

1. Relève de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité, avec cette conséquence qu'elle est soumise à l'interdiction de discrimination en considération du sexe édictée par cette disposition, une pension de survie versée par un régime professionnel de pensions dont les règles n'ont pas été fixées directement par la loi, mais résultent d'une concertation entre partenaires sociaux, les pouvoirs publics s'étant limités, à la demande des organisations patronales et syndicales considérées comme représentatives, à déclarer le régime obligatoire à l'ensemble du secteur professionnel, et dont le financement est assuré exclusivement par les travailleurs et les employeurs du secteur considéré, à l'exclusion de toute intervention financière publique.

La circonstance que la pension de survie, par définition, n'est pas payée au travailleur, mais à son survivant, n'infirmes pas

cette interprétation, car le droit à une telle prestation est un avantage qui trouve son origine dans l'affiliation au régime du conjoint du survivant, de sorte que la pension est acquise à ce dernier dans le cadre du lien d'emploi entre l'employeur et ledit conjoint, et lui est versée en raison de l'emploi de celui-ci.

2. En vertu de l'arrêt du 17 mai 1990, C-262/88, Barber (Rec. p. I-1889), 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 à la date du prononcé dudit arrêt, 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.

RAPPORT D'AUDIENCE présenté dans l'affaire C-109/91 *

I — Faits et procédure

1. *Cadre normatif et jurisprudentiel*

Aux termes de l'article 119 du traité CEE:

« 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.

* Langue de procédure: le néerlandais.

Par rémunération, il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, 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.

... ».

Dans l'arrêt du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), la Cour a rappelé (point 12 des motifs) que la notion de rémunération, au sens du deuxième alinéa de l'article 119, comprend tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés, serait-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier et que (point 37) cette disposition s'applique directement à toutes les formes de discrimination susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération qui y sont retenus.

De ces principes, la Cour a notamment déduit que les pensions de retraite versées par les régimes professionnels privés, qui se caractérisent par le fait qu'ils sont institués par l'effet soit d'une concertation entre partenaires sociaux, soit d'une décision unilatérale de l'employeur, qu'ils sont financés soit par l'employeur seul, soit par celui-ci et les salariés, que la loi admet qu'avec l'accord du salarié ils viennent, pour partie, se substituer au régime légal (conventionnellement exclus, « contracted-out ») et qu'ils ne concernent que les travailleurs employés par certaines entreprises, constituent des avantages payés par

l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier et relèvent, par conséquent, du champ d'application de l'article 119 du traité. La circonstance que le régime professionnel privé soit constitué en forme de trust et géré par des trustees jouissant d'une indépendance formelle vis-à-vis de l'employeur n'infirme pas cette interprétation de l'article 119, car celui-ci vise également les avantages payés par l'employeur de manière indirecte.

En l'espèce, la Cour était arrivée à la conclusion (point 3 du dispositif) que:

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

Elle a cependant considéré (point 43 des motifs) que:

« les États membres et les milieux intéressés ont pu raisonnablement estimer que l'article 119 ne s'appliquait pas à des pensions versées par des régimes conventionnellement exclus et que des exceptions au principe d'égalité entre travailleurs masculins et travailleurs féminins continuaient d'être admises en matière »,

et que (point 44 des motifs):

« ... des considérations impérieuses de sécurité juridique s'opposent à ce que des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé soient remises en cause, alors que, dans un tel cas, l'équilibre financier de nombre de régimes de pensions conventionnellement exclus risquerait d'être rétroactivement bouleversé. Il convient, toutefois, d'aménager une exception en faveur des personnes qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits. Il y a lieu, enfin, de préciser qu'aucune limitation des effets de ladite interprétation ne peut être admise pour ce qui concerne l'ouverture du droit à une pension à partir de la date du présent arrêt »,

en décidant ainsi (point 5 du dispositif) 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 droits qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable ».

2. *Les antécédents du litige*

M^{me} F. Heeren était l'épouse de M. Ten Oever. Durant sa vie, elle avait travaillé dans le secteur du nettoyage et son employeur l'avait affiliée à un régime de pensions géré par la défenderesse au principal. Il s'agit d'un régime collectif de pensions d'entreprise financé par les

employeurs et les travailleurs. Jusqu'au 1^{er} janvier 1989, le règlement dudit régime prévoyait une pension de survie au profit de la veuve, mais non pas au profit du veuf. Depuis cette date, une pension de survie au profit des veufs également est prévue, mais sans rétroactivité.

