulement si elle inclut une chance égale de modifier le passé.

112. Je propose donc que l'article 157, paragraphe 4, TFUE puisse non seulement servir à justifier une mesure nationale qui serait sinon discriminatoire dans le cadre du contexte législatif spécifique établi dans le droit dérivé de l'Union applicable, dont fait partie la directive 79/7, mais qu'il puisse aussi être invoqué pour justifier des mesures visant à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle qui, bien qu'ils proviennent d'une inégalité subie dans la vie professionnelle, se manifestent uniquement plus tard, au moment de quitter le marché du travail.

113. Toutefois, le droit de l'Union impose systématiquement aux mesures d'action positive de satisfaire au critère de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. Le principe de l'égalité de traitement doit être concilié, dans toute la mesure du possible, avec les exigences du but ainsi poursuivi⁷⁸.

114. J'examinerai maintenant ces exigences dans le contexte de la présente affaire.

3. La présente affaire

115. L'INSS et le gouvernement espagnol insistent sur la nature corrective complémentaire de la prestation en cause. D'après ces parties intéressées, le « complément de maternité » s'inscrit dans le cadre législatif plus large qui vise à compenser les effets sur les retraites des désavantages subis par les femmes dans la vie professionnelle. Plusieurs mesures ont été décrites, telles celles qui compensent les cotisations pendant la période suivant l'accouchement, le congé de maternité et le congé parental, de même que les mesures prises dans le domaine de l'emploi, telles que la garantie de périodes de congé de paternité plus longues. Toutefois, ces mesures ne s'appliquent pas rétroactivement et ne peuvent donc pas porter remède aux situations des générations plus anciennes qui n'ont pas pu en bénéficier. De plus, compte tenu de ces mesures, le gouvernement espagnol soutient que la nécessité de maintenir le « complément de maternité » à l'avenir serait réévaluée périodiquement.

116. Tous ces éléments devront être appréciés par la juridiction nationale afin de déterminer si la mesure en cause a bien une nature corrective complémentaire dans le cadre d'un système plus large qui vise effectivement à compenser les désavantages subis par les femmes dans leur carrière professionnelle.

117. Toutefois, bien qu'il soit possible, en théorie, d'appliquer l'article 157, paragraphe 4, TFUE dans la présente affaire, je dois néanmoins conclure que, sur la base des informations produites devant la Cour, la prestation en cause, telle qu'elle est actuellement conçue, ne satisferait de toute façon pas au critère de proportionnalité exigé par cette disposition. Je suis obligé de partager le point de vue de la Commission à cet égard : la mesure en cause ne respecte pas le principe de proportionnalité.

⁷⁷ En accord, sur ce point, avec les conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Amedee (C-572/10, EU:C:2011:846, points 58 et 59) et dans l'affaire Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, point 57).

⁷⁸ Voir, en ce qui concerne l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207, arrêts du 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, point 39), et du 30 septembre 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, point 24). En général, voir mes conclusions dans l'affaire Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, point 111).

118. Premièrement, du point de vue de son caractère adéquat, il convient de relever que la mesure en cause ne s'applique pas aux pensions non contributives qui sont probablement plus touchées par l'écart entre les hommes et les femmes, étant entendu que ce sont les femmes appartenant aux générations plus anciennes qui sont les moins susceptibles d'atteindre ne serait-ce que le nombre d'années nécessaires pour bénéficier d'une pension contributive.

119. Deuxièmement, comme le relève la Commission, la mesure ne s'applique qu'aux pensions qui ont été versées pour la première fois en 2016, excluant ainsi les femmes appartenant aux générations qui sont les plus susceptibles d'être affectées par l'écart entre les hommes et les femmes. À mon avis, cette circonstance entraîne une telle discordance entre l'objectif (déclaré officiellement) de la mesure et les moyens choisis pour y parvenir de sorte qu'elle est inapte à atteindre cet objectif déclaré⁷⁹.

120. Troisièmement, la mesure en cause ne répond pas à l'exigence de nécessité. L'article 60, paragraphe 1, de la LGSS est fondé sur le critère exclusif et automatique du sexe. Il s'applique uniquement aux femmes et n'admet aucune sorte de prise en compte de la situation d'hommes se trouvant dans une situation comparable. Il n'existe aucune possibilité d'appliquer la même mesure aux hommes qui ont été touchés par une interruption de leur carrière ou par une réduction des cotisations liée à l'éducation de leurs enfants⁸⁰.

121. Une observation finale s'impose : ni la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure nationale ni les données statistiques produites par les autorités nationales attestant de l'existence d'un écart entre les hommes et les femmes en tant que problème structurel n'ont été remises en cause. En outre, les règles nationales dans le domaine de la sécurité sociale visant à porter remède à l'écart entre les hommes et les femmes au moyen d'une compensation pourraient, selon moi, être mises en œuvre au titre de l'article 157, paragraphe 4, TFUE. Toutefois, dans sa version actuelle, l'article 60, paragraphe 1, de la LGSS ne remplit pas les exigences du caractère approprié et de la nécessité de manière à satisfaire aux critères du principe de proportionnalité qui doivent être respectés afin qu'une telle mesure puisse être admise au titre de l'article 157, paragraphe 4, TFUE.

122. Ces considérations m'amènent à conclure que la mesure en cause dans la présente affaire ne peut être autorisée au titre de l'article 157, paragraphe 4, TFUE et qu'elle est donc incompatible avec le droit de l'Union.

V. Conclusion

123. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre à la question posée par le Juzgado de lo Social n° 3 de Gerona (tribunal du travail n° 3 de Gérone, Espagne) comme suit :

L'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE, du 19 décembre 1978, du Conseil, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle nationale telle que celle en cause dans la présente affaire qui, d'une part, reconnaît un complément de pension aux femmes, mères de deux enfants ou plus, qui deviennent bénéficiaires d'une pension contributive d'incapacité permanente après son entrée en vigueur, mais qui, d'autre part, ne prévoit la possibilité de reconnaître un tel droit aux hommes dans aucune situation.

⁷⁹ En réalité, il serait raisonnable de supposer qu'une telle mesure de politique sociale, au lieu de supprimer les effets du passé, aurait plutôt pour conséquence de consolider et geler la répartition traditionnelle des rôles dont elle déclare vouloir corriger les effets à l'avenir.

⁸⁰ Voir, en ce sens, arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, point 57). En ce qui concerne le rôle des « clauses d'ouverture » qui ouvre la possibilité pour les hommes de bénéficier de mesures d'action positive dans des circonstances spécifiques, voir arrêts du 11 novembre 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, point 33) ; du 28 mars 2000, Badeck e.a. (C-158/97, EU:C:2000:163, point 36), et du 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, point 45).