

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE DANS LA LÉGISLATION DE L'UE

Colm O'Cinneide, Professeur de droit, UCL

Vue d'ensemble

Le traité d'Amsterdam de 1997, qui a inséré l'article 13 dans le traité CE, a conféré à l'UE la compétence de légiférer pour interdire la discrimination fondée sur une série de nouveaux motifs, dont l'âge.¹ Le pouvoir d'habilitation prévu à l'article 13 a ensuite servi de base à l'adoption de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (la « directive-cadre sur l'égalité en matière d'emploi », ci-après dénommée « la Directive »).

La discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et de travail est interdite par les dispositions de la Directive 2000/78/CE, dont les dispositions générales s'appliquent à l'âge comme aux autres motifs qui entrent dans son champ d'application. Ainsi, l'article 2, paragraphe 2, de la Directive-cadre sur l'égalité en matière d'emploi interdit la discrimination directe et indirecte en matière d'emploi et de travail fondée sur l'âge, ainsi que sur les autres motifs de non-discrimination couverts par la Directive, à savoir l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions et le handicap. L'article 2, paragraphe 3, de la Directive interdit également le harcèlement fondé sur l'âge. L'article 2, paragraphe 4, interdit le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, tandis que l'article 11 protège les travailleurs contre les rétorsions résultant d'une plainte pour discrimination fondée sur l'âge.

Toutefois, l'âge diffère d'autres motifs de non-discrimination couverts par le droit communautaire sur certains aspects importants. Tout d'abord, il existe un plus grand nombre de circonstances dans lesquelles l'âge peut constituer un motif objectif et légitime de distinction entre différents groupes de personnes que pour les autres motifs de non-discrimination. Les distinctions fondées sur l'âge sont souvent fondées sur des stéréotypes et des préjugés. Toutefois, l'utilisation de ces distinctions peut aussi parfois être fondée sur des considérations objectives et servir des objectifs sociaux et économiques précieux : il en va rarement de même pour les autres motifs de non-discrimination tels que l'orientation sexuelle, le sexe, la race ou la religion.

En particulier, l'âge peut être une méthode utile et équitable pour sélectionner les groupes d'individus susceptibles de bénéficier de mesures particulières, ou pour identifier les groupes devant faire l'objet d'un traitement différencié, en particulier lorsque l'âge sert d'indicateur objectif démontrant que certains groupes possèdent en général, certaines caractéristiques, comme l'expérience, la maturité, une bonne capacité physique ou une stabilité financière.

¹ L'article 13 permettait au Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, de prendre « les mesures appropriées pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Par conséquent, la législation sur la discrimination fondée sur l'âge doit établir un cadre permettant de faire la distinction entre les circonstances où l'utilisation de l'âge pour différencier les individus est justifiée et celles où elle ne l'est pas.

Ce cadre est fourni par l'article 6 de la Directive, et notamment par les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, qui dispose :

« Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. »

L'article 6, paragraphe 1, donne ensuite quelques exemples de ces différences de traitement justifiées, parmi lesquelles « la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle » afin de promouvoir l'insertion professionnelle de catégories particulières de travailleurs ou « d'assurer leur protection » ; « la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi » et « la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.² ».

En d'autres termes, une règle ou une politique qui soumet les travailleurs à un traitement moins favorable en raison de leur âge ne constituera pas une discrimination si a) elle est conçue pour atteindre un « objectif légitime » et b) elle est « appropriée et nécessaire » pour atteindre cet objectif particulier, même si elle constitue une discrimination directe - le texte de l'article 6, paragraphe 1, donnant des exemples de ces différences de traitement justifiées.

Cela indique que l'âge est différent des autres motifs de non-discrimination, car la discrimination directe fondée sur les autres motifs n'est pas autorisée. Cela reflète la nature unique de la discrimination fondée sur l'âge, comme nous l'avons vu plus haut.

D'autres différences moins importantes, existent entre l'âge et les autres motifs de non-discrimination dans le cadre de la Directive.

En vertu de l'article 6, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de

² L'article 6(2) prévoit également que les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge les limites d'âge qui régissent l'admission aux régimes professionnels de sécurité sociale ou le droit aux prestations qu'ils prévoient.

critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

L'article 3, paragraphe 4, autorise également expressément les États membres à exempter leurs forces armées des dispositions de la Directive relatives à l'âge : parmi les autres motifs couverts par la Directive, une telle exception n'existe que pour le handicap.

La jurisprudence de la CJUE en matière de discrimination fondée sur l'âge

Tendances générales

Les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, ont fait l'objet de multiples renvois devant la Cour. Les questions posées par les juridictions nationales à la CJUE ont principalement portées sur la manière dont le critère de justification objective énoncé à l'article 6, paragraphe 1, devrait être interprété et appliqué dans les situations où un travailleur a été victime d'un traitement moins favorable en raison de son âge.

En réponse, la Cour a reconnu que l'âge constitue une forme spécifique de discrimination : des différences de traitement fondées sur l'âge peuvent être justifiées dans un éventail de circonstances plus large que pour les autres motifs de non-discrimination. La Cour a également accordé aux États membres une large marge d'appréciation pour déterminer ce qui constitue un objectif légitime d'ordre public, tandis que les employeurs privés bénéficient également d'une certaine flexibilité à cet égard. Les États membres ne sont pas tenus d'établir une liste spécifique de différences de traitement fondées sur l'âge qui peuvent être justifiées par un but légitime, ainsi des objectifs de politiques publiques non explicitement mentionnés dans le texte de l'article 6, paragraphe 1, peuvent être poursuivis³. En outre, les législateurs nationaux et les employeurs privés ont également bénéficié d'une certaine marge de manœuvre dans la conception des politiques d'emploi et de formation professionnelle, notamment en ce qui concerne la fixation des âges de départ obligatoire à la retraite.

Toutefois, rien de tout cela ne signifie que l'âge ne constitue pas un motif « suspect » . La Cour a déclaré que l'article 6, paragraphe 1, constitue une dérogation très spécifique au principe général de l'égalité de traitement.⁴ En tant que telle, cette exception doit être interprétée de manière restrictive, conformément à l'approche interprétative générale que la Cour a appliquée dans l'interprétation des dispositions des Directives de 2000.

En outre, comme la Cour l'a clairement indiqué dans l'arrêt *Fuchs*, le droit au travail est protégé par l'article 15, paragraphe 1, de la Charte de l'UE, et les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, doivent être lues sous réserve de ce droit fondamental.⁵ En conséquence, le critère de justification objective énoncé à l'article 6, paragraphe 1, doit être appliqué d'une manière rigoureuse et exigeante. Les distinctions d'âge qui ne sont pas objectivement liées à

³ Affaire C-388/07, *Age Concern England (Incorporated Trustees of the National Council for Ageing)*, Recueil 2009, p. I1569, point 43.

⁴ *Age Concern*,[60]-[67].