M^{me} Heeren est décédée le 13 octobre 1988. M. Ten Oever a alors sollicité, avec effet à cette même date, l'octroi d'une pension de veuf, que la défenderesse lui a refusée, en arguant qu'une telle pension n'était pas prévue par le règlement du régime au moment du décès de son épouse.

M. Ten Oever soutenant la thèse que la pension qu'il sollicite doit être considérée comme une rémunération au sens de l'article 119 du traité CEE et que, dès lors, aucune discrimination entre hommes et femmes n'est admissible, la défenderesse a maintenu son refus, en invoquant la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber, rendu postérieurement au décès de M^{me} Heeren, qui aurait pour la première fois reconnu le caractère de rémunération aux prestations versées par des régimes extralégaux de pensions.

M. Ten Oever, en date du 8 juin 1990, a introduit une action devant le Kantongerecht te Utrecht, afin que celui-ci oblige la défenderesse à lui verser la pension en cause. Dans ce contexte, le Kantongerecht a estimé opportun de poser à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes:

« 1) L'article 119 du traité CEE doit-il être interprété en ce sens que les prestations extralégales versées à des proches survivants (comme, en l'espèce, une pension

de survie) doivent être considérées comme une rémunération ou un avantage au sens de cet article?

2) En cas de réponse affirmative à la question I, l'article 119 du traité CEE a-t-il pour conséquence:

a) que le demandeur peut prétendre au paiement d'une pension de survie à dater du décès de son épouse (en l'occurrence, à partir du 13 octobre 1988)?

b) qu'il peut y prétendre à dater de l'arrêt rendu par la Cour le 17 mai 1990?

c) qu'il ne peut absolument pas y prétendre, parce son épouse est décédée avant le 17 mai 1990? ».

3. La procédure devant la Cour

L'ordonnance du Kantongerecht te Utrecht est parvenue à la Cour le 9 avril 1991.

Conformément à l'article 20, deuxième alinéa, du protocole sur le Statut de la Cour de justice des Communautés européennes, des observations écrites ont été déposées pour M. Ten Oever, par M. I. P. M. Boelens, collaborateur de la Stichting De Ombudsman; pour la Stichting Bedrijfspensioenfondsen voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, par M^{es} M. Van Empel et O. W. Brouwer, avocats au barreau d'Amsterdam; pour le gouvernement néerlandais, par M. T. P. Hofstee, secrétaire général remplaçant au ministère

des Affaires étrangères, en qualité d'agent; pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. J. E. Collins, du Treasury Solicitor's Department, en qualité d'agent; pour le gouvernement allemand, par M. C.-D. Quassowski, Regierungsdirektor auprès du ministère fédéral de l'économie, en qualité d'agent; pour la Commission des Communautés européennes, par M^{lle} K. Banks et M. B. J. Drijber, membres de son service juridique, en qualité d'agents.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans mesures d'instruction préalable.

II — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

1. Quant à la première question, M. Ten Oever renvoyant aux arrêts de la Cour du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445), du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607) et 17 mai 1990, Barber, précité, soutient que le régime de pensions en cause relève du champ d'application de l'article 119, car il trouve son origine dans un accord entre employeur et travailleurs, son bénéfice découle directement du contrat de travail et est exclusivement réservé aux travailleurs relevant d'un secteur d'activité déterminé. Ni la circonstance qu'un tel régime ait été instauré conformément à des dispositions légales, ni le fait qu'il ne soit pas mis en œuvre par l'employeur lui-même, mais relève d'un fonds séparé, ne sauraient conduire à une conclusion différente. Le fait que, en particulier, une pension de survie relève du champ d'application de l'article 119 serait constant en doctrine; il en découlerait qu'à l'époque du décès de M^{me} Heeren, le régime de pensions litigieux

comportait une inégalité inadmissible de traitement au détriment des femmes, qui étaient privées de l'élément « pension de survie ».

S'agissant de la seconde question, M. Ten Oever est d'avis que la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber ne saurait concerner son cas, du fait que, dans cet arrêt, il était question de régimes de pension conventionnellement exclus (« contracted-out ») et non pas de pensions « ordinaires » en dehors du régime légal, comme en l'espèce. Pour ce qui est de ces dernières, du reste, il n'existerait aucun doute quant au fait qu'elles relèvent de l'article 119 déjà depuis les arrêts Defrenne et Bilka, précités.

A titre subsidiaire, M. Ten Oever fait valoir qu'en tout état de cause la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber ne pourrait concerner les pensions de survie, qui ne faisaient pas l'objet des questions posées et des réponses données dans cette affaire.

