

DOCTRINE ■ RECHTSLEER

Discrimination par l'âge et droit transitoire

Réflexions à partir de Commission c. Hongrie (C-286/12)

INTRODUCTION

1. — Les différences de traitement fondées sur l'âge restent légion dans la plupart des législations européennes, que ce soit en droit scolaire, électoral, pénal, familial, du travail, de la sécurité sociale, etc. Ceci invite à une réflexion sur les spécificités du critère d'âge par rapport à d'autres critères tels que le genre/sexe ou la race/origine ethnique. Leur régime juridique diffère clairement de celui de l'âge en droit européen. Ainsi, si dans le cas du sexe/genre ou de la race/origine ethnique, l'on dispose aujourd'hui de directives couvrant tant le domaine de l'emploi (respectivement 76/207/CEE et 2000/43/CE) que celui des services (respectivement 2004/113/CE et 2000/43/CE), ce n'est pas le cas pour l'âge. Il n'existe pour ce dernier qu'une directive 2000/78/CE en matière d'emploi (1). On ajoutera que parmi les critères couverts par la directive 2000/78/CE elle-même (religion ou conviction, handicap, âge, orientation sexuelle), l'âge bénéficie d'un régime spécifique, qu'on peut qualifier de plus favorable, c'est-à-dire que les motifs d'acceptation d'une différence de traitement sur la base de l'âge sont plus larges.

Il ne sera pas possible d'offrir ici une analyse complète des spécificités du critère d'âge, que ce soit sur le plan des principes ou sur celui du droit matériel (2). Nous toucherons cependant à cette question et nous nous concentrerons ensuite sur un aspect particulier, à savoir le recours au critère d'âge en lien avec le droit transitoire, une question centrale dans l'affaire *Commission c. Hongrie*. Notre exposé sera divi-

sé en quatre sections, les deux premières recadrant l'arrêt dans la jurisprudence de la Cour en matière d'âge, et les deux dernières mettant l'accent sur les nouveautés de l'arrêt, en particulier pour ce qui est du lien entre différences de traitement par l'âge et droit transitoire.

I. — L'AFFAIRE *Commission c. Hongrie* ET LA JURISPRUDENCE C.J.U.E. EN MATIÈRE D'ÂGE

1. — L'affaire *Commission c. Hongrie*

2. — L'affaire *Commission c. Hongrie* n'a pas, comme souvent, été diligentée à la suite d'un litige concret devant une juridiction nationale. Elle résulte du pouvoir d'initiative de la Commission européenne reconnu à l'article 258 du TFUE (3) dans les cas où elle constate un manquement par un État aux obligations incombant à ce dernier en vertu des traités. Estimant, à l'issue des différentes étapes prévues à l'article 258, que la Hongrie n'avait pas apporté de réponse satisfaisante aux injonctions de la Commission (4), celle-ci introduisit le 7 juin 2012 un recours en manquement auprès de la Cour de justice. Elle bénéficia d'une procédure accélérée, vu le risque de nombreuses mises à la retraite forcées. Ceci explique le dépôt par l'avocat général dans cette affaire d'une prise de position plutôt que de conclusions. Le 16 juillet 2012, la loi attaquée par la Commission fut partiellement annulée par la Cour constitutionnelle hongroise. La Commission communiqua toutefois au greffe de la Cour de justice sa volonté de poursuivre la procédure, celle-ci débouchant sur l'arrêt commenté.

Le contexte de cette démarche de la Commission européenne est le suivant. Le 1^{er} janvier

2012 entra en vigueur la nouvelle Constitution hongroise voulue par le premier ministre V. Orban. Elle contient une série de dispositions jugées peu démocratiques (5). La Commission se centra sur trois de ces modifications, les estimant juridiquement problématiques. Elles touchent à l'indépendance de trois institutions : la banque centrale hongroise, l'autorité de protection des données et le pouvoir judiciaire. C'est ce dernier qui nous intéresse plus précisément ici.

La disposition constitutionnelle en cause devant la Cour de justice vise à fixer une limite d'âge pour l'exercice des professions de juge, de procureur et de notaire, à savoir 62 ans, l'âge limite général de départ à la retraite. Antérieurement à cette loi, ces magistrats pouvaient rester en fonction jusqu'à l'âge de 70 ans. Les nouvelles dispositions réduisent ainsi la carrière des intéressés de huit ans. Les dispositions transitoires relatives à cet abaissement de d'âge limite pour les juges et les procureurs sont les suivantes :

« Si le juge/procureur atteint l'âge général du bénéfice de la pension de retraite visé à l'article 26/29, § 2, de la Loi fondamentale avant le 1^{er} janvier 2012, ses fonctions prennent fin le 30 juin 2012. S'il atteint l'âge général du bénéfice de la pension de retraite visé à l'article 26/29, § 2, de la loi fondamentale entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2012, ses fonctions prennent fin le 31 décembre 2012 » (§§ 7, 9).