⁵ Affaires jointes C-159/10 et 160/10, *Fuchs et Köhler contre Land Hessen*, arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 21 juillet 2011,[62]. Voir également l'affaire C-141/11, *Hörnfeldt contre Posten Meddelande AB*, arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 5 juillet 2012,[37].

la réalisation d'un objectif légitime, ou qui sont manifestement incohérentes, déraisonnables ou excessives, ne satisferont pas aux exigences de la partie « appropriée et nécessaire » du test.⁶

Même la grande marge de manœuvre laissée aux États pour déterminer leurs objectifs de politique publique n'est pas illimitée. Dans sa décision dans l'affaire *Age Concern, la Cour a clairement indiqué que les objectifs de politique publique devraient être conçus de manière à promouvoir l'intérêt public plutôt que de simplement réduire les coûts pour les employeurs ou améliorer leur compétitivité, bien qu'une règle nationale puisse prévoir un « certain degré de flexibilité aux employeurs » dans la poursuite d'un intérêt public légitime.⁷* Dans l'affaire *Prigge*, la Cour a conclu que la sécurité publique ne pouvait être considérée comme un objectif légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1, dont le champ d'application ne s'étendait qu'aux objectifs de politique sociale « tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle⁸. » Dans l'arrêt *Fuchs*, la Cour a également jugé que « si des considérations budgétaires peuvent sous-tendre la politique sociale choisie d'un État membre et influencer la nature ou l'étendue des mesures que l'État membre souhaite adopter, ces considérations ne peuvent en soi constituer un objectif légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1⁹ ». CE sont deux limites importantes, car elles limitent la gamme d'objectifs de politique publique ou de coûts économiques qui peuvent justifier l'utilisation de l'âge comme facteur de différenciation.

En outre, dans son arrêt *Age Concern*, la Cour a souligné que « l'article 6, paragraphe 1, impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence d'un seuil probatoire élevé. » : si les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation pour « choisir les moyens susceptibles de réaliser leurs objectifs de politique sociale », « cette marge ne peut avoir pour effet de faire obstacle à l'application du principe de non-discrimination fondée sur l'âge¹⁰. » Par ailleurs, dans le même arrêt, la Cour a déclaré que :

De simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à participer à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle ne suffisent pas pour faire apparaître que l'objectif de cette mesure est de nature à justifier qu'il soit dérogé audit principe ni ne constituent des éléments

⁶ Le libellé du critère de justification objective énoncé à l'article 6, paragraphe 1, diffère de celui de l'article 2, paragraphe 2, point b), de la même directive en ce que le libellé de l'article 6, paragraphe 1, exige qu'une différence de traitement soit « objectivement *et raisonnablement* justifiée » [les italiques sont de l'auteur]. Toutefois, dans l'affaire *Age Concern*, la Cour a clairement indiqué que cette différence de formulation n'était pas significative : Affaire C-388/07, *Age Concern England (Incorporated Trustees of the National Council for Ageing)*, Recueil 2009, p. I1569,[53]-[67].

⁷ *Age Concern*,[46].

⁸ Affaire C-447/09, *Prigge/Deutsche Lufthansa AG*, arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 septembre 2011,[81].

⁹ *Fuchs*,[74].

¹⁰ *Age Concern*,[67].

*permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont aptes à la réalisation de cet objectif...*¹¹

Dans l'arrêt *Fuchs*, la Cour a également précisé que les arguments en faveur de l'utilisation de distinctions d'âge devaient être étayés par des « preuves de la valeur probatoire ». ¹²

La jurisprudence de la Cour a ainsi donné une interprétation claire des dispositions de l'article 6, paragraphe 1, et veillé à ce qu'une protection forte existe désormais dans le droit communautaire contre la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et le travail. Toutefois, il s'agit là d'un domaine complexe du droit. Les distinctions fondées sur l'âge sont couramment utilisées dans toute l'Europe pour différencier les différentes catégories de salariés.¹³ Ces distinctions sont souvent fondées sur des généralisations, des stéréotypes et des préjugés. Toutefois, leur utilisation peut parfois être fondée sur des considérations objectives¹⁴. Les législateurs, les gouvernements et les tribunaux nationaux sont souvent incertains quant à la manière d'appliquer les exigences énoncées à l'article 6, paragraphe 1, de la Directive. Cette incertitude est amplifiée par le fait que l'âge est un motif de discrimination relativement « nouveau » : peu de systèmes juridiques européens ont une histoire d'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge.

En conséquence, bien qu'elle ait défini les grandes lignes de l'interprétation et de l'application de l'article 6, paragraphe 1, la CJUE continue de recevoir un flux constant de questions préjudicielles de la part des juridictions nationales sur le thème de la discrimination fondée sur l'âge : un grand nombre d'affaires de discrimination fondée sur l'âge ont notamment été introduites en Allemagne. Cela signifie que la Cour a développé une jurisprudence détaillée sur l'interprétation et l'application de l'article 6, paragraphe 1, dans laquelle elle a adopté l'approche générale décrite ci-dessus et l'a appliquée à diverses législations et pratiques nationales. Cette jurisprudence a eu un impact considérable et nécessite un examen approfondi¹⁵.

La discrimination fondée sur l'âge et la question de la justification objective

Comme mentionné dans la première partie, la première demande concernant les Directives de 2000 faite à la Cour fût l'affaire de discrimination fondée sur l'âge de *Mangold*, qui concernait la législation allemande qui avait limité les droits des travailleurs âgés en matière d'emploi en laissant aux employeurs une plus grande liberté pour conclure des contrats à durée déterminée avec des travailleurs âgés de plus de 52 ans. Cet arrêt établi que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge énoncée dans la Directive 2000/78/CE

¹¹ Ibid. [51]. La Cour renvoie ici à sa jurisprudence sur l'application du critère de justification objective dans le contexte de l'égalité de rémunération, citant notamment « par analogie » son arrêt dans l'affaire C-167/97, *Seymour-Smith et Perez*, Recueil 1999, p. I-623[75] -[76].

¹² *Fuchs*, [76]-[83].

¹³ Voir D. O'Dempsey et A. Beale, *Age and Employment*, Thematic Report of the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field (Bruxelles : Commission européenne/MPG, 2011).

¹⁴ Voir C. O'Connell, *Age Discrimination and European Law*, Thematic Report of the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field (Bruxelles : Commission européenne/MPG, 2005).

¹⁵ Pour une analyse complète, voir D. Schiek, « Age Discrimination before the Court of Justice - Conceptual and Theoretical issues » (2011) 48(3) *Common Market Law Review* 777-799.

constituait un aspect du principe général de l'égalité de traitement et que, par conséquent, le critère de justification objective énoncé à l'article 6, paragraphe 2, devait être appliqué avec rigueur, car il constituait une dérogation au principe de non-discrimination. Il a également précisé comment le critère de justification objective devrait être appliqué par les tribunaux nationaux. La Cour a ensuite appliqué ce modèle dans le flux des affaires de discrimination fondée sur l'âge qui ont suivi l'arrêt *Mangold*.