A titre plus subsidiaire M. Ten Oever, pour le cas où la Cour estimerait que les pensions de survie relèvent elles aussi de ladite limitation dans le temps, observe que, bien que la requête devant le Kantonrechter soit postérieure (8 juin 1990) à la date de l'arrêt Barber (17 mai 1990), il n'en resterait pas moins qu'avant cette dernière date, il avait pris des initiatives pour sauvegarder ses droits, qui s'étaient soldées par le refus de l'administration du régime de pension. Or, la Cour, dans ledit arrêt, aurait expressément aménagé une exception à la limitation pour de telles situations.

A titre encore plus subsidiaire M. Ten Oever rappelle que, dès le 1^{er} janvier 1989,

le Fonds de pension se serait conformé à l'article 119 en prévoyant une pension de veuf. Une telle situation ne correspondrait pas à l'hypothèse de la persistance des inégalités à la date de l'arrêt Barber, qui était à la base de la limitation dans le temps de ses effets.

En définitive, selon M. Ten Oever, la rémunération, au sens de l'article 119 du traité CEE, ou à tout le moins les avantages en raison de l'emploi visés par cet article, doivent être compris en ce sens qu'ils incluent également les droits à une pension de survie, comme en l'espèce une pension de veuf. S'agissant de son cas, il serait constant que son droit existe dès le moment du décès de son épouse.

2. Le *Bedrijfspensioenfond*s ne conteste pas que, dans les régimes de pensions, le principe de l'égalité de traitement s'étend également aux pensions de survivant, ce qui l'a conduit à instaurer la pension de veuf à partir du 1^{er} janvier 1989. La première question préjudicielle, cependant, serait posée sous l'angle de l'article 119 et reviendrait à se demander si la pension de veuf que M. Ten Oever réclame entre dans la notion de rémunération aux termes de cet article et si, en conséquence, le Fonds de pensions était obligé de la prévoir et de l'octroyer à M. Ten Oever. Selon le *Bedrijfspensioenfond*s, une réponse négative s'impose, et ceci pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le régime de pensions litigieux a été déclaré obligatoire pour l'ensemble du secteur professionnel du lavage des vitres et du nettoyage. Il s'ensuivrait qu'un tel régime ne résulte pas d'un accord y relatif, conclu entre l'employeur et les travailleurs au sein de l'entreprise en

question, mais est un élément de la politique sociale des pouvoirs publics.

En deuxième lieu, il résulterait de l'arrêt du 3 décembre 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753), dans lequel la Cour aurait considéré qu'une pension de veuve ne constituerait pas un élément de la rémunération au sens de l'article 119, qu'une pension de survie en tant que telle ne relève pas du champ d'application dudit article.

En troisième lieu, l'article 119 n'ouvrirait un droit d'action que contre l'employeur, toute autre possibilité ne pouvant être admise qu'en vertu d'une législation nationale, absente en l'espèce.

En quatrième lieu, l'article 119 concernerait exclusivement la relation employeur-travailleur et ne saurait, dès lors, donner automatiquement un droit autonome aux survivants.

En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle, le *Bedrijfspensioenfonds* soutient, à titre principal, que le problème posé par la première question est nouveau et qu'une éventuelle réponse positive ferait état d'une interprétation aussi nouvelle et inattendue de l'article 119 que celle donnée par la Cour dans l'arrêt Barber. Il s'ensuivrait que c'est l'arrêt à intervenir qui devrait exclure, pour ce qui est des pensions de veuf, l'effet rétroactif d'une éventuelle réponse positive et, pour les mêmes raisons que dans l'arrêt Barber, il devrait le faire en ce sens que c'est seulement à partir de la date de son prononcé que les droits aux prestations concernées peuvent être acquis ou constitués. En effet, une conception des effets dans le temps qui considérerait que

l'arrêt est applicable aux prestations (« paiements ») comme telles, sans qu'y corresponde une quelconque période de constitution préalable, entraînerait précisément les perturbations financières sérieuses que la Cour a voulu éviter dans l'arrêt Barber.

A titre subsidiaire, au cas où la Cour estimait que l'éventuelle réponse positive à la première question préjudicielle ne pourrait pas, suite à l'arrêt Barber, être qualifiée de nouvelle et inattendue, le *Bedrijfspensioenfonds* estime qu'il conviendrait de répondre à la deuxième question que des droits à une pension de veuf ne peuvent être considérés comme constitués qu'à partir du 17 mai 1990, date de l'arrêt Barber.