Pour les notaires, l'article modifiant l'âge limite n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2014, mais sans régime transitoire (§ 12).

2. — Âge maximum, minimum ou d'entrée

3. — Replaçons cette affaire parmi celles qu'a eu à connaître la Cour en matière d'âge, en nous concentrant à ce stade sur les types de limites d'âge concernés. Depuis l'entrée en vi-

(1) En matière de services : proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM (2008) 426 final.

(2) Voy. par exemple : A. Gosseries, « La singularité de l'âge - Réflexions sur la jurisprudence communautaire », *Mouvements*, 2009, 59, pp. 42-54.

(3) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), J.O.U.E., 30 mars 2010, C 83, p. 47.

(4) Voy. *Commission c. Hongrie*, 6 novembre 2012, C-286/12, § 18.

(5) A.F.P., « La très controversée nouvelle Constitution entre en vigueur en Hongrie », 1^{er} janvier 2012, www.lesoir.be.

gueur de la directive 2000/78, la Cour a en effet statué sur une vingtaine d'affaires portant sur des questions de différence de traitement par l'âge en matière d'emploi et de travail (6). Il existe diverses manières de catégoriser les différences de traitement par l'âge concernées. Nous proposons dans la présente sous-section et la suivante, deux angles d'analyse, tripartites à chaque fois.

4. — La première catégorisation repose sur une distinction entre âge maximum, âge minimum et âge d'entrée. Ainsi, dans un premier ensemble d'affaires, le fait d'atteindre un âge donné réduit les droits des individus concernés (âge maximum). Un tel critère d'âge peut résulter directement de la loi au sens large (7) (différence légale) ou du fait que le législateur autorise des acteurs privés — les employeurs — à l'adopter (différence contractuelle). Dans les cas où la limite est fixée par la loi elle-même, l'âge maximum peut limiter tantôt le droit de travailler, tantôt les droits sociaux associés au fait de travailler. Ainsi, la Cour a eu à connaître de limites d'âge légales dans les affaires *Petersen* (68 ans, dentistes conventionnés), *Georgiev* (68 ans, professeurs d'université), *Fuchs et Köhler* (65 ans, procureurs) et *Prigge e.a.* (60 ans, pilotes d'avion). C'est à cette première catégorie qu'appartient l'arrêt commenté, puisqu'il porte sur une loi qui fait passer l'âge maximum pour l'exercice des professions de notaire, procureur et juge de 70 à 62 ans. Par ailleurs, dans l'affaire *Wolf*, il s'agissait d'un âge maximum d'entrée pour entamer une carrière dans une profession (30 ans, pompiers) et dans l'affaire *Ingeniørforeningen i Danmark* d'une loi privant les personnes ayant atteint l'âge de la pension d'une indemnité spéciale de licenciement.

D'autres affaires ont trait au fait pour le législateur d'autoriser un employeur à fixer une limite d'âge supérieure. Dans certains cas, il s'agissait de la possibilité laissée aux employeurs de conclure sans limite des contrats à durée déterminée après un certain âge (*Mangold*, après 52 ans; *Deutsche Lufthansa*, après 58 ans). Dans d'autres cas, il s'agissait de la faculté laissée aux employeurs de prévoir — en référence

au moment où l'employé atteint l'âge de la pension — soit une clause de cessation automatique de travail (*Palacios de la Villa; Rosenbladt*), soit une mise à la retraite forcée en suivant une procédure sommaire (*Kleist; Hörnfeldt*).

5. — À l'inverse, certaines affaires portent sur des régimes qui fixent un âge *minimum* pour pouvoir être titulaire de certains droits, engendrant une plus grande flexibilisation des droits sociaux des plus jeunes, souvent en vue d'accroître leur employabilité. Ainsi, l'arrêt *Hütter* porte sur une loi qui exclut la prise en compte de l'expérience professionnelle aux fins du classement dans les échelons de la fonction publique avant l'âge de 18 ans tandis que l'arrêt *Küçükdeveci* porte sur une loi qui écarte l'expérience professionnelle acquise avant l'âge de 25 ans pour la détermination du délai de préavis.