Lorsqu'elle a examiné si la législation allemande en cause satisfaisait à la première étape du critère de justification objective, c'est-à-dire si elle visait à atteindre un objectif légitime, la Cour a estimé dans l'affaire *Mangold* que le but de la législation était « clairement de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage » en incitant les employeurs à les engager de préférence aux jeunes travailleurs qui jouissaient de droits plus étendus en matière de travail. Elle a estimé que « la légitimité d'un tel objectif d'intérêt général ne saurait être raisonnablement mise en doute » et a donc conclu que des objectifs de ce type constitueraient « en principe » un objectif légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1. La Cour a ainsi laissé au législateur national une marge d'appréciation considérable en matière de fixation d'objectifs d'ordre public.¹⁶

Concernant la question de savoir si la législation était « appropriée et nécessaire » et satisfaisait donc au deuxième volet du critère de justification objective, la Cour a déclaré que les États membres « disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi. » Toutefois, la Cour remarque que la loi limitait les droits en matière d'emploi de tous les travailleurs âgés de plus de 52 ans, quels que soient leurs antécédents professionnels. Elle a conclu que la manière dont l'âge avait été utilisé comme « seul critère » pour définir le groupe défavorisé de travailleurs, « indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé », allait au-delà de ce qui était objectivement nécessaire pour atteindre l'objectif de promouvoir l'insertion professionnelle des travailleurs âgés.¹⁷ La Cour a donc jugé que les États disposent d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de leur politique nationale de l'emploi, mais qu'il doit être clairement démontré que l'utilisation de l'âge comme critère est proportionné et nécessaire pour atteindre les objectifs de politiques publiques en question.

L'arrêt *Mangold* a été controversé pour un certain nombre de raisons, notamment la manière dont la CJUE a considéré l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge comme constituant un aspect spécifique du principe plus général de l'égalité de traitement. À la suite de l'arrêt *Mangold*, l'Avocat Général Mazák, dans ses conclusions dans *Palacios de la Villa* et *Age Concern*, a fait valoir que l'âge n'était pas un « motif suspect, du moins par rapport à la race ou au sexe », et a suggéré que la Cour reconnaisse que « les différenciations fondées sur l'âge, les limites d'âge et les mesures liées à l'âge sont...

¹⁶ Affaire C-144/04, *Mangold contre Helm*, Recueil 2005, p. I-9981,[59]-[61].

¹⁷ Ibid. [63]-[65].

courantes », « simples à administrer » et « claires et transparentes.¹⁸ » Toutefois, dans des affaires ultérieures, la Cour est restée fidèle à l'approche qu'elle a adoptée dans l'affaire *Mangold*, et donc à l'approche interprétative générale qu'elle a adoptée pour appliquer toutes les dispositions des Directives de 2000.¹⁹

Par conséquent, l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge qui sont incompatibles avec les objectifs de politiques publiques qu'elles sont censées promouvoir ou qui n'ont pas de lien objectif avec elles, ou qui sont disproportionnées dans le sens d'une inclusion excessive ou insuffisante, seront incompatibles avec les exigences de l'article 6(1). Ceci est illustré par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Kücükdeveci*, dans lequel la Cour a conclu, comme mentionné ci-dessus, que l'exclusion des périodes de travail effectuées par des salariés avant 25 ans du calcul des délais de préavis favorisait l'objectif légitime d'encourager les employeurs à recruter des travailleurs plus jeunes, mais était disproportionnée car elle s'applique à tous les salariés, indépendamment de leur âge ou de leur expérience.²⁰

Une approche similaire a été adoptée dans l'affaire *Hütter contre Technische Universität Graz*, qui soulève la question de la compatibilité avec la Directive de la législation autrichienne qui prévoit que les périodes de travail effectuées avant 18 ans sont exclues du calcul pour un salarié de sa grille salariale.²¹ Dans cette affaire, le requérant, M. *Hütter*, a effectué une période d'apprentissage en tant que technicien de laboratoire auprès d'une collègue féminine. Toutefois, lorsqu'ils étaient tous deux employés à plein temps par la suite, le fait que sa collègue était plus âgée que lui et qu'elle avait donc plus de 18 ans pendant une plus longue période de son apprentissage signifiait qu'elle avait été recrutée à un grade plus élevé que lui. Le gouvernement autrichien a affirmé que la loi en question visait deux objectifs légitimes, à savoir encourager les moins de 18 ans à poursuivre leurs études secondaires tout en favorisant l'intégration sur le marché du travail des jeunes qui ont suivi une formation professionnelle.

Dans son arrêt, la Cour a estimé que ces deux objectifs pouvaient constituer des buts légitimes d'ordre public en soi et a réaffirmé que les États disposaient d'une large marge d'appréciation pour décider des mesures à adopter en vue d'atteindre leurs objectifs en matière d'emploi et de politique sociale. Toutefois, la Cour s'est demandé si la loi pouvait être considérée comme favorisant objectivement l'un ou l'autre de ces deux objectifs légitimes : la limite d'âge s'appliquait indépendamment du fait que les étudiants aient suivi un enseignement secondaire ou une formation professionnelle, alors qu'elle pouvait également « conduire à une différence de traitement entre deux personnes qui ont suivi les mêmes études et ont acquis la même expérience professionnelle, et ce exclusivement en

¹⁸ Affaire C-411/05, *Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA*, Recueil 2007, p. I8531-, avis de Mazák AG rendu le 15 février 2007 ; affaire C388/07-, *Age Concern England*, Recueil 2009, p. I0000-, avis de Mazák AG rendu le 23 septembre 2008, [74]-[76].

¹⁹ Voir par exemple l'affaire C555/07-, *Kücükdeveci contre Swedex GmbH & Co KG*, Recueil 2010, p. I-365 ; voir également sur ce point C. O'Conneide, « Age Discrimination and the European Court of Justice : EU Equality Law Comes of Age » (2009-10) 2 *Revue des Affaires Européennes* 253-276.

²⁰ Affaire C555/07-, *Kücükdeveci contre Swedex GmbH & Co KG*, Recueil 2010, p. I-365.

²¹ Affaire C-88/08, *Hütter contre Université technique de Graz*, Recueil 2009, p. I-5325.

fonction de l'âge respectif de ces personnes.²² » Par conséquent, la limite d'âge « ne permet pas de distinguer un groupe de personnes définies par leur jeune âge afin de leur réserver des conditions de recrutement particulières destinées à favoriser leur insertion sur le marché de l'emploi » et ne pouvait donc pas être considérée comme favorisant l'objectif d'intégration de groupes particuliers de jeunes travailleurs sur le marché du travail. En tant que tel, le droit national ne peut être considéré comme objectivement justifié au regard de l'article 6, paragraphe 1.