Dans l'une et l'autre hypothèse, M. Ten Oever n'aurait aucun droit à la pension de veuf qu'il réclame, son épouse étant décédée le 13 octobre 1988 et n'ayant, de ce fait, par définition, pu constituer aucun droit à la prestation après le 17 mai 1990.

3. Le *gouvernement néerlandais* part de la constatation que le statut en droit communautaire des régimes extralégaux en faveur des survivants manquerait de clarté. En effet, si l'arrêt Barber paraît indiquer que l'article 119 s'applique effectivement aux régimes de pensions professionnels, il n'en resterait pas moins qu'il concernait des différences d'âge dans le cadre des régimes conventionnellement exclus (« *contracted-out* ») et non spécifiquement des prestations extralégales en faveur des survivants. En outre, tant la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du régime d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO L 6, p. 24), que la directive 86/378/CEE

du Conseil, du 24 juillet 1986, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (JO L 225, p. 40) traitent explicitement dans leur contexte des pensions de survivants en permettant, à leur égard, de différer l'application du principe d'égalité de traitement. L'arrêt *Newstead*, précité, confirmerait qu'en droit communautaire dérivé les pensions de survivants occupent une place très spécifique.

Dans ces circonstances, la réponse à la question de l'applicabilité de l'article 119 au cas d'espèce devrait être négative, en tenant compte également des caractéristiques du régime des pensions en cause, qui ne correspondraient pas à celles requises par la jurisprudence de la Cour pour qu'ils entrent dans la notion de rémunération au sens de l'article 119. Il s'agirait, en effet, d'un régime déclaré obligatoire par la loi, pour l'ensemble du secteur professionnel concerné, ce qui l'assimile à un régime légal. La preuve en serait, notamment, l'application obligatoire dudit régime à une catégorie générale de travailleurs abstraction faite de ce que les employeurs aient ou non, ou à quel degré, influencé son contenu. L'exigence contractuelle ferait donc défaut.

Le gouvernement néerlandais attire également l'attention sur le fait qu'en l'espèce, l'article 119 ne serait pas invoqué par un travailleur contre un employeur, mais par un survivant contre un fonds de pensions, alors que ledit article concernerait essentiellement la relation juridique travailleur-employeur, ce qui était aussi le cas dans l'affaire *Barber*.

S'agissant de la deuxième question, le gouvernement néerlandais estime, pour

autant que la Cour conclut à l'applicabilité de l'article 119 aux pensions de survivants du type de celle en cause, qu'il existe en l'espèce des circonstances tout à fait analogues à celles qui ont conduit la Cour à limiter dans le temps les effets de l'arrêt *Barber*. D'une part, en effet, une applicabilité éventuelle de l'article 119 à des régimes de pensions professionnels comme celui de l'espèce n'aurait été assurément prévisible et cela eu égard à la situation décrite des régimes extralégaux en faveur des survivants en droit communautaire dérivé ainsi qu'au fait qu'il s'agirait en l'espèce d'un régime déclaré obligatoire par les pouvoirs publics. D'autre part, tout comme dans l'arrêt *Barber*, une application rétroactive de l'arrêt à intervenir pourrait entraîner de sérieuses difficultés financières pour les organismes néerlandais chargés de la liquidation et pourrait vraisemblablement compromettre l'équilibre financier d'un grand nombre de fonds de pensions et d'employeurs.

A cet égard, le gouvernement néerlandais, en faisant référence aux observations plus détaillées présentées dans l'affaire parallèle C-110/91, *Moroni*, insiste particulièrement sur le sens qu'il y aurait nécessairement lieu de donner à la limitation dans le temps de l'arrêt *Barber* et donc à celle, analogue, qui devrait être prévue dans l'arrêt à intervenir dans la présente affaire, faute de quoi l'objectif poursuivi par la Cour, à savoir celui de ne pas bouleverser rétroactivement l'équilibre financier des régimes de pensions, ne saurait être atteint. Selon le gouvernement néerlandais, en effet, il serait indispensable de garder à l'esprit que la constitution des droits à pension se réalise tout au long de l'existence du rapport juridique entre l'employeur et le travailleur et en fonction notamment de la contribution financière du premier, calculée sur la base de la situation économique et juridique existante au moment du versement. Un système mathé-

matique de capitalisation ferait qu'un montant de pension déterminé est disponible pour l'assuré au moment de sa retraite.