6. — Enfin, un troisième type de cas concerne des lois visant à prévoir des droits distincts en fonction de l'âge d'entrée en fonction et, dès lors, de l'ancienneté. Il s'agit de l'arrêt *Lindorfer* relatif à une différence de pension entre les personnes ayant toujours travaillé pour une institution communautaire et les personnes ayant d'abord travaillé dans le privé, de l'arrêt *Hennigs et Mai* relatif à l'utilisation du critère d'âge plutôt que du critère d'ancienneté pour déterminer le niveau de rémunération (et à l'acceptabilité d'une convention collective compensant la suppression de la loi) et de l'arrêt *Tyrolean Airways* relatif à l'utilisation de l'ancienneté pour déterminer le niveau de rémunération, mais seulement dans une des filiales du groupe. Notons que dans ce dernier arrêt, la Cour de justice a estimé que cette problématique ne relevait pas de l'interdiction des discriminations par l'âge visée par la directive 2000/78. À l'inverse de l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Wolf*, ces législations ne fixent pas d'âge limite pour l'exercice d'une activité professionnelle. Elles modalisent les conditions (pécuniaires) de l'activité professionnelle en fonction de l'âge atteint par les personnes (8).

3. — Différenciation par l'âge, transitoire par l'âge ou par différence d'âge

7. — Examinons à présent ces différentes affaires sous un autre l'angle, lui aussi tripartite :

- | | |
|----------|---|
| Type 1 : | Différence de traitement par l'âge au sens strict
Seules les personnes (n') ayant (pas) atteint l'âge x ont droit à y. |
| Type 2 : | Différence de traitement transitoire par l'âge
Seules les personnes (n') ayant (pas) atteint l'âge x à la date z ont droit à y. |
| Type 3 : | Différence de traitement par différence d'âge
Seules les personnes appartenant à une catégorie z (n') ont (pas) droit à y à l'âge x. |

(8) Notons que la Cour a également été amenée, dans les premières années d'application de la directive, à préciser son champ d'application (arrêt *Bartsch*) et les exigences qu'elle impose aux États en termes de transposition (arrêt *Age Concern England*).

Illustrons cette distinction par l'exemple fictif (mais réaliste) d'une réforme du droit à la pension de retraite des pompiers, passant de 60 à 62 ans dans un contexte où le régime légal prévoirait en principe un âge de la pension à 65 ans. Une différence de traitement de type 1 consiste dans le fait qu'un pompier de moins de 60 ans n'a pas (encore) droit à une pension alors qu'un pompier de plus de 60 ans dispose (déjà) d'un tel droit. Une différence de traitement de type 2 consiste dans le fait que les pompiers ayant atteint l'âge de la pension avant l'entrée en vigueur de la réforme auront droit à cette pension dès l'âge de 60 ans alors que ceux qui n'ont pas atteint cet âge au moment de l'entrée en vigueur devront attendre 62 ans. Une différence de traitement de type 3 consiste dans le fait qu'un pompier a droit à sa pension à un âge inférieur à 65 ans alors qu'un non-pompier devra attendre ses 65 ans.

8. — L'espace nous manque pour examiner en détail l'importance de cette distinction sur le plan des principes et du droit positif. Le point essentiel, c'est que l'arrêt annoté n'est que le deuxième depuis l'entrée en vigueur de la directive 2000/78/CE où la Cour de justice se prononce sur une loi instaurant une différence de traitement *transitoire* par l'âge (type 2). En outre, la Cour avait certes rendu en 2011 l'arrêt *Hennigs et Mai* dans lequel elle s'était prononcée, entre autres, sur l'acceptabilité d'une convention collective qui, en vue de préserver les droits acquis, maintenait à titre transitoire une législation invalidée par la Cour. Mais la situation ayant conduit à cet arrêt était bien différente de celle de *Commission c. Hongrie* (*infra*, n° 26).

9. — Afin de situer pleinement la place de l'arrêt commenté dans l'ensemble des arrêts « âge » de la Cour, on peut présenter les choses pour ce qui est des différences de traitement des deux autres types (1 et 3) en distinguant les affaires *pre-Mangold* et *post-Mangold*. Avant l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, il y a bien sûr des arrêts qui portent sur des différences de traitement par l'âge pour lesquelles la Cour de justice a conclu à une non-conformité avec le droit communautaire. Mais il s'agissait dans ces cas de différences de traitement de type 3 qui étaient analysées à travers le régime juridique applicable à d'autres catégories juridiques que l'âge. Le cas typique est celui des différences d'âge homme-femme traitées sous l'angle de l'égalité homme-femme (9).

