

L'ARRÊT *AGE CONCERN* : RADIOSCOPIE FLOU(TÉ)E DE L'ARTICLE 6 DE LA DIRECTIVE 2000/78

PAR

Thomas BOMBOIS (*)

*Maître de conférences à l'UCL et aux FUCaM
Référénaire à la Cour constitutionnelle*

SOMMAIRE

	Pages
I. — Détermination des règles communautaires applicables.....	573
A. — LA DIRECTIVE 2000/78.....	573
1. <i>Applicabilité de la directive</i>	573
2. <i>Contenu de la directive</i>	577
B. — LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE NON-DISCRIMINATION EN RAISON DE L'ÂGE	581
1. <i>L'existence et le champ d'application du principe</i>	581
2. <i>Le recours au principe dans l'affaire Age Concern</i>	583
II. — Conditions de mise en œuvre de l'article 6 de la directive 2000/78.	587
A. — UN RAISONNEMENT EN CONTREPOINT.....	587
1. <i>La nature de la question : d'une question en interprétation à une «question en conformité»</i>	588
2. <i>L'objet de la question : d'une disposition générale à une occurrence particulière</i>	591
3. <i>Le contenu de la question : d'une liste de différences de traitement acceptables à une identification d'objectifs légitimes</i>	593
B. — UNE RÉPONSE EN TROMPE-L'ŒIL.....	596
1. <i>Une validation apparente de l'article 3 du règlement de 2006</i>	596
2. <i>Une condamnation implicite de l'article 3 du règlement de 2006?</i> ..	598
III. — Contrôle de la mise en œuvre de l'article 6 de la directive 2000/78	601
A. — UN RAISONNEMENT EN TROMPE-L'ŒIL.....	602

(*) L'auteur remercie vivement Madame le Professeur Emmanuelle BRIBOSIA pour sa relecture attentive.

1. <i>L'affirmation de l'inutilité de la comparaison sollicitée</i>	602
2. <i>L'examen de la comparaison sollicitée</i>	603
3. <i>Le caractère parcellaire de la comparaison réalisée</i>	604
B. — UNE SOLUTION EN CLAIR-OBSCUR	605
1. <i>L'incertitude autour de l'intensité du standard de contrôle</i>	605
2. <i>L'incertitude autour du champ d'application du standard de contrôle</i>	608
3. <i>L'incertitude autour de l'articulation du standard de contrôle</i>	612

Saisie par l'association *Age Concern England*, la *High Court of Justice* est appelée à statuer sur la compatibilité de l'*Employment Equality (Age) Regulations 2006* (ci-après : «le règlement de 2006») avec le droit communautaire et, plus particulièrement, avec la directive 2000/78 «portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail». C'est dans ce contexte que la haute juridiction britannique décide de poser à la Cour de justice cinq questions préjudicielles en interprétation de ladite directive. Le juge communautaire y répond par un arrêt *Age Concern* du 5 mars 2009 (1), qui fait l'objet du présent commentaire.

Le règlement de 2006 assure la transposition, en droit britannique, de la directive 2000/78 en ce qu'elle pose le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge en matière d'emploi et de travail (2). Plus particulièrement, les articles 7 à 24 de ce règlement prohibent, dans les domaines de l'emploi et de la formation profession-

(1) C.J.C.E., 5 mars 2009, C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.

(2) En principe, les Etats membres étaient tenus de transposer cette directive pour le 2 décembre 2003 au plus tard. L'article 18, alinéa 2, de ladite directive octroyait toutefois aux États membres, confrontés à des situations particulières, un délai supplémentaire de 3 ans, auquel le Royaume-Uni fit appel, pour mettre en oeuvre les dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge et sur le handicap (T. OSBORNE, «Will the European Union Directive on Equal Treatment Fulfill its Purpose of Combating Age Discrimination in Employment?», *The International Lawyer*, 2004, pp. 867-868; M. CONNOLLY, *Discrimination Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p. 55). La Cour de justice a eu l'occasion de relever que cet article 18, alinéa 2, impliquait «que l'Etat membre, qui bénéficie ainsi exceptionnellement d'un délai de transposition plus long, prenne progressivement des mesures concrètes aux fins de rapprocher d'ores et déjà sa réglementation du résultat prescrit par ladite directive» (C.J.C.E. (g.c.), 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, pt 72).

nelle, la discrimination, la rétorsion et le harcèlement lorsqu'ils sont fondés sur l'âge (3).

Comme le relève la note explicative du règlement, certaines différences de traitement fondées sur l'âge ne sont cependant pas considérées comme illégales. Une cause de justification ouverte et plusieurs causes de justification spécifiques sont ainsi aménagées par les autorités britanniques (4).

L'article 3 dudit règlement contient la cause de justification ouverte. Cet article définit ce qu'il convient d'entendre par «discrimination». Sans surprise, une distinction y est établie entre la discrimination directe et la discrimination indirecte (5). Une exception est toutefois prévue à la fin de l'article. En effet, il n'y aura pas discrimination si l'auteur de la différence de traitement peut «démontrer que le traitement ou, le cas échéant, la disposition, le critère ou la pratique [en cause] sont un moyen proportionné d'atteindre un but légitime».

Des causes de justifications liées plus spécifiquement à la problématique de l'âge de départ à la retraite sont encore aménagées aux articles 30 et 7, §4, du règlement. A cet égard, une distinction doit être faite entre l'âge normal de départ à la retraite («*normal retirement age*» (NRA)), soit l'âge de départ à la retraite fixé par l'employeur (6), et l'âge légal de départ à la retraite («*statutory retirement age*» (SRA)). Ce dernier intervient uniquement à titre subsidiaire, lorsque l'employeur n'a établi aucun NRA. Il est fixé à 65 ans (7).

(3) Ces articles protègent non seulement les employés, mais aussi les intérimaires («contract workers»), les titulaires de fonctions publiques et les associés de sociétés contre les attitudes discriminatoires des employeurs, des syndicats, des conseils d'administration, des fournisseurs de formation professionnelle, ou encore des agences de mise à l'emploi.

(4) Le droit britannique, comme le droit néerlandais, instaurent donc un système «semi-ouvert». A ce sujet, voy. N. BAMFORTH, M. MALIK et C. O'CONNOR, *Discrimination Law : Theory and Context*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008, p. 1128.

(5) A discrimine directement B «si en raison de l'âge de B, A applique à B un traitement moins favorable que celui qu'il réserve ou réserverait à d'autres personnes». En revanche, une discrimination indirecte se produit lorsque «A applique à B une disposition, un critère ou une pratique qu'il applique ou appliquerait également à des personnes qui ne font pas partie du même groupe d'âge que B, mais qui place ou placerait des personnes appartenant au même groupe d'âge que B dans une situation désavantageuse particulière par comparaison avec d'autres personnes et qui place B dans cette situation désavantageuse».

(6) Ou, plus précisément, l'âge auquel ses employés qui partagent ou ont partagé la même position que l'employé en cause sont normalement obligés de partir à la retraite.

(7) Relevons encore que «l'âge de départ à la retraite» — soit «le moment où un contrat de travail est résilié pour le motif que le travailleur a atteint un âge particulier» — doit être distingué de «l'âge du droit à la pension de retraite», soit

En vertu de l'article 30 du règlement, le licenciement, en raison du départ à la retraite (8), d'un employé ayant atteint l'âge de 65 ans ou plus (9) est légal, à tout le moins lorsque certaines obligations procédurales ont été préalablement respectées par l'employeur (10). L'article 7, §4, du même règlement autorise, quant à lui, l'employeur à exercer une différence de traitement à l'embauche lorsque le candidat a atteint ou est en passe d'atteindre le NRA ou le SRA. Enfin, conformément à une lecture combinée des articles 3 *in fine* et 30 du même règlement, s'il a lieu alors que l'employé a atteint un NRA fixé à un âge inférieur à 65 ans, le licenciement justifié par le départ à la retraite sera autorisé si l'employeur démontre qu'il s'agit d'un moyen proportionné d'atteindre un but légitime et qu'il a respecté les obligations procédurales encadrant ce licenciement.

Précisément, l'association *Age Concern England*, dont l'objet social est de promouvoir le bien-être des personnes âgées, conteste devant la *High Court of Justice* la légalité des articles 3 §1^{er}, 7, §4, et 30 du règlement de 2006, au motif qu'ils ne constituent pas une transposition correcte de la directive 2000/78. Le gouvernement britannique soutient, quant à lui, que ces dispositions ne tombent pas dans le champ d'application de la directive. En outre, les dérogations au principe de l'interdiction de discrimination en raison de l'âge prévues par le règlement assureraient, selon lui, une transposition adéquate de la directive 2000/78.

Dans ces conditions, la *High Court of Justice* décide de poser cinq questions préjudicielles à la Cour de justice. Les trois pre-

«l'âge auquel les personnes peuvent bénéficier du droit à la pension de retraite prévue par l'Etat ou à une pension professionnelle payée par un employeur privé» (C. O'CONNOR, «La discrimination liée à l'âge et la retraite obligatoire», *Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination*, 2008, n^{os} 6-7, p. 16). En règle générale, ces deux âges coïncideront en pratique, même s'ils ont, chacun, une nature et une portée autonomes. En effet, rien n'empêche de considérer qu'un travailleur, ayant atteint l'âge auquel il peut revendiquer le bénéfice de sa pension de retraite, veuille poursuivre son activité professionnelle en renonçant, en tout ou en partie, au revenu de substitution auquel il a droit.

(8) L'annexe 8 du règlement de 2006 détermine, pour 14 types de situations, si le départ à la retraite constitue bien le motif de licenciement (pt 14 de l'arrêt *Age Concern* précité).

(9) Sauf si l'employeur a fixé lui-même un NRA supérieur (C. KILPATRICK, «The New UK Retirement Regime, Employment Law and Pensions», *Industrial Law Journal*, 2008, vol. 37, p. 14, note 53).

(10) L'employeur est en effet tenu d'informer son employé de la date à laquelle il parviendra à la retraite, de lui accorder un préavis de six mois, et d'attirer son attention sur la faculté qu'il a de solliciter le maintien de son contrat de travail. L'employeur est tenu de prendre en compte cette demande, mais n'est pas obligé d'y faire droit (sur cet aspect, voy. C. KILPATRICK, *o.c.*, pp. 4-6).

nières concernent le champ d'application de la directive (I). La quatrième a trait aux types de justifications susceptibles d'être apportées, en vertu de l'article 6 de la directive, à une discrimination fondée sur l'âge (II). Quant à la dernière question, elle porte sur une comparaison entre les critères de justification visés, d'une part, à l'article 6 et, d'autre part, à l'article 2, §2, b, de la directive 2000/78 (III).

I. — Détermination des règles communautaires applicables

La haute juridiction britannique se borne à interroger la Cour de justice sur l'applicabilité de la directive 2000/78 au litige porté devant elle (A). Il paraît néanmoins intéressant d'examiner si, dans sa réponse, la Cour de justice se fonde, par ailleurs, sur le principe général interdisant les discriminations fondées sur l'âge, tel qu'il a été consacré par l'arrêt *Mangold* (B).

A. — LA DIRECTIVE 2000/78

Le champ d'application de la directive 2000/78 est tout d'abord examiné (1) avant d'envisager son contenu et, plus particulièrement, les exceptions à l'interdiction de discrimination en fonction de l'âge qui y sont établies (2).

1. — *Applicabilité de la directive*

Les trois premières questions préjudicielles adressées par la *High Court of Justice* portent en substance sur le point de savoir si, *nonobstant son quatorzième considérant*, la directive 2000/78 s'applique à des mesures nationales permettant aux employeurs de licencier des employés âgés de 65 ans ou plus, au motif qu'ils ont atteint l'âge de la retraite, et ce, même lorsque ces règles ont été introduites après l'adoption de la directive, comme c'est le cas de l'article 30 du règlement de 2006.

Moins de trois mois après le renvoi préjudiciel, la Cour de justice rend son arrêt dans l'affaire *Palacios de la Villa*. La Cour y précise que le quatorzième considérant de la directive en cause «se borne à préciser que ladite directive n'affecte pas la compétence des Etats membres pour déterminer les âges d'admission à la retraite et ne s'oppose aucunement à l'application de cette directive aux mesures nationales régissant les conditions de cessation d'un contrat de travail lorsque l'âge de la retraite, ainsi fixé, est

atteint» (11). En effet, la directive vise, en vertu de son article 3, «toutes les personnes [...] en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération» (12).

L'affaire *Palacios de la Villa* concernait l'application d'une convention collective qui prévoyait, avec l'autorisation du législateur espagnol, le licenciement de plein droit d'un travailleur lorsque ce dernier avait atteint l'âge de la retraite, fixé à 65 ans ou plus (13). En ce qu'elle «affecte la durée du rapport de travail liant les parties ainsi que, plus généralement, l'exercice par le travailleur concerné de son activité professionnelle, en empêchant la participation future de celui-ci à la vie active», cette réglementation devait être considérée «comme établissant des règles relatives à des 'conditions d'emploi et de travail', y compris [...] de licenciement et de rémunération» (14), et tombait dès lors sous le coup de la directive 2000/78.

Compte tenu de cet arrêt, tant les parties intervenantes devant la Cour (15) que son avocat général estimèrent que la directive trouvait bien à s'appliquer à une disposition telle que l'article 30 du règlement de 2006 (16). Quoiqu'elle se range à une même conclusion, la Cour de justice apporte cependant trois précisions, d'importance inégale, au raisonnement développé ci-avant.

Elle relève tout d'abord que la réponse à la question posée par la *High Court of Justice* ne saurait subir d'inflexion selon que la mesure nationale en cause est antérieure ou postérieure à l'adoption de la directive. La solution emporte l'adhésion (17).

(11) C.J.C.E. (g.c.), 16 octobre 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, pt 44.

(12) Pt. 43 de l'arrêt *Palacios de la Villa* précité. Voy. toutefois les réflexions critiques de D. MARTIN à cet égard («Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des Etats membres — Réflexions à partir de l'arrêt *Age Concern*», *J.T.T.*, 2009, p. 245).

(13) Pour autant qu'il dispose d'un revenu de remplacement d'un niveau raisonnable. Sur cette condition, voy. *infra*.

(14) Pts. 45-47 de l'arrêt *Palacios de la Villa* précité.

(15) Voy. pt 22 de l'arrêt *Age Concern* précité.

(16) «Il est évident que le même raisonnement s'applique à une législation telle que celle en cause en l'espèce qui permet aux employeurs de licencier les employés âgés de 65 ans et plus lorsque le motif du licenciement est le départ à la retraite» (pt. 34 des conclusions de l'avocat général MAZAK présentées, le 23 septembre 2008, dans le cadre de l'affaire *Age Concern*).

(17) Hormis l'hypothèse d'une interprétation juridictionnelle autorisée, le champ d'application d'une directive ne s'infléchit que par une modification de ses termes, laquelle doit être réalisée au moyen d'un instrument juridique à tout le moins hiérarchiquement équivalent. Or, il est acquis qu'une disposition nationale, même législative ou constitutionnelle, est subordonnée au respect de l'ensemble du droit dérivé communautaire. Voy. d'ailleurs la Communication de la Commission au

La Cour de justice étend ensuite la portée des trois premières questions préjudicielles. En effet, alors que la *High Court* ne s'inquiétait que de l'applicabilité de la directive aux dispositions qui, comme l'article 30 du règlement, permettent aux employeurs de licencier des personnes âgées de 65 ans ou plus, la Cour de Luxembourg s'intéresse également, dès ce stade, à l'article 7, §4, du règlement (discrimination à l'embauche), ainsi qu'à la combinaison des articles 3 et 30 du règlement (18). Cette approche globale permet d'asseoir l'applicabilité de la directive 2000/78 à toutes les dispositions litigieuses du règlement de 2006 (19).

Vient alors la troisième précision de la Cour de justice, sans conteste la plus essentielle. Avant d'affirmer que les articles 3, 7 et 30 du règlement de 2006 peuvent *directement* affecter la durée de la relation de travail liant les parties et l'activité professionnelle du travailleur et qu'ils tombent, pour cette raison, dans le champ d'application de la directive, la Cour de justice estime nécessaire (20) de préciser «qu'un règlement tel que celui en cause au principal *n'instaure pas un régime impératif de mise à la retraite d'office*», mais qu'il se limite à prévoir «les conditions dans lesquelles un employeur *peut* déroger au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge et *licencier* un travailleur au motif que celui-ci a atteint l'âge de la retraite» (21).

Quel sens faut-il attribuer à cette étape supplémentaire dans le raisonnement de la Cour et, plus particulièrement, à la circonstance que les articles litigieux du règlement de 2006 n'instaurent pas «un régime impératif de mise à la retraite d'office»? Bien que l'expression soit inédite dans la jurisprudence communautaire, la Cour de justice n'a pas estimé nécessaire d'en préciser le sens. Le contexte dans lequel cette précision intervient incite néanmoins à y voir un écho à l'affaire *Pala-*

Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions — L'application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM 2008 (225) final, p. 4.