Il découlerait de cette approche que ce sont les droits à pension constitués au cours de l'exécution du contrat de travail qui doivent être considérés comme rémunération au sens de l'article 119 et non la pension qui est versée le temps venu en exécution de ces droits. L'égalité de rémunération dans le domaine des pensions serait donc l'égalité à l'égard de la constitution des droits à pension. En d'autres termes, en matière de pensions, le travailleur se constituerait, pendant une certaine période, des droits conformes à la définition qu'en donne à ce moment le régime de pension. Il s'ensuivrait que, aussi bien lors de la fixation du montant de la cotisation versée par l'employeur que lors de la constitution du fonds, on tient compte du fait que l'étendue de l'obligation contractée, et donc le niveau de la couverture, correspond à l'importance des droits qui ont été constitués. On aboutirait dès lors à une situation incompatible avec le principe de la sécurité juridique si l'étendue de cette obligation se révélait ultérieurement beaucoup plus importante que celle dont on avait pu raisonnablement tenir compte, lors du financement, en se fondant sur l'état du droit communautaire applicable, ou du moins tel que raisonnablement estimé applicable à cette époque.

Le gouvernement néerlandais en conclut que le principe de l'égalité des rémunérations formulée par l'article 119, pour autant qu'il concerne des régimes de pensions d'entreprise, doit être appliqué de manière telle que son effet dans le temps demeure limité aux droits à pension constitués à partir de la date de l'arrêt à rendre dans la présente affaire ou, du moins, à partir du 17 mai 1990, date de l'arrêt Barber. Dans cette

optique, M. Ten Oever, dans le cas d'espèce, n'aurait pas droit à une pension de veuf, étant donné que son épouse est décédée en tout cas avant le 17 mai 1990 et, qu'en l'absence de la couverture du risque de décès dans le régime litigieux, aucun droit n'a pu être constitué, le décès de l'épouse ayant du reste fait naître une situation juridique qui, au sens de l'arrêt Barber, a épuisé tous ses effets.

4. Le *gouvernement du Royaume-Uni* estime qu'une réponse positive devrait être donnée à la question de savoir si les pensions de survivants versées au titre d'un régime professionnel de prévoyance entrent dans la notion de rémunération de l'article 119. En effet, lesdites pensions ne seraient pas moins que les pensions propres à l'employé, acquises par l'effet de l'activité de ce dernier auprès de l'employeur et feraient partie de la rémunération versée par celui-ci en raison de cette activité; que le paiement effectif des prestations soit fait à d'autres personnes que l'employé n'aurait aucune importance.

En ce qui concerne la question de la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber, il ne serait pas évident, de l'avis du gouvernement britannique, que le régime professionnel de prévoyance sur lequel porte la demande de M. Ten Oever tombe directement dans le champ d'application dudit arrêt. De toute manière, une limitation similaire devrait être appliquée par la Cour au cas d'espèce.

Quant à l'exacte signification de la limitation en cause, le gouvernement britannique soutient que le point 5 du dispositif de l'arrêt Barber, lu à la lumière des points 43 et 44 des motifs, signifie que l'on peut se fonder sur l'effet direct de l'article 119 pour

des pensions relatives aux périodes d'activité postérieures à l'arrêt Barber, mais non pour celles qui lui sont antérieures.

Une telle interprétation se fonderait tant sur un examen détaillé du dispositif lui-même (a) que de sa motivation (b), ainsi que sur le fait que des interprétations alternatives ne seraient pas satisfaisantes (c).

a) Sous l'angle du dispositif, le gouvernement britannique souligne que la seule raison pour laquelle l'article 119 s'applique à une pension est que la Cour a déclaré qu'elle constituait une forme de rémunération, encore qu'une rémunération différée. Or, une pension serait une rémunération gagnée par l'effet de la période d'activité de l'employé au service de l'employeur. Chaque période d'activité ouvrant droit à pension — chaque « période de rémunération » — conférerait à l'employé un droit à pension; et dans le cas de régimes financés par des cotisations, celles-ci seraient versées par rapport à chacune de ces périodes de rémunération. Ainsi, la période d'activité et, le cas échéant, les cotisations qui s'y rapportent, donneraient naissance aux droits et obligations respectifs de l'employé et de l'employeur (et/ou des fonds de pensions), peu importe que le paiement effectif de la pension soit différé jusqu'à la retraite.