(9) Voy. notamment *Roberts*, 26 février 1986, C-154/84 (disposition fixant un âge égal dans le cadre d'un licenciement collectif alors que l'âge de la retraite est différent selon le sexe); *Beets-Propser*, 26 février 1986, C-262/84 (clause ayant pour effet la cessation du contrat de travail en fonction de l'âge de la retraite, qui est différent en fonction du sexe); *Barber*, 17 mai 1990, C-262/88 (disposition ayant pour conséquence qu'un homme licencié pour cause économique n'ait droit qu'à une pension avec paiement différé alors qu'une femme du même âge dans la même situation a droit immédiatement à une pension); *The Queen*, 7 juillet 1992, C-9/91 (exception à l'interdiction des discriminations sur la base du sexe pour ce qui concerne l'âge de la retraite, exception qui s'étend aux mesures nécessairement liées à l'âge de la retraite); *Secretary of State for Social Security*, 30 mars 1993, C-328/91 (extension de l'except-

(6) Dans ce texte, nous nous limiterons à renvoyer au nom de l'affaire lorsqu'elle appartient à la liste ci-après : *Mangold*, 22 novembre 2005, C-144/04; *Lindorfer*, 11 septembre 2007, C-227/04 P; *Palacios de la Villa*, 16 octobre 2007, C-411/05; *Bartsch*, 23 septembre 2008, C-427/06; *Age Concern England*, 5 mars 2009, C-388/07; *Hütter*, 18 juin 2009, C-88/08; *Wolf*, 12 janvier 2010, C-229/08; *Petersen*, 12 janvier 2010, C-341/08; *Küçükdeveci*, 19 janvier 2010, C-555/07; *Bulicke*, 8 juillet 2008, C-246/09; *Ingeniørforeningen i Danmark*, 12 octobre 2010, C-499/08; *Rosenbladt*, 12 octobre 2010, C-45/09; *Georgiev*, 18 novembre 2010, C-250/09 (et C-268/09 jointe); *Kleist*, 18 novembre 2010, C-356/09; *Deutsche Lufthansa*, 10 mars 2011, C-109/09; *Fuchs et Köhler*, 21 juillet 2011, C-159/10 (et C-160/10 jointe); *Hennigs et Mai*, 8 septembre 2011, C-297/10 (et C-298/10 jointe); *Prigge e.a.*, 13 septembre 2011, C-447/09; *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, 7 juin 2012, C-132/11; *Hörnfeldt*, 5 juillet 2012, C-141/11; *Commission c. Hongrie*, 6 novembre 2012, C-286/12. De plus, les affaires suivantes sont pendantes devant la Cour : *Toftgaard*, C-546/11; *Kristense*, C-476/11; *Soukupová*, C-401/11; *Caves Krier Frères*, C-379/11; *Odar*, C-152/11.

(7) Nous incluons donc ici les conventions collectives, les règlements et même, le cas échéant, les dispositions constitutionnelles.

10. — Pour la jurisprudence *post-Mangold*, la surprise vient du fait que même si nous sommes face à des affaires relevant des trois types identifiés ci-avant, la Cour, dans sa qualification de la nature de la différence de traitement par l'âge, a systématiquement tendance à analyser — du moins au début de son raisonnement — les affaires touchant au moins partiellement au type 3 comme impliquant des différences de traitement de type 1. En effet, si les affaires *Hennigs et Mai* ainsi que *Commission c. Hongrie* relèvent du type 2, l'affaire *Petersen*, par exemple, porte en partie sur une différence de traitement de type 3. C'est également le cas de l'affaire *Ingeniørforeningen i Danmark*, où il est reproché à la disposition attaquée de priver d'une indemnité spéciale de licenciement les personnes ayant atteint l'âge de la retraite, mais ne souhaitant pas actionner ce droit à la retraite. Une comparaison aurait pu être utilement faite entre les personnes ayant atteint l'âge de la retraite et souhaitant prendre leur retraite et les personnes du même âge ne souhaitant pas partir à la retraite. Dans le même sens, on peut également citer les affaires *Wolf, Fuchs et Köhler* et *Prigge* e.a. où c'est à chaque fois une catégorie particulière de travailleurs qui se voit imposer un âge maximum pour l'exercice de leur activité, au contraire d'autres catégories de travailleurs avec lesquelles une comparaison pourrait être opérée. Nous allons développer à cet égard un raisonnement en deux temps. Nous rechercherons d'abord des indices permettant de déterminer si le type 3 appartient effectivement au champ d'application de la directive 2000/78. Nous envisagerons ensuite les raisons susceptibles d'expliquer que la Cour n'analyse pas les différences de traitement concernées comme des différences de type 3 dans les affaires *Wolf, Petersen, Ingeniørforeningen i Danmark, Fuchs et Köhler* et *Prigge* e.a.