(18) Dont il découle que, en ce qui concerne les travailleurs de moins de 65 ans, tout licenciement pour cause de départ à la retraite doit être considéré comme discriminatoire, à moins que l'employeur ne démontre qu'il s'agit d'un moyen proportionné d'atteindre un but légitime (voy. *supra*). Pt 26 de l'arrêt *Age Concern*.

(19) En ce qu'elle combine les articles 3 et 30 du règlement, elle génère néanmoins une confusion quant la portée exacte de l'article 3 du règlement qui pèsera de tout son poids dans la suite du raisonnement de la Cour (voy. *infra*).

(20) La relation entre ces deux propositions est en effet une relation de cause à effet, comme le démontre l'utilisation de l'expression «par conséquent» au point 27 de l'arrêt.

(21) Pt. 27 de l'arrêt *Age Concern*.

cios de la Villa. En effet, la convention collective applicable à Monsieur *Palacios de la Villa* prévoyait une mise à la retraite *d'office* des travailleurs ayant atteint l'âge de 65 ans. A l'inverse, le règlement britannique se borne à *permettre* aux employeurs de licencier un travailleur au motif qu'il est parvenu à l'âge de la retraite (22).

A supposer que la Cour de justice ait entendu distinguer la réglementation en cause dans l'affaire *Age Concern* de la convention collective au cœur de l'affaire *Palacios de la Villa* (23), encore faudrait-il déterminer les conséquences exactes qui en découlent. A suivre un raisonnement *a contrario* (24), la convention collective, en cause dans l'affaire *Palacios de la Villa*, ne pourrait pas s'assimiler à une norme susceptible d'affecter *directement* (25) les relations entre l'employeur et le travailleur et ne tomberait dès lors pas dans le champ d'application de la directive. L'arrêt *Age Concern* opérerait ainsi un revirement de

(22) La Cour de justice ne s'est, en revanche, pas intéressée à une autre différence entre les réglementations en cause dans les deux affaires précitées, à savoir le fait que la législation britannique s'applique à tous les employeurs et employés alors que la convention collective espagnole ne concernait que les employeurs et travailleurs rattachés au secteur du commerce des textiles de la Communauté autonome de Madrid. Selon C. O'CONNOR (o.c., p. 19), la réglementation britannique se rapprocherait, pour cette raison, davantage des «dispositions nationales fixant les âges de la retraite» au sens du quatorzième considérant. Le même auteur précise toutefois que «il reste difficile de voir en quoi le considérant 14 peut être interprété comme réduisant la portée de la protection offerte aux travailleurs en vertu de la directive. En outre, dans la pratique, la distinction entre la législation espagnole et la législation britannique peut ne pas être substantielle».

(23) Reste en effet à savoir si le régime de mise à la retraite *d'office*, en cause dans l'affaire *Palacios de la Villa*, peut réellement être considéré comme un régime *impératif* au sens de l'arrêt *Age Concern*. Certes, la convention collective litigieuse instaure un régime *impératif* pour les personnes qui tombent dans son champ d'application. Néanmoins, il est permis de se demander s'il n'y a pas lieu de tenir compte de la méthode d'élaboration des conventions collectives, qui privilégie une concertation entre les partenaires sociaux par rapport à la manifestation *unilatérale* d'un *imperium* législatif. Du reste, la Cour de justice se fonde sur l'autonomie laissée à ces représentants du monde du travail pour justifier, dans l'arrêt *Palacios de la Villa*, le caractère approprié de la distinction fondée sur l'âge «adoptée à l'instigation des partenaires sociaux» (pt 53 de l'arrêt).

(24) Avec toute la prudence qui s'impose en la matière, la conséquence que nous en tirons n'étant pas nécessaire sur le strict plan logique puisqu'elle n'est pas la contraposée de la proposition principale.

(25) Le caractère direct de l'affectation, par la mesure nationale, de la relation de travail liant les parties est en effet une précision contenue dans l'arrêt *Age Concern* et qui n'apparaît pas dans l'arrêt *Palacios de la Villa*. Cette interprétation apparaît toutefois difficilement compatible avec le fait qu'à la différence de la convention collective espagnole, la réglementation britannique ne fait qu'offrir une *faculté* à l'employeur de mettre un terme au contrat de travail de son employé et ne paraît donc qu'avoir un effet *indirect* sur la relation de travail en cause.

jurisprudence alors même que l'arrêt *Palacios de la Villa* a été rendu en grande chambre (26).

2. — *Contenu de la directive*

La directive 2000/78 fixe comme principe l'interdiction de toute discrimination en matière d'emploi fondée directement ou indirectement sur l'âge. Ce principe souffre cependant plusieurs exceptions (27).

Certaines sont générales, en ce qu'elles s'appliquent à l'ensemble des motifs de discrimination visés à l'article 1^{er}. En vertu de l'article 4 de la directive, les Etats membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs protégés — dont l'âge — ne constitue pas une discrimination lorsque la caractéristique en cause constitue, en raison de la nature de l'activité ou de ses conditions d'exercice, une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif poursuivi soit légitime et que l'exigence y soit proportionnée. L'article 2, §5, de la directive permet aussi de faire échapper à son emprise les mesures nationales qui sont nécessaires, notamment, à la protection de la santé. Or, selon l'avocat général Bot, cet objectif peut raisonnablement justifier une différence fondée sur l'âge (28).

D'autres exceptions sont plus spécifiques. Ainsi, l'article 3, alinéa 4, de la directive dispose-t-il que «les Etats membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées *sur l'handicap et l'âge*».

Quant à l'article 6 de la directive, il établit une dérogation à l'interdiction de principe de discriminer qui ne vaut que pour les différences

(26) Dans cette hypothèse, l'analyse de la Cour dans l'arrêt commenté se rapprocherait, en revanche, du raisonnement tenu par l'avocat général Mazak dans ses conclusions sous l'arrêt *Palacios de la Villa* et où celui-ci opposait le cas d'un licenciement au cas d'une mise à la retraite d'office (pt 54).

(27) A cet égard, voy. encore H. MEENAN, «Age Equality after the Employment Directive», *M.J.*, 2003, p. 16.

(28) Conclusions de l'avocat général BOT présentées le 3 septembre 2009 dans l'affaire *Domnica Petersen*, C-341/08, pts 52 et s. Relevons du reste que le même avocat général retient une interprétation large de ce motif de justification, estimant, dans la lignée de la jurisprudence classique en matière de liberté de circulation (voy., parmi beaucoup d'autres, C.J.C.E., 11 décembre 2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV*, pt 122), que la préservation de l'équilibre financier du régime légal d'assurance maladie-invalidité poursuit un objectif de santé publique et peut, à ce titre, justifier raisonnablement la disposition nationale qui fixe à 68 ans la limite d'âge pour l'exercice de l'activité de dentiste subventionné en vue de réduire le nombre de prestataires de services dans ce domaine afin de limiter les dépenses de l'assurance maladie-invalidité.

de traitement fondées sur l'âge. Ce régime tout à fait spécifique est justifié au vingt-cinquième considérant de la directive. Celui-ci expose en effet que «l'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi. Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des Etats membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites».

L'article 6, §1^{er}, de la directive dispose dans ce contexte que «les Etats 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» (29). La directive 2000/78 n'interdit donc pas *per se* la fixation d'un «âge de la retraite» (30). Néanmoins, cette mesure

(29) L'article 6, §2, de la directive concerne, quant à lui, la fixation, dans le cadre de régimes professionnels de sécurité sociale, de conditions liées, notamment, à un âge d'admissibilité aux prestations de retraite (soit «l'âge du droit à la pension de retraite»), à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

(30) C'est une différence fondamentale avec le régime de lutte contre la discrimination fondée sur l'âge qui est mis en place aux Etats-Unis. En effet, depuis 1986, l'*Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* y rend illégale la retraite obligatoire, à n'importe quel âge, pour la majorité des travailleurs. En outre, cette législation interdit les discriminations à l'encontre des travailleurs *âgés de plus de quarante ans*. Toutefois, selon la Cour suprême (*General Dynamics v. Cline* — 540 U.S. 581 (2004):953), cette législation n'empêche pas un employeur de favoriser un groupe de travailleurs âgés de plus de quarante ans par rapport à une catégorie de travailleurs qui, bien qu'ils aient plus de quarante ans, sont moins âgés. La protection ne fonctionne donc que dans un seul sens (à ce sujet, voy. D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 357-358; T. OSBORNE, *o.c.*, p. 867). Compar. l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée qui garantit le droit des *personnes âgées* à une protection sociale. Le Comité européen des droits sociaux interprète du reste cet article comme imposant à l'Etat d'adopter une législation protégeant les seules *personnes âgées* contre la discrimination fondée sur l'âge (concl. 2003, vol. 1 (Italie), p. 314, cité par O. DE SCHUTTER, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme. Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi*, Commission européenne, 2005, p. 36).

devra satisfaire aux exigences, fixées à l'article 6, §1^{er}, pour échapper à la qualification de discrimination directe fondée sur l'âge (31).

Le législateur communautaire donne, par la suite, certains exemples de différences de traitement — directement ou indirectement (32) fondées sur l'âge — susceptibles de satisfaire aux exigences de l'article 6, §1^{er}, de la directive (33). Au regard du litige pendant devant la *High Court of Justice*, deux de ces exemples retiennent particulièrement l'attention.

Il s'agit, d'une part, de la possibilité de mettre en place des conditions spéciales de licenciement pour les jeunes et les travailleurs âgés *en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection*. A première vue, s'il prévoit des conditions spéciales de licenciement pour les travailleurs âgés, l'article 30 du règlement de 2006, lu ou non en combinaison avec son article 3, n'a pas pour objectif d'assurer leur protection (34), et encore moins de favoriser leur inser-

(31) Dans le même sens, C. O'CONNOR, *o.c.*, p. 13. En supposant, par hypothèse, que les catégories en cause sont comparables (voy. *infra*).

(32) Pour un exemple de différence de traitement fondée directement sur l'âge, voy. l'art. 6, §1^{er}, al. 2, c) : «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». *Compar.* l'art. 6, §1^{er}, al. 2, b) : «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». En ce qu'il vise des conditions d'expérience professionnelle ou d'ancienneté, cet exemple porte sur une discrimination indirecte en raison de l'âge. Voy. aussi l'art. 6, §1^{er}, al. 2, a) : «La mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés, et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection». En ce qu'il vise les travailleurs «ayant des personnes à charge», ce point contient un exemple de discrimination indirecte fondée sur l'âge.

(33) *A priori*, ces différences de traitement ne disposent donc pas *ipso facto* d'un brevet de légalité (En ce sens, Proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail présentée par la Commission, COM (1999), 565 final, p. 11; C. O'CONNOR, *La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen*, Commission européenne, 2005, p. 39; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet — Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 304; N. BAMFORTH et al., *o.c.*, p. 1135). Notons toutefois qu'au point 61 de l'arrêt *Age Concern*, la Cour de justice relève que l'article 6, §1^{er}, alinéa 2, de la directive énumère plusieurs exemples de différences de traitement «qui, *en principe*, peuvent être considérées comme 'objectivement et raisonnablement justifiées' par un objectif légitime». Dans le même sens, C.J.C.E., 18 juin 2009, C-88/08, *Hütter*, pt 43.

(34) Il ne saurait être considéré qu'en tant qu'elle prévoit la mise à la retraite de ces travailleurs, la réglementation entend les protéger contre les risques liés à l'activité professionnelle, plus importants en raison de leur âge. Outre que cet argument ne prend pas en compte la diversité des situations, quant à l'état de santé des tra-

tion professionnelle (35). Il pourrait néanmoins être soutenu qu'en facilitant le licenciement des travailleurs ayant atteint l'âge de la retraite, les autorités britanniques favorisent l'insertion professionnelle des jeunes travailleurs et poursuit donc un des objectifs expressément visés à l'article 6 de la directive (36).

Il s'agit, d'autre part, de la possibilité de fixer un âge maximum pour le recrutement, compte tenu de la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. Cette faculté fait écho au dispositif contenu dans l'article 7, §4, du règlement en cause (37).

vailleurs âgés et quant à la pénibilité du travail accompli, force est de constater que la réglementation britannique n'impose pas au travailleur de cesser de travailler dès qu'il a atteint l'âge de la retraite, mais autorise seulement son employeur à le licencier pour ce motif.

(35) *Compar.* C.J.C.E., arrêt *Hütter* précité, pts 40-42 où la Cour a considéré que constitue un objectif légitime, le fait de faciliter l'insertion professionnelle des jeunes travailleurs ayant suivi une formation courte. Dans ses conclusions présentées le 7 juillet 2009, dans l'affaire *Seda Küçükdeveci*, C-555/07, l'avocat général Bot adopte une position plus protectrice des jeunes travailleurs. Confronté à une législation qui excluait la période de travail accomplie avant l'âge de 25 ans du calcul de la durée du délai de préavis, l'avocat général estime que cette règle, qui défavorise les jeunes travailleurs (pt 36), ne saurait être justifiée en raison de l'effet positif qu'elle aurait sur leur recrutement — et donc sur leur insertion professionnelle. Pour l'avocat général, cet effet positif «semble pour le moins théorique». «En revanche, ajoute-t-il, il est certain que de courts délais de préavis auront nécessairement un impact négatif sur la recherche d'un nouvel emploi par les jeunes travailleurs. L'instauration d'un seuil de 25 ans à partir duquel le système de prolongation des délais de préavis pourra être mis en œuvre ne favorise donc pas, à notre avis, l'insertion professionnelle des jeunes travailleurs au sens de l'article 6, paragraphe 1, second alinéa, sous a), de la directive 2000/78» (pt 45).

(36) Cette mesure, dont les effets sont défavorables aux travailleurs âgés mais dont l'objectif est d'améliorer la situation des jeunes travailleurs, pourrait être considérée comme une mesure d'action positive, en ce qu'elle est destinée «à prévenir ou à compenser des désavantages liées à l'un des motifs visés à l'article 1^{er}» de la directive (en ce sens, H. MEENAN, «Age discrimination — Of Cinderella and the Golden Bough», in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union*, Cambridge University Press, 2007, p. 310; N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 1120). Dans ses conclusions sous l'affaire *Domnica Petersen* précitées, l'avocat général Bot admet d'ailleurs qu'une mesure, même si elle est défavorable aux travailleurs âgés, peut être admise au regard de l'article 6 de la directive pour autant qu'elle soit raisonnablement justifiée par le souci de favoriser l'insertion professionnelle des jeunes travailleurs (pts 69-71).

(37) Pour un cas d'application, voy. les conclusions de l'avocat général Bot présentées le 3 septembre 2009 dans l'affaire *Colin Wolf*, C-229/08, relatives à la fixation d'un âge maximal pour être recruté dans le service technique intermédiaire des pompiers (pts 40 et s.).

B. — LE PRINCIPE GÉNÉRAL
DE NON-DISCRIMINATION EN RAISON DE L'ÂGE

1. — *L'existence et le champ d'application du principe*

Dans son arrêt *Mangold*, la Cour de justice éleva, au rang de principe général de droit communautaire, l'interdiction des discriminations en raison de l'âge (38). Le retentissement de cette décision fut tel que la plupart des avocats généraux, et la Cour elle-même, surprise par son audace, n'eurent de cesse d'en limiter la portée. En se cantonnant aux positions ultérieures de la Cour, il est permis de considérer que, sans aller jusqu'à remettre en cause l'existence même du principe dégagé par l'arrêt *Mangold* (39), celle-ci chercha toutefois à préciser drastiquement les conditions dans lesquelles le principe général d'interdiction des discriminations liées à l'âge était appelé à jouer, comme l'illustre l'arrêt *Bartsch*.

Comme dans l'affaire *Mangold*, la directive 2000/78 n'était pas applicable, *ratione temporis*, au litige opposant Madame Bartsch à la société ayant employé son mari. Fallait-il dès lors recourir, et si oui, sous quelles conditions, au principe général dégagé par l'arrêt *Mangold*?

(38) «Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général de droit communautaire» (C.J.C.E., arrêt *Mangold* précité, pt 75).

(39) *Contra* Ch. CANAZZA, «Arrêt *Palacios* : la Cour tempère l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge», *J.D.E.*, 2008, p. 81 qui, pour asseoir son raisonnement, attribue toutefois erronément un passage des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Lindorfer* (arrêt du 11 septembre 2007, C-227/04 P) à la Cour elle-même. Il ne nous semble pas davantage que la Cour ait condamné l'existence d'un tel principe général, fût-ce indirectement, dans son arrêt *Chacon Navas* du 11 juillet 2006 (C-13/05) relatif à la notion de handicap. Celle-ci se limite en effet à considérer que la discrimination fondée sur la maladie n'entre pas dans le champ d'application de la directive 2000/78, sans exclure qu'elle puisse être intégrée dans un principe général de non-discrimination. Du reste, la jurisprudence récente de la Cour européenne devrait désormais inciter la Cour de justice à reconnaître plus facilement l'équivalence entre maladie grave et handicap (voy. C.E.D.H., 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*). A supposer même qu'en vertu de cet arrêt, la discrimination en raison de la maladie ne soit pas combattue via un principe général, il n'en résulterait en tout cas pas que ledit arrêt ait nécessairement pour effet de supprimer l'existence d'un principe général interdisant les discriminations fondées sur l'âge, même si, dans ce cas, ces discriminations bénéficieraient, au niveau des principes généraux, d'un statut privilégié (*compar.* E. BRIBOSIA, «La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée», in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éd.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten — Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, la Charte, 2008, p. 61. Sur la possibilité d'avoir des niveaux différents de protection en la matière, voy. aussi D. MARTIN, «Contrôle de proportionnalité...», *o.c.*, p. 243).