Dans ces conditions, il y aurait lieu raisonnablement de conclure que, lorsque la Cour a dit pour droit dans l'affaire Barber que des considérations impérieuses de sécurité juridique s'opposent à ce que « des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé » soient remises en cause alors que, dans un tel cas, l'équilibre financier des régimes existant risquerait d'être rétroactivement bouleversé, elle se référait aux situa-

tions dans lesquelles le droit à une pension avait déjà été acquis par l'effet de l'activité antérieure à l'arrêt Barber. Cela concorderait également avec la déclaration selon laquelle aucune limitation de l'effet direct de l'article 119 ne peut être admise « pour ce qui concerne l'ouverture du droit à une pension à partir de la date du présent arrêt » (point 44 des motifs).

Dans le cas de périodes d'activité antérieures à la date de l'arrêt, les employeurs comme les employés se seraient fondés pour agir sur le fait que des conditions d'âge différentes étaient autorisées. Pour toutes ces périodes d'activité, des pensions auraient donc été promises et planifiées, des cotisations versées, par référence à un âge de retraite qui pouvait différer entre les hommes et les femmes. Le droit à pension aurait été acquis sur cette base; l'équilibre financier des régimes existants aurait été établi sur cette base. Ce n'est que pour les périodes d'activité postérieures à l'arrêt Barber que les employeurs seraient censés savoir, à la lumière de cet arrêt, que la planification des pensions et des cotisations devait être faite par référence à un même âge de retraite.

Une telle conclusion se trouverait renforcée par l'arrêt Defrenne, précité, où la Cour a appliqué pour la première fois une limitation des effets dans le temps, justement dans le contexte de l'article 119. Puisque dans cet arrêt, auquel du reste l'arrêt Barber se réfère expressément, la Cour aurait limité ses effets dans le temps de manière à empêcher que l'on ne fonde sur l'effet direct de l'article 119 des « revendications relatives à des périodes de rémunérations antérieures à la date de l'arrêt », il y aurait lieu de considérer que la Cour, dans l'arrêt Barber a appliqué à la forme particulière de rémunération qui y était en cause, l'approche géné-

rale adoptée dans l'arrêt Defrenne à l'égard des rémunérations. Or, en ce qui concerne les pensions, l'équivalent naturel et évident desdites « revendications » seraient les revendications concernant des pensions relatives aux périodes d'activités antérieures à la date de l'arrêt.

b) Sous l'angle de la motivation du dispositif le gouvernement britannique observe que la raison d'être de la limitation dans le temps des effets de l'arrêt Barber était le souci de la Cour d'empêcher que l'équilibre financier des régimes ne soit pas rétroactivement bouleversé dans une situation où on avait pu raisonnablement se fier aux directives 79/7/CEE et 86/378/CEE, précitées, qui autorisaient des dérogations au principe de l'égalité de traitement. Cette situation constatée par la Cour aurait fait que, avant l'arrêt Barber et dans un contexte de bonne foi évidente, les régimes professionnels de prévoyance étaient financés, et le niveau des prestations qu'ils devaient fournir était fixé, en partant de l'idée que les inégalités inhérentes aux conditions d'âges différentes étaient encore permises. Il serait dès lors inéquitable vis-à-vis des employeurs et contraire au principe de sécurité juridique de voir ce fondement du financement réduit à néant pour la période antérieure à l'arrêt Barber.

S'il n'en était pas ainsi, l'objectif de ne pas bouleverser rétroactivement l'équilibre financier des fonds de pensions, poursuivi par la Cour, serait loin d'être atteint, les conséquences financières étant insoutenables. En effet, étant donné que les fonds de pensions ont été financés pour faire face à des charges financières établies par référence aux conditions d'âge en vigueur au titre des régimes, ils ne disposeraient pas des fonds pour faire face aux charges financières accrues qui résulteraient de toute

application rétroactive des mêmes conditions d'âges pour les hommes et pour les femmes.

c) L'importance du déficit financier potentiel en cas de péréquation des prestations de retraite pour les périodes d'activité antérieures à l'arrêt Barber seraient illustrée par référence aux deux principales interprétations alternatives qui ont été avancées sur la conséquence de la limitation par la Cour des effets dans le temps de l'arrêt Barber, à savoir:

- on peut se fonder sur l'effet direct de l'article 119 pour tous les versements de pension postérieurs à l'arrêt Barber, sans tenir compte des périodes d'activité auxquelles ils se rapportent ou de la date où la pension a été ou est servie pour la première fois; ou
- tous ceux dont les pensions seront servies après l'arrêt Barber (c'est-à-dire ceux dont l'activité au titre du régime pertinent se termine après cette date ou dont l'activité s'est terminée avant, mais qui ont droit à une pension différée, servie seulement après cette date) peuvent se fonder sur l'effet direct de l'article 119 pour leur activité antérieure comme postérieure à l'arrêt Barber.