Primo, il n'apparaît pas que la directive 2000/78 ne couvrirait que les différences de traitement par l'âge de type 1 et 2. En effet, elle prévoit à son article 6, § 2, que « les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, (...) d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs ». L'idée d'âges différents pour des catégories différentes

est caractéristique du type 3. Si le législateur a jugé nécessaire une telle mention expresse de la possibilité d'une exception pour les différences de traitement de type 3, cela signifie que de tels âges différenciés constituent, en l'absence d'exception, des différences de traitement par l'âge problématiques au sens de la directive 2000/78.

Cette interprétation est confortée par les enseignements jurisprudentiels de la Cour dans l'arrêt *Petersen*. La Cour analyse la différence de traitement soumise à son examen comme étant de type 1. En effet, elle indique que « des personnes, en l'occurrence des dentistes conventionnés, sont traitées moins favorablement que d'autres personnes exerçant la même profession au motif qu'elles ont dépassé l'âge de 68 ans. Une telle disposition introduit une différence de traitement fondée sur l'âge, au sens de la directive » (§ 35). Or, plus loin dans son raisonnement, la Cour opère un raisonnement de type 3 qui l'amène à conclure, dans son dispositif, que « L'article 2, § 5, de la directive 2000/78/CE (...), doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, fixant une limite d'âge maximale pour l'exercice de la profession de dentiste conventionné, en l'occurrence 68 ans, lorsque cette mesure a pour seul objectif de protéger la santé des patients contre la baisse de performance de ces dentistes au-delà de cet âge, dès lors que cette même limite d'âge n'est pas applicable aux dentistes non conventionnés ». Cette comparaison entre les dentistes conventionnés et non conventionnés ressort clairement du type 3 plutôt que du type 1. Puisque la Cour analyse explicitement la différence de traitement de cette manière tout en considérant la directive 2000/78/CE comme applicable, c'est qu'elle accepte la thèse selon laquelle cette directive s'applique aussi aux différences de type 3.

11. — Si les différences de traitement par l'âge de type 3 relèvent donc clairement du champ d'application de la directive 2000/78, pourquoi la Cour tend-elle à entamer son analyse en les envisageant comme des différences de traitement de type 1? On pourrait penser que c'est parce que cette distinction entre types est sans importance et/ou sans conséquence juridique. Certes, toute différence de traitement de type 3 *présuppose nécessairement* l'existence d'une différence de traitement de type 1. Il n'en reste pas moins que dans certains cas (par exemple : un âge limite en matière de retraite), l'on peut vouloir mettre en cause la légalité d'une limite d'âge parce qu'impliquant une différence de type 3, tout en ne contestant pas la légalité de cette différence de traitement en tant qu'elle présuppose une différence de type 1. En d'autres termes, on peut trouver injuste/illégal qu'un âge limite différent soit choisi pour l'obligation de retraite ou le droit à la pension de retraite selon les catégories concernées (par exemple : homme/femme, ouvrier/employé), tout en trouvant parfaitement acceptable/légal le fait même qu'un âge de la retraite soit fixé. La nécessité de distinguer les types 1 et 3 résulte donc d'abord d'une simple exigence de qualification adéquate de ce qui est contesté dans une règle de droit donnée.

