

La discrimination sur la base de l'âge à la lumière de la jurisprudence de la CJUE

Declan O'Dempsey¹

Rasmussen

Le débat suscité par *Mangold* et *Kücükdeveci* s'est encore intensifié² avec l'affaire *Rasmussen*³, dans laquelle il a été affirmé que la directive concrétisait le principe général 'de non-discrimination en fonction de l'âge en matière d'emploi et de travail et que, par conséquent, s'il est établi qu'une loi nationale entre en conflit avec ce principe général, les tribunaux nationaux ne peuvent pas mettre en balance ce principe général avec des considérations de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime pour conclure que ces considérations l'emportent sur le principe général.

Les tribunaux nationaux (les « tribunaux ») doivent assurer les protections juridiques dont les justiciables peuvent bénéficier en vertu du droit de l'UE, et ils doivent veiller à ce que ces dispositions soient pleinement appliquées.

Les directives n'imposent pas d'obligations aux personnes individuelles, mais les États membres sont tenus de parvenir aux résultats qu'elles prévoient et de prendre toutes les mesures appropriées (générales ou particulières) pour parvenir à ces résultats.

Ce principe ne peut constituer la base d'une interprétation du droit national allant à l'encontre d'autres principes généraux du droit (« *contra legem* »). Toutefois, le fait qu'une disposition du droit national a été constamment interprétée d'une certaine manière ne constitue pas une base suffisante pour refuser d'appliquer le droit de l'UE.

Même si les tribunaux estiment se trouver dans l'impossibilité de procéder à une interprétation du droit national qui serait conforme à la directive, ils ont l'obligation d'assurer pour les justiciables une protection juridique individuelle pleine et entière et, si nécessaire, de ne pas appliquer une disposition du droit national qui serait contraire au droit de l'UE⁴.

'Cette position signifie que le principe général confère un droit subjectif que les justiciables peuvent invoquer en tant que tel. Le fait que les parties à un litige peuvent avoir des attentes légitimes quant à la poursuite de l'application des dispositions légales contraires au droit de l'UE n'est pas pertinent, et imposerait des limitations temporelles illégitimes aux arrêts de la CJUE. De même, l'existence d'actions intentées contre un État pour défaut de transposition ne fait pas non plus de différence.

Par conséquent, même dans des conflits entre des personnes privées, les tribunaux sont tenus d'écarter l'application des dispositions du droit national non conformes au droit de l'UE⁵.

¹ Avocat, Cloisters Chambers, Royaume-Uni, et *Part Time Fee Paid Employment Judge* auprès des *Employment Tribunals*, coauteur avec Anna Beale du rapport thématique « *Age and Employment 2012* », MPG. Le présent texte constitue un résumé d'un article qui doit paraître dans la *European Equality Law Review*. Dans ce qui suit, les signes « [] » font référence aux numéros des paragraphes dans la décision en question.

² *Mangold/Helm*, C-144/04, Rec. 2005, p. I-9981, point 74, et *Kücükdeveci/Swedex GmbH & Co KG*, C-555/07, Rec. 2011, 2 CMLR 33, points 20 et 21.

³ C-441/14, *Dansk Industri (DI), agissant pour Ajos A/S, contre Succession Karsten Eigil Rasmussen*.

⁴ *Rasmussen* [35].

⁵ Voir *Rasmussen* (point 36), citant C-176/12, *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône et Confédération générale du travail (CGT)* [2014].

Dans *Lindorfer*⁶, l'avocat général Sharpston avait suggéré que la comparabilité des situations est moins rigoureuse dans les cas qui se fondent sur le principe général de l'égalité de traitement plutôt que sur les règles définies dans la directive⁷. La CJUE a indiqué à présent que la directive constituait une expression plus spécifique du principe général. Par conséquent, son application représente un sous-ensemble cohérent du principe général. La comparabilité ne peut être différente. La suggestion faite par la CJUE dans *Rasmussen* concernant le rôle de la directive dans la création d'exceptions à l'application du principe général constitue une meilleure approche. Le même principe est à l'œuvre et le même concept de comparabilité est utilisé, mais la directive crée des dérogations claires.

Y a-t-il discrimination ? Comparabilité

Parfois, les tribunaux ont éprouvé des difficultés à établir des comparaisons pour déterminer l'existence ou non d'une discrimination directe (ou même indirecte). *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft*⁸ concerne l'importance de la comparabilité des situations⁹. Cette affaire concernait une disposition d'une convention collective relative à des entreprises d'un groupe au sein du secteur du transport aérien. La convention tenait compte de l'expérience acquise comme membre du personnel navigant à compter de la date du recrutement par la compagnie aérienne 1 en termes d'échelle des rémunérations. Il avait été soutenu qu'il s'agissait d'une *discrimination indirecte fondée sur l'âge* parce que la convention ne tenait pas compte des compétences et des connaissances des travailleurs plus âgés acquises auprès de la compagnie aérienne 2. Le personnel navigant qui avait acquis de l'expérience auprès de la compagnie aérienne 1 obtenait un avancement à un âge moins avancé que le personnel ayant acquis cette expérience auprès de la compagnie aérienne 2. Il n'y avait pas de discrimination indirecte parce qu'il n'y avait pas de preuve d'un lien entre l'âge de début des salariés de la compagnie aérienne 1 et le critère. La différence n'était ni directement ni indirectement basée sur l'âge ou sur un événement lié à l'âge.

« C'est l'expérience éventuellement acquise par un membre du personnel navigant commercial au sein d'une autre compagnie du même groupe d'entreprises qui n'est pas prise en compte lors du classement, cela indépendamment de l'âge de ce membre du personnel au moment de son recrutement ».

La formulation employée par la Cour peut suggérer qu'il faut qu'il existe un lien inextricable ou indirect avec l'âge des salariés. Toutefois, elle a identifié une différence dans les circonstances entre les groupes comparés qui faisait que la différence n'était pas liée à l'âge et jouait un rôle effectif dans l'analyse. Ce qui faisait la différence n'était pas la durée de l'expérience, mais la durée du service auprès de la compagnie aérienne 1. Il ne s'agissait pas d'une règle fondée sur la durée de l'expérience, mais d'une règle fondée sur la durée du service auprès d'une compagnie aérienne déterminée.

Justifications avant l'article 6, paragraphe 1

⁶ Conclusions de l'AG Sharpston du 30 novembre 2006, affaire C-227/04 P, *Maria-Luise Lindorfer/Conseil de l'Union européenne*.

⁷ *Lindorfer* [21 à 23 et 60 et suiv.]. Voir aussi les suggestions récentes selon lesquelles la discrimination directe pourrait être « justifiée » sans violer le principe général, émises par l'AG Kokott dans l'affaire C-157/15, *Achbita/G4S Secure Solutions NV*. Pour mon commentaire au sujet de ces conclusions (en anglais seulement), voir <http://www.cloisters.com/blogs/samira-achbita-v-g4s-secure-solutions-nv-a-dangerous-new-concept-of-direct-discrimination>

⁸ *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft*, C-132/11, voir [29].

⁹ La CJUE a encouragé les tribunaux à se montrer précis en matière de comparabilité : « il est requis non pas que les situations soient identiques, mais seulement qu'elles soient comparables et, d'autre part, l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de [l'objet de l'affaire] », affaire C-432/14, *O/Bio Philippe Auguste SARL* [32].

Ricement, une attention plus grande a iti portie ù l'ordre dans lequel il convient d'examiner les exceptions pouvant s'appliquer au principe giniral d'igaliti de traitement, en particulier fondies sur l'βge :

1. L'une des exceptions privues ù l'article 2, paragraphe 5, trouve-t-elle ù s'appliquer ?
2. Le traitement examini correspond-il ù une exigence professionnelle essentielle et diterminante, telle que visie ù l'article 4 ?
3. Les principes de l'article 6, paragraphe 2, trouvent-ils ù s'appliquer parce que le traitement concerne certaines caractiristiques des rigimes professionnels de securiti sociale ?
4. Enfin, le traitement peut-il ktre justifiù sur la base de l'article 6, paragraphe 1 ?

Article 2, paragraphe 5

La CJUE, dans *Petersen*¹⁰, a examiné la législation relative à une profession spécifique qui interdisait d'exercer la profession de dentiste conventionné au-delà de l'âge de 68 ans. Les objectifs de cette législation, soit la protection de la santé des patients (et le contrôle des dépenses publiques de santé) étaient légitimes. La CJEU a examiné l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 5, pour des mesures « nécessaires... à la protection de la santé ». Elle a statué que l'interdiction de l'exercice de la profession dans le cadre conventionné, mais non dans un cadre privé, après l'âge de 68 ans, n'était pas cohérente avec le souci de protéger la santé des patients¹¹. Il n'était pas nécessaire de forcer le dentiste conventionné à prendre sa retraite à 68 ans pour protéger la santé des patients, tout en le laissant libre de continuer à travailler dans le cadre d'une pratique privée.

Les exigences professionnelles essentielles et diterminantes

L'article 4 de la directive permet aux États membres de prévoir dans leur législation un traitement différencié en fonction de l'âge lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique de l'âge constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

Dans l'affaire *Wolf/Stadt Frankfurt am Main*¹², un règlement fixait à 30 ans l'âge maximum de recrutement chez les pompiers. Cette restriction pouvait être justifiée par l'article 4, paragraphe 1, car les capacités physiques requises pour l'emploi étaient liées à l'âge. On notera 'la présentation de 'preuves sur le 'lien entre la caractéristique et l'âge.

L'affaire *Perez/Ayuntamiento de Oviedo* concernait l'âge maximum de recrutement et l'article 4. Les lois espagnoles permettaient de fixer un âge maximum pour accéder aux forces de police et certaines autorités l'avaient fixé à l'âge de 30 ans. La CJUE a jugé que les tribunaux devaient identifier une caractéristique relative à l'âge qui constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4. S'il existe une preuve d'un lien entre l'âge et une aptitude physique particulière, cela pouvait être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4, paragraphe 1, aux fins d'un emploi comme membre des forces de la police locale. En outre, assurer la capacité opérationnelle et le bon fonctionnement des services de police constitue un objectif légitime au sens de l'article 4. Toutefois, le considérant 23 de la directive indique que l'article 4 s'applique dans des circonstances « très limitées » : en tant que dérogation, il fait l'objet d'une interprétation stricte. Il doit être prouvé que la caractéristique est inévitablement liée à un âge particulier et qu'elle ne se retrouve pas chez des personnes (au-dessus ou en dessous) de cet âge¹³. La proportionnalité pouvait ensuite être examinée : différentes autorités avaient retenu des âges différents, et certaines n'en avaient retenu aucun, à l'exemple des forces de police nationales. La CJUE

¹⁰ *Petersen/Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, affaire C-341/08, [2010] 2 CMLR 31.

¹¹ *Petersen* [63, 64].

¹² *Wolf/Stadt Frankfurt am Main*, affaire C-229/08.

¹³ *Perez/Ayuntamiento de Oviedo*, C-416/13 [48].

a relevé que *Wolf* était basé sur la constatation, faite « sur la base des données scientifiques qui lui ont été soumises, que certaines tâches confiées aux membres du service technique intermédiaire des pompiers, telles que la lutte contre les incendies, nécessitaient des capacités physiques «exceptionnellement élevées» et que très peu de fonctionnaires âgés de plus de 45 ans auraient les capacités physiques pour exercer une telle activité »¹⁴. Le tribunal national avait estimé dans *Perez* que les capacités physiques requises ne présentaient pas ce caractère exceptionnellement élevé. Par conséquent la législation locale n'était pas proportionnée au sens de l'article 4¹⁵.

L'article 6 n'a pas fourni de justification. Les buts légitimes étaient « fondés sur l'exigence de la formation requise pour le poste concerné et sur la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite ou le passage à une autre activité ». Toutefois, la large marge d'appréciation des États dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs ne pouvait vider de sa substance la mise en œuvre du principe de non-discrimination. L'objectif relatif à l'exigence de formation n'a pas été démontré. Rien n'a prouvé que la limite d'âge pour le recrutement était appropriée et nécessaire dans ce but.

Un âge maximum de recrutement fixé à 30 ans ne pouvait pas être considéré comme nécessaire pour garantir que les agents concernés se voient assurer une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Article 6, paragraphe 2

Les termes de l'article 6, paragraphe 2, doivent être strictement respectés.

L'article 6, paragraphe 2, dit que les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale (« RPSS »), d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité. Cette exception au principe de la non-discrimination sur la base de l'âge doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Elle s'applique uniquement aux régimes professionnels de sécurité sociale couvrant les risques de la vieillesse et de l'invalidité et tous les aspects d'un RPSS couvrant ces risques ne sont pas couverts par l'exception. Il s'agit uniquement de ceux qui sont expressément mentionnés à l'article 6, paragraphe 2. Dans *Lesar/Telecom Austria AG*¹⁶, la CJUE a repris une définition du « régime professionnel de sécurité sociale » provenant d'une directive sur le genre¹⁷ : les RPSS sont « les régimes non régis par la directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative ».

Dans *Lesar*, le régime déterminait l'âge à partir duquel les membres commençaient à payer des cotisations au régime de pension de la fonction publique et acquéraient le droit de bénéficier d'une pension intégrale, afin de garantir notamment l'égalité de traitement entre les fonctionnaires à ce sujet. La CJUE a jugé que la législation cherchait à garantir « la fixation [...] d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou

¹⁴ *Perez* [52-3].

¹⁵ La CJUE aura une autre opportunité de traiter de l'article 4, paragraphe 1, dans l'affaire C-258/15, *Salaberria Sorondo/Academia Vasca de Policía y Emergencias*, dans laquelle la question posée est la suivante : « La fixation de la limite d'âge maximum à 35 ans comme condition pour participer au concours d'agent de la police autonome basque est-elle conforme à l'interprétation des articles 2, paragraphe 2, 4, paragraphe 1, et 6, paragraphe 1, sous c), de la directive ? ».

¹⁶ C-159/15, *Lesar/Telekom Austria AG*, [27]. Cette affaire traite d'un point qui avait déjà été soulevé, mais qui n'avait pas trouvé de réponse, dans l'affaire C-529/13, *Felber/Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*.

¹⁷ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

d'invalidité » au sens de l'article 6, paragraphe 2, et relevait par conséquent de l'exception prévue à l'article 6, paragraphe 2.

Dans *Dansk Jurist- og Okonomforbund/Indenrigs- og Sundhedsministeriet*¹⁸, l'employeur refusait d'octroyer un « traitement de mise en disponibilité » au plaignant parce que celui-ci était âgé de 65 ans et bénéficiait d'une pension nationale de vieillesse. Le traitement en question était payé pendant trois ans aux fonctionnaires dont le poste avait cessé d'exister, et dont les fonctions avaient dès lors pris fin. Il était conditionné par l'obligation faite aux fonctionnaires d'accepter tout poste approprié qui leur était proposé durant cette période. Le traitement n'était pas payé aux personnes âgées de 65 ans et plus. À cet âge, les fonctionnaires avaient le droit de bénéficier d'une pension même s'ils n'étaient pas obligés de partir à la retraite avant l'âge de 70 ans. La CJUE a estimé que l'article 6, paragraphe 2, ne peut s'appliquer qu'aux régimes professionnels de sécurité sociale qui sont définis à l'article 6, paragraphe 2. Même si le traitement de mise en disponibilité faisait partie d'un régime professionnel de sécurité sociale, il ne s'agissait pas d'une prestation de retraite ni d'une prestation d'invalidité. La dérogation visée à l'article 6, paragraphe 2, ne s'appliquait pas, parce que la liste des exceptions prévues par cet article est supposée être exhaustive.

Il y avait une différence de traitement sur la base de l'âge. Aussi bien les fonctionnaires qui souhaitaient prendre leur retraite que ceux qui souhaitaient poursuivre leur carrière professionnelle au sein de l'administration publique au-delà de l'âge de 65 ans étaient exclus du bénéfice du traitement de mise en disponibilité. L'objectif de la mesure était d'empêcher que le traitement de mise en disponibilité soit réclamé par des personnes qui ne cherchaient pas à occuper un nouveau poste et qui auraient voulu percevoir un revenu de remplacement sous la forme d'une prestation de retraite.

Dans *HK Danmark/Experian A/S*¹⁹, la Cour de justice a considéré que les cotisations de retraite entraient dans le champ d'application de la directive parce qu'elles constituaient une partie de la rémunération. L'article 6, paragraphe 2, n'exclut que les régimes professionnels de sécurité sociale couvrant les risques de la vieillesse et de l'invalidité mais qui ne constituent pas une rémunération.

Article 6, paragraphe 1

L'article 6, paragraphe 1, fait office de dérogation au principe de l'égalité de traitement s'agissant d'une discrimination directe fondée sur l'âge. Il doit donc être interprété de manière restrictive.

Une fois identifiée une différence de traitement basée sur l'âge, la question de savoir si cette différence constitue une discrimination directe fondée sur l'âge dépend de la question de savoir s'il est possible de justifier le traitement en faisant référence à certains types d'objectifs.

Pour justifier la discrimination directe fondée sur l'âge, le but cité doit concerner « la politique de l'emploi, le marché du travail ou de la formation professionnelle », et non « des motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité »²⁰. La compatibilité avec les objectifs de la politique de l'emploi n'est pas suffisante. La mesure doit avoir un tel objectif.

¹⁸ [2013] CJUE, affaire C-546/11 (26 septembre 2013).

¹⁹ *HK Danmark/Experian A/S*, C-476/11.

²⁰ *R (Age Concern England)/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, affaire C-388/07 [46] : « ... objectifs relevant de la politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. Par leur caractère d'intérêt général, ces objectifs légitimes se distinguent de motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité, sans qu'il soit pour autant possible d'exclure qu'une règle nationale reconnaisse, dans la poursuite desdits objectifs légitimes, un certain degré de flexibilité aux employeurs ».

Il y a moins d'objectifs susceptibles de justifier la discrimination directe que d'objectifs pouvant justifier une discrimination indirecte.

La nécessité d'un objectif de *politique de l'emploi* d'intérêt public a été fortement soulignée dans *Prigge et autres*²¹. La Grande chambre a jugé qu'une convention collective prévoyant que l'emploi des pilotes de Lufthansa prendrait fin automatiquement à l'âge de 60 ans ne pouvait pas être justifiée.

La justification ne pouvait pas relever de l'article 6, paragraphe 1, parce que les objectifs avancés concernaient la sécurité du transport aérien. En tant que tels, ils n'étaient pas liés à la politique de l'emploi, etc., et devaient être considérés soit dans le cadre de l'article 2, paragraphe 5, soit (s'agissant des capacités physiques requises pour piloter un avion) dans le cadre de l'article 4, paragraphe 1. Aucune législation internationale ou nationale n'a considéré qu'une interdiction absolue de piloter au-delà de 60 ans était nécessaire pour parvenir à ces objectifs, si bien que cette règle ne pouvait pas se justifier en vertu des dérogations en question.

Les tribunaux doivent toujours clarifier ce que signifie l'objectif indiqué par la partie défenderesse. C'est ainsi que la flexibilité du travailleur n'est pas un but légitime en soi. Il peut s'agir d'un moyen pour atteindre d'autres buts²². Les objectifs légitimes doivent être par nature d'intérêt public. Ce n'est pas le cas de la simple flexibilité de la 'main-d'œuvre.

La jurisprudence a identifié deux types principaux d'objectifs avancés par les employeurs et regroupant généralement les objectifs poursuivis²³ :

- (i) *l'équité intergénérationnelle*. Cela signifie, en fonction des circonstances de l'emploi concerné :
 - a. faciliter l'accès des jeunes à l'emploi ;
 - b. permettre aux travailleurs plus âgés de conserver un emploi ;
 - c. partager équitablement entre les générations des opportunités d'emploi limitées dans une profession ;
 - d. promouvoir la diversité et l'échange des idées entre les travailleurs plus jeunes et plus âgés.
- (ii) *la dignité*, c'est-à-dire le fait d'éviter la nécessité de renvoyer des travailleurs plus âgés en raison de leur incapacité ou de leurs sous-performances (en préservant leur dignité et en leur évitant une humiliation) ; ou d'éviter l'éclatement de conflits coûteux et facteurs de division en matière de capacité ou de sous-performance.

Dans *Age Concern England*, la CJUE a indiqué que les États n'étaient pas tenus d'établir une liste des différences de traitement qui pourraient être justifiées par un objectif légitime²⁴ s'il est possible d'identifier l'objectif afin d'examiner si ce dernier est légitime et si les moyens de le réaliser sont appropriés et nécessaires²⁵.

Le degré d'examen des objectifs qui doit être adopté est suggéré par le passage suivant :

« (...) Il importe cependant de souligner que [l'article 6, paragraphe 1,] s'adresse aux États membres et leur impose, nonobstant la large marge d'appréciation dont ils disposent en matière de politique sociale, la charge d'établir la légitimité de l'objectif poursuivi à concurrence d'un seuil probatoire élevé. »²⁶

²¹ *Prigge et autres/Deutsche Lufthansa AG*, affaire C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573.

²² Voir AG Bot dans *Kücükdeveci*, 44-49.

²³ Cette synthèse est basée sur le point [50] de la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Seldon v Clarkson Wright and Jakes* [2012] UKSC 16 (25 avril 2012), URL : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2012/16.html> ; voir les paragraphes 32 et suivants de cette décision.

²⁴ *Age Concern England* [43].

²⁵ *Age Concern England* [44, 45].

²⁶ *Age Concern England* [65].

Un tribunal national devrait donc chercher à percer l'objectif véritable de l'employeur et se demander si cet objectif est légitime au sens défini par la Cour.

L'affaire *Kücükdeveci* en offre une bonne illustration. La CJUE a examiné la justification d'une loi qui calculait la durée (liée au service) du préavis auquel les travailleurs avaient droit. Cette loi ignorait toute prestation effectuée avant l'âge de 25 ans. Faciliter le recrutement de jeunes travailleurs (dont il était dit qu'ils pourraient réagir plus facilement à la perte de leur emploi) en augmentant la flexibilité de la gestion du personnel « relevait de la politique de l'emploi et du marché du travail » au sens de l'article 6, paragraphe 1,²⁷ et s'avère avoir été considéré comme légitime. Toutefois, la flexibilité visée n'était pas l'accessibilité comme une fin en soi mais comme un moyen d'encourager le recrutement de jeunes travailleurs. La flexibilité n'est pas un objectif légitime lorsqu'elle est considérée isolément. Ici, la flexibilité visait à améliorer l'équité entre les générations. C'est pourquoi elle était légitime.

Dans *Fuchs et autre/Land Hessen*²⁸, les objectifs des règles relatives à l'âge de la retraite²⁹ étaient les suivants :

1. assurer un équilibre entre les générations,
2. planifier efficacement les départs et les recrutements,
3. favoriser l'embauche ainsi que la promotion des jeunes,
4. éviter les litiges portant sur l'aptitude d'un salarié plus âgé à exercer son activité³⁰, et
5. favoriser les échanges entre les expériences des collègues plus âgés et les connaissances récemment acquises des plus jeunes. Tous ces objectifs pouvaient être légitimes³¹.

Enfin, dans *Commission/Hongrie*³², la CJEU a relevé que des objectifs comme l'uniformisation de l'âge de la retraite (en assurant l'élimination des inégalités) et la création d'une structure d'âge plus équilibrée dans un secteur déterminé étaient des objectifs légitimes. Par conséquent, la jurisprudence ne semble pas avoir élargi les deux types généraux d'objectifs légitimes identifiés dans les affaires antérieures. Par exemple, l'uniformisation de l'âge de la retraite est un moyen qui sert l'objectif d'assurer que les opportunités sont équitablement réparties entre les générations (soit l'équité intergénérationnelle).

Dans *Ingeniørforeningen i Danmark/Region Syddanmark*³³, une loi danoise sur les indemnités de licenciement entraînait une différence de traitement : elle ne s'appliquait pas aux personnes licenciées lorsque celles-ci étaient éligibles à une pension de retraite. Les indemnités de licenciement visaient à faciliter la transition vers un nouvel emploi pour ceux qui rencontraient des difficultés à obtenir ce nouvel emploi en raison de la durée de leur emploi chez leur ancien employeur (le but, par conséquent, était l'intégration des travailleurs plus âgés sur le marché du travail en respectant leur dignité).

*Georgiev/Tehnicheski Universitet Sofia, Filial Plovdiv*³⁴ est une affaire qui pourrait (mais ce n'est pas le cas) suggérer un ensemble plus large d'objectifs. Il était justifié que les professeurs étaient tenus de prendre leur retraite une fois qu'ils atteignaient 68 ans et ne pouvaient travailler au-delà de 65 ans que sur la base de contrats à durée déterminée d'un an (renouvelables deux fois) si ce dispositif de retraite poursuivait un objectif tel que

²⁷ *Kücükdeveci* [35, 36].

²⁸ C-159/10 et C-160/10, *Fuchs et Köhler/Land Hessen*, [2011] 3 CMLR 4.

²⁹ Les fonctionnaires à vie sont mis à la retraite à la fin du mois au cours duquel ils atteignent l'âge de 65 ans (limite d'âge) mais, si l'intérêt du service l'exige, le départ à la retraite peut être repoussé, au-delà de l'âge de 65 ans, par périodes d'un an, jusqu'à l'âge de 68 ans au maximum.

³⁰ *Fuchs* [47].

³¹ *Fuchs* [49-50].

³² C-286/12, *Commission/Hongrie*, [59].

³³ *Ingeniørforeningen i Danmark/Region Syddanmark*, affaire C-499/08, [2011] 1 CMLR 35.

³⁴ *Georgiev/Tehnicheski Universitet Sofia, Filial Plovdiv*, affaires jointes C-250/09 & C-268/09, [2011] 2 CMLR 7

le **développement d'un enseignement de qualité ou la volonté de répartir de manière optimale les postes de professeurs entre les générations**. Cela pourrait être analysé comme une affaire concernant l'équité entre les générations, car le « développement d'un enseignement de qualité » étant en lui-même un objectif discutable, il faudrait qu'il y ait des preuves substantielles d'une baisse des performances en raison de l'âge avant de pouvoir dire que la qualité de l'enseignement souffrirait en l'absence d'un âge obligatoire de retraite. Ce n'est que dans de telles circonstances que l'objectif de fournir « un enseignement de qualité » peut être considéré comme un objectif légitime. Beaucoup dépendra des faits propres à chaque cas. En l'espèce, dans *Georgiev*, la nécessité de créer une structure d'âge plus équilibré de la main-d'œuvre a été démontrée. L'âge moyen des professeurs bulgares était de 58 ans et les personnes plus jeunes n'étaient généralement pas intéressées par une carrière académique. Il existait donc apparemment un besoin réel d'encourager les jeunes candidats. La Cour a laissé au tribunal national la décision de savoir si tels étaient réellement les objectifs de la législation bulgare.

Soutien à la négociation collective : l'intérêt public peut être servi par des négociations collectives et, dans certaines affaires, des objectifs ont été jugés légitimes en partie parce que les partenaires sociaux se sont accordés sur leur sujet³⁵. Toutefois, en pareil cas, l'objectif ne peut être seulement de promouvoir la négociation collective entre les partenaires sociaux. C'est ce qui avait été suggéré comme une possibilité dans *Prigge* (conclusions de l'avocat général), sans que cette voie soit poursuivie.

Les affaires impliquant des objectifs découlant des négociations collectives sont notamment les suivantes :

- *Kücükdeveci/Swedex GmbH & Co KG*, affaire C-555/07, [2011] 2 CMLR 33
- *Rosenbladt*³⁶, où une convention collective sectorielle prévoyait la cessation automatique lors de l'éligibilité au droit à la pension de retraite ou, au plus tard, à la fin du mois durant lequel l'âge de 65 ans avait été atteint. Une législation soutenait ces conventions considérées comme légitimes lorsque les objectifs étaient appropriés et nécessaires. Les objectifs de la législation comprenaient le partage du travail entre les générations, le souci de faciliter l'accès au travail pour les travailleurs plus jeunes, particulièrement dans une période de chômage chronique, la protection des droits des travailleurs plus âgés dont les pensions servent de revenu de remplacement et le fait de ne pas contraindre les employeurs à licencier des travailleurs plus âgés pour cause d'incapacité, ce qui pourrait être humiliant³⁷.

Caractère approprié et nécessaire (proportionnalité)

Les États (et les partenaires sociaux) bénéficient d'une large pouvoir d'appréciation à la fois dans le choix des objectifs et des moyens de les réaliser.

Caractère approprié : dans *Hütter*³⁸, les objectifs étaient contradictoires et dès lors la loi n'était pas « appropriée » pour les atteindre³⁹. Les objectifs ne peuvent se contredire. Dans *Petersen*, le fait de vouloir éviter les risques constituait un objectif légitime. La retraite pouvait être nécessaire s'il y avait trop de dentistes conventionnés ou un « risque

³⁵ Voir *Rosenbladt* (ci-dessous) et, par exemple, *Félix Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios SA*, affaire C-411/05, Recueil de jurisprudence 2007, page I-08531, où la législation autorisait un départ obligatoire à la retraite en raison d'une convention collective. L'encouragement au recrutement était légitime. Les États (et les partenaires sociaux) bénéficient d'une large discrétion dans le choix des objectifs et des moyens de les atteindre. La mesure ne portait pas indûment préjudice aux intérêts légitimes des travailleurs parce qu'elle était basée non seulement sur un âge spécifique mais aussi sur l'éligibilité à la pension de retraite.

³⁶ *Rosenbladt/Oellerking GmbH*, affaire C-45/09, [2011] 1 CMLR 32.

³⁷ *Rosenbladt* [43-45].

³⁸ *David Hütter/Technische Universität Graz*, affaire C-88/08.

³⁹ *Hütter* [46-50].

latent » d'un tel excédent (une question laissée à l'appréciation du juge national)⁴⁰. Dans *Kücükdeveci*, la loi n'était pas « appropriée » parce qu'elle s'appliquait à tous les salariés entrés dans l'entreprise avant l'âge de 25 ans quel que soit leur âge au moment de leur licenciement. Elle n'était pas non plus appropriée par rapport à l'objectif de renforcer la protection des travailleurs en fonction du temps passé dans l'entreprise⁴¹.

Par contraste, dans *Rosenbladt*⁴², la légalisation de conventions collectives en matière de retraite ne portait pas préjudice aux intérêts légitimes des travailleurs concernés. Ces conventions n'étaient pas basées seulement sur l'âge, mais aussi sur le droit à un revenu de remplacement. La convention collective constituait un facteur de justification important :

« [Ce mécanisme] ouvre non seulement aux salariés et aux employeurs, au moyen d'accords individuels, mais également aux partenaires sociaux la faculté de faire usage, par voie de conventions collectives – et dès lors avec une flexibilité non négligeable –, de l'application de ce mécanisme', en sorte qu'il peut être dûment tenu compte non seulement de la situation globale du marché de travail concerné, mais également des caractéristiques propres aux emplois en cause (arrêt *Palacios de la Villa*, précité, point 74). »

Ainsi, la CJUE a maintenu la législation nationale, mais souligné que la convention collective qui la met en œuvre doit elle-même poursuivre un objectif légitime de manière appropriée et nécessaire⁴³. La clause offrait une stabilité de l'emploi et la promesse d'un départ à la retraite prévisible, tout en offrant aux employeurs « une certaine flexibilité dans la gestion de leur personnel », reflétant ainsi « un équilibre entre des intérêts divergents mais légitimes, s'inscrivant dans un contexte complexe de relations de travail, étroitement lié au choix politiques en matière de retraite et d'emploi ». Il n'était pas déraisonnable pour les partenaires sociaux de considérer cette clause comme appropriée⁴⁴.

Nécessité :

Dans l'affaire *Rosenbladt*, il a été tenu compte du préjudice financier important causé aux travailleurs du secteur du nettoyage industriel, caractérisé par des emplois faiblement rémunérés et à temps partiel. La Cour a examiné l'existence de mesures moins contraignantes. Les gens pourraient continuer à travailler au-delà de l'âge de la retraite tout en continuant à bénéficier de la protection contre les discriminations fondées sur l'âge. Ces personnes n'étaient pas forcées de se retirer du marché du travail. La directive autorisait donc la mesure⁴⁵.

*Syddanmark*⁴⁶ : il n'était pas inapproprié d'exclure les personnes de la possibilité d'obtenir une indemnité spéciale de licenciement visant à faciliter la transition vers un nouvel emploi des travailleurs comptant plus de 12 ans de service dans l'entreprise parce que ces personnes étaient éligibles pour une pension de vieillesse et comptaient en fait prendre leur retraite. Toutefois, il n'était pas nécessaire d'exclure les personnes qui souhaitaient ne pas faire valoir leurs droits à la pension afin de chercher à continuer à travailler. La mesure était donc été interdite.

*HK Danmark/Experian A/S*⁴⁷ : l'objectif du régime était de permettre aux travailleurs âgés qui entrent au service de l'employeur à un stade avancé de leur carrière de se constituer une épargne-retraite raisonnable pendant une période d'affiliation relativement courte. Dans le même régime, les jeunes travailleurs pouvaient disposer d'une plus grande partie

⁴⁰ Petersen [73-77].

⁴¹ *Kücükdeveci* [40-41].

⁴² *Rosenbladt* [47-49].

⁴³ *Rosenbladt* [53].

⁴⁴ *Rosenbladt* [68-69].

⁴⁵ *Rosenbladt* [71-75].

⁴⁶ *Syddanmark* [34-35] et [44-47].

⁴⁷ *HK Danmark/Experian A/S*, C-476/11.

de leur salaire à un stade précoce. Le régime tenait compte de l'application qui leur était faite d'un taux de cotisations salariales plus faible. Il permettait ainsi à l'ensemble des salariés de se constituer une épargne-retraite raisonnable dont ils pourraient disposer lors de leur départ à la retraite.

Des objectifs qui tiennent compte des intérêts de tous les salariés, dans le cas de préoccupations relevant de la politique sociale, de l'emploi et du marché du travail en vue d'assurer une épargne-retraite d'un montant raisonnable lors du départ à la retraite du salarié, peuvent être considérés comme des objectifs légitimes. L'intérêt public nécessaire est présent dans leur nature.

L'appréciation de la proportionnalité a été laissée au tribunal national.

Dansk Jurist : la CJEU a relevé que la loi privait du bénéfice du traitement de mise en disponibilité les personnes qui souhaitaient rester sur le marché du travail au seul motif qu'en raison de leur âge, elles pouvaient disposer d'une pension. Cette mesure pouvait les forcer à accepter une pension de retraite d'un montant réduit par rapport à celui auquel elles pourraient prétendre en demeurant actives jusqu'à un âge plus avancé. Ce serait tout particulièrement vrai au cas où elles n'auraient pas cotisé pendant un nombre suffisant d'années pour bénéficier d'une pension au taux plein. Les objectifs pouvaient être atteints par des moyens moins contraignants mais tout aussi appropriés et la réglementation qui excluait automatiquement du bénéfice du traitement de mise en disponibilité les fonctionnaires éligibles au bénéfice d'une pension de retraite allait au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis.

L'affaire *Fuchs* a fait référence à la nécessité de respecter les objectifs de la directive, en soulignant que celle-ci doit être lue à la lumière du droit fondamental de travailler. Une attention particulière doit être accordée à la participation des travailleurs âgés à la vie professionnelle. Le maintien de ces personnes dans la vie active favorise la diversité dans l'emploi et contribue à l'épanouissement personnel ainsi qu'à la qualité de vie des travailleurs concernés. Cet intérêt doit être pris en compte en respectant d'autres intérêts éventuellement divergents.

« Ainsi, en définissant leur politique sociale en fonction de considérations d'ordre politique, économique, social, démographique et/ou budgétaire, les autorités nationales concernées peuvent être amenées à choisir d'allonger la durée de la vie active des travailleurs ou, au contraire, de prévoir un départ à la retraite plus précoce de ces derniers (voir arrêt *Palacios de la Villa*, précité, points 68 et 69). La Cour a jugé qu'il incombe à ces autorités de trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, tout en veillant à ne pas aller au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi (...*Palacios de la Villa*, points 69 et 71, ... *Rosenbladt*, point 44). »⁴⁸

Des considérations budgétaires peuvent être à la base des choix de politique sociale mais ne peuvent constituer à elles seules un objectif légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1⁴⁹. Le régime de l'âge de la retraite⁵⁰ pouvait être approprié par rapport à l'objectif de faciliter l'accès à l'emploi des jeunes dans une profession où le nombre de postes est limité. Il n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre ses objectifs, étant donné que les procureurs peuvent prendre leur retraite à 65 ans en bénéficiant d'une pension généreuse, continuer à travailler jusqu'à 68 ans et, après leur retraite, continuer à travailler comme conseillers juridiques⁵¹.

⁴⁸ *Fuchs* [62-65].

⁴⁹ *Fuchs* [74].

⁵⁰ Note de bas de page 27 ci-dessus

⁵¹ *Fuchs* [68].

*Hennigs/Eisenbahn-Bundesamt ; Land Berlin/Mai*⁵² : la CJUE a considéré qu'une mesure qui détermine les échelons de rémunération en fonction de l'âge lors du recrutement ne pouvait être justifiée. Récompenser l'expérience constituait un objectif légitime (voir *Hütter*), mais si la durée du service était appropriée pour atteindre cet objectif, l'âge n'était pas toujours corrélé avec l'expérience.

Approches pratiques & discrimination indirecte

Dans *Valeri Hariev Belov*⁵³, l'avocat général a examiné l'approche de la justification qui devait d'après lui s'appliquer dans les cas de discrimination directe fondée sur l'âge :

1. le fait que les raisons de l'adoption d'une mesure « ne sont un secret pour personne » ne dispense pas la partie défenderesse de prouver que le principe de l'égalité de traitement n'a pas été violé ; la notoriété des motifs d'un comportement déterminé d'une entreprise ne préjuge pas de la justification de celui-ci ni, en particulier, de sa proportionnalité ;
2. une mesure est appropriée si elle est propre à réaliser l'objectif légitime poursuivi ; cela signifie que la mesure peut effectivement réaliser cet objectif⁵⁴ ;
3. « Il faut se rappeler à ce sujet que l'adéquation d'une mesure doit constamment s'apprécier au regard de l'objectif qu'elle poursuit. » Elle est appropriée, par exemple, si elle contribue de manière appréciable à la réalisation de l'objectif ;
4. si la mesure est appropriée, il faut alors se demander si elle est également nécessaire à la réalisation de l'objectif identifié. « Une mesure est nécessaire lorsque l'objectif légitime poursuivi ne peut pas être atteint au moyen d'une mesure aussi appropriée mais moins contraignante. C'est-à-dire qu'il faut rechercher s'il n'existe pas de solutions moins radicales pour [réaliser l'objectif] » (c'est-à-dire des moyens tout aussi appropriés, mais qui entraînent moins d'inconvénients)⁵⁵ ;
5. le coût des mesures alternatives peut également être pris en compte lorsque l'on examine si les mesures alternatives sont également appropriées. La question sera de savoir si ces mesures peuvent être adoptées pour un coût raisonnable.

Une analyse minutieuse doit être effectuée : il ne suffit pas à un employeur de se contenter d'assurer qu'après un certain âge, « tout le monde sait » qu'une capacité particulière décline. Il faut des preuves.

Régimes transitoires, budgets et droits acquis

Le maintien des droits acquis (mais non de différences permanentes) peut constituer un objectif légitime (lié à la dignité). Parvenir à l'égalité sur la base de l'âge est un objectif légitime (qui renvoie à l'équité précitée entre les générations). Enfin, le rôle des budgets et des coûts dans la justification doit être examiné.

Dans *Schmitzer/Bundesministerin für Inneres*⁵⁶, la CJUE a estimé que la directive excluait une disposition légale transitoire visant à mettre fin à une discrimination basée sur l'âge dans la rémunération des fonctionnaires. Le plaignant avait bénéficié de l'ancien régime de progression de la rémunération prévoyant des augmentations pour chaque période de deux années de service. Toutefois, ce système ne tenait pas compte de la formation avant l'âge de 18 ans. L'amendement allongeait de trois ans la durée nécessaire pour les fonctionnaires dont la formation était antérieure à la 18^e année et exclus en vertu de l'ancienne législation. En outre, les intéressés devaient demander une révision des dates

⁵² *Hennigs/Eisenbahn-Bundesamt ; Land Berlin/Mai*, affaires jointes C-297/10 et C-298/10, voir [74-76].

⁵³ *Valeri Hariev Belov/CHEZ Elektro Balgaria AD et autres*, C-394/11, et voir C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD/Komisija za zashtita ot diskriminatsia*.

⁵⁴ *Belov*, conclusions de l'AG [108].

⁵⁵ *Belov* [116].

⁵⁶ *Schmitzer/Bundesministerin für Inneres*, affaire C-530/13.

de référence. Cette disposition, de même que la règle relative à l'allongement, « visent des objectifs d'économie administrative, de respect des droits acquis et de protection de la confiance légitime ».

La réglementation poursuivait également des objectifs budgétaires, et

« (...) le droit de l'Union n'empêche pas les États membres de tenir compte de considérations budgétaires parallèlement à des considérations d'ordre politique, social ou démographique, pour autant que, ce faisant, ils respectent, en particulier, le principe général de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. »

En outre,

« S'agissant du 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 »⁵⁷

Ces objectifs ne sauraient toutefois justifier une mesure qui maintient définitivement, ne serait-ce que pour certaines personnes, la différence de traitement en fonction de l'âge que la réforme d'un régime discriminatoire, dans laquelle cette mesure s'insère, vise à éliminer. Une telle mesure, même si elle est susceptible d'assurer la protection des droits acquis et de la confiance légitime à l'égard des fonctionnaires favorisés par le régime antérieur, n'est pas apte à établir un régime non discriminatoire pour les fonctionnaires défavorisés par ledit régime antérieur.

Dans *Specht*⁵⁸, un système de rémunération des fonctionnaires basé sur la durée du service était contesté. L'ancienneté était calculée à partir du moment où l'intéressé avait atteint l'âge de 21 ans, mais une nouvelle loi excluait certaines périodes. Les fonctionnaires titularisés étaient traités différemment des nouveaux fonctionnaires en matière de rémunération. Les fonctionnaires titularisés étaient progressivement basculés vers un système de rémunération moins discriminatoire.

L'objectif légitime du régime était de valoriser l'expérience professionnelle antérieure de manière forfaitaire tout en garantissant une pratique administrative uniforme, l'objectif de récompenser l'expérience permettant à un travailleur de mieux accomplir cette tâche étant un objectif légitime. Le critère de l'ancienneté est, en règle générale, approprié pour atteindre cet objectif. Les fonctionnaires peuvent gravir les échelons dans le grade auxquels ils appartiennent en fonction de l'avancement de leur âge et donc de leur ancienneté dans l'emploi. Lors du recrutement, toutefois, le classement initial à un échelon donné dans un grade donné n'est fondé que sur l'âge. Par conséquent, l'ancien système allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif proclamé.

Le plaignant soutenait que le régime transitoire perpétuait la discrimination parce que le reclassement des fonctionnaires titularisés s'effectuait en fonction du traitement de base antérieur. La nouvelle loi ne prévoyait plus de tranches d'âge ni d'âge de référence, mais prévoyait un classement initial des nouveaux fonctionnaires à un « échelon d'expérience ». La rémunération progressait ensuite selon la durée des périodes de service. Toutefois, il y avait une différence de traitement qui visait à assurer que les fonctionnaires recevaient un niveau de référence pour leur rémunération leur permettant de bénéficier d'une rémunération équivalente à celle perçue dans l'ancien système. Ce dispositif perpétuait la discrimination fondée sur l'âge. Cependant, ce régime de transition était justifié. La protection des droits acquis et de la confiance légitime, ainsi que de la progression future de la rémunération, constituait un objectif légitime. Les syndicats avaient insisté sur le

⁵⁷ *Schmitzer* [41-42].

⁵⁸ C-501/12, *Specht/Land Berlin*.

maintien de ces éléments. La loi n'aurait pas obtenu leur soutien sans cette concession et elle n'aurait pas abouti. La protection des droits acquis d'une catégorie de personnes constitue une raison déterminante d'intérêt public. Se contenter de placer les fonctionnaires titularisés dans le nouveau schéma aurait entraîné pour eux une perte de revenus. La CJUE a estimé que la mesure adoptée était appropriée⁵⁹.

La réglementation transitoire n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire. Même si les fonctionnaires auraient pu être placés au même niveau de rémunération favorable jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'expérience requise pour se qualifier pour une rémunération plus élevée en vertu du nouveau régime, cela ne suffisait pas pour identifier une alternative. La mesure de transition devait être replacée dans son contexte. Le préjudice susceptible d'être causé aux personnes concernées devait être examiné⁶⁰. L'État a abrogé l'ancienne législation pour éliminer la discrimination fondée sur l'âge et adopté la réglementation transitoire qui constituait une dérogation transitoire visant à parvenir à une structure de rémunération non discriminatoire. La réforme devait se faire à un coût neutre et sans utilisation excessive des ressources administratives. Il s'agissait d'éviter un examen au cas par cas.

Plus récemment, dans *Unland*⁶¹, une mesure plaçait les juges en place à un échelon, dans un nouveau système de rémunération, en ne tenant compte que du montant de la rémunération de base qu'ils percevaient dans l'ancien système (discriminatoire) de rémunération à la date du passage au nouveau système. La progression ultérieure à des échelons supérieurs était ensuite calculée essentiellement en fonction des périodes d'expérience acquises depuis l'entrée en vigueur de la réglementation transitoire, sans tenir compte de la totalité de la durée de l'expérience des juges. Dans le régime transitoire, le niveau de la rémunération antérieure (entaché d'une discrimination fondée sur l'âge) était pris en compte. Ce dispositif perpétuait la discrimination antérieure fondée sur l'âge. Toutefois, l'objectif de la protection des droits acquis d'une catégorie de personnes peut constituer un objectif légitime. Ce sont les droits des personnes avantagées par un système précédent qui est éliminé progressivement. Un régime qui aurait eu cet effet de manière permanente n'aurait pas été justifié. Dans ces cas transitoires, l'effet discriminatoire se réduit au fil du temps.

Exemple récent d'un délai insuffisant pour parvenir à l'égalité : dans l'affaire *Commission/Hongrie*⁶², la CJUE a estimé que la loi sur les retraites était disproportionnée parce qu'elle avait pour effet d'abaisser très brutalement et de manière significative l'âge du départ à la retraite. Des dispositions transitoires ne donnaient pas aux gens suffisamment de temps pour prendre leurs dispositions financières pour l'avenir ; il n'y avait aucune preuve que le même objectif n'aurait pu être atteint par des mesures moins discriminatoires. L'objectif aurait pu être atteint en étalant le changement sur un certain nombre d'années. Ainsi, une période transitoire trop longue peut être disproportionnée, mais une période trop courte peut également être disproportionnée.

Budgets

Dans *Specht*, la CJUE a réaffirmé que la justification ne pouvait être basée sur des charges financières accrues ou sur des difficultés administratives potentielles⁶³. Toutefois, un régime transitoire (qui constitue un moyen au service de l'objectif de l'égalité à atteindre) doit demeurer techniquement et économiquement viable. Dans ce cas, les facteurs de complexité étaient pertinents :

⁵⁹ Specht [67-8].

⁶⁰ Specht [79].

⁶¹ C 20/13, Daniel Unland/Land Berlin.

⁶² C-286/12.

⁶³ Specht [77].

- (a) nombre particulièrement élevé de fonctionnaires avec des périodes et des contextes divers à prendre en considération ;
- (b) difficultés susceptibles de surgir dans le cadre de la détermination des périodes d'activité antérieures que ces fonctionnaires auraient été en mesure de faire valoir utilement ;
- (c) examen individuel des cas (complexité excessive et comportant un risque élevé d'erreurs).

La législation interne n'avait pas excédé les limites du pouvoir 'discrétionnaire de l'État.

L'affaire *Starjakob*⁶⁴ concernait la légalité du système de rémunération professionnelle adopté par le parlement autrichien pour mettre fin à la discrimination basée sur l'âge. *Après Hütter (C-88/08)*, M. Starjakob a intenté une action contre ÖBB Personenverkehr AG pour le solde de la rémunération qu'il aurait reçue de 2007 à 2012 si le calcul de sa date de référence aux fins de son avancement avait pris en compte la période d'apprentissage qu'il avait accomplie avant son 18^e anniversaire.

La CJUE a tenu compte de l'article 21 de la Charte et des articles 7, paragraphe 1, 16 et 17 de la directive pour déterminer si la directive interdisait à un État de légiférer pour permettre qu'une date de référence incorrecte et discriminatoire aux fins de l'avancement soit utilisée pour prendre en compte des périodes de service antérieures. L'État a-t-il la possibilité d'éliminer la discrimination basée sur l'âge au moyen d'une prise en compte non discriminatoire, mais sans compensation financière ? Peut-il fixer une nouvelle date de référence aux fins de l'avancement assortie d'une prolongation de la période requise pour l'avancement ? L'État soutenait que ce dispositif était admissible s'il était neutre du point de vue de la rémunération et dans la mesure où il visait à préserver les liquidités de l'employeur et à éviter des dépenses déraisonnables découlant d'un nouveau calcul.

La CJUE a indiqué⁶⁵ que l'allongement de chaque période requise pour l'avancement n'avait pas vocation à ne s'appliquer qu'à un groupe défini par l'âge (en service avant l'âge de 18 ans) : la différence de traitement était directement fondée sur l'âge.

Était-ce justifiable ? La CJUE a évoqué la large marge d'appréciation des États dans le choix des objectifs et des moyens.

Établir un régime non discriminatoire de rémunération et de promotion et exiger du travailleur qu'il demande une révision de la date de référence servait des objectifs de neutralité fiscale, d'économie administrative, de respect des droits acquis et de protection de la confiance légitime. La CJUE a souligné que le droit de l'UE ne s'oppose pas à ce que les États membres tiennent compte de considérations budgétaires parallèlement à des considérations d'ordre politique, social ou démographique, pour autant que, ce faisant, ils respectent, en particulier, le principe général de l'interdiction des discriminations en fonction de l'âge⁶⁶.

Si des considérations d'ordre budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un État membre et influencer la nature ou l'étendue des mesures qu'il souhaite adopter, de telles considérations ne peuvent constituer à elles seules un objectif légitime. Il en va de même en ce qui concerne les considérations d'ordre administratif.

Les moyens n'étaient toutefois pas appropriés. Même s'il s'agit d'un objectif transitoire légitime, la protection des droits acquis ne peut pas justifier une mesure qui maintient de manière définitive, même si c'est seulement pour certaines personnes, la différence basée

⁶⁴ Affaire C 417/13, *ÖBB Personenverkehr AG/Starjakob*.

⁶⁵ [31] et voir *Schmitzer* [35].

⁶⁶ *Starjakob* [36].

sur l'âge. La mesure n'était pas appropriée aux fins d'établir un système non discriminatoire pour les travailleurs désavantagés par le système antérieur.

Conclusion

Un juge confronté à un cas de discrimination fondée sur l'âge impliquant le droit de l'UE pourrait utilement recourir à l'approche suivante dans les affaires opposant des personnes privées et dans les affaires opposant des personnes privées et l'État :

1. 'S'agit-il d'un traitement moins favorable ? (C'est au plaignant de le prouver.)
 - a. Est-il moins favorable que le traitement d'un élément de comparaison effectif (qui ?) ou d'un élément de comparaison hypothétique (obtenu à partir d'indications de situations similaires mais différentes, suggérant que l'employeur aurait traité plus favorablement 'une personne d'un âge différent) ?
 - b. L'élément de comparaison se trouvait-il dans les mêmes circonstances (ou dans des circonstances peu différentes) que le plaignant ? (Ces différences ne devraient pas comporter de différences qui sont en fait liées à l'âge.)

Si le plaignant ne peut le prouver, l'affaire ne peut aboutir.

2. L'une des exceptions s'applique-t-elle ? L'article 2, paragraphe 5, s'applique-t-il⁶⁷ ? L'article 4, paragraphe 1, s'applique-t-il ?⁶⁸ L'article 6, paragraphe 2, s'applique-t-il ?⁶⁹

3. Si aucune de ces exceptions spécifiques ne s'applique, on peut se demander (la charge de la preuve incombant au défendeur) si la différence de traitement sur la base de l'âge est justifiée.⁷⁰

DECLAN O'DEMPSEY

CLOISTERS, LONDRES, ROYAUME-UNI

⁶⁷ (i) S'agit-il d'une mesure prévue par la législation nationale ?

(ii) Dans une société démocratique, est-elle nécessaire pour l'un des objectifs suivants :

- la sécurité publique,
- la défense de l'ordre public et la prévention des infractions pénales,
- la protection de la santé, ou
- la protection des droits et libertés d'autrui ?

⁶⁸ (i) S'agit-il d'une différence de traitement qui est basée sur une caractéristique liée à l'âge ?

(ii) 'S'agit-il d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature de l'activité professionnelle concernée ou des conditions de son exercice ?

(iii) 'L'objectif est-il légitime ?

(iv) 'L'exigence est-elle proportionnée ?

⁶⁹ Le traitement est-il lié à un régime professionnel de sécurité sociale ?

(i) S'agit-il de la fixation des conditions d'âge d'adhésion ou d'admissibilité 'aux prestations de retraite ou d'invalidité ?

(ii) S'agit-il de la fixation, pour ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels ? (Si ni (i) ni (ii), l'article 6, paragraphe 2, ne s'applique pas.)

(iii) 'L'utilisation de ce traitement se traduit-elle par une discrimination sur la base du sexe ? (Si oui, l'article 6, paragraphe 2, ne s'applique pas.)

⁷⁰ a. Quel est l'objectif poursuivi par le traitement ? (Il faut examiner si la mesure en question poursuit un objectif défini, spécifique et légitime. La justification doit être examinée en relation avec cet objectif spécifique).

b. L'objectif est-il légitime ? (Il doit s'agir d'un objectif de politique de l'emploi et non simplement d'un objectif présentant un intérêt public à cet égard). Il doit être indispensable dans le contexte de la partie défenderesse.

c. Les moyens adoptés sont-ils appropriés par rapport à cet objectif spécifique ?

d. Les moyens sont-ils raisonnablement nécessaires à la réalisation des objectifs ? (L'employeur satisfait-il à l'approche Valeri Hariev Belov ?)

22 JUIN 2016