A cet égard, la Cour de justice apporte une précision essentielle. Elle distingue le cas qui lui est soumis dans l'affaire *Bartsch* et la situation dans laquelle se trouvait Monsieur Mangold. Ce dernier était discriminé par une réglementation nationale qui *constituait une mise en œuvre de la directive 1999/70 par la voie de laquelle ladite réglementation était entrée dans le champ d'application du droit communautaire*. Or, la réglementation en cause dans l'affaire *Bartsch* n'avait pas pour objet de transposer la directive 2000/78 (40).

Sans qu'il soit besoin de se prononcer ici sur l'exactitude du rattachement rétrospectif de la réglementation nationale, en cause dans l'affaire *Mangold*, à la directive 1999/70 (41), force est de constater que l'arrêt *Bartsch* ne condamne pas l'existence d'un principe général de droit communautaire interdisant la discrimination en raison de l'âge, mais se contente de fixer une nouvelle condition à son application. Le principe général ne s'impose aux autorités nationales que lorsque celles-ci mettent en œuvre le droit communautaire (42). Étonnamment, le raisonne-

(40) C.J.C.E., 23 septembre 2008, C-427/06, *Bartsch*, pt 17.

(41) A ce sujet, voy. les critiques de D. MARTIN, «De Mangold à Bartsch : heurts et malheurs du principe d'égalité en droit communautaire», *J.T.T.*, 2008, p. 429.

(42) La justification laisse perplexe. En effet, un principe général ne s'applique pas uniquement lorsque les Etats membres mettent en œuvre le droit communautaire, mais joue également lorsque ceux-ci invoquent une exception pour échapper à l'emprise du droit communautaire (Sur cette question, voy., parmi beaucoup d'autres, S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 438, note 578; K. LEENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2008, pp. 430-431; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2001, p. 370). Il s'ensuit que la Cour ne doit renoncer à contrôler «à l'aune des principes généraux du droit communautaire [que] les actes des Etats membres relevant de leurs compétences réservées ou intervenant en dehors du champ du droit communautaire» (D. SYMON, *o.c.*, pp. 369-370). Or, si l'essentiel de la politique sociale demeure de la compétence des Etats, il est difficilement soutenable qu'en réglementant les conditions de licenciement, les Etats membres interviendraient totalement hors du champ communautaire (abstraction faite, par hypothèse, des directives sur la discrimination), ne fût-ce qu'en tant que ces conditions peuvent constituer des entraves indistinctement applicables à la libre circulation des travailleurs (*Compar. E. BRIBOSIA, o.c.*, pp. 55-56 qui vise «le lien entre l'interdiction de certaines formes de discrimination et la réalisation du marché commun»). Voy. encore la proposition de directive précitée p. 5: «la reconnaissance du droit à l'égalité en matière d'emploi renforcera la *citoyenneté* de l'Union européenne»). Du reste, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge n'est qu'une déclinaison du principe général d'égalité. Or, la Cour de justice paraît beaucoup moins exigeante lorsqu'il s'agit d'imposer aux Etats le respect du principe matriciel et non plus de sa déclinaison (voy. en ce sens, C.J.C.E., 17 janvier 2008, C-246/06, *Josefa Velasco Navarro*, pt 31: «lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire [même si elle ne le met pas en œuvre], la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juri-

ment de la Cour n'est pas sans rappeler la jurisprudence *Nakajima* ou *Portugal c. Conseil*, pourtant élaborée à propos de questions, en apparence, très éloignées de celle de l'interdiction des discriminations en raison de l'âge (43). Il se rapproche également du raisonnement de la Cour dans son arrêt *Defrenne III*, du 15 juin 1978 (44) (45).

2. — *Le recours au principe dans l'affaire Age Concern*

Dans les affaires *Mangold* et *Bartsch*, la question du recours au principe général d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge était incontournable. En effet, la directive 2000/78 n'était pas applicable *ratione temporis* au litige pendant devant le juge de renvoi. La situation est tout autre dans l'affaire *Age Concern*. La directive s'applique à l'action introduite devant la *High Court of Justice*. N'est-il dès lors pas inutile de recourir à un principe général alors qu'il est mis en œuvre par une règle de droit dérivé applicable au litige principal?

Raisonnement de la sorte, c'est toutefois oublier, non seulement qu'un principe général peut être un guide utile dans l'interprétation de dis-

diction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect» et parmi lesquels figure «le principe général d'égalité et de non-discrimination» (pt 32)). Notons toutefois que, dans ses conclusions présentées le 30 juin 2009 dans l'affaire *Audiolux*, C-101/08, l'avocat général TRSTENJAK a estimé que le droit communautaire ne connaissait pas de principe général d'égalité entre actionnaires.

(43) Selon cette jurisprudence, la Cour ne peut contrôler la légalité d'un *acte de droit dérivé* au regard des accords OMC, privés d'effet direct, que lorsque «la Communauté a entendu *donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC* ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC» (C.J.C.E., 23 novembre 1999, C-146/99, *Portugal c. Conseil*, pt 49). Il s'agit de la transposition, aux accords OMC, d'une jurisprudence déjà établie en ce qui concernait les accords GATT par les arrêts *Fediol* du 22 juin 1989, 70/87, et *Nakajima* du 7 mai 1991, C-69/89.

(44) C.J.C.E., 15 juin 1978, 149/77, *Defrenne III*, pts 27-32, considérant que, puisqu'à l'époque des faits, le législateur communautaire n'avait adopté, en la matière, que des dispositions programmatiques, il n'existait aucun principe général de droit prohibant les discriminations entre travailleurs masculins et féminins en matière de conditions de travail autres que les rémunérations. Voy. à cet égard E. BRIBOSIA, *o.c.*, pp. 39-40.

(45) Alors que l'avocat général Bot propose, dans ses conclusions sous l'affaire *Seda Küçükdeveci* précitées, de faire application du principe général d'interdiction des discriminations liées à l'âge (pour un développement de cette question, voy. *infra*), celui-ci ne fait toutefois aucune référence à la condition dégagée par l'arrêt *Bartsch*. On peut du reste supposer que s'il l'avait fait, il aurait dû renoncer à recourir à ce principe général. En effet, la législation nationale en cause n'avait pas pour objet de transposer une directive communautaire, et encore moins la directive 2000/78. Au contraire, son dispositif essentiel était inspiré d'une législation nationale datant de 1926.

positions écrites, mais aussi, et surtout, qu'en tant qu'il est doté, dans l'ordre juridique communautaire, d'une valeur supérieure au droit dérivé, ce principe général constitue une norme de référence à l'aune de laquelle doit être appréciée la portée des dispositions de la directive 2000/78 (46).

La prise en compte d'un tel principe est, en réalité, particulièrement utile lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition qui, comme l'article 6 de la directive 2000/78, établit au profit des Etats membres une faculté de *dérogation* au principe de l'interdiction de discrimination en raison de l'âge (47). En outre, rien ne paraît s'opposer à l'application en l'espèce dudit principe. En effet, le règlement britannique en cause au principal a pour objet de transposer la directive 2000/78 (48), de telle

(46) En tant que droit fondamental, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge fait partie des principes de valeur constitutionnelle de l'Union (voy. C.J.C.E., 17 février 1998, C-249/96, *Grant*, pt 45). Pour un exemple récent d'arrêt où, sous couvert d'interpréter une disposition d'une directive, la Cour de justice vérifie sa conformité avec un principe général de droit communautaire (en l'espèce, le droit au procès équitable, tiré de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme) et aboutit à une interprétation conciliante de la disposition de la directive ainsi interprétée à la lumière de ce droit fondamental, voy. C.J.C.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec*. Pour un exemple plus ancien d'interprétation neutralisante de la directive 76/207, étendant son champ d'application aux discriminations fondées sur la conversion sexuelle, voy. C.J.C.E., 30 avril 1996, C-13/94, *P c. S.* A cet égard, voy. aussi les développements de E. BRIBOSIA, *o.c.*, pp. 40-42. *Adde* les conclusions de l'avocat général Bot sous l'affaire *Seda Kücüldeveci* précitées, pt 80 : «En qualité de principe général du droit communautaire, ledit principe [d'égalité] remplit plusieurs fonctions. Il permet au juge communautaire de combler les lacunes que pourraient présenter des dispositions du droit primaire ou dérivé. C'est, en outre, un instrument d'interprétation susceptible d'éclairer le sens et la portée des dispositions de droit communautaire ainsi qu'un moyen de contrôle de la validité des actes communautaires».

(47) *Compar.* pt 98 des conclusions de l'avocat général MAZAK sous l'arrêt *Palacios de la Villa* (notre accent) : «il ressort clairement de l'arrêt Mangold que la Cour part de l'hypothèse que le principe général de non-discrimination en raison de l'âge n'est pas substantiellement différent de l'interdiction équivalente énoncée dans la directive 2000/78, en particulier pour ce qui est des justifications possibles». Le raisonnement ne convainc pas entièrement. En effet, il ne saurait être exclu qu'une discrimination fondée sur l'âge, compatible avec la directive 2000/78, soit contraire au principe général de non-discrimination en raison de l'âge, même si le législateur communautaire proclame avoir eu l'ambition de conforter la portée de ce principe (*Compar.* les pts 75 et 76 de l'arrêt *Palacios de la Villa* précité et le pt 34 des conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire *Seda Kücüldeveci* précitées). Du reste, telle est l'opinion de la Cour constitutionnelle belge qui n'a pas manqué d'annuler certaines dispositions des lois dites «anti-discrimination» au motif qu'elles violaient le principe d'égalité et de non-discrimination contenu aux articles 10 et 11 de la Constitution (voy., récemment, c.c., 2 avril 2009, n° 641 2009).

(48) Voy. *supra*.

sorte que la condition d'applicabilité supplémentaire édictée par l'arrêt *Bartsch* paraît réalisée.

Dans l'arrêt commenté, le juge communautaire ne recourt qu'une seule fois au «principe de non-discrimination en fonction de l'âge», sans du reste le qualifier de principe général de droit communautaire (49). S'inscrivant dans la lignée d'une jurisprudence constante développée à l'égard de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, la Cour précise que la marge d'appréciation reconnue aux Etats en matière sociale «ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre du *principe de non-discrimination en fonction de l'âge*» (50).

Cette prudence ne doit pas surprendre outre mesure. Déjà dans l'arrêt *Palacios de la Villa*, la Cour avait omis toute référence explicite au principe général dégagé par l'arrêt *Mangold*, même si le dispositif de cet arrêt semble confirmer son existence (51). Ce silence est néan-

(49) Et ce, alors même que tant *Age Concern England* que la Commission avaient fait état, dans leurs écrits de procédure, de l'existence d'un tel principe général (voy. pts 40 et 54 de l'arrêt *Age Concern* précité). La Commission avait même fait appel à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'avait toutefois pas été utilisé par la Cour pour fonder l'existence d'un tel principe général dans son arrêt *Mangold* (à ce propos, voy. la critique de S. VAN RAEPENBUSCH, «Les multiples expressions du principe de l'égalité de traitement dans la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux personnes», in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger. Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pedone, 2006, pp. 317-318 et les réflexions convergentes de l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Seda Küçükdeveci* précitées, pt 77). Une autre trace d'un recours éventuel à ce principe général de droit pourrait se situer au point 62 de l'arrêt où le juge communautaire relève que la faculté reconnue aux Etats membres par l'article 6 de la directive «constitue une exception au *principe* de l'interdiction des discriminations». Il est toutefois douteux que cette incise renvoie à l'enseignement de l'arrêt *Mangold*. En effet, elle se borne à viser un principe, et non un principe général, qui peut tout à fait être formellement situé à l'article 2 de la directive. En outre, cette incise vise les discriminations, en général.

(50) Pt 51 (notre accent). Relevons que la Cour omet cependant aussi de préciser qu'il s'agit d'un principe «fondamental du droit communautaire», comme elle le fait en matière d'égalité de rémunération entre les sexes (voy. notamment C.J.C.E., 9 février 1999, C-167/97, *Seymour-Smith*, pt 75; C.J.C.E., 20 mars 2003, C-187/00, *Kutz-Bauer*, pt 57). La prudence de la Cour dans la qualification du principe est patente.

(51) Celui-ci vise en effet «l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge, telle que mise en œuvre par la directive 2000/78» et non, comme dans le dispositif proposé par son avocat général, «le principe de non-discrimination en raison de l'âge énoncé à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE». Voy., dans le même sens, E. BRIBOSIA, *o.c.*, pp. 61-62. *Compar.* Ch. CANAZZA, *o.c.*, p. 81. La Cour ne renvoie en outre qu'une seule fois à l'arrêt *Mangold*, afin de rappeler qu'il a reconnu une large marge d'appréciation des Etats en matière de politique sociale et d'emploi (pt 68).

moins source d'incertitudes. Faudrait-il en déduire la conséquence quelque peu absurde, pointée par Denis Martin, que ce principe serait privé de toute utilité après l'échéance du délai de transposition de la directive 2000/78 (52) (53)?

(52) D. MARTIN, *o.c.*, p. 429 (même si l'auteur estime que le moment à prendre en compte est l'entrée en vigueur de la directive). *Compar.* C.J.C.E., arrêt *Josefa Velasco Navarro* précité, pt 32. Il est vrai que, dans le cadre du marché commun, «toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire» (Voy., notamment, C.J.C.E., 13 décembre 2001, C-324/99, *Daimler Chrysler*, pt 32). A supposer même ce que cette jurisprudence soit transposable au domaine de la lutte contre les discriminations, encore faudrait-il se demander si, en incluant dans la directive 2000/78 des dispositions comme l'article 6, le législateur communautaire a bien réalisé une harmonisation exhaustive. L'arrêt *Deutsche Apothekerverband eV* précité incite à répondre à cette question par la négative (après avoir rappelé que l'article 14 de la directive 97/7 permettait aux Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur, la Cour de justice a en effet estimé que, malgré l'harmonisation réalisée par la directive, cet article 14 n'excluait «pas la nécessité d'examiner la compatibilité de l'interdiction nationale en cause au principal avec les articles 28 à 30 CE»). A titre encore plus subsidiaire, la jurisprudence illustrée par l'arrêt *Daimler Chrysler* précité vaut, en toute hypothèse, sans préjudice de la vérification de la conformité des mesures de rapprochement adoptées par le législateur communautaire au droit primaire.

(53) *Compar.* la position de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer qui estime que, dans un tel cas, les principes généraux ne pourraient plus être invoqués qu'à titre interprétatif (conclusions présentées le 24 janvier 2008 dans l'affaire *Othmar Michaeler*, C-55/07, pt 22). Voy. aussi les conclusions présentées dans l'affaire *Sëda Küçükdeveci* par l'avocat général Bot qui estime que le principe général de non-discrimination en raison de l'âge peut encore être utilement invoqué, après l'échéance du délai de transposition de la directive 2000/78, afin de reconnaître à cette dernière une invocabilité d'exclusion dans les litiges entre particuliers, dans l'hypothèse où la Cour ne reconnaîtrait pas un tel effet à la directive en tant que telle (sur cet aspect de la question, voy. le pt 88 de ses conclusions). Le raisonnement est schématiquement le suivant. Le principe général d'égalité et de non-discrimination dispose d'un effet direct horizontal, en ce compris dans sa dimension prohibant les discriminations liées à l'âge (pts 85 et 89). La directive est destinée à faciliter la mise en œuvre de ce principe général — et spécialement la protection juridictionnelle des travailleurs. Elle ne peut donc en diminuer la portée, *a fortiori* après l'expiration du délai de transposition. Ainsi, «il serait difficile de concevoir que les conséquences de la primauté du droit communautaire se trouvent affaiblies après l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78» ou «que la protection des justiciables contre les discriminations contraires au droit communautaire diminue en intensité après l'expiration d'un tel délai alors qu'il s'agit d'une norme dont la finalité est de les protéger davantage». Dès lors, la Cour devrait, comme elle l'a fait à propos du principe général de droit communautaire lui-même, reconnaître qu'une directive ayant pour objet de lutter contre les discriminations dispose d'une «invocabilité d'exclusion renforcée dans les litiges entre particuliers» (pts 70, 87 et 89). Nous ne pouvons souscrire totalement à cette démonstration. Assurément, la directive ne

II. — Conditions de mise en œuvre de l'article 6 de la directive 2000/78

Après avoir établi, en réponse aux trois premières questions préjudicielles, l'applicabilité de la directive 2000/78 aux dispositions du règlement britannique relatives à la mise à la retraite des travailleurs âgés, la Cour de justice se saisit de la quatrième question que lui adresse la *High Court of Justice*. Il s'agit, à nouveau, d'une question en interprétation, cette fois-ci, de l'article 6 de la directive.

Le juge britannique interroge la Cour sur le point de savoir si cet article 6 doit être interprété en ce sens qu'il impose aux Etats membres, désireux de mettre en œuvre la dérogation qu'il contient, de dresser une «liste fermée» des différences de traitement fondées sur l'âge susceptibles d'être justifiées (54)? Ou les Etats peuvent-ils, au contraire, adopter des dispositions qui, à l'image de l'article 3 du règlement de 2006, se limitent à prévoir qu'une différence de traitement fondée sur l'âge n'est pas une discrimination s'il est établi par l'employeur qu'elle constitue un moyen proportionné d'atteindre un but légitime (cause de justification ouverte)?

Le raisonnement emprunté par la Cour de justice se développe à deux niveaux de lecture distincts (A) et aboutit à une réponse dont la simplicité n'est qu'apparente (B).

A. — UN RAISONNEMENT EN CONTREPOINT

Le soutènement de la réponse fournie par la Cour à la quatrième question préjudicielle prend les apparences d'une approche en contrepoint (55). Sur un mode majeur, le juge communautaire répond, en trois temps, à la question *formelle* qui lui a été posée par la haute juri-

peut affecter la portée, ni déroger aux prescriptions, du principe général d'égalité et de non-discrimination. Ce n'est pas à dire pour autant que, parce qu'elle affirme vouloir garantir sa pleine effectivité, elle en acquiert les spécificités — en ce compris tout ou partie de son effet direct horizontal. En revanche, précisément parce qu'il est impuissant à modifier la teneur d'un principe général de droit, le législateur communautaire n'a pas pu, en adoptant la directive, faire disparaître l'effet direct horizontal dudit principe. Celui-ci devrait donc encore pouvoir être invoqué en tant que tel afin de pallier les déficiences quant à l'invocabilité de la directive 2000/78, même après l'échéance de son délai de transposition.

(54) Pt 20 de l'arrêt *Age Concern* précité. Cette thèse était par ailleurs défendue par certaines organisations de protection des droits fondamentaux (voy. toutefois les critiques à cet égard de C. O'CONNOR, *La discrimination fondée sur l'âge...*, o.c., p. 35).

(55) En musique, le contrepoint désigne la technique qui a pour objet de superposer, de manière organisée, deux lignes mélodiques distinctes.

diction britannique (56). Mais, par trois glissements opérés à chaque moment-clé de son approche, la Cour développe aussi une analyse en mode mineur, qui prend de plus en plus ses distances avec la formulation initiale de la question pour s'intéresser davantage aux *conditions de fond* émises à l'utilisation de la dérogation visée à l'article 6 de la directive.

1. — *La nature de la question : d'une question en interprétation à une «question en conformité»*

Telle qu'elle est posée par la *High Court of Justice*, la question préjudicielle vise à interpréter l'article 6 de la directive, et non à contrôler la conformité du règlement de 2006 à cette disposition. A l'évidence, l'article 234 du Traité CE n'autorisait pas la juridiction britannique à interroger la Cour de justice sur la compatibilité avec le droit européen d'une disposition de droit interne. Néanmoins, il est fréquent que la juridiction nationale interroge la Cour de Luxembourg sur le point de savoir si une disposition communautaire doit être interprétée comme s'opposant à ce que les autorités nationales adoptent telle ou telle réglementation (57). Tel n'est assurément pas le cas en l'espèce. Comme le relève l'avocat général MAZAK, «la High Court of Justice s'est délibérément abstenue de demander à la Cour de statuer sur la compatibilité entre la directive 2000/78 et le type de législation nationale en cause au principal [...] Au contraire, [...] la High Court a saisi la Cour de questions assez spécifiques qui ont en particulier pour objectif de lui permettre de régler certaines questions soulevées par *Age Concern England* et de procéder à *sa propre appréciation de la conformité du règlement à la directive 2000/78*» (58).

La Cour de justice va cependant faire peu de cas de la stratégie jurisprudentielle de la haute Cour britannique. Dès l'entame de son

(56) Ou, du moins, à la question telle que la Cour de justice l'a reformulée. En effet, la *High Court* demandait si l'article 6 de la directive imposait aux Etats membres de définir les types de différences de traitements justifiables «au moyen d'une liste ou de toute autre mesure qui soit semblable par sa forme et son contenu audit article 6» (notre accent). Dans sa reformulation, la Cour limite expressément son examen à la question de savoir si les Etats membres sont tenus d'«énonce[r] de manière spécifique les types de différences de traitement fondées sur l'âge pouvant échapper au principe de non-discrimination» (notre accent. *Compar.* les points 20 et 31 de l'arrêt *Age Concern*).

(57) C'est d'ailleurs la forme sous laquelle la juridiction de renvoi s'était adressée à la Cour de justice dans les affaires *Mangold* et *Palacios de la Villa*.

(58) Pts 21 et 22 des conclusions de l'avocat général MAZAK précitées (notre accent). D'autres juridictions supérieures ont même évité de s'adresser à la Cour de justice (voy. C.E. fr., 25 avril 2006, *Europe*, 2006, n° 239).

raisonnement relatif à la quatrième question préjudicielle, elle relève d'autorité qu'il «ressort du dossier que cette question vise à déterminer si ledit article 6, paragraphe 1, s'oppose à une disposition telle que l'article 3 du règlement» de 2006. La question est directement reformulée en une «question en conformité». Sans doute, la Cour de justice peut-elle justifier cette reformulation par le souci d'apporter à la juridiction interne, contre sa volonté s'il le faut, une réponse *utile* à la solution du différend dont elle est saisie à titre principal (59).

A la lumière de cette ligne directrice, il est toutefois permis de s'étonner de la pudeur dont la Cour fait subitement preuve lorsqu'elle considère, au même considérant, que «la juridiction de renvoi ayant limité sa question à l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, il n'est pas nécessaire que la Cour se prononce sur l'interprétation d'autres dispositions, notamment l'article 4 de celle-ci», à savoir la disposition permettant aux Etats de déroger au principe de non-discrimination en raison de l'existence d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

De deux choses l'une, en effet. Soit le recours à l'article 4 de la directive est inutile pour apprécier la validité de l'article 3 du règlement de 2006, au motif, par exemple, que les différences de traitement en raison de l'âge, justifiées par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, sont spécifiquement visées à l'article 8 du même règlement. Mais pourquoi, alors, ne pas exclure l'examen de l'article 4 de la directive parce qu'il n'est pas pertinent pour la résolution du litige? Soit l'interprétation de cet article 4 présente un intérêt en la matière. Mais pourquoi, alors, ne pas s'en saisir d'office au titre de l'utilité de la réponse à apporter par la Cour de justice (60)?

A première vue, les articles 4, §1^{er}, et 6, §1^{er}, de la directive ont des champs d'application bien distincts (61). Le premier d'entre eux constitue une dérogation au principe de non-discrimination qui, si elle n'est pas restreinte au seul motif de l'âge, est en revanche limitée aux différences de traitement fondées sur une exigence professionnelle essentielle et déterminante (62). Au-delà de cette différence impor-

(59) A ce propos, voy. notamment S. VAN RAEPENBUSCH, *o.c.*, pp. 539-540.

(60) C'est du reste la démarche adoptée par l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Colin Wolf* précités où celui-ci examine d'office la validité de la réglementation nationale en cause au regard de l'article 4 de la directive.

(61) Ce qui ne veut pas dire qu'ils s'excluent l'un l'autre (Proposition de directive..., *o.c.*, COM (1999), 565 final, p. 11).

(62) Voy. *supra*.

tante, les distinctions entre les deux articles se résument toutefois, pour l'essentiel, à des nuances de plume (63).

En revanche, le vingt-troisième considérant de la directive comporte, à propos de la dérogation visée à l'article 4, une précision particulièrement importante eu égard à la question posée par la *High Court of Justice* (64). Il y est en effet souligné que les «circonstances très limitées» dans lesquelles une différence de traitement fondée sur des exigences professionnelles essentielles et déterminantes peuvent être justifiées «doivent être *mentionnées* dans les informations fournies par les Etats membres à la Commission». En d'autres termes, une «comptabilité» des cas dans lesquels l'Etat autorise pareilles différences de traitement semble devoir être tenue (65). En revanche, une telle contrainte n'apparaît, ni dans les considérants, ni dans le corps de la directive, à propos de la faculté pour les Etats membres de mettre en œuvre la dérogation visée à l'article 6, §1^{er} (66).

Il n'est pas impossible que cette spécificité ait poussé la Cour à préciser explicitement que le raisonnement qu'elle tient à propos de l'article 6 ne peut être transposé, sans autre nuance, à l'article 4 de la

(63) Celle qui retient le plus l'attention est sans doute le libellé distinct des conditions dont la réunion permet de justifier la différence de traitement. L'article 4 exige que son objectif soit légitime et que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante soit proportionnée. L'article 6, §1^{er}, impose que la différence de traitement soit objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre soient appropriés et nécessaires. Il n'est pas certain que ces différences lexicales renvoient à des régimes juridiques étrangers l'un à l'autre. Et ce d'autant moins que, dans son arrêt *Age Concern*, la Cour accorde peu de poids à de telles différences terminologiques (voy. *infra*). Pour une première application de l'article 4 de la directive, voy. les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Colin Wolf* précitées, pts 35 et s.

(64) Même s'il est vrai que la valeur des considérants d'une directive ne saurait être surestimée. Il convient en effet de rappeler que ces considérants «n'ont pas de valeur juridique contraignante et ne sauraient être invoqués pour déroger aux dispositions même de l'acte concerné, ni pour interpréter ces dispositions dans un sens manifestement contraire à leur libellé» (Voy., pour un arrêt récent, C.J.C.E., 2 avril 2009, C-134/08, *J.F. Tyson Parketthandel*, pt 16. *Compar.* la lecture plus restrictive de cette jurisprudence par D. MARTIN, «Contrôle de proportionnalité...», *o.c.*, p. 245).

(65) Sur cette question, voy. Ch. BAYART, *o.c.*, p. 239. Voy., dans un sens apparemment analogue, la précision à l'égard de la dérogation applicable à l'armée où le dix-neuvième considérant de la directive précise également que «les Etats membres qui exercent ce choix doivent définir le champ d'application de cette dérogation».

(66) Dans sa proposition de directive, la Commission avait toutefois précisé que seules «des circonstances très exceptionnelles» pouvaient justifier, au titre de l'article 6 de la directive, une différence de traitement fondée sur l'âge (Proposition de directive précitée, COM (1999) 565 final, p. 11).

même directive (67). Mais il est à regretter que le juge communautaire n'ait pas cherché à déterminer si la précision contenue au vingt-troisième considérant de la directive devait s'entendre comme imposant à l'Etat de dresser une liste des circonstances spécifiques dans lesquelles il autorise le recours à la dérogation visée à l'article 4 de la directive et, surtout, dans l'affirmative, si l'article 6 ne devait pas recevoir, dans un souci d'égalité, une même interprétation.

Quoiqu'il en soit, au terme de ce premier glissement, le raisonnement en mode mineur de la Cour tend à répondre à la question de savoir si, en tant qu'il n'arrête pas une liste spécifique de différences de traitement acceptables, mais permet à l'employeur d'exercer une discrimination fondée sur l'âge à condition qu'il soit en mesure de justifier son caractère raisonnable par rapport à un objectif légitime, l'article 3 du règlement de 2006 outrepassé les limites de la faculté de dérogation concédée aux Etats membres par l'article 6 de la directive.

2. — *L'objet de la question :*
d'une disposition générale à une occurrence particulière

Comme il l'a été exposé ci-dessus, l'article 3 du règlement de 2006 est une disposition générique dont l'objet consiste à définir les notions de discrimination directe et indirecte en raison de l'âge et à exonérer les différences de traitement, directes ou indirectes, qui constituent un moyen proportionné d'atteindre un but légitime. Il s'ensuit que l'article 3 du règlement est en mesure de justifier un nombre indéfini de traitements différenciés concernant l'ensemble des situations visées aux articles 7 à 24 du règlement.

Or, la Cour de justice va singulièrement amputer la portée de cet article en se bornant à y lire l'autorisation faite à «un employeur de licencier des travailleurs de moins de 65 ans [...] lorsque ceux-ci atteignent l'âge fixé dans l'entreprise pour le départ à la retraite [NRA] si une telle mesure constitue 'un moyen proportionné d'atteindre un but légitime'» (68). En reformulant de la sorte l'article 3 du règlement de 2006, la Cour de justice fait perdre toute signification à la question préjudicielle qui lui est formellement posée. En effet, l'article 3 n'est

(67) Ce qui paraît jeter un doute sur la pratique de certains Etats membres qui, comme les Pays-Bas, ont explicitement considéré qu'un même contrôle de la mesure en cause devait s'appliquer, que celle-ci constitue une différence de traitement directement ou indirectement fondée sur l'âge ou encore une différence de traitement fondée spécifiquement sur une exigence professionnelle essentielle et déterminante (à ce sujet, voy. N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 1125, note 57 et les critiques de C. O'CONNOR, *La discrimination fondée sur l'âge...*, *o.c.*, p. 34).

(68) Pt 34 de l'arrêt *Age Concern* précité.

plus cette cause de justification ouverte, cette règle *générale* qui autorise potentiellement toute différence de traitement fondée sur l'âge, mais constitue, au contraire, une disposition *spécifique* déterminant une hypothèse précise où l'employeur est en droit d'établir une différence de traitement fondée sur l'âge, à l'image des exemples contenus à l'article 6, §1^{er}, de la directive (69).

Au terme de cette évolution, la Cour a, quoiqu'il en soit, dégagé de l'article 3 une réglementation précise, constitutive à ses yeux d'une discrimination directe en fonction de l'âge, et dont la régularité doit désormais être vérifiée au regard de l'article 6 de la directive 2000/78. Une question essentielle est cependant demeurée sous le boisseau. En effet, la Cour de justice ne s'est pas interrogée sur la comparabilité des situations. Pourtant, toute différence de traitement fondée directement sur l'âge n'est pas une discrimination directe. Encore faut-il que les situations en cause soient comparables (70). Or, en ce que le critère de distinction utilisé consiste dans l'âge à partir duquel les travailleurs ont, en principe, droit à une pension de retraite, la situation de ces travailleurs est-elle bien comparable à celle d'un travailleur qui, certes, pourrait être mieux protégé contre le licenciement, mais qui ne dispose pas du droit à un revenu de remplacement (71)?

(69) Dans ce contexte, il est permis de se demander ce qui justifie que la Cour de justice confère une portée à ce point limitée à l'article 3 du règlement de 2006. On invoquera en vain l'exigence de fournir une réponse utile pour le litige au principal *en ce qu'elle* aurait imposé à la Cour de se limiter à examiner l'article 3 du règlement seulement en tant qu'il concerne la problématique des licenciements pour cause de départ à la retraite. En effet, soit le recours d'*Age Concern England* devant la *High Court of Justice* ne concerne que cette question, et la quatrième question préjudicielle n'était pas utile à la résolution du litige, la lecture combinée des articles 3 et 30 du règlement de 2006 permettant de dégager une règle particulière régissant la possibilité de licencier un travailleur de moins de 65 ans. Soit le recours intenté par l'association caritative est plus large et vise également à contester l'article 3 du règlement dans l'intégralité de ses potentialités et il n'appartient pas à la Cour d'en limiter artificiellement la portée. Paradoxalement, il semble cependant que c'est bien le souci de fournir une réponse pleinement utile à la solution du litige qui a incité la Cour de justice à procéder de la sorte. Mais non pas afin de réduire la portée de la question en interprétation, quitte à l'annihiler formellement, mais bien dans le but d'étendre l'examen de compatibilité, en mode mineur, de la réglementation nationale au-delà de la question formellement adressée à la Cour. Sur cet aspect, voy. *infra*.

(70) Relevons, en outre, que cette condition de comparabilité est particulièrement délicate à manier en ce qui concerne les traitements différenciés en raison de l'âge (C. O'CONNOR, *La discrimination fondée sur l'âge...*, o.c., pp. 21-22).

(71) Voy., à propos de la comparabilité de situations, l'arrêt *Lindorfer* précité, pts 64-68 et l'arrêt *Hütter* précité, pt 38. A supposer que ces situations ne soient pas comparables, les règles en cause dans l'affaire *Age Concern* supposeraient encore de comparer la situation du travailleur âgé de 65 ans et plus — et qui peut

3. — *Le contenu de la question :
d'une liste de différences de traitement acceptables
à une identification d'objectifs légitimes*

La Cour de justice prend également ses distances avec la formulation initiale de la question lorsqu'elle s'intéresse au contenu même de la question qui lui est adressée. Alors que la juridiction britannique l'interrogeait, selon elle (72), sur la nécessité pour l'Etat membre de dresser une liste des différences de traitement fondées sur l'âge acceptables, la Cour de justice, après avoir répondu à cette question, va poursuivre son analyse en s'intéressant aux objectifs susceptibles de justifier une discrimination directe en raison de l'âge.

Dans un premier temps, la Cour répond, sur le mode majeur, à la question de savoir si l'article 6 impose à l'Etat d'établir une liste de différences de traitement admissibles. A la suite de son avocat général, elle estime que les principes régissant la transposition des directives doivent s'appliquer en l'espèce.

Or, il est de jurisprudence constante qu'une directive peut être mise en œuvre au moyen d'une mesure générale, pour autant que cette dernière en garantisse effectivement la pleine application. Si la directive en cause vise à créer des droits au profit des particuliers, la situation juridique découlant de cette mesure générale doit, par ailleurs, être suffisamment claire et précise. Les bénéficiaires doivent, en outre, être en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales (73).

Conformément à cette jurisprudence, la Cour de justice estime que l'article 6 de la directive n'impose pas aux Etats membres d'établir, dans leurs actes de transposition, une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. Au demeurant, précise-t-elle, les différences de traitement visées à l'article 6 de la directive n'ont qu'une valeur indicative.

faire l'objet d'un licenciement pour cause de départ à la retraite, sans autre condition, sinon procédurale — et la situation du travailleur âgé de moins de 65 ans — qui peut faire l'objet d'un licenciement pour cause de départ à la retraite, mais uniquement à la condition que son employeur démontre qu'il poursuit un objectif légitime par des moyens pertinents et proportionnés. *Adde* P., JOASSART, «La prohibition de la discrimination et les barèmes liés à l'âge : *summum ius, summa injuria?*», *N.T.T.*, 2008, p. 236.

(72) Sur la reformulation de la question par la Cour de justice, voy. *supra*.

(73) Voy., notamment, C.J.C.E., 23 mai 1985, 29/84, *Commission c. Allemagne*, pt 23 cité au pt 41 de l'arrêt *Age Concern*.

A ce stade, la Cour de justice a apporté une réponse complète à la question qui lui est posée (74). Ceci ne l'empêche toutefois pas de poursuivre son raisonnement en mode mineur. Profitant du fait que l'article 6, §1^{er}, ne mentionne pas uniquement des exemples de différences de traitement spécifiques liées à l'âge, mais aussi une série d'objectifs légitimes (75), elle précise que ce qui vient d'être dit à propos du caractère exemplatif des différences de traitement listées à l'article 6 vaut également pour les objectifs qui y sont visés. Elle en déduit qu'«il ne saurait être inféré de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/78 que le manque de précision de la réglementation nationale en ce qui concerne les objectifs pouvant être considérés comme légitimes au regard de cette disposition aurait pour effet d'exclure automatiquement que cette réglementation puisse être justifiée au titre de ladite disposition» (76).

S'appuyant sur l'arrêt *Palacios de la Villa*, elle précise toutefois immédiatement qu'«à défaut d'une telle précision, il importe néanmoins que d'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée, permettent l'identification de l'objectif sous-tendant cette dernière». Cet objectif doit, de surcroît, être «d'intérêt général» et relever, plus précisément «de la politique sociale» (77). Pour cette raison, il se distingue «de motifs purement individuels qui sont propres à 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 des-

(74) A tout le moins à la question telle qu'elle l'a, elle-même, reformulée. En effet, le souci de la *High Court of Justice* de viser, dans sa question, non seulement le concept de «liste», mais aussi «toute autre mesure semblable par sa forme ou son contenu» à l'article 6, §1^{er}, de la directive, aurait pu être utilisé comme une passerelle éventuelle pour s'engager dans l'examen des objectifs poursuivis par la règle de droit interne.

(75) A savoir des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle.

(76) Pt 44 de l'arrêt *Age Concern*.

(77) Pt 46 de l'arrêt *Age Concern*. Après avoir rappelé ces exigences déduites des arrêts *Palacios de la Villa* et *Age Concern*, l'avocat général Bot précise toutefois que «l'examen de la justification d'une différence de traitement liée à l'âge [ne] doit [pas] toujours être limité aux objectifs poursuivis initialement par le législateur national. Il se peut, en effet, qu'une même mesure soit maintenue alors qu'elle poursuit des objectifs nouveaux, compte tenu de l'évolution des conditions sociales, économiques, démographiques ou budgétaires. Il faut toutefois que le contexte général de la mesure permette d'identifier de tels objectifs» (conclusions dans l'affaire *Domnica Petersen*, pt 49). Cette conception rejoint la jurisprudence de la Cour relative aux discriminations fondées sur le sexe (C.J.C.E., 23 octobre 2003, C-4/02, *Schönheit*, pt 86).

dits objectifs légitimes, un certain degré de flexibilité aux employeurs» (78).

A l'évidence, ce raisonnement en mode mineur est étranger à la question préjudicielle, telle qu'elle était appréhendée initialement par la Cour de justice. En réalité, ces précisions servent à entamer un *nouvel examen* de la régularité de l'article 3 du règlement de 2006, et notamment du régime de licenciement pour cause de mise à la retraite, qui découle de sa lecture combinée avec l'article 30 dudit règlement, eu égard aux *objectifs autorisés par la directive*.

Précisément, la Cour de justice poursuit son raisonnement en estimant que c'est au juge national de se prononcer «*en dernier ressort*» sur la compatibilité de l'article 3 du règlement avec l'article 6 de la directive. Toutefois, «la Cour, statuant sur renvoi préjudiciel peut, le cas échéant, apporter des précisions visant à guider la juridiction nationale dans son interprétation». C'est ce qu'elle va faire en l'espèce, en rappelant en substance que, malgré l'importante marge d'appréciation des Etats en la matière, de simples affirmations géné-

(78) Pt 46 de l'arrêt *Age Concern*. Dans le même sens, voy. C.J.C.E., arrêt *Hütter* précité, pt 41 et C. BAYART (*o.c.*, p. 303) : «toch lijkt de Richtlijn ook de individuele werkgever niet uit het oog te hebben verloren. De Richtlijn geeft, als voorbeeld van een (te rechtvaardigen) verschil in behandeling, het stellen van een maximumleeftijd bij aanwerving die gebaseerd is op de opleidingseisen die een bepaalde functie inhouden. Impliciet schuilt hier een legitieme doelstelling onder : met name vermijden dat werkgevers zouden investeren, via opleiding, in (oudere) werknemers, waarvan — gelet op de pensioenleeftijd — aangenomen mag worden dat zij niet lang genoeg actief zouden zijn om de initiële investering door de werkgever te recupereren» (traduction libre : «toutefois, la directive paraît aussi ne pas avoir perdu de vue l'employeur individuel. La directive donne, comme exemple d'une différence de traitement (à justifier), la fixation d'un âge de recrutement maximal qui est basé sur les exigences de formation qu'implique une fonction particulière. Un objectif légitime s'y cache implicitement : à savoir éviter que les employeurs investissent, via la formation, dans des employés (plus âgés) à propos desquels — compte tenu de l'âge de la pension — il peut être admis qu'ils ne seraient pas assez longtemps actifs pour que leur employeur puisse récupérer l'investissement initial»). Cette flexibilité permet notamment de prendre en compte les caractéristiques propres aux emplois en cause (C.J.C.E., arrêt *Palacios de la Villa* précité, pt 74. *Compar.* C.J.C.E., arrêt *Mangold* précité, pt 65). Voy. encore les pts 117-118 des conclusions de l'avocat général SHARPSTON sous l'arrêt *Bartsch* précité où l'intérêt de l'employeur à limiter globalement les coûts liés à un régime de pension facultatif semble être analysé comme un objectif légitime au sens de l'article 6 de la directive. Voy. encore les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Seda Küçükdeveci* précitées, où celui-ci exclut que la flexibilité reconnue aux employeurs dans la mise en œuvre des objectifs de politique sociale puisse, en elle-même, constituer un objectif légitime de politique sociale (pt 47). *Compar.* C.J.C.E., 9 septembre 1999, C-281/97, *Krüger*, pts 27-30 (voy. *infra* pour une analyse de cet arrêt).

rales non étayées ne peuvent suffire à attester de la compatibilité d'une mesure avec l'interdiction de discrimination en raison de l'âge.

B. — UNE RÉPONSE EN TROMPE L'ŒIL

La réponse qu'apporte la Cour à la quatrième question qui lui était déférée est de prime abord limpide (1). Son raisonnement en mode majeur lui permet de vider complètement la question posée et de rejeter l'interprétation stricte de l'article 6 de la directive défendue par *Age Concern*. Toutefois, le cheminement en mode mineur entamé par le juge communautaire aboutit à une conclusion toute différente (2).

1. — Une validation apparente de l'article 3 du règlement de 2006

A première vue, la Cour de justice répond à la *High Court* que l'article 6 ne s'oppose pas une disposition telle que l'article 3 du règlement de 2006. En effet, la législation communautaire n'exige pas de l'Etat qu'il élabore une «liste fermée» des différences de traitement susceptibles d'être justifiées par un objectif légitime (79). Si elle a le mérite de la clarté, la solution souffre toutefois d'un déficit de motivation.

Bien qu'elle se fonde explicitement sur les conditions dans lesquelles la transposition d'une directive peut se faire via des principes généraux ou un contexte juridique général — et qu'elle étende ces conditions à l'hypothèse où cette transposition a lieu au moyen d'une disposition écrite, mais de portée générale (80) —, la Cour reste, tout d'abord, en défaut de vérifier si pareilles conditions sont bien remplies en l'espèce. Il n'y a nulle trace, dans son raisonnement, de la preuve qu'une disposition comme l'article 3 du règlement permet de garantir effectivement la pleine application de la directive ni que cet article respecte le principe de sécurité juridique et offre à ses bénéficiaires la possibilité de se prévaloir en justice des droits qui en découlent.

Or, cet examen s'imposait tout particulièrement en l'espèce. En effet, alors même que l'article 9 de la directive requiert la mise sur

(79) Alors qu'une partie de la doctrine estimait qu'une telle interprétation s'imposait (voy. C. BAYART, *o.c.*, p. 300).

(80) Il est, du reste, permis de se demander si ces conditions sont indistinctement applicables à toute mesure de transposition, que cette dernière vise à instituer, en droit interne, une obligation imposée par la directive ou, au contraire, à mettre en œuvre, comme en l'espèce, une faculté de déroger à une obligation imposée par la directive.

ped de procédures judiciaires spécifiques (81), il ressort de la décision de renvoi qu'aucun recours particulier ne permettait de faire contrôler la compatibilité d'un licenciement, en raison de l'accès à l'âge de la retraite, avec le principe de non-discrimination contenu dans la directive (82). En outre, la Cour de justice s'est déjà montrée beaucoup plus exigeante quant au respect du principe de sécurité juridique, lorsque l'Etat entend mettre en œuvre une faculté de déroger aux droits qu'une directive reconnaît aux particuliers (83).

Par ailleurs, l'argument — certes superfétatoire dans l'esprit du juge communautaire (84) — selon lequel le caractère exemplatif des différences de traitement visées à l'article 6 de la directive impliquerait que l'Etat membre puisse se dispenser de dresser une liste fermée des différences de traitement qu'il estime justifiables ne convainc pas. En effet, ce n'est pas parce que la disposition habilitante ne comporte pas une liste exhaustive des cas dans lesquels il peut être fait application de l'autorisation qu'elle contient que l'autorité habilitée à agir de la sorte est nécessairement libre de ne pas en établir une.

En définitive, l'argument de l'avocat général MAZAK rencontre davantage l'adhésion. Selon lui, en effet, «compte tenu de la diversité des situations dans lesquelles de[s] différences de traitement [pouvant être justifiées par un objectif légitime] peuvent se produire, il est sans doute impossible d'établir une telle liste à l'avance sans restreindre de manière indue la portée de la justification prévue à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de

(81) Sur cette question, voy., notamment, P. DOLLAT, «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne», *J.T.D.E.*, 2002, p. 62.

(82) En tout cas lorsqu'il est fondé sur l'article 30 du règlement de 2006 (pt 16 de l'arrêt *Age Concern*).

(83) Elle a ainsi eu l'occasion de juger que lorsqu'un motif d'exception est «libellé de manière si générale qu'il n'apparaît pas clairement quelles sont les hypothèses visées», celui-ci «est susceptible de créer une insécurité juridique, en ce qu'il ne garantit pas que les autorités publiques procéderont à sa mise en œuvre conformément à l'esprit de la directive», de telle sorte que cette transposition doit être considérée comme irrégulière (C.J.C.E., 16 juin 2003, C-233/00, *Commission c. France*, pt 61). Etaient en cause les mesures de transposition de la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. La France avait maintenu dans sa législation une disposition qui permettait aux autorités publiques de refuser la consultation ou la communication d'un document à caractère environnemental dont la diffusion porterait atteinte «de façon générale aux secrets protégés par la loi». Ce motif de refus se bornait donc, comme l'a relevé la Cour, à opérer un simple renvoi à la «loi», sans autre précision, ce qui était susceptible de créer une insécurité juridique. Il est vrai cependant que, dans l'arrêt commenté, la Cour de justice a donné une portée particulièrement limitée à l'article 3 du règlement de 2006 (voy. *supra*).

(84) Comme l'illustre l'utilisation, dans l'arrêt, des termes «au demeurant».

la directive 2000/78» (85). Resterait toutefois, dans ce cas, à justifier en quoi l'éventuelle obligation de comptabiliser les cas dans lesquels il peut être application de l'article 4 de la directive (86) n'est pas transposable à l'article 6 de la directive. Peut-être est-ce cette difficulté qui a poussé la Cour de justice à ne pas se reposer sur l'argument, somme toute assez simple et convaincant, défendu par son avocat général (87)?

2. — *Une condamnation implicite de l'article 3 du règlement de 2006?*

Le raisonnement en mode mineur de la Cour de justice semble la mener à confier au juge interne le soin de vérifier si l'article 3 du règlement de 2006 assure une transposition adéquate des exigences de fond imposées par l'article 6 de la directive. Les apparences s'avèrent pourtant ici trompeuses. Sans l'affirmer explicitement, la Cour de justice pose en effet deux conditions de fond qui conduiront très vraisemblablement à conclure à l'irrégularité de l'article 3 du règlement de 2006, en tout cas dans son interprétation traditionnelle.

La première de ces conditions de fond a trait à l'entité chargée de déterminer le but susceptible de justifier la différence de traitement fondée sur l'âge. Il appartient, à *titre primordial*, à l'Etat membre de définir l'objectif légitime poursuivi par la mesure *nationale* en cause. Ce n'est que sur le fondement de cette habilitation législative que pourra venir se greffer, au titre de l'article 6 de la directive, la pratique ou la réglementation d'un employeur opérant une différence de traitement en raison de l'âge (88).

(85) Pt 54 des conclusions précitées de l'avocat général MAZAK sous l'arrêt *Age Concern*.

(86) Voy. *supra*.

(87) Relevons par ailleurs que, dans ses conclusions, l'avocat général tenait également à préciser que, s'il ne peut être exigé de l'Etat qui met en œuvre l'habilitation contenue à l'article 6 de la directive de dresser une liste exhaustive des différences de traitement admissibles, il serait toutefois incompatible avec cette même directive que l'Etat se limite à garantir «que la législation nationale tombant dans le champ d'application de cette directive est véritablement conforme aux exigences d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui découlent de ladite directive» (pt 50). Au contraire, l'Etat devrait adopter une règle «prévoyant spécifiquement et de manière suffisamment claire une interdiction de la discrimination fondée sur l'âge», ce qui est le cas, selon l'avocat général, de l'article 3 du règlement de 2006 (pt 51). L'avocat général estime enfin nécessaire de préciser que cet article 3 «ne fixe pas la portée de l'interdiction, en droit national, de la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et de travail indépendamment des autres règles plus spécifiques régissant des situations et des questions particulières, telles que l'article 30 du règlement en ce qui concerne la mise à la retraite d'office» (pt 55).

(88) Dans le même sens, voy. H. MEENAN, «Age Equality...», *o.c.*, p. 18. *Adde* C. BAYART, *o.c.*, p. 302. *Contra* N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 1134. Voy. également l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat belge, *Doc. parl.*, Ch. repr., Doc 51-27201001, pp. 134-135.

Cette première contrainte résulte implicitement du fait que l'objectif visé à l'article 6 de la directive doit être un objectif d'intérêt général, lié à la politique sociale (89). Du reste, la Cour de justice confirmera cette analyse au point 65 de son arrêt, lorsque, dans l'examen de la cinquième question préjudicielle, elle précisera que l'article 6 de la directive impose aux Etats «la charge d'établir la légitimité de l'objectif poursuivi». C'est aussi la position beaucoup plus explicite de l'avocat général MAZAK (90) et celle qu'avait déjà adoptée la Cour dans son arrêt *Palacios de la Villa* (91).

La seconde condition de fond a trait au degré de généralité de la mesure nationale examinée. En effet, la Cour exige, au point 51 de son arrêt, que le caractère approprié et nécessaire de la mesure eu égard à l'objectif poursuivi soit prouvé autrement que par de simples affirmations générales. La Cour paraît donc souscrire à l'analyse de la Commission pour qui l'article 6 «suppose l'adoption d'une mesure nationale spécifique reflétant [mais pas énumérant] un ensemble de circonstances et d'objectifs particuliers» (92).

Il s'ensuit que, pour pouvoir être justifiée par l'article 6 de la directive, toute discrimination fondée sur l'âge doit reposer sur une habilitation nationale *suffisamment spécifique* pour faire apparaître en quoi cette dérogation au principe de non-discrimination est *nécessaire et appropriée* à la réalisation de l'objectif d'intérêt général, lié à la politique sociale, poursuivi par l'autorité étatique (93).

(89) Il paraît en outre pouvoir être déduit d'une certaine jurisprudence de la Cour que les objectifs liés à la politique sociale ne peuvent être poursuivis que par les Etats membres (C.J.C.E., arrêt *Krüger* précité pts 27-30). Voy. également Ch. TOBLER, *Limits and Potentials of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission, 2008, p. 32.

(90) «L'article 6, paragraphe 1, vise avant tout des mesures nationales reflétant des choix de politique sociale et de l'emploi et non pas des décisions individuelles des employeurs», renvoyant, du reste, au point 69 de l'arrêt *Palacios de la Villa*. Il poursuit en ces termes : «la justification de mesures prévoyant des différences de traitement fondées sur l'âge doit donc être évaluée au niveau de l'Etat membre 'dans le cadre du droit national'» (pt 82 de ses conclusions).

(91) Pt 68 de l'arrêt *Palacios de la Villa*. Si la Cour y vise, non seulement les Etats membres, mais aussi les partenaires sociaux, c'est toutefois à la condition qu'ils se réunissent «au niveau national». *Compar.* C.J.C.E., arrêt *Krüger* précité, pts 27-30.

(92) Pt 40 de l'arrêt *Age Concern*. *Compar.* les points 43 et 82 des conclusions de l'avocat général.

(93) Il n'est en revanche pas requis, comme le laissait déjà apparaître l'arrêt *Palacios de la Villa*, que la mesure vise, *in fine*, à améliorer la situation sur le marché de l'emploi de la catégorie à laquelle appartiennent les travailleurs discriminés, ce qui était le cas dans l'affaire *Mangold* (pt 59 de l'arrêt). A ce sujet, voy. S. BREDT, «Compulsory retirement as an instrument to strengthen labour market

Or, l'article 3 du règlement de 2006 paraît laisser *au seul employeur* le soin de déterminer *l'objectif légitime* qui justifie, dans chaque cas d'espèce, le recours à une différence de traitement fondée sur l'âge. D'autre part, dès lors que *toute* discrimination en fonction de l'âge est autorisée pour autant que l'employeur soit à même de justifier son caractère pertinent et proportionné à la lumière d'un objectif légitime, il paraît impossible de considérer que l'autorité publique soit en mesure de justifier, d'une manière suffisamment spécifique, l'autorisation qu'elle concède en des termes aussi larges.

Compte tenu de ce qui précède, la conformité de l'article 3 du règlement aux conditions de fond imposées par l'article 6 de la directive paraît douteuse. La Cour de justice ne va toutefois pas jusqu'à l'affirmer explicitement, sans doute par respect pour la volonté de la *High Court of Justice* de se réserver le soin de procéder à cette vérification.

Mais il y a plus. La Cour laisse en effet entendre que, dans une interprétation renouvelée, au prix d'un effort certain de distanciation par rapport au texte même de l'article 3 du règlement, celui-ci pourrait être compatible avec l'article 6 de la directive.

C'est au point 47 de son arrêt que la Cour de justice suggère, à notre estime, cette interprétation neutralisante. Ce considérant a pour objet de rappeler qu'il appartient au juge national de se prononcer sur la validité d'une règle de droit interne au regard des dispositions communautaires. En l'espèce, la Cour traduit cette idée en précisant qu'il appartient à la *High Court* de «déterminer si et dans quelle mesure une disposition qui permet aux employeurs de licencier les travailleurs ayant atteint l'âge de la retraite est justifiée par des 'objectifs légitimes' au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78». La disposition dont il s'agit, c'est évidemment l'article 3 du règlement. Mais lu d'une manière totalement novatrice.

Il n'est plus nécessaire de s'attarder sur l'interprétation restrictive de la portée de l'article 3 du règlement de 2006, limité à nouveau, dans l'esprit de la Cour, à la seule faculté de licencier un travailleur ayant atteint l'âge de la retraite. Relevons simplement que cette amputation permet de répondre à la condition de *spécificité* de la disposition nationale autorisant la différence de traitement fondée sur l'âge.

Mais ce considérant opère également un second bouleversement dans l'interprétation de l'article 3 du règlement de 2006 en omettant,

opportunities for young employment seekers? An annotation to the European Court of Justice's decision C-411/05 — Palacios de la Villa», *European Journal of Social Security*, 2008, pp. 193 et 199. Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Domnica Petersen* précitées.

pour la première fois, de préciser que l'autorisation faite aux employeurs de licencier ne vaut que si *ceux-ci* parviennent à démontrer qu'ils poursuivent de la sorte un objectif légitime de manière pertinente et proportionnée. Au contraire, la question de la justification par un objectif légitime, au sens de l'article 6 de la directive, est recentrée *exclusivement* sur la disposition nationale qui permet aux employeurs de recourir à ce type de licenciements. Or, ce renversement de perspective permet de répondre à la première condition fixée par la Cour de justice, à savoir la nécessité d'une intermédiation *étatique* fixant les objectifs de politique sociale qui justifient qu'un employeur puisse déroger à l'interdiction de discriminer en fonction de l'âge. Au terme de cette évolution, il s'agit en effet, pour le juge national, de vérifier «si les *buts envisagés par l'article 3 du règlement* sont légitimes au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, *en ce qu'ils relèvent d'un objectif de politique sociale*» (94).

En conclusion, l'article 3 est bien, dans cette interprétation conciliante, une disposition *spécifique* qui poursuit potentiellement des objectifs liés à la *politique sociale de l'Etat*. Si l'examen du dossier permet de dégager de tels objectifs et que le juge interne parvient à la conclusion que l'autorisation de procéder au licenciement de travailleurs au motif de leur accès à l'âge de la retraite constitue un moyen approprié et nécessaire pour atteindre pareils objectifs, l'article 3 du règlement sera pleinement compatible avec l'article 6 de la directive. Reste toutefois à déterminer le standard de contrôle que le juge national appliquera dans cet examen.

III. — Contrôle de la mise en œuvre de l'article 6 de la directive 2000/78

La cinquième question préjudicielle adressée à la Cour de justice vise précisément à déterminer selon quel standard de contrôle doivent être appréciés le caractère légitime de l'objectif poursuivi et, surtout, le caractère approprié et nécessaire de la mesure nationale autorisant une différence de traitement fondée sur l'âge. *Age Concern England* soutient en effet qu'en tant qu'ils permettent une différence de traitement directement fondée sur l'âge, les articles 7 et 30 du règlement de 2006 (95) doivent faire l'objet d'un contrôle plus drastique que les dis-

(94) Pt 49 de l'arrêt *Age Concern*.

(95) Relevons que la cinquième question préjudicielle présentait aussi un intérêt dans l'examen de validité de l'article 3 du règlement de 2006, à tout le moins dans son interprétation classique. En effet, celui-ci autorise *toute* différence de traitement

positions qui se bornent à autoriser, sous certaines conditions, une discrimination indirecte en raison de l'âge. Selon l'association, cette analyse serait confortée par la différence de libellé entre l'article 6, §1^{er}, et l'article 2, §2, b, de la directive.

La haute juridiction britannique interroge par conséquent la Cour sur le point de savoir s'il existe «une quelconque différence pratique significative» entre les critères permettant de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge selon qu'ils sont contenus à l'article 2, §2, b, ou à l'article 6 de la directive. Le raisonnement emprunté par la Cour de justice se caractérise par une approche en trompe-l'œil (A) qui aboutit à une solution en clair-obscur (B).

A. — UN RAISONNEMENT EN TROMPE-L'ŒIL

Après avoir affirmé l'inutilité de la comparaison sollicitée par la juridiction britannique (1), la Cour de justice va néanmoins entamer ladite comparaison (2), sans pour autant la pousser jusqu'à son terme (3).

1. — *L'affirmation de l'inutilité de la comparaison sollicitée*

Selon la Cour de justice, l'interprétation de l'article 2, §2, b, de la directive n'est pas nécessaire. En effet, cette disposition définit ce qu'il convient d'entendre par discrimination indirecte. Or, le litige au principal porte sur la légalité de dispositions nationales constitutives d'une forme de discrimination *directe* en raison de l'âge.

C'est d'ailleurs à l'égard de ces discriminations directes qu'aux yeux du juge communautaire, l'article 6, §1^{er}, de la directive doit, «*en particulier*», être interprété comme une dérogation à l'interdiction de discriminer en raison de l'âge. La précision est importante. Si elle reconnaît que l'article 6 a, surtout, une utilité dans le cadre de mesures instaurant une discrimination directe, la Cour n'exclut pas pour autant que cet article puisse être invoqué afin de justifier une discrimination indirecte en raison de l'âge (96). Du reste, les exemples de différences de traitement considérées comme admissibles fournies à

en raison de l'âge pour autant qu'elle puisse être justifiée par un objectif légitime et qu'elle y demeure proportionnée. Il s'ensuit que cet article emploie *les mêmes critères de justification*, que la différence de traitement soit fondée *directement ou indirectement* sur l'âge.

(96) *Compar.* les conclusions de l'avocat général SHARPSTON précitées, pts 111-112 et C. BAYART, *o.c.*, pp. 296-297.

l'article 6 contiennent des discriminations tant directes qu'indirectes (97).

La Cour de justice tient enfin à préciser qu'«en tant qu'elle constitue une exception au principe de l'interdiction des discriminations, [la faculté prévue à l'article 6] est toutefois *strictement encadrée* par les conditions prévues à ce même article 6, paragraphe 1» (98).

2. — *L'examen de la comparaison sollicitée*

Malgré le constat liminaire de l'inutilité de la comparaison sollicitée par la juridiction britannique, la Cour de justice va cependant s'interroger, dans un deuxième temps, sur l'existence d'une différence — autre que formelle — entre les critères de justification contenus aux articles 2, §2, b, et 6, §1^{er}, de la directive 2000/78.

Age Concern England accordait une importance particulière au fait que seul l'article 6, §1^{er}, de la directive usait du terme «raisonnablement». Une double condition serait ainsi émise par cet article : la dérogation devrait être «objective et raisonnable». Cette double condition renverrait directement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur des critères suspects, comme le sexe ou la race. Il s'ensuivrait que les différences de traitement fondées sur l'article 6 de la directive devraient être soumises «à un très haut niveau de contrôle».

A la suite de son avocat général, la Cour de justice balaie l'argument textuel d'un revers de la main. En vertu de l'article 2, §2, b, de la directive, une différence de traitement fondée indirectement sur l'âge n'échappera à la qualification de discrimination que pour autant qu'elle soit justifiée par un objectif légitime, atteint par des moyens appropriés et nécessaires. Or, il est inconcevable qu'une différence de

(97) Voy. *supra*. Comme le relève l'avocat général MAZAK, l'opposition faite par *Age Concern England* entre le champ d'application de l'article 6 de la directive — qui ne concernerait que les *discriminations directes* fondées sur l'âge — et l'article 2, §2, b, de la directive — qui porte sur les discriminations *indirectes* — n'est donc pas entièrement convaincante (voy. note 25 de ses conclusions). En revanche, nous ne pouvons souscrire à l'analyse du même avocat général lorsque celui-ci estime, au point 75 de ses conclusions, qu'en tant qu'il «prévoit une justification des différences de traitement directement fondées sur l'âge», l'article 6 établit une réglementation «unique parmi les types de discrimination prohibés par la directive 2000/78». On a vu, en effet, que l'article 4 de la même directive autorise, sous certaines conditions, les discriminations directes fondées sur l'âge lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Il en va de même notamment de l'article 2, §5, de la directive. A ce propos, voy. encore Ch. TOBLER, *o.c.*, p. 32.

(98) Pt 62 de l'arrêt *Age Concern* (notre accent).

traitement répondant à ces critères repose sur une justification qui n'est pas «raisonnable». La Cour en conclut qu'«il n'y a pas lieu d'attacher une signification particulière à la circonstance que ledit terme n'a été employé qu'à l'article 6, paragraphe 1, de la directive» (99).

A la différence de son avocat général (100), la Cour de justice ajoute toutefois immédiatement qu'«il importe [...] de souligner que cette dernière disposition s'adresse aux Etats membres et leur impose, nonobstant la 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*» (101). Aucune justification n'est toutefois apportée à cette affirmation (102).

3. — *Le caractère parcellaire de la comparaison réalisée*

Alors qu'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle détermine, par la suite, le standard de contrôle qui, par comparaison, est exigé par l'article 2, §2, b, de la directive, la Cour de justice souligne au contraire qu'il n'est pas «besoin, *en l'occurrence*, de se prononcer sur la question de savoir si ce seuil probatoire est plus élevé que celui applicable dans le cadre de l'article 2, §2, sous b), de la directive» (103). En considérant que cette question ne doit pas être résolue, *en l'occurrence*, la Cour de justice semble revenir à sa position initiale en vertu de laquelle l'interprétation de l'article 2, §2, b, n'est pas nécessaire pour la solution du litige.

C'est toutefois pour peu de temps. En effet, la Cour poursuit son raisonnement en relevant qu'en toute hypothèse, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à l'article 6 de la directive lorsqu'il apparaît que la dif-

(99) Pt 65 de l'arrêt *Age Concern*.

(100) Lequel estime que les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix de l'objectif poursuivi et «d'un pouvoir discrétionnaire relativement étendu en ce qui concerne le choix des moyens utilisés pour atteindre l'objectif légitime de politique sociale et de l'emploi qui est poursuivi» (pts 85-87).

(101) Pt 65 de l'arrêt *Age Concern*.

(102) Sans doute faut-il chercher un début d'explication dans la constatation posée antérieurement par la Cour et selon laquelle, en tant que régime dérogatoire, la faculté octroyée aux Etats membres par l'article 6, §1^{er}, est «strictement encadrée par les conditions prévues à ce même article 6, paragraphe 1» (pt 62 de l'arrêt *Age Concern*). Dans ce contexte, il est toutefois permis de se demander pourquoi la Cour de justice se limite à exiger un tel standard de contrôle uniquement à l'égard de la légitimité de l'objectif poursuivi alors que les conditions fixées à l'article 6, §1^{er}, visent, outre la légitimité de cet objectif, le caractère approprié et nécessaire des mesures adoptées. Pour une analyse plus fouillée de cette limite, voy. *infra*.

(103) Pt 66 de l'arrêt *Age Concern* (notre accent).

férence de traitement ne constitue pas une discrimination indirecte, au sens de l'article 2, §2, b. Bien qu'importante (104), la précision ne répond cependant pas à la question posée. Elle se limite en effet à agencer les deux dispositions sur un plan chronologique, non au regard de l'intensité de contrôle exigée.

B. — UNE SOLUTION EN CLAIR-OBSCUR

La réponse apportée par la Cour de justice à la cinquième question qui lui était posée recèle une large part de flou. L'incertitude règne quant à l'intensité (1), au champ d'application (2) et à l'articulation (3) du standard de contrôle qu'elle a mis en lumière. En toute hypothèse, la Cour de justice se garde bien de procéder elle-même au contrôle dont elle délimite les contours.

Cette approche prudente tranche avec les réponses qu'elle avait fournies à la juridiction espagnole dans l'affaire *Palacios de la Villa* et, plus encore, au juge allemand dans son arrêt *Mangold* (105). Elle dénote également avec le contrôle poussé qu'exercera la Cour de justice, dans son arrêt *Hütter*, rendu seulement trois mois après l'arrêt *Age Concern* (106).

1. — *L'incertitude autour de l'intensité du standard de contrôle*

Alors que l'expression paraît inédite dans sa jurisprudence (107), la Cour de justice ne définit pas ce que recouvre le standard de contrôle

(104) Voy. *infra*.

(105) Il est vrai que, dans ces deux affaires, les questions préjudicielles posées l'incitaient à un examen plus poussé (voy. *supra*).

(106) Il est vrai que, dans cette affaire également, la juridiction de renvoi interrogeait indirectement la Cour sur la conformité aux articles 1^{er}, 2 et 6, de la directive 2000/78 de la réglementation nationale excluant l'expérience acquise avant 18 ans des périodes à prendre en compte pour le calcul de l'ancienneté pécuniaire (arrêt *Hütter* précité, pt 17).

(107) Cette expression est traduite en anglais par la locution «high standard of proof», laquelle a déjà été utilisée par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les conclusions qu'il a déposées dans l'affaire C-232/05, *Commission c. France* : «Moreover, in the interests of strengthening the principle of effectiveness, the Court sets a very high standard of proof for Member States seeking to demonstrate that they have fulfilled their obligations despite failing to recover State aid which has been declared illegal and incompatible with the common market» (pt 69), ce qui donna, dans la version française : «De plus, afin de renforcer le principe d'effectivité, la Cour place la barre très haut en ce qui concerne la preuve du fait que l'État membre a satisfait à ses obligations, bien qu'il n'ait pas obtenu la restitution de l'aide financière déclarée illégale et incompatible avec le marché commun». Cette locution apparaît encore, à l'initiative des requérants, dans l'arrêt C-413/06P, *Bertelsman* du 10 juillet 2008.

qu'elle désigne par l'expression «seuil probatoire élevé» et à laquelle elle ne se réfère d'ailleurs plus expressément dans son arrêt *Hütter* (108).

Il convient dès lors de rechercher, au-delà de l'ordre juridique communautaire, des référents qui permettraient d'interpréter, par analogie, le concept ainsi dégagé par l'arrêt *Age Concern*.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre un premier terme de comparaison. En effet, une différence de traitement fondée sur un motif suspect, au sens de la Convention européenne, doit, en règle (109), être justifiée par des «considérations très fortes» pour être jugée compatible avec l'article 14 de la Convention (110). Ce point de comparaison présente néanmoins deux inconvénients.

(108) La Cour se contente d'y préciser que les «Etats 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». Assurément, la Cour n'étend pas expressément cette large marge d'appréciation au choix des objectifs (*compar.* la position retenue dans l'arrêt *Palacios de la Villa* et développée *infra*). Elle ne reprend pas non plus l'exigence expresse d'un seuil probatoire élevé dans l'examen de la validité de ces objectifs, même si son contrôle à cet égard est assez sévère (*voy. infra*). L'avocat général BOT ne mentionne pas davantage expressément ce seuil probatoire élevé dans les conclusions qu'il a déposées, après l'arrêt *Age Concern*, dans les affaires *Seda Küçükdeveci*, *Domnica Petersen* et *Colin Wolf* précitées. Plus encore, dans ses conclusions rendues le 7 juillet 2009, dans l'affaire *Seda Küçükdeveci*, l'avocat général précise que «les Etats membres disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser» (pt 51) renvoyant à cet égard exclusivement à l'arrêt *Palacios de la Villa*. Nonobstant cette formulation de principe, l'avocat général exerce néanmoins un contrôle assez poussé de la légitimité du but poursuivi par la législation nationale en cause dans cette affaire (*voy.* les pts 45 à 49 de ses conclusions). D'ailleurs, le même avocat général adoptera une position de principe moins catégorique dans les conclusions qu'il rendra, le 3 septembre 2009, dans les affaires *Domnica Petersen* et *Colin Wolf* précitées. Celui-ci y précise en effet que «les Etats disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et de l'emploi» (pt 76 et pt 42), renvoyant expressément à l'arrêt *Hütter*, sans plus se prononcer sur la marge d'appréciation reconnue aux Etats dans la détermination de la légitimité des objectifs qu'ils poursuivent.

(109) *Voy. infra*.

(110) *Voy. récemment*, à propos d'une distinction fondée sur la nationalité, C.E.D.H. (g.c.), 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, §87, et à propos d'une distinction fondée sur le sexe, C.E.D.H., 12 mai 2009, *Korelc c. Slovénie*, §83. A la différence des critères soumis au *strict scrutiny* américain, le contrôle lié à l'exigence de considérations très fortes n'est pas nécessairement fatal à la différence de traitement critiquée (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 15).

D'une part, la Cour de justice n'indique aucune filiation entre le standard de contrôle qu'elle retient et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette abstention est d'autant plus interpellante qu'*Age Concern England* invitait la Cour à raisonner par analogie avec l'enseignement de la Cour de Strasbourg et qu'il est désormais fréquent que la Cour de justice s'appuie expressément sur la jurisprudence strasbourgeoise.

D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme n'a, pour l'heure, jamais considéré l'âge comme un critère suspect dont l'utilisation supposerait de pouvoir se fonder sur des «considérations très fortes» (111). Plus encore, il existe une tendance, dans la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg, à abandonner toute référence explicite à ce standard de contrôle alors même que la différence de traitement est fondée sur un critère suspect (112).

La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis constitue un second terme de comparaison envisageable. Néanmoins, là aussi, la transposition n'est guère aisée. D'une part, la structure de raisonnement mise en place par la Cour suprême se présente d'emblée d'une manière plus complexe. Il existe, non pas deux degrés de contrôle, mais trois standards probatoires, que certains auteurs n'hésitent pas à subdiviser par ailleurs (113). En outre, comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême des Etats-Unis n'a jamais reconnu

(111) H. MEENAN, «Reflecting on age discrimination and rights of the elderly in the European Union and the Council of Europe», *M.J.*, 2007, p. 46; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination...*, o.c., pp. 273 et s. Relevons encore que la House of Lords a appliqué un standard de contrôle de faible intensité lorsqu'elle fut appelée à s'assurer de la compatibilité d'une discrimination directe en raison de l'âge avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (UKHL, *R v. Secretary of State for Work and Pensions* [2005] cité par N. BAMFORTH et al., o.c., p. 1111). Selon O. DE SCHUTTER (o.c., p. 15), l'âge et le handicap sont toutefois «les prochains candidats à un traitement comme motifs suspects».

(112) Voy. les références citées par D. MARTIN, «L'arrêt MANGOLD — Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité de traitement en droit communautaire?», *J.T.T.*, 2006, p. 115. L'arrêt *Weller c. Hongrie* du 31 février 2009 est un exemple récent — et presque topique — de l'attitude plus réservée de la Cour européenne en la matière. D'une part, elle y donne une interprétation particulièrement restrictive — et peu convaincante — de la discrimination fondée directement sur le sexe. D'autre part, alors qu'elle examine une différence de traitement fondée sur la nationalité, elle ne rappelle pas qu'une telle différence doit reposer sur des considérations très fortes pour être justifiée au sens de la Convention. Il faut toutefois observer, en sens inverse, un durcissement du contrôle dans certains arrêts à propos de critères particulièrement «odieux» de discrimination (Voy. C.E.D.H., 13 décembre 2005, *Timishev c. Fédération de Russie*, §58).

(113) Voy. les références citées par D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination...*, o.c., pp. 336 et 337.

le critère de l'âge comme un critère suspect. Au contraire, elle estime qu'une différence de traitement fondée sur l'âge ne doit être appréciée qu'au moyen du standard de contrôle le moins développé (114).

2. — *L'incertitude autour du champ d'application du standard de contrôle*

Outre la difficulté à cerner l'intensité du standard de contrôle dégagé par l'arrêt commenté, il y a lieu de s'interroger également sur la délimitation de son champ d'application. En effet, la Cour de justice n'exige l'application de ce mode probatoire qu'aux fins de vérifier la légitimité de l'objectif poursuivi. Une lecture *a contrario* de l'arrêt incite donc à penser que le contrôle de la pertinence et de la proportionnalité de la mesure examinée échappe à cette exigence.

Si telle est bien la position de la Cour de justice, la subdivision qu'elle opère ne peut que surprendre. En effet, l'utilité d'un standard probatoire plus strict se manifeste surtout lorsqu'il est appliqué au contrôle de la pertinence et de la proportionnalité d'une mesure donnée (115). Par ailleurs, si ce n'est à la lumière d'un seuil probatoire élevé, à l'aune de quel standard la pertinence et la proportionnalité de la mesure devraient-elles être contrôlées? S'agirait-il du standard minimum développé par la jurisprudence américaine (116)? La solution élaborée par la Cour de justice présenterait, à cet égard, des similitudes avec le test intermédiaire applicable, selon la Cour suprême des

(114) Cour suprême des Etats-Unis, *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 US 307, p. 313 : les personnes âgées «have not experienced a history of purposeful unequal treatment or been subjected to unique disabilities on the basis of stereotyped characteristics not truly indicative of their abilities». Elles ne constituent donc pas «a discrete and insular group [...] in need of extraordinary protection from the majoritarian political process». Pour une analyse similaire, voy. les conclusions des avocats généraux JACOBS et SHARPSTON dans l'affaire *Lindorfer* précitée.

(115) Sauf à considérer que, compte tenu de ce standard probatoire strict, seuls les objectifs déclinés dans les lignes directrices pour l'emploi, adoptées par le Conseil européen d'Helsinki les 10 et 11 décembre 1999 et visées au vingt-cinquième considérant de la directive, peuvent désormais justifier une différence de traitement fondée sur l'âge au titre de l'article 6 de la directive. Sur l'importance de ces lignes directrices, voy. Ch. BAYART, *o.c.*, pp. 308-309.

(116) C'est ce que pourrait laisser entendre la seule indication formelle à cet égard contenue dans l'arrêt *Age Concern* où la Cour souligne que le juge national ne peut se contenter de «simples affirmations générales» pour attester du caractère approprié et nécessaire de la mesure nationale en cause (pt 51 de l'arrêt). Force est toutefois de constater qu'à ce considérant de l'arrêt, la Cour s'exprime exactement dans les mêmes termes à propos du contrôle de la légitimité de l'objectif poursuivi. Ce n'est qu'au point 65 de l'arrêt qu'elle précisera, à l'égard du seul contrôle de la légitimité de l'objectif, que ce dernier doit être réalisé selon un standard probatoire élevé.

Etats-Unis, à une différence de traitement fondée sur le sexe, en ce que, si pareille différence «doit être motivée par ‘un objectif extrêmement convaincant’, le contrôle juridictionnel des moyens utilisés pour atteindre cet objectif est moins strict que dans le cas de la race ou de la nationalité» (117).

Quoiqu'il en soit, en exigeant un contrôle strict de la légitimité de l'objectif poursuivi, l'arrêt *Age Concern* opère un incontestable revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Palacios de la Villa* où la Cour avait estimé que les Etats disposaient, en la matière, d'un large pouvoir d'appréciation (118). Il a cependant déjà été souligné que l'exigence d'un seuil probatoire élevé afin de vérifier la légitimité du but poursuivi ne se retrouve plus *expressis verbis* dans l'arrêt *Hütter*, rendu par la même chambre trois mois plus tard.

S'agissant, en revanche, du contrôle de la pertinence et de la proportionnalité de la mesure au regard de cet objectif, l'arrêt *Age Concern* semble s'inscrire implicitement dans l'enseignement de l'arrêt *Palacios de la Villa* qui concédait, à cet égard également, une importante marge d'appréciation aux Etats membres. Dans sa décision *Palacios de la Villa*, la Cour se contenta en effet de constater que rien ne démontrait que la mise à la retraite d'office des travailleurs ayant atteint l'âge de la retraite ne pouvait être considérée comme une mesure appropriée et nécessaire afin de favoriser le plein emploi et l'accès au marché du travail (119). L'arrêt *Age Concern* paraît de la sorte confirmer la volonté de la Cour d'abandonner la position plus offensive qui fut la sienne dans l'affaire *Mangold* (120). Il n'est dès

(117) D. MARTIN, «L'arrêt *Mangold*...», *o.c.*, p. 114.

(118) Pt 68 de l'arrêt *Palacios de la Villa*. L'avocat général SHARPSTON avait adopté une même position dans ses conclusions précitées (pt 118).

(119) Comme le relève L. WADDINGTON (note sous l'arrêt *Palacios de la Villa*, *CMLR*, 2008, p. 903), cette approche est comparable à celle qu'adopte la Cour de justice lorsqu'elle doit se prononcer sur des cas où la législation nationale en cause porte sur des questions sociales ou culturelles sensibles. L'avocat général MAZAK avait même évoqué un contrôle marginal limité aux mesures manifestement déraisonnables (conclusions sous l'arrêt *Palacios de la Villa*, pt 74). Dans ses conclusions sous l'arrêt commenté, le même avocat général se contenta toutefois d'évoquer «un pouvoir discrétionnaire relativement étendu en ce qui concerne le choix des moyens utilisés pour atteindre l'objectif légitime» poursuivi.

(120) Dans le même sens, voy. D. MARTIN, «Contrôle de proportionnalité...», *o.c.*, p. 246. Même si, dans l'arrêt *Mangold*, la Cour de justice avait aussi affirmé qu'une large marge d'appréciation devait être reconnue aux Etats membres, elle s'était néanmoins montrée davantage intrusive, considérant que l'absence de toute distinction au sein de la catégorie des travailleurs âgés de plus de 52 ans privait de pertinence la réglementation en cause et que cette dernière était disproportionnée en ce qu'une partie importante des travailleurs risquaient d'être privés, pendant une partie importante de leur carrière, de la stabilité de l'emploi qui constitue un élé-

lors guère envisageable de faire droit, sur base d'un tel standard de contrôle, aux analyses économiques complexes qui mettent en cause la pertinence des mesures de mise à la retraite d'office dans la lutte pour un meilleur accès à l'emploi, notamment des plus jeunes (121).

A nouveau, la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice ne s'inscrit pas pleinement dans la perspective dégagée par l'arrêt *Age Concern*. Bien qu'elle affirme, dans son arrêt *Hütter*, la large marge d'appréciation des Etats membres dans le choix des mesures aptes à poursuivre leurs objectifs de politique sociale (122), la Cour de justice ne réserve toutefois pas au juge interne le soin d'examiner la régularité de la mesure nationale litigieuse, mais conclut elle-même, au terme d'un contrôle de proportionnalité poussé, à son caractère inadéquat (123).

ment majeur de la protection des travailleurs (voy. D. MARTIN, «L'arrêt *Mangold...*», *o.c.*, p. 112; L. WADDINGTON, *o.c.*, p. 904; S. BREDT, *o.c.*, pp. 194-195 et 199. *Contra* C. O'CONNOR, *o.c.*, pp. 15-16).

(121) Sur ces analyses, voy. S. BREDT, *o.c.*, p. 198-199 ainsi que les conclusions de l'avocat général MAZAK sous l'arrêt *Palacios de la Villa*, pt 77. Comme le relève du reste un auteur, si l'objectif poursuivi est «de répartir équitablement le travail disponible entre les différents groupes qui coexistent au sein de la population active, un critère de répartition plus adéquat [...] serait celui du nombre d'années de vie professionnelle déjà effectuées par chaque individu (O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail — Liberté et égalité dans les rapports de l'emploi*, Bruxelles, Peter Lang, 2001, p. 183, citant A. GOSSERIES, *Intergenerational Justice*, p. 190. *Compar.*, à ce propos, les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Domnica Petersen* précitées).

(122) Pt 45 de l'arrêt *Hütter* précité.

(123) La Cour estime, en substance, que la mesure nationale n'est pas adéquate en ce que, d'une part, elle ne permet pas véritablement de différencier les jeunes travailleurs selon leur filière d'études, alors qu'un de ses objectifs était d'encourager les jeunes à opter pour la filière d'enseignement secondaire général, et en ce que, d'autre part, elle s'applique indistinctement aux travailleurs ayant acquis une expérience professionnelle avant l'âge de 18 ans, sans offrir un avantage spécifique aux jeunes travailleurs appartenant à cette catégorie, alors que l'autre objectif de la mesure était précisément de faciliter l'insertion professionnelle de ceux-ci. Quant aux conclusions rendues par l'avocat général BOT, certaines laissent à penser qu'il privilégie un contrôle marginal de la Cour de justice sur l'adéquation de la mesure nationale en cause (voy. ses conclusions dans l'affaire *Domnica Petersen* précitées, pts 77-80 et dans l'affaire *Colin Wolf* précitées, pts 43-44, même s'il est vrai que, dans ces deux affaires, l'avocat général a estimé que la large marge de manœuvre qu'il convenait de reconnaître aux Etats devait encore être renforcée en raison respectivement de la compétence réservée aux Etats pour organiser leurs services de santé et de soins médicaux, d'une part, et du dix-huitième considérant de la directive qui précise que celle-ci ne saurait avoir pour effet d'astreindre les services de secours à embaucher des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer, d'autre part). En revanche, dans les conclusions qu'il a rendues dans l'affaire *Seda Küçük-deveci* précitées, et bien qu'il ait établi le principe d'une large marge d'appréciation des Etats membres en la matière, l'avocat général BOT condamne l'inadéquation de

Sans préjudice de ces évolutions ultérieures, l'arrêt *Age Concern* contraint les autorités britanniques à démontrer, devant leur juge interne, et à l'aune d'un standard probatoire élevé, le caractère légitime de l'objectif de politique sociale qu'elles entendaient poursuivre en adoptant la réglementation litigieuse. A en croire l'avocat général MAZAK, deux objectifs animèrent les auteurs de la réglementation litigieuse. Il s'agissait d'une part de permettre à l'employeur de planifier la force de travail dont il dispose et, d'autre part, de lutter contre l'instabilité des pensions (124). Il paraît en tout cas douteux que la légitimité, au regard de la politique sociale, du premier de ces objectifs soit établie au-delà de tout doute raisonnable (125).

A supposer ce premier test concluant, les autorités britanniques devront encore justifier la pertinence et la proportionnalité des mesures adoptées. Malgré le standard de contrôle plus lâche retenu en la matière par la Cour de justice, il n'est pas certain que la réglementation litigieuse dans l'affaire *Age Concern* puisse être considérée comme appropriée.

En effet, la réglementation espagnole, en cause dans l'affaire *Palacios de la Villa*, n'emportait pas une atteinte excessive aux intérêts des travailleurs âgés, dès lors que ceux-ci n'étaient licenciés qu'à la condition de disposer d'un revenu de remplacement d'un niveau raisonnable. En outre, la réglementation étant fixée par convention collective, elle prenait en compte les spécificités des marchés en cause (126). Certes, en l'espèce, les autorités britanniques laissent le soin à chaque

la mesure en prenant, notamment, en compte les *effets particuliers* que cette mesure peut avoir sur une *certaine catégorie* de jeunes travailleurs et sur l'absence de réévaluation de la pertinence d'une mesure, dont la version originelle date de 1926. Or, ces considérations rappellent sensiblement le mode de raisonnement de la Cour dans son arrêt *Mangold* (pt 65 de l'arrêt *Mangold*. A cet égard, voy. D. MARTIN, «L'arrêt *Mangold*...», *o.c.*, p. 112 et l'appréciation plus nuancée de S. VAN RAEPENBUSCH, «Les multiples...», *o.c.*, p. 316).

(124) Pt 67 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Age Concern*.

(125) Dans le même sens, voy. les conclusions de l'avocat général BOT dans l'affaire *Seda Küçükdeveci* précitées, pt 47. Après avoir établi qu'un des objectifs de la mesure nationale en cause était de permettre aux employeurs de gérer avec plus de flexibilité le licenciement d'une catégorie de travailleurs, en limitant la durée de leur préavis, l'avocat général écrit : «il nous semble toutefois difficile d'admettre que cette flexibilité accordée aux employeurs puisse constituer un objectif légitime en soi». Telle n'était toutefois pas la position de la Commission (pt 67 des conclusions de l'avocat général sous l'arrêt *Age Concern*). *Compar.* C. O'CONNOR, *o.c.*, pp. 41 et 47.

(126) Pt 72-74 de l'arrêt *Palacios de la Villa*. Pour un raisonnement similaire, voy. Comité des droits de l'homme, *Love c. Australie*, du 28 avril 2003, cité par F. COGULET-BONNET, *L'incidence de l'âge sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, Bruxelles, Ed. Jeunesse et Droit, 2008, p. 404.

employeur de déterminer s'il y a lieu de recourir au licenciement des travailleurs âgés, ce qui permet de prendre en compte les spécificités de chaque situation individuelle (127). En revanche, le licenciement peut avoir lieu, même si le travailleur ne dispose pas d'un revenu de remplacement *suffisant* (128).

3. — *L'incertitude autour de l'articulation du standard de contrôle*

Comment articuler le standard de contrôle imposé par l'article 6 de la directive et l'interdiction faite à l'article 2, §2, a, de la même directive de procéder à des discriminations directement fondées sur l'âge? *A priori*, la question ne présente pas de difficultés. L'article 2, §2, a, ne permet pas de justifier une discrimination directe. Le standard de contrôle fixé par l'article 6 n'entre donc pas en concurrence avec une autre méthode potentielle de justification fixée à l'article 2, §2, a, de la directive. Il importe cependant de rappeler que toute différence de traitement fondée directement sur l'âge n'est pas une discrimination directe. Encore faut-il que les situations en cause soient comparables.

A l'instar de l'expression «seuil probatoire élevé», la notion de comparabilité est particulièrement délicate à saisir. A l'aune de quel point fixe jugera-t-on d'une telle comparabilité (129)? On pourrait, au demeurant, considérer le test de comparabilité comme un filtre permettant de justifier les différences de traitement qui, parce qu'elles mettent en cause des situations totalement étrangères l'une à l'autre, sont par définition *manifestement pertinentes et proportionnées* (130). Dans cette acception, le test de comparabilité équivaldrait, en réalité, au contrôle strict de la pertinence et de la proportionnalité du traite-

(127) Il est vrai cependant que la souplesse instaurée par la réglementation britannique ne profite qu'à l'employeur qui dispose d'une appréciation pleinement discrétionnaire. *Compar.* N. BAMFORTH et al., *o.c.*, p. 1153.

(128) C. O'CONNOR, *o.c.*, p. 20. Ce qui pourrait du reste être considéré comme contraire à l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée qui est interprété par le Comité européen des droits sociaux comme imposant «l'offre de ressources suffisantes aux personnes âgées, par des pensions ou d'autres formes d'assistance financière, lorsque ces personnes ne perçoivent pas de rémunération, ou par un niveau de rémunération adéquat» (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 36). Relevons toutefois que le Royaume-Uni n'a pas ratifié la Charte sociale européenne révisée.

(129) Au surplus, cette notion est spécialement difficile à cerner en matière de discrimination fondée sur l'âge (voy. *supra*).

(130) Voy. les réflexions de Ch. TOBLER, *o.c.*, p. 34, p. 39 note 127. Voy. également le pt 44 des conclusions de l'avocat général SHARPSTON précitées et Ch. BAYART, *o.c.*, pp. 104-105.

ment différencié qui aurait été exigé en vertu d'un seuil probatoire élevé (131).

Comment faut-il, par ailleurs, articuler le standard de contrôle imposé par l'article 6 de la directive avec la définition de la discrimination indirecte, contenue à l'article 2, §2, b, de la même directive? A la différence de la discrimination directe, une différence de traitement fondée indirectement sur l'âge peut échapper à la qualification de discrimination s'il est établi qu'elle poursuit un objectif légitime par des moyens appropriés et nécessaires. La définition même de la discrimination indirecte contient dès lors un contrôle quant à l'objectif et la portée de la mesure considérée.

L'arrêt commenté n'exclut pas que l'article 6 s'applique à une discrimination indirecte en raison de l'âge. En revanche, il s'oppose à ce que cet article 6 soit perçu, dans le domaine de l'âge, comme une *lex specialis* qui se substituerait au régime juridique général de la discrimination indirecte établi par l'article 2, §2, b. En effet, la Cour rappelle que l'intervention de l'article 6 est consécutive au constat que la différence de traitement constitue bien une discrimination directe ou indirecte.

La Cour de justice se refuse toutefois à hiérarchiser explicitement les standards de contrôle requis respectivement par les articles 2, §2, b, et 6 de la directive. *A priori*, il n'y a toutefois pas d'autre choix que de considérer que le standard de contrôle visé à l'article 6, §1^{er}, de la directive, considéré *in globo*, est d'un niveau moindre que celui qui est imposé par son article 2, §2, b (132). Raisonner autrement rendrait, à première vue, inutile tout recours subsidiaire à l'article 6 pour tenter de justifier une différence de traitement indirectement fondée sur l'âge et jugée discriminatoire au sens de l'article 2, §2, b, de la directive.

Il est difficilement concevable que le standard de contrôle requis par l'article 2, §2, b, de la directive quant à l'appréciation de la légitimité de l'objectif poursuivi soit encore plus élevé que celui qui est imposé par l'article 6 de la même directive. Ce serait donc au niveau de l'examen de la pertinence et de la proportionnalité de la mesure que l'article 2, §2, b, imposerait un seuil probatoire plus strict. Cette interprétation paraît toutefois démentie par l'analogie, assumée par la Cour elle-même dans son arrêt *Age Concern*, entre le contrôle, au titre de l'article 6, du caractère approprié et nécessaire d'une discrimination

(131) *Quod non* selon l'arrêt *Age Concern*.

(132) *Contra* D. MARTIN, «Contrôle de proportionnalité...», *o.c.*, p. 246 : «En réalité, l'intention du législateur était bien de prévoir un contrôle identique dans les deux dispositions, mais il est vrai que la formulation de l'article 6 fut pour le moins malheureuse».

fondée sur l'âge et l'examen, au titre de l'article 2, §2, b, de la pertinence et de la proportionnalité d'une discrimination indirecte tel qu'il a été défini dans l'arrêt *Seymour-Smith* (133).

Il est dès lors permis de se demander s'il ne convient pas de résoudre la question de l'articulation entre ces deux normes en se rappelant qu'elles évoluent sur deux plans distincts. L'article 6 de la directive s'adresse à l'Etat, l'article 2, §2, b, à toute personne susceptible d'exercer une discrimination (134). Il n'est donc pas exclu que la différence de traitement causée par un particulier ne soit pas raisonnablement justifiée au regard de l'objectif légitime dont il se prévaut — et qu'elle constitue, partant, une discrimination indirecte — mais qu'elle puisse, par contre, être fondée sur une disposition nationale qui l'autorise et qui est perçue comme raisonnablement justifiée au regard d'un objectif lié à la politique sociale (135).

(133) Voy. le point 51 de l'arrêt *Age Concern*. Dans le même sens, D. MARTIN, «Contrôle de proportionnalité...», *o.c.*, p. 246. C'est du reste dans des termes quasiment identiques que sont rédigés ce point 51 et les points 75 et 76 de l'arrêt *Seymour-Smith* du 9 février 1999 (C-167/97), relatif à une discrimination indirecte entre les sexes à propos de la rémunération. Relevons encore qu'au point 77 de l'arrêt *Seymour-Smith*, la Cour relève qu'il «incombe à l'Etat membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que ledit objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe *et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif*» (notre accent). Cette formulation présente des similitudes troublantes avec le point 72 de l'arrêt *Palacios de la Villa* qui dispose : «*Il n'apparaît pas déraisonnable pour les autorités d'un Etat membre d'estimer qu'une mesure telle que celle en cause au principal puisse être appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime invoqué*» (notre accent). Compar. les références citées notamment par Ch. BAYART, *o.c.*, p. 223.

(134) En ce compris l'Etat.

(135) L'employeur peut en effet invoquer des raisons objectives permettant de justifier la différence de traitement sans qu'il soit lié, à cet égard, par les objectifs de la législation nationale autorisant pareille différence de traitement (voy. en matière de discrimination sexuelle, C.J.C.E., arrêt *Schönheit* précité, pt 87). C'est du reste ce que laisse également entendre la reconnaissance, par la Cour de justice, d'une certaine flexibilité dans le chef de l'employeur pour appliquer les mesures nationales liées à la politique sociale de l'Etat. Ainsi pourrait-il en aller de la fixation, par un employeur, d'une échelle barémique en fonction de l'ancienneté, constitutive, par hypothèse, d'une discrimination indirecte en fonction de l'âge, l'objectif poursuivi par l'employeur étant d'assurer une saine gestion de ses coûts, ce qui est dans son chef, un objectif légitime (C. O'CONNOR, *La discrimination fondée sur l'âge...*, *o.c.*, p. 28. Le caractère légitime de l'objectif visant à récompenser l'expérience professionnelle a du reste été réaffirmé par la Cour de justice dans un *obiter dictum* de son arrêt *Hütter* précité (pt 47)). A supposer que ces différences salariales ne soient pas raisonnablement justifiées par rapport à cet objectif, elles pourraient toutefois l'être à l'égard d'un objectif de politique sociale, définie par la législation autorisant le recours à ces échelles barémiques, et qui consisteraient à garantir aux

Compte tenu de l'absence d'antécédents jurisprudentiels pertinents, la prudence est toutefois de mise lorsqu'on s'interroge sur la manière d'articuler la décision d'un employeur discriminant une personne en raison de son âge et la règle nationale, par hypothèse compatible avec l'article 6 de la directive, qui autorise pareil traitement différencié (136).

* *
*

L'affaire *Age Concern* donnait l'occasion à la Cour de justice de se prononcer sur trois questions fondamentales relatives aux discriminations fondées sur l'âge. Une réglementation autorisant la fixation d'un âge de départ à la retraite tombe-t-elle sous le coup de la directive 2000/78 ou du principe général d'interdiction des discriminations liées à l'âge? L'article 6 de ladite directive exige-t-il une liste plus ou moins fermée des différences de traitement admissibles? L'âge est-il un critère suspect, supposant que toute différence de traitement en la matière soit soumise à un contrôle plus strict?

Chacune des réponses apportées par la Cour à ces trois questions se caractérise par un manque de clarté évident.

La directive s'applique bien à la réglementation en cause, mais sans savoir s'il s'agit d'une transposition de l'enseignement de l'arrêt *Palacios de la Villa* ou d'un revirement de jurisprudence par rapport à celui-ci. Le recours explicite au principe général dégagé par l'arrêt *Mangold* est soigneusement évité par la Cour de justice sans pouvoir affirmer avec certitude qu'elle n'en fait pas usage, au détour d'un considérant particulier. L'article 6 n'exige pas l'établissement d'une liste fermée des différences de traitement admissibles, mais contraint l'Etat qui s'en prévaut à adopter une réglementation spécifique susceptible d'atteindre, de manière appropriée, des objectifs de politique sociale. Quant au degré de contrôle requis du juge national, il est élevé lorsqu'il s'agit d'apprécier la légitimité de l'objectif poursuivi, mais semble devenir plus lâche lorsqu'il convient de vérifier la pertinence et la proportionnalité de la mesure adoptée.

travailleurs âgés une rémunération suffisante en fin de carrière pour leur permettre de se constituer un capital à utiliser au cours de leur retraite et de pallier ainsi à la diminution de leurs rentrées financières.

(136) En effet, dans l'arrêt *Mangold*, la disposition nationale laissait une liberté d'appréciation à l'employeur. Cependant, cette disposition a été jugée contraire au droit communautaire. Inversement, dans l'arrêt *Palacios de la Villa*, la réglementation nationale avait été jugée compatible avec la directive 2000/78, mais elle ne laissait pas de marge de manœuvre à l'employeur. Voy., toutefois, dans un sens analogue à ce que nous proposons, le pt 83 des conclusions de l'avocat général MAZAK sous l'arrêt *Age Concern*.

En outre, plusieurs aspects essentiels des solutions dégagées par la Cour de justice dans l'arrêt commenté paraissent déjà remis en cause dans l'arrêt *Hütter* rendu, par la même chambre, à un peu plus de trois mois d'intervalle (137).

Au-delà du flou qui caractérise les solutions définies dans l'arrêt *Age Concern* — et de la perplexité qui naît de leur confrontation avec l'arrêt *Hütter* —, émerge toutefois la confirmation que les pratiques discriminatoires fondées sur l'âge disposent d'un statut spécifique au sein de l'ordre juridique communautaire. Au-delà des différences ontologiques — plus ou moins avérées — entre le critère de l'âge et d'autres motifs protégés par le droit communautaire de la discrimination (138), il existe sans doute une raison beaucoup plus pragmatique qui justifie le traitement spécifique réservé à la discrimination fondée sur l'âge.

Comme le relève l'avocat général Geelhoed, «la mise en œuvre pratique des principes de non-discrimination qui nous intéressent ici requiert toujours du législateur des choix pénibles si pas tragiques dans l'arbitrage des intérêts en présence [...]. Il n'est pas rare que l'application de ces principes de non-discrimination requière des compensations financières dont le caractère raisonnable est tributaire des budgets publics disponibles ou du niveau de vie général dans les États membres en question» (139).

En définitive, il est permis de se demander si les nombreuses incertitudes qui caractérisent l'arrêt *Age Concern* ne s'expliquent pas, elles aussi, par les délicats arbitrages auxquels il faut sacrifier — en ce compris dans les salles de délibéré de Luxembourg — et qui aboutissent à fournir une radioscopie floue — voire floutée — de l'article 6 de la directive 2000/78...

(137) Et pourtant, comment ne pas donner raison à Denis MARTIN lorsqu'il exhorte la Cour de Luxembourg «à fournir des critères cohérents et transparents permettant aux juges nationaux, ainsi qu'aux législateurs des États membres et aux citoyens de l'Union, de savoir, à l'avance, *qui* doit exercer le contrôle de proportionnalité et *quelle* doit être l'intensité de celui-ci»? En effet, «selon le test de proportionnalité qui sera appliqué, la mesure nationale en cause sera ou non jugée discriminatoire» (D. MARTIN, «Contrôle de proportionnalité...», *o.c.*, pp. 243 et 246).

(138) Voy., notamment, H. MEENAN, «Age discrimination...», *o.c.*, pp. 279 et s. *Adde* pt 74 des conclusions de l'avocat général MAZAK sous l'arrêt *Age Concern*.

(139) Conclusions présentées le 16 mars 2006 dans le cadre de l'affaire *Chacon Navas* (C-13/05), pt 55. L'avocat général se prononçait à propos des discriminations fondées sur le handicap et sur l'âge. La nécessité de tels arbitrages est également reconnu par le Comité européen des droits sociaux et le Comité des droits économiques sociaux et culturels de l'ONU (voy. les références citées par O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 35).