12. — Même si cela nous semble insatisfaisant, comment expliquer que la Cour de justice caractérise initialement comme des différences de traitement de type 1, des différences qui appartiennent en réalité au type 3 si l'on accepte l'idée que les différences de traitement de type 3 appartiennent au champ d'application de la directive 2000/78/CE et que la distinction entre types 1, 2 et 3 a du sens? Risquons la double hypothèse suivante. D'abord, lorsqu'à l'entame de l'examen d'une affaire impliquant un critère d'âge, la Cour détermine si une différence de traitement entre deux catégories comparables existe, son objectif est de déterminer si la directive 2000/78/CE s'applique. Or nous avons dit plus haut que toute différence de traitement de type 3 présuppose nécessairement une différence de traitement de type 1. Dès lors, si l'existence d'une différence de traitement de type 1 suffit à rendre applicable la directive 2000/78/CE, il n'est pas nécessaire que la Cour soit plus précise à ce stade. Même si l'identification de la différence de traitement comme appartenant au type 1 peut apparaître imprécise quant à l'objet du litige, elle suffit cependant pour actionner la suite du test de la Cour (légitimité de l'objectif, efficacité et nécessité de la mesure par rapport à l'objectif, proportionnalité de la mesure au sens strict). On peut donc lire dans le renvoi initial au type 1 dans les cas où la différence de traitement est en réalité de type 3, la conséquence d'un principe d'économie, sans préjuger de la qualification exacte de l'objet du litige au stade du test de proportionnalité.

À cette logique d'économie s'ajoute une considération possible relative au test de comparabilité. Le test complet d'égalité et non-discrimination de la Cour de justice se déploie en plusieurs étapes. La première consiste à identifier les catégories entre lesquelles il est postulé qu'une discrimination existe. La deuxième étape analyse la comparabilité des catégories identifiées à la première étape. La troisième étape vise à dégager l'objectif poursuivi par le législateur aux fins de vérifier si celui-ci peut être qualifié d'objectif légitime. La quatrième étape consiste dans le test de proportionnalité, par lequel la Cour vérifie si la disposition attaquée permet d'atteindre le but poursuivi, si ce but n'aurait pas pu être atteint de façon moins attentatoire aux droits des personnes et enfin, si la balance entre les avantages retirés par la législations et les désavantages qu'elle induit est suffisamment favorable. Une fois cela exposé, une autre piste de justification de la tendance de la Cour de justice à analyser les affaires qui lui sont soumises comme appartenant au type 1 apparaît. En agissant de la sorte, la Cour de justice diminue les chances d'incomparabilité. En effet, lorsqu'à la première étape est identifiée une seule catégorie de personnes différenciée en fonction de son âge, la Cour ne peut que logiquement conclure à leur comparabilité. L'hypothèse serait donc double. La Cour reporterait la qualification comme type 3 au test de proportionnalité, une qualification initiale comme type 1 suffisant à conclure à l'applicabilité de la directive 2000/78/CE et permettant de réduire les risques d'incomparabilité.

tion liée à l'âge de la retraite limitée aux autres mesures découlant nécessairement et objectivement de l'âge de la retraite); *Birds Eye Walls*, 9 novembre 1993, C-132/92, (pension de transition pour les personnes ayant pris une retraite anticipée pour raison de santé qui tient compte du montant de la pension à l'âge de la retraite, âge plus élevé pour les hommes, qui bénéficient donc d'un montant de pension futur plus élevé); *Van Cant*, 1^{er} juillet 1993, C-154/92 (alignement de l'âge de la pension implique l'alignement du calcul des annuités); *Smith* e.a., 28 septembre 1994, C-408/92 (alignement de l'âge de la retraite avec effet rétroactif); *Van den Akker* e.a., 28 septembre 1994, C-28/93 (alignement de l'âge de la retraite tout en maintenant à titre transitoire un âge plus bas en faveur des femmes); *Hlozek*, 9 décembre 2004, C-12/02 (pension de transition différente entre hommes et femmes); *Vergani*, 21 juillet 2005, C-207/04 (disposition qui accorde un avantage, à titre d'incitation au départ volontaire, aux travailleurs ayant atteint l'âge de 50 ans [femmes] et de 55 ans [hommes]).

II. — TEST DE LÉGITIMITÉ

13. — La Cour a aussi été amenée dans l'arrêt annoté à examiner si l'objectif poursuivi par les mesures incriminées était légitime. Ceci l'a conduit à confirmer certains points de sa jurisprudence. L'affaire en question pose en outre certaines questions nouvelles, sur une partie desquelles la Cour s'est prononcée. On notera que l'interprétation de la notion d'objectif doit s'effectuer ici dans le contexte spécifique de l'article 6 de la directive 2000/78.

1. — Identifiabilité et effectivité de l'objectif

14. — Dans l'arrêt *Commission c. Hongrie*, la Cour confirme deux des quatre précisions apportées au fil de sa jurisprudence sur les conditions non substantielles du caractère légitime de l'objectif d'une différence de traitement par l'âge, tel qu'entendu par l'article 6 de la directive 2000/78. Elle rappelle d'abord que « n'est pas déterminante la circonstance (...) qu'aucun objectif spécifique ne ressort expressément » des dispositions concernées (§ 57). Cette position est constante depuis l'arrêt *Palacios de la Villa* qui posa que l'objectif peut être légitime même si la disposition « ne fait pas formellement référence à un objectif » (§ 54) tel que ceux visés à l'article 6 et/ou « manque de précision » (§ 56) quant à cet objectif. Si l'expression « manque de précision » utilisée dans *Palacios de la Villa* et dans les arrêts subséquents (10) semble pointer vers l'absence de caractère à la fois explicite et précis de l'objectif, le présent arrêt met d'abord l'accent sur l'absence de caractère explicite de l'objectif (« expressément ») (11).

La Cour a d'ailleurs précisé dans l'arrêt *Age Concern England* que cette non-nécessité de précision découlait de l'idée selon laquelle « l'article 6, § 1^{er}, de la directive 2000/78 ne saurait être interprété comme imposant aux États membres d'établir, dans leurs mesures de transposition, une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime » (§ 43) (12). L'absence d'obligation d'une identification précisée des objec-

tifs d'une mesure découlerait donc de l'absence d'obligation de l'établissement d'une liste de mesures susceptibles d'être couvertes par l'article 6, § 1^{er}, de la directive.

Même si l'objectif ne doit pas être précisé (explicite/précis), il doit cependant être identifiable. En affirmant dans l'arrêt commenté qu'« à défaut d'une telle précision, il importe que d'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée, permettent l'identification de l'objectif sous-tendant cette dernière aux fins de l'exercice d'un contrôle juridictionnel quant à sa légitimité (...) » (§ 58), la Cour confirme une jurisprudence elle aussi constante depuis *Palacios de la Villa* (13).

15. — La Cour ne revient pas par contre dans le présent arrêt sur deux autres points. D'une part, même si l'idée d'objectif identifiable n'implique pas nécessairement un objectif précisé, elle exige cependant plus qu'un objectif simplement possible. Dans son arrêt *Georgiev* (§§ 47-48), la Cour avait en effet souligné que « (...) le dossier ne permet pas de considérer que les objectifs mentionnés par les gouvernements allemand et slovaque ainsi que par la Commission correspondent à ceux du législateur bulgare (...) » (§ 47) et qu'« (...) il appartient au juge national (...) de vérifier si les objectifs allégués par l'Université et le gouvernement bulgare correspondent à la réalité des faits » (§ 48). Un objectif ne pourrait donc être légitime au sens de l'article 6 que s'il est non seulement identifiable, mais aussi effectif (14).

D'autre part, l'exigence d'un objectif effectif n'implique cependant pas qu'il soit constant. La Cour a indiqué à cet égard dans son arrêt *Fuchs et Köhler* qu'« (...) un changement du contexte dans lequel s'inscrit une loi, lequel conduit à une modification de l'objectif de cette loi, ne saurait, en lui-même, empêcher que celle-ci poursuive un objectif légitime, au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la directive 2000/78 » (§ 41).

16. — Se dessine ainsi un raisonnement en quatre (15) temps dont les deux premiers sont confirmés par le présent arrêt. La Cour confirme que « légitime » n'implique pas nécessairement « précisé » (§ 57). Elle réitère aussi l'affirmation selon laquelle pour qu'un objectif soit légitime, il faut qu'il soit identifiable (§ 58). Ceci ne se comprend pleinement qu'au regard de deux autres points non discutés dans l'arrêt commenté. L'objectif doit être plus que simplement possible. Il doit donc être identifiable et effectif ou ne peut être dit « identifiable » que s'il est aussi effectif, au sens de « réel » plutôt que

d'« efficace ». Enfin, qu'un objectif doive être effectif n'implique pas nécessairement qu'il soit constant. Il est significatif de noter que ce raisonnement en quatre temps semble réservé à l'analyse de l'objectif légitime poursuivi par les différences de traitement par l'âge fondées sur l'article 6 de la directive 2000/78.

2. — Objectifs légitimes et champ de l'article 6, § 1^{er}

17. — L'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive 2000/78 qui prévoit la possibilité de déroger au principe d'interdiction des différences de traitement liées à l'âge énoncé à son article 2 identifie une série d'objectifs légitimes. Il spécifie en effet que « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». C'est avec un tel point de départ à l'esprit qu'il convient de comprendre le traitement offert par la Cour du caractère légitime de l'objectif de mesures liées à l'âge.