Dans le premier cas, la charge financière totale des régimes professionnels de prévoyance serait accrue d'au moins 45 milliards de UKL; dans le deuxième cas, de 33 milliards de UKL. A cela il faudrait ajouter environ 2 milliards de UKL par an en tout état de cause nécessaires pour faire face aux conséquences de la péréquation pour l'avenir. Ces augmentations de coûts seraient massives également en termes rela-

tifs, car les cotisations devraient augmenter d'une somme comprise entre 4 milliards de UKL et 6 milliards de UKL par an pour les 15 prochaines années, ce qui équivaldrait à transférer chaque année 1,25 % du produit national brut au profit des droits supplémentaires à pension. En outre, toutes ces augmentations auraient des conséquences sérieuses sur le revenu national et l'emploi, si l'on tient compte du fait qu'il existe jusqu'à 400 000 régimes de pension au Royaume-Uni, ainsi qu'un impact sévère sur l'économie nationale toute entière. Des difficultés administratives de gestion quasi insurmontables seraient également à craindre. Le gouvernement britannique en conclut que c'est seulement en limitant l'effet direct de l'article 119 aux pensions versées au titre des périodes d'activités postérieures à l'arrêt Barber que l'on éviterait de si graves conséquences financières, conformément à l'objectif visé par la Cour elle-même.

Le gouvernement britannique estime, enfin, que les justifications en faveur d'une limitation dans le temps seraient applicables également aux prestations de survivants et que, dans l'hypothèse où l'on considérerait que le champ d'application de l'arrêt de Barber ne couvre pas le cas d'espèce, la Cour devrait limiter dans le temps les effets de l'arrêt à intervenir dans le même sens que dans l'arrêt Barber suivant l'interprétation préconisée. En l'espèce M. Ten Oever n'aurait pas droit à la pension de veuf qu'il réclame, étant donné que la période d'activité de son épouse, au titre du régime pertinent ne prévoyant pas de pension de veuf, a pris fin au moment de son décès, tout comme la cotisation y afférente, le 13 octobre 1988, bien avant la date de l'arrêt « Barber » et a fortiori de celle de l'arrêt à intervenir.

5. De l'avis du *gouvernement allemand*, les prestations versées à des survivants dans le cadre d'un régime collectif de pensions d'entreprises ne peuvent être considérées comme une « rémunération » au sens de l'article 119, et donc comme une contrepartie (indirecte) de la prestation de travail fournie par le travailleur, étant donné que, dans ces prestations, le caractère de pension et, partant, l'aspect « sécurité sociale » apparaît au premier plan. La prestation d'une pension de veuve ne présenterait pas un rapport aussi étroit avec la prestation de travail du défunt; elle refléterait, au contraire, l'aspect politico-social de la compensation d'un déficit des femmes en matière de pensions, dû à la répartition traditionnelle des rôles. Si l'on considère qu'une telle répartition n'est plus justifiée en raison de l'évolution des mœurs, l'éventuelle opportunité de prévoir également des pensions de veuf devront être réglée par la voie législative et non par la voie judiciaire.

S'agissant de la deuxième question préjudicielle, et pour autant que la Cour opte pour une réponse positive à la première question, le gouvernement fédéral rappelle les motivations qui ont conduit la Cour à limiter dans le temps les effets de l'arrêt Barber, en estimant que les mêmes motivations existent dans le cas d'espèce. Il souligne, à cet égard, qu'un droit à pension s'acquiert successivement, sur une longue période d'assurance, et que les versements de l'employeur, qui garantissent la prestation de pension ultérieure, sont effectuées au cours de cette période et, partant, longtemps avant l'ouverture du droit. Dès lors que les versements d'un employeur pour une travailleuse étaient calculés en fonction du fait qu'il n'existait pas de droit à une pension de veuf, l'équilibre financier des régimes de pensions serait bouleversé, et les droits à pension d'autres bénéficiaires seraient mis en péril, si le versement d'une pareille pension devenait

par la suite malgré tout obligatoire. Or, les intéressés ont pu raisonnablement estimer, en fonction de la situation juridique existante, qu'il n'y avait pas lieu de prendre des dispositions en vue d'une pension de veuf.

Concrètement, l'épouse de M. Ten Oever étant décédée le 13 octobre 1988, ses cotisations ont pris fin avant la date de l'arrêt Barber. Les versements y relatifs ayant été calculés en fonction du fait qu'il n'existait pas de droit à une pension de veuf, l'octroi a posteriori d'une telle pension ne serait dès lors possible qu'en rompant l'équilibre financier du fonds de pension.

6. La Commission propose de répondre par l'affirmative à la première question préjudicielle. En s'appuyant sur les arrêts Defrenne, Bilka et Barber, précités, elle constate, en effet, qu'il s'agit en l'espèce d'un régime professionnel de pension fondé sur la relation de travail contractuelle entre l'employeur et le travailleur et ne concernant que les travailleurs employés par l'entreprise. Les prestations de survivants dues au titre de ce régime constitueraient, par conséquent, une forme de rémunération au sens de l'article 119. Le fait que de telles prestations ne soient pas perçues par l'intéressé lui-même, mais versées à son conjoint survivant n'aurait pas d'importance. Dans cette optique, on pourrait difficilement contester que la non attribution d'une pension de veuf constitue une discrimination.

S'agissant de la deuxième question préjudicielle, relative à l'interprétation de l'arrêt Barber, la Commission part de l'idée qu'un régime de pension tel que celui en cause est également visé par ledit arrêt et par la limitation des effets qu'il prévoit.

Parmi les différentes interprétations de ladite limitation, avancées de part et d'autre, la Commission estime que l'interprétation la plus plausible est celle qui veut que le droit aux prestations de pension prend naissance le 17 mai 1990, date de l'arrêt Barber, même si la réalisation du risque est intervenue avant cette date. En d'autres termes, seules les prestations de pension qui — si le principe de l'égalité de traitement était respecté — auraient été versées avant la date de l'arrêt sont soustraites à l'effet de ce principe. Ce seraient là les situations « qui ont épuisé leurs effets dans le passé » au sens de l'arrêt Barber. Les annuités de pension qui auraient été payables avant le 17 mai 1990 n'auraient donc pas à être payées. La Commission considère en revanche que celles qui sont payables après cette date sont intégralement soumises au principe de l'égalité de traitement, même s'il s'agit de prestations de pension pour lesquelles il n'a pas été cotisé avant le 17 mai 1990.

Pour la bonne intelligence de l'expression « ouverture du droit à une pension » (point 44 des motifs de l'arrêt Barber), la Commission estime qu'il est utile de distinguer juridiquement trois moments différents: a) la constitution du droit à pension (la créance latente) résultant de la retenue de cotisations; b) la réalisation du risque qui donne naissance au droit à une prestation de pension et c) le versement périodique de la pension. L'« ouverture du droit à une pension » coïnciderait en principe avec le deuxième moment. A la suite de l'arrêt Barber, ce moment serait toutefois, pour un cas comme celui de l'espèce, différé jusqu'à la date de l'arrêt et ce serait l'arrêt lui-même qui ouvre le droit à pension. La Commission est d'avis que cette conception est également celle qui s'accorde le mieux avec le point 45 des motifs de l'arrêt, où la Cour a considéré 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... ». L'ouverture à compter de la date de l'arrêt serait donc possible. Pour le cas d'espèce, cela signifierait que le demandeur peut réclamer une pension de veuf à compter du 17 mai 1990.

La Commission considère, en revanche, inacceptable l'interprétation selon laquelle le droit de percevoir une pension n'existe que pour les prestations correspondant aux cotisations payées après le 17 mai 1990 et qui résultent, donc, de droits à pension constitués après cette date. Une telle interprétation, qui mal se concilierait avec celle des points essentiels de l'arrêt Barber, telle que ci-dessus esquissée, ferait que le principe de l'égalité de traitement ne produirait pleinement ses effets que bien après l'an 2000.

La Commission conclut en proposant de donner les réponses suivantes aux questions posées:

- 1) Les prestations de pension extralégales versées aux survivants, qui trouvent leur origine dans un contrat de travail, constituent une rémunération au sens de l'article 119 du traité CEE.
- 2) L'article 119 du traité CEE doit être interprété en ce sens que le veuf d'un travailleur féminin peut, à compter du 17 mai 1990, prétendre auxdites prestations de pension aux mêmes conditions que la veuve d'un travailleur masculin, même si son épouse est décédée avant cette date, sans préjudice de la faculté d'invoquer l'article 119 pour les périodes antérieures au 17 mai 1990 s'il a, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente.

G. F. Mancini
Juge rapporteur