Dans l'affaire *Andersen*²³, la CJUE a développé sa jurisprudence en établissant une distinction entre les exigences énoncées à l'article 6, paragraphe 1, selon lesquelles une distinction fondée sur l'âge doit être « appropriée » et « nécessaire ». Cette référence concernait la législation danoise qui prévoyait que les travailleurs employés dans la même entreprise pendant au moins douze ans avaient droit à une indemnité de départ, sauf si, à la fin de la relation de travail, ils avaient atteint l'âge auquel ils avaient droit à une pension de retraite. Cette législation a été contestée par le requérant, qui a été licencié par son employeur à l'âge de 63 ans mais qui souhaitait rester sur le marché du travail plutôt que de prendre sa retraite et de percevoir sa pension de retraite. La Cour a accepté l'argument du gouvernement danois selon lequel cette restriction liée à l'âge visait à atteindre l'objectif légitime de veiller à ce que les employeurs ne versent pas une double indemnisation aux employés licenciés (sous forme d'indemnité de départ et de pension de retraite). Elle a également admis que l'objectif premier de la mesure était de fournir une protection supplémentaire de revenu aux travailleurs de longue date qui ont été mis au chômage mais qui avaient toujours l'intention de rester sur le marché du travail : comme la plupart des salariés qui avaient droit à une pension de retraite quittaient généralement le marché du travail au moment du départ à la retraite, la Cour a donc conclu que la législation n'était pas « manifestement inappropriée » au regard de cet objectif. Toutefois, la législation ne permettait pas aux travailleurs âgés qui souhaitaient rester sur le marché du travail de renoncer temporairement à leur droit à une pension de retraite en faveur de l'obtention d'une indemnité de départ, comme M. Andersen souhaitait le faire dans ce cas. Cela signifie qu'une catégorie entière d'employés visés en fonction de leur âge n'a pas eu la possibilité de bénéficier du revenu supplémentaire offert. La Cour, considère qu'il s'agissait d'une mesure « non nécessaire » et, par conséquent, la législation était incompatible avec les exigences de l'article 6, paragraphe 1.

La Cour a donc suivi l'approche proposée par l'Avocat Général Kokott dans ses conclusions et a établi une différenciation entre l'exigence selon laquelle les distinctions d'âge doivent être « appropriées », c'est-à-dire liées objectivement à la réalisation des objectifs légitimes pertinents, et l'exigence selon laquelle elles doivent être « nécessaires », c'est-à-dire être adaptées et ne pas imposer une sanction disproportionnée au groupe d'âge défavorisé. La législation danoise en cause dans l'affaire *Andersen* était appropriée, mais pas nécessaire.

²² Hütter,[39].

²³ Affaire C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark (agissant au nom de Ole Andersen) contre Region Syddanmark*, arrêt de la Cour (grande chambre) du 12 octobre 2010.

Dans l'affaire *Prigge*, la CJUE a de nouveau établi une distinction entre les mesures « appropriées » et les mesures « nécessaires »²⁴, qui concernaient les dispositions d'une convention collective imposant aux pilotes de Lufthansa de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans. Cette limite d'âge avait été convenue par les partenaires sociaux pour assurer la sécurité des passagers aériens. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, la Cour a conclu qu'il ne pouvait s'agir d'un objectif légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1, au motif qu'il s'agissait d'un objectif d'ordre public qui ne concernait pas la politique de l'emploi, le marché du travail, ni la formation professionnelle. La Cour a ensuite rejeté l'argument selon lequel la limite d'âge pouvait être justifiée comme relevant des dispositions de l'article 2, paragraphe 5, de la Directive 2000/78/CE, qui dispose que ses dispositions « ne portent pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires » *notamment pour* protéger la santé publique. Elle a admis que la limite d'âge fixée dans la convention collective relevait du champ d'application de l'article 2, paragraphe 5, et constituait une mesure « appropriée » pour donner effet à l'objectif de préserver la sécurité publique. Toutefois, la législation nationale et internationale fixe une limite d'âge supérieure à 65 ans pour les pilotes, et aucune preuve n'a été présentée pour justifier la raison pour laquelle une limite d'âge inférieure a été fixée dans la convention collective. La Cour a donc conclu que la mesure n'était pas « nécessaire ».²⁵

Dans l'affaire *Petersen*²⁶, la Cour a de nouveau conclu que des limites d'âge qui n'étaient pas appliquées de manière cohérente dans l'ensemble d'une profession ne pouvaient être justifiées comme étant « nécessaires » en vertu des dispositions de l'article 2, paragraphe 5. Cette question des tribunaux des prud'hommes allemands concernait une limite d'âge de 68 ans, après laquelle les dentistes dispensant des soins publics dans le cadre du système d'assurance maladie allemand perdait leur autorisation de poursuivre ce travail. Le gouvernement allemand a tenté de justifier la limite d'âge par deux raisons distinctes. Premièrement, elle a fait valoir que la limite d'âge était justifiée en vertu des dispositions de l'article 2, paragraphe 5, afin de protéger la santé des patients obtenant des soins dentaires dans le cadre du régime national d'assurance maladie, car « l'expérience générale » prouve que les performances des dentistes diminuent au-delà de cet âge. Deuxièmement, le gouvernement a également fait valoir que la mesure était justifiée par les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, comme étant nécessaire pour donner effet à l'objectif légitime de la politique de l'emploi consistant à répartir les possibilités d'emploi entre les différentes générations : la limite d'âge permettait d'ouvrir de nouvelles places dans le secteur public des soins aux jeunes dentistes.

²⁴ C-447/09, *Prigge/Deutsche Lufthansa AG*, arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 septembre 2011.

²⁵ La Cour a également précisé que les dispositions de l'article 2, paragraphe 5, en tant que dérogation au principe de l'égalité de traitement devaient être interprétées de manière restrictive, toujours dans le droit fil de son approche interprétative globale : voir *Prigge*, [56].

²⁶ Affaire C-341/09, *Petersen contre Comité de désignation des dentistes du district de Westphalie-Lippe*, Recueil 2010, p. I-47.

Dans son arrêt, la CJUE a estimé que la protection de la santé publique pouvait constituer un objectif légitime au sens de l'article 2, paragraphe 5. Toutefois, la limite d'âge ne s'appliquait pas aux dentistes du privée. Par conséquent, la Cour a jugé qu'il n'était pas cohérent de soutenir qu'une limite d'âge était nécessaire pour protéger les patients contre un éventuel déclin des compétences des dentistes dans le secteur public et mais pas dans le secteur privé. Elle a donc conclu que la limite d'âge n'était pas « nécessaire » et n'était donc pas objectivement justifiée au regard des dispositions de l'article 2, paragraphe 5.

Toutefois, la Cour a ajouté que la limite d'âge pouvait en principe être objectivement justifiée en vertu des dispositions de l'article 6, paragraphe 1, sur la base du deuxième objectif légitime allégué, c'est-à-dire du motif qu'il était nécessaire de maintenir un équilibre équitable entre les dentistes plus âgés et plus jeunes, et de garder ouvertes des perspectives de carrière au sein des formations sanitaires publiques. La nécessité d'une telle limite d'âge dépendrait des circonstances du marché spécifique du travail en question et de l'existence d'un excès de dentistes souhaitant occuper une place dans le secteur public, ce qui selon la Cour, devrait être déterminé par les juridictions nationales.

Petersen est donc intéressant pour plusieurs raisons. La rigueur du critère de justification objective est démontrée par le refus de la Cour d'admettre que la limite d'âge pourrait être justifiée en vertu de l'article 2, paragraphe 5, comme nécessaire pour protéger la santé des patients. Toutefois, la Cour était également disposée à accepter que des limites d'âge puissent être justifiées si elles favorisent la « solidarité intergénérationnelle ».

Dans l'affaire C-143/16, *Abercrombie & Fitch contre Antonino Bordonaro*, la CJUE a estimé que la législation nationale permettant aux employeurs de conclure des « contrats d'intermittent » avec des travailleurs de moins de 25 ans qui pouvaient être résiliés après cet âge poursuivait un objectif légitime de la politique de l'emploi et du marché du travail, à savoir faciliter l'accès des jeunes au marché du travail. Elle a également conclu que la législation était appropriée et nécessaire, compte tenu « de la large marge d'appréciation dont disposent les États membres... pour parvenir à une certaine flexibilité sur le marché du travail » [41]. La Cour a particulièrement mis l'accent sur le contexte, à savoir une « crise économique persistante et de faible croissance » [42]. Cet arrêt récent est difficile à concilier avec la rigueur de l'approche appliquée dans l'affaire *Mangold* et donne à penser que la Cour pourrait être disposée à assouplir l'application de l'approche de justification objective dans des contextes particuliers.

Il en va de même dans l'affaire C-548/15, de *Lange contre Staatssecretaris van Financiën*, du 10 novembre 2016, dans lequel la Cour a conclu qu'un régime fiscal permettant aux travailleurs de moins de 30 ans de déduire intégralement, sous certaines conditions, les frais de formation professionnelle de leur revenu imposable était objectivement justifié. Encore une fois, cela pourrait être perçu comme un relâchement de l'approche stricte appliquée dans l'affaire *Mangold* - reflétant peut-être des préoccupations au sujet de l'équité intergénérationnelle.

Discrimination fondée sur l'âge et retraite obligatoire

En général, la Cour a accordé aux États une marge d'appréciation relativement large en ce qui concerne la fixation de l'âge de départ à la retraite. L'affaire *Palacios de la Villa* concernait les dispositions d'une convention collective nationale qui prévoyait que les salariés couverts par la convention cesseraient d'être employés à partir de 65 ans, à condition que les salariés concernés aient versé des cotisations suffisantes au régime national de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite complète. La législation de 2005 avait permis l'inclusion de telles dispositions relatives à l'âge de la retraite obligatoire dans les conventions collectives, après un long débat sur l'impact potentiel de la suppression de l'âge de départ à la retraite sur le fonctionnement du marché du travail espagnol.²⁷ La Cour a estimé que les dispositions relatives à l'âge de départ à la retraite en question pouvaient être considérées comme objectivement justifiées en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la Directive, au motif qu'elles étaient objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime lié à la politique de l'emploi et au fonctionnement efficace du marché de travail espagnol.

En particulier, la Cour a souligné que la mesure en question « a été adoptée à l'instigation des partenaires sociaux dans le cadre d'une politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations.²⁸ » La Cour a également remarqué que la mesure tenait compte à la fois de l'âge des salariés et de leurs droits à une pension de retraite, tout en permettant aux conventions collectives de modifier le fonctionnement du régime de l'âge de départ à la retraite. Par conséquent, elle a conclu que la législation nationale en question pouvait être considérée comme relevant de la « large marge d'appréciation » accordée aux États membres pour la définition et la mise en œuvre de leur politique de l'emploi.

Par la suite, la Cour a adopté une analyse similaire dans l'affaire *Age Concern*²⁹. Cette affaire concernait un recours introduit par une organisation de la société civile contre les dispositions du règlement britannique de 2006 sur l'égalité en matière d'emploi (discrimination fondée sur l'âge) qui avait transposé en droit britannique les dispositions de la Directive 2000/78/CE concernant l'âge. Ce règlement permettait aux employeurs de résilier le contrat de travail d'employés âgés de plus de 65 ans : les employés qui souhaitaient continuer à travailler après cet « âge de retraite obligatoire » peuvent demander à rester et, s'ils continuent à travailler, sont protégés contre un licenciement abusif, mais les employeurs doivent seulement « examiner » cette demande. Les requérantes ont fait valoir que ces dispositions n'étaient pas compatibles avec la Directive.

Cette affaire différait de *Palacios* à trois importants égards. Premièrement, le gouvernement britannique a invoqué les besoins des employeurs en matière de gestion de la main-d'œuvre pour justifier les dispositions relatives à l'âge de la retraite : toutefois, cela ne figure pas spécifiquement comme objectif légitime dans la liste d'exemples d'objectifs légitimes du texte de l'article 6, paragraphe 1 (voir ci-dessus), contrairement à « l'objectif cité par le

²⁷ *Fuchs*, [61]-[63].

²⁸ [53].

²⁹ Affaire C388/07-, *R (The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Recueil 2009, p. I1569.

gouvernement espagnol à *Palacios*, à savoir la politique d'emploi ». Deuxièmement, contrairement à l'affaire *Palacios*, l'âge était le seul critère pris en compte dans l'application des dispositions britanniques relatives à l'âge de la retraite : les salariés pouvaient être licenciés à 65 ans si un employeur souhaitait se prévaloir des dispositions relatives à l'âge obligatoire de départ à la retraite, même s'il n'avait pas versé suffisamment de cotisations pour avoir droit à une pension de retraite complète en vertu des dispositions applicables de la sécurité sociale. Enfin, les dispositions britanniques relatives à l'âge de départ à la retraite n'avaient pas fait l'objet d'un accord dans le cadre d'un processus de consultation avec les partenaires sociaux. Néanmoins, la Cour a estimé que la législation britannique pouvait en principe être considérée comme objectivement justifiée et a réaffirmé que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le domaine de la politique nationale de l'emploi.

Dans l'affaire *Rosenblatt*, la CJUE a confirmé que la législation nationale qui permettait aux employeurs de résilier un contrat de travail d'employés de 65 ans était compatible avec les dispositions de l'article 6, paragraphe 1. En l'espèce, la requérante, Mme Rosenblatt, avait travaillé pendant 39 ans comme femme de ménage dans une caserne de Hambourg : à 65 ans, son contrat de travail a été résilié, ne lui laissant qu'une pension de retraite de 253,19 euros par mois. Toutefois, la Cour a jugé que les dispositions pertinentes de la législation allemande en question établissaient un équilibre défendable entre les besoins des travailleurs âgés et l'intérêt des employeurs en matière de planification des effectifs et de répartition des emplois entre différentes générations. Il a réaffirmé que les États disposent d'une large marge d'appréciation dans ce domaine de la politique de l'emploi et a souligné que les partenaires sociaux pouvaient ajuster les limites d'âge en question par le biais de conventions collectives. La juridiction nationale a souligné que la résiliation automatique de son contrat de travail causerait des difficultés financières considérables à Mme Rosenblatt : toutefois, en réponse, la CJUE a noté que la législation en question n'obligeait pas les employés à quitter le marché du travail ni leur refusait la protection contre la discrimination fondée sur l'âge.³⁰

Par la suite, dans l'affaire récente *Hörnfeldt*³¹, la Cour a également jugé que la législation suédoise qui autorisait la résiliation des contrats de travail des travailleurs de 67 ans n'était pas incompatible avec les exigences de l'article 6, paragraphe 1. Ici encore, la Cour a souligné que la législation établissait un équilibre approprié entre les intérêts des employés et ceux des employeurs et ne forçait pas les individus à se retirer du marché du travail.

Des arguments similaires ont également prévalu dans l'affaire *Georgiev*,³² où la Cour a estimé que les restrictions prévues par la législation nationale concernant l'emploi des professeurs d'université après l'âge de 65 ans pouvaient être objectivement justifiées en vertu de l'article 6, paragraphe 1. Dans ce cas, le contrat de travail d'un professeur a été résilié à 65 ans : il a ensuite travaillé deux années supplémentaires sous contrats à durée

³⁰ *Age Concern*, [71]-[77].

³¹ Affaire C-141/11, *Hörnfeldt/Posten Meddelande AB*, arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 5 juillet 2012.

³² Affaires jointes C-250/09 et C-268/09, *Georgiev contre Technicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv* [2010] ECR I-11869.

déterminée, mais a été obligé de prendre sa retraite à 68 ans conformément aux dispositions pertinentes du Code du travail bulgare. La Cour a estimé que ces limites d'âge étaient susceptibles d'offrir des possibilités d'emploi et de promotion aux jeunes universitaires : elle a également estimé que ces limites d'âge pourraient contribuer à garantir l'existence d'un mélange des générations parmi le personnel universitaire, ce qui pourrait améliorer la qualité de l'enseignement et la recherche.³³ Comme dans l'affaire *Petersen*, la Cour était donc disposée à accorder aux États une marge d'appréciation raisonnablement large lorsque les limites d'âge sont justifiées au motif qu'elles favorisent l'équité intergénérationnelle. Toutefois, dans l'arrêt *Georgiev*, la Cour a néanmoins précisé que les juridictions nationales étaient toujours tenues d'apprécier si les limites d'âge étaient nécessaires étant donné les conditions actuelles du marché du travail et si elles étaient appliquées de manière cohérente aux différentes catégories du personnel enseignant.³⁴

Dans le cas de *Fuchs*³⁵, la CJUE a adopté une analyse similaire. La législation en cause prévoyait que les procureurs de la République devaient prendre leur retraite à 65 ans, sous réserve d'une possibilité de continuer à travailler jusqu'à 68 ans si c'était dans l'intérêt de l'Etat : les requérants dans cette affaire avaient travaillé jusqu'à 65 ans, et leur employeur avait rejeté leur demande de poursuite de leur activité. La Cour a estimé une nouvelle fois qu'une telle limite d'âge pouvait être justifiée par le fait qu'elle établissait une « structure d'âge favorable » qui ouvrait des postes aux jeunes salariés.³⁶ D'une manière générale, elle a conclu que la limite d'âge établissait un juste équilibre entre le droit au travail des travailleurs âgés (protégé par l'article 15 de la Charte de l'UE) et l'objectif d'établir une structure d'âges équilibrée, tenant compte des salaires et des droits à une pension de retraite des travailleurs âgés et de la souplesse inhérente à la législation. La Cour a également considéré que le fait que certains procureurs puissent continuer à travailler jusqu'à 68 ans et que l'âge de départ à la retraite des fonctionnaires employés par d'autres Länder et par le gouvernement fédéral soit progressivement relevé à 67 ans ne rend pas la législation incohérente.

Certaines critiques ont été formulées à l'encontre de la jurisprudence de la Cour sur l'âge de départ à la retraite, au motif qu'elle accorde aux États une marge d'appréciation excessive. La Cour a certainement appliqué la justification objective d'une manière moins rigoureuse dans ce contexte que dans d'autres. Ce faisant, elle n'a cessé de souligner que les États ont un intérêt légitime à ce qu'un équilibre approprié soit trouvé entre les intérêts des travailleurs âgés et ceux des jeunes. Cette préoccupation d'équité intergénérationnelle est certainement conforme à l'approche interprétative générale de la Cour, qui met l'accent sur la protection des droits de tous les travailleurs. Toutefois, on s'est inquiété du fait que

³³ Ibid. 46].

³⁴ [67]-[68].

³⁵ Affaires jointes C-159/10 et 160/10, *Fuchs et Köhler/Land Hessen*, arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 21 juillet 2011.

³⁶ La Cour a également précisé que le nombre limité de personnes concernées n'empêchait pas que la mesure soit justifiée au motif qu'elle poursuit un objectif légitime d'ordre public : [51].

l'approche de la Cour laisse aux États une marge d'appréciation considérable lorsqu'il s'agit de fixer l'âge de la retraite.³⁷

Discrimination fondée sur l'âge et ajustements salariaux

La Cour a également accordé aux États et aux employeurs une marge d'appréciation relativement large lorsqu'il s'agit d'adapter les pratiques existantes pour tenir compte du nouvel accent mis sur l'égalité des âges. Dans l'affaire *Hennings*³⁸, la CJUE a conclu qu'une convention collective, qui remplaçait un système de rémunération discriminatoire en fonction de l'âge par un nouveau système non discriminatoire tout en prévoyant une période transitoire lorsque certaines inégalités salariales en fonction de l'âge étaient maintenues, était compatible avec les dispositions de l'article 6, paragraphe 1. La Cour a jugé que cette période de transition temporaire était une mesure appropriée et nécessaire visant à atteindre l'objectif légitime de protection des droits acquis en matière de rémunération. Toutefois, dans la même affaire, la Cour a conclu que les dispositions des conventions collectives qui prévoyaient que « l'échelon de rémunération » de base des employés de chaque groupe salarial devait être déterminé en fonction de leur âge lors de leur nomination n'étaient pas objectivement justifiables. D'une manière générale, l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Hennings* semble trouver un bon équilibre : il laisse aux employeurs une certaine flexibilité lorsqu'il s'agit d'adapter leurs pratiques salariales, tout en indiquant clairement que les inégalités « intégrées » fondées sur l'âge ne survivront généralement pas à une contestation en vertu des dispositions de la Directive 2000/78/CE concernant la discrimination fondée sur l'âge.

Ainsi, dans l'arrêt C-530/13, *Schmitzer c. Bundesministerin für Inneres* du 11 novembre 2014, la CJUE a admis que « respect des droits acquis et de la protection de la confiance légitime des fonctionnaires favorisés par le régime antérieur en ce qui concerne leur rémunération, il y a lieu de relever qu'ils constituent des objectifs légitimes de politique de l'emploi et du marché du travail pouvant justifier, pendant une période transitoire, le maintien des rémunérations antérieures et, par voie de conséquence, celui d'un régime discriminatoire en fonction de l'âge ». Toutefois, cela ne saurait justifier une mesure qui maintient définitivement, ne serait-ce que pour certaines personnes, la différence de traitement fondée sur l'âge que la réforme d'un système discriminatoire visait à éliminer³⁹. Mais dans l'affaire C 501/12 *Specht c. Land Berlin*, la Cour a estimé qu'un régime transitoire était objectivement justifié : même si les anciens niveaux de rémunération étaient pris en compte, cela était justifié étant donné les coûts et la perturbation des approches alternatives.

³⁷ Pour une analyse, voir D. O'Dempsey et A. Beale, *Age and Employment*, Thematic Report of the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field (Bruxelles : Commission européenne/MPG, 2011), p. 13-14.

³⁸ Affaire C-297/10, *Hennigs contre Eisenbahn-Bundesamt/ Land Berlin/Mai*, arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 8 septembre 2011.

³⁹ Voir également C-417/13, *Starjakob* ; affaire C-482/16, *Stollwitzer*.

Dans l'affaire *Commission c. Hongrie*, la CJUE a estimé que l'abaissement de l'âge de la retraite des juges seniors était disproportionné, car le processus de transition était trop rapide et brutal en termes d'impact sur la carrière.

Distinctions selon l'âge en tant qu'exigences professionnelles essentielles

La question de savoir quelles limites d'âge peuvent être justifiées au motif qu'elles constituent de « exigences professionnelles essentielles » conformément aux dispositions de l'article 4, paragraphe 1, de la Directive 2000/78/CE s'est posée dans le cas de *Wolf*⁴⁰. Cette décision concernait un règlement qui empêchait les personnes âgées de plus de 30 ans de s'adresser au service de lutte contre les incendies. Le gouvernement allemand a estimé que cette mesure était justifiée conformément aux exigences de l'article 4, paragraphe 1, au motif qu'elle était nécessaire pour atteindre l'objectif légitime d'assurer le bon fonctionnement du service de lutte contre les incendies. Le gouvernement a soutenu que la preuve montrait que peu d'employés des services de lutte contre les incendies âgés de plus de 45 ans auraient la capacité physique suffisante pour combattre les incendies et secourir les personnes en danger, et que la limite d'âge permettait aux personnes recrutées par les services de lutte contre les incendies d'exécuter ces tâches pendant une période prolongée avant d'être affectées à des tâches moins exigeantes physiquement.

La Cour a admis qu'une limite d'âge dans ces circonstances pouvait être objectivement justifiée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la Directive, se référant en particulier au considérant 18 de la Directive, qui prévoit que ses dispositions n'imposent pas aux services d'urgence de recruter ou de retenir des personnes qui ne peuvent exercer les diverses fonctions qu'ils peuvent être appelés à exercer dans leur travail. Pour la Cour, une capacité physique élevée était une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour les postes concernés, et l'imposition d'une limite d'âge maximale constituait un « substitut » adéquat et efficace pour le niveau requis d'aptitude physique.⁴¹

Toutefois, dans l'affaire *Priqge*, la Cour n'était pas disposée à accepter qu'une exigence d'une convention collective imposant aux pilotes de Lufthansa de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans puisse être justifiée par référence à l'article 4, paragraphe 1, au motif que la législation nationale et internationale imposait un âge de départ obligatoire de 65 ans et qu'aucune preuve n'avait été présentée pour démontrer qu'un âge limite inférieur était nécessaire pour assurer la sécurité des passagers en particulier de Lufthansa. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a souligné que l'article 4, paragraphe 1, devait être interprété de manière stricte, au motif qu'il constituait une dérogation au principe de l'égalité de traitement. (La Cour a adopté une approche similaire en ce qui concerne les dispositions de

⁴⁰ Affaire C-229/08, *Wolf contre Stadt Frankfurt am Main*, arrêt de la Cour (grande chambre) du 12 janvier 2010.

⁴¹ Cet arrêt contraste avec une décision d'un tribunal du travail britannique dans l'affaire *Baker contre National Air Traffic Services*, ET 2203501/2007, qui estimait qu'une limite d'âge supérieure à 36 ans pour le recrutement des contrôleurs aériens ne pouvait être considérée comme objectivement justifiée, au motif que l'employeur n'avait pas démontré que cette limite était nécessaire pour atteindre des objectifs légitimes similaires à ceux qui sont cités dans l'affaire *Wolf*. Toutefois, dans l'affaire *Baker*, rien n'indique que le rendement des contrôleurs de la circulation aérienne diminue avec l'âge, contrairement à ce qui s'est passé avec les pompiers dans l'arrêt *Wolf*.

l'article 2, paragraphe 5, de la Directive 2000/78/CE, comme indiqué précédemment. Il s'agit là d'un point important : l'âge comme indicateur de la capacité physique doit être examinée avec soin.⁴²

D'une manière générale, la décision *Prigge* indique clairement que la Cour adoptera une approche stricte à l'égard de l'interprétation et de l'application des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, relatives aux exigences professionnelles substantielles, conformément à son approche interprétative générale dans ce contexte et à sa jurisprudence antérieure en matière d'égalité des sexes.⁴³

Il convient toutefois de noter l'affaire C-190/16, *Fries contre Lufthansa CityLine GmbH*, dans laquelle la Cour a conclu que l'annexe I du règlement (UE) no 1178/2011 de la Commission du 3 novembre 2011, qui interdit aux titulaires d'une licence de pilote qui ont atteint 65 ans d'exercer la profession de pilote d'aéronefs effectuant des transports aériens commerciaux constitue un moyen approprié pour maintenir un niveau adéquat de sécurité dans l'aviation civile européenne[53], la Cour a déclaré que « s'agissant du point de savoir si une telle mesure dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi et porte une atteinte excessive aux intérêts des titulaires d'une licence de pilote âgés de plus de 65 ans, il convient de replacer cette mesure dans le contexte réglementaire dans lequel elle s'insère et de prendre en considération tant le préjudice qu'elle peut occasionner aux personnes visées que les bénéfices qu'en tirent la société en général et les individus qui la composent. »

L'affaire C-416/13, *Perez c. Ayuntamiento de Oviedo*, concernait des lois espagnoles permettant de fixer un âge maximum (généralement 30 ans) pour l'accès aux forces de police. La Cour a estimé qu'un tel âge maximal de recrutement pourrait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante s'il peut être démontré que « les caractéristiques sont nécessairement liées à un groupe d'âge déterminé et ne se rencontrent pas chez les personnes au-delà d'un certain âge », ce qui n'était pas le cas ici conformément à l'approche adoptée dans *Wolf*. Toutefois, dans l'affaire C-258/15, *Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policia y Emergencias* du 15 novembre 2016, la Cour a jugé que la législation prévoyant que les candidats à des postes de policiers qui doivent exercer toutes les fonctions opérationnelles pertinentes doivent avoir moins de 35 ans, au motif que d'autres moyens pour évaluer leurs capacités ne sont pas disponibles et qu'il y a des signes de déclin physique après 35 ans.

Discrimination indirecte fondée sur l'âge

⁴² Il faut faire preuve d'une grande prudence en supposant que les performances diminuent avec l'âge : les preuves médicales démontrent que ce n'est pas nécessairement le cas : voir J. Grimley-Evans, « Age Discrimination : Implications of the Ageing Process », dans S. Fredman et S. Spencer, *Age as an Equality Issue : Legal and Policy Perspectives* (Oxford : Hart, 2003), 11-20.

⁴³ Voir l'affaire 222/84, *Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Recueil 1986, p. 1651 ; affaire C273/97-, *Sirdar contre The Army Board*, Recueil 1999, p. I7403-.

Dans le cas de *Tyrolean Airways*,⁴⁴ la convention collective qui régissait le classement et la rémunération des employés de Tyrolean Airways ne tenait pas compte des compétences et des connaissances que certains employés avaient acquises au cours de leur service dans une autre compagnie. Un tribunal autrichien a demandé à la CJUE si cette convention collective constituait une discrimination indirecte à l'égard des travailleurs âgés en ne tenant compte que des compétences et de l'expérience qu'ils avaient acquises en travaillant pour une compagnie aérienne et non pour l'autre, même si les connaissances acquises étaient « substantiellement identiques » dans les deux cas.

Toutefois, la CJUE a jugé que la différence de traitement en cause n'était pas « directement ou indirectement fondée sur l'âge ou un événement lié à l'âge ». La Cour a considéré que l'expérience non prise en compte par les termes de la convention collective n'était « ni indissociablement... ni indirectement liée à l'âge des salariés », même si une conséquence de cette omission pourrait être que certains membres du personnel aient augmenté dans le classement de la grille salariale à un âge plus avancé que d'autres.⁴⁵ En conséquence, aucune question de discrimination indirecte n'a été soulevée.

Cet arrêt se distingue car il insiste sur le fait qu'une différence de traitement doit affecter un groupe particulier défini par son âge ou une autre caractéristique protégée, ou distinguer clairement entre différentes catégories de personnes sur la base d'un motif de non-discrimination, avant qu'une plainte pour discrimination indirecte puisse être déposée. Il reste comprendre comment cette exigence sera appliquée dans les futures affaires de discrimination indirecte. Pour l'instant, l'arrêt *Tyrolean Airways* met en garde contre le fait qu'une différence de traitement doit affecter des catégories spécifiques de personnes définies en référence à l'un des motifs de non-discrimination énoncés dans les Directives de 2000.

Dans l'affaire C539/15-, *Bowman contre Pensionsversicherungsanstalt* du 21 décembre 2016, la Cour a conclu qu'une convention collective nationale du travail permettant la prise en compte des périodes d'éducation scolaire pour l'avancement professionnel pouvait se justifier objectivement, « dès lors que cet allongement s'applique à tout employé bénéficiant de la prise en compte de ces périodes, y compris de façon rétroactive à ceux ayant déjà atteint les échelons suivants. »

Jurisprudence récente

La jurisprudence récente de la CJUE a suivi de près l'approche développée au cours des premières années de sa jurisprudence en matière de discrimination fondée sur l'âge.

Dans l'affaire *Rasmussen*,⁴⁶ la CJUE a confirmé que, même dans les litiges entre particuliers, les tribunaux doivent écarter l'application d'une loi nationale non conforme, même dans les

⁴⁴ Affaire C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contre Comité d'entreprise de Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, arrêt de la Cour (deuxième chambre) 7 juin 2012.

⁴⁵ Ibid. [29].

⁴⁶ C441/14. *Dansk Industri (DI), agissant au nom de Ajos A/S contre Karsten Eigil Rasmussen*.

cas où elle risque de perturber les attentes légitimes. (Ce jugement s'est avéré controversé au Danemark.)

Dans l'arrêt C-159/15, *Lesar c. Telecom Austria AG* du 16 juin 2016, un régime de retraite a fixé l'âge à partir duquel les affiliés ont commencé à cotiser au régime de retraite de la fonction publique et ont acquis le droit de percevoir une pension de retraite complète. La CJUE a estimé que la législation visait à assurer « la fixation [...] d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité » au sens de l'article 6, paragraphe 2, et qu'elle relevait donc de l'exception créée par cette disposition de la Directive.

Dans l'affaire C443/15-, *Parris contre Trinity College Dublin* du 24 novembre 2016, la Cour a conclu que « les articles 2 et 6, paragraphe 2, de la Directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui, dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnel, subordonne le droit des partenaires enregistrés survivants des affiliés à bénéficier d'une prestation de survie à la condition que le partenariat enregistré ait été conclu avant que l'affilié n'ait atteint l'âge de 60 ans, alors que le droit national ne permettait pas à l'affilié concerné de conclure un partenariat enregistré avant d'atteindre cette limite d'âge, constitue une discrimination fondée sur l'âge. » La Cour a également refusé d'appliquer une analyse intersectionnelle en l'espèce : « les articles 2 et 6, paragraphe 2, de la Directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible d'instituer une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge, lorsque ladite réglementation n'est constitutive d'une discrimination ni en raison de l'orientation sexuelle ni en raison de l'âge, isolément considérés. »

Un dernier commentaire

La loi sur la discrimination fondée sur l'âge pourrait être considérée comme une tentative d'équilibrer la dignité individuelle fondée sur l'âge avec les exigences de l'équité intergénérationnelle, sous réserve du fait que la dignité peut parfois être un argument pour dire qu'une justification objective existe : voir [50] de l'arrêt *Seldon c. Clarkson Wright and Jakes*[2012] UKSC 16 de la Cour suprême britannique. Ce concept de « dignité » reste sous-développé dans le cadre de la discrimination fondée sur l'âge de l'UE et pourrait devoir être élargi dans les années à venir.