18. — Comme elle l'a fait ailleurs, la Cour procède dans l'arrêt commenté à un examen de légitimité objectif par objectif. En l'espèce, elle en a considéré deux et a conclu à chaque fois à leur légitimité. Le premier objectif invoqué par la Hongrie est un objectif d'« uniformisation, dans le cadre des professions relevant de la fonction publique, de la limite d'âge de cessation obligatoire d'activité, tout en garantissant la viabilité du régime des pensions, un niveau élevé d'emploi ainsi que l'amélioration de la qualité et de l'efficacité des activités de l'administration de la justice concernées (...) » (§ 59). Pour la Cour, « dans la mesure où la poursuite d'un tel objectif permet d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement pour toutes les personnes d'un secteur donné et en rapport avec un élément essentiel de leur relation de travail, tel que le moment de départ à la retraite, cet objectif peut constituer un objectif légitime de la politique de l'emploi » (§ 61). C'est la première fois qu'un tel objectif d'uniformisation était invoqué dans une affaire liée à l'âge et à la directive 2000/78.

19. — Outre l'objectif d'uniformisation, la Hongrie invoqua aussi un objectif de « mise en place d'une « structure d'âge plus équilibrée » facilitant l'accès des jeunes juristes aux professions de juge, de procureur ou de notaire et leur garantissant une carrière plus rapide » (§ 59). La Cour le considère comme légitime (§ 62). Soulignons cependant que la notion d'équilibre en lien avec l'âge semble répondre devant la Cour à deux préoccupations distinctes, bien distinguées dans *Fuchs et Köhler* (§ 49).

D'une part, il y a l'idée qu'une « présence simultanée » (*Fuchs et Köhler*, § 47) dans un service ou une profession, de personnes ayant des niveaux d'expérience différents, rend possible « un transfert d'expérience des plus anciens vers les plus jeunes et la communication par

(10) *Age Concern England*, § 44 (« manque de précision ») et § 57; *Petersen*, § 40 (« défaut d'une précision »); *Rosenblatt*, § 58 (« défaut de précision »); *Fuchs et Köhler*, § 39 (« manque de précision »); *Hörnfeldt*, § 24 (« manque de précision »).

(11) La Commission témoigne-t-elle dans la présente affaire d'une position divergente sur l'absence d'exigence de précision? La Cour affirme certes au paragraphe 57 que la Commission aurait invoqué la circonstance selon laquelle « aucun objectif spécifique ne ressort expressément » des dispositions attaquées. Pourtant, la caractérisation de l'argument de la Commission au paragraphe 27 de l'arrêt commenté, laisse plutôt penser que ce qui s'y joue est la question de savoir si l'on pouvait identifier dans la législation ou déduire du contexte général un objectif du type de ceux prévus à l'article 6 de la directive 2000/78 (notez l'expression « de ce type »). La Commission répond par la négative (§ 27), la Cour concluant par l'affirmative (§ 63).

(12) Vu l'usage des termes « par conséquent » au paragraphe 44.

(13) *Palacios de la Villa*, § 57; *Age Concern England*, § 45; *Petersen*, § 40; *Rosenblatt*, § 58; *Fuchs et Köhler*, § 39; *Hörnfeldt*, § 24.

(14) On notera cependant que dans l'arrêt *Petersen*, lors de l'examen du caractère légitime de l'objectif de santé des patients au regard de l'article 2, § 5, de la directive (et non de l'article 6, § 1^{er}), le fait que la juridiction de renvoi ait souligné que l'objectif de protection de la santé des patients « ne correspondait pas à l'intention du législateur » (§ 38), n'a pas donné lieu à des développements par la Cour.

(15) La Cour a aussi rappelé dans l'arrêt *Fuchs et Köhler* — sans y revenir ici non plus — que « la coexistence de plusieurs objectifs ne constitue pas un obstacle à l'existence d'un objectif légitime, au sens de l'article 6 » (§ 44).

ces derniers de connaissances récemment acquises » (*Fuchs et Köhler*, § 48). La même idée est présente dans l'arrêt *Georgiev* où la Cour, reprenant les conclusions de l'avocat général, souligne que « la cohabitation de différentes générations d'enseignants et de chercheurs est de nature à favoriser l'échange d'expériences et l'innovation, et donc le développement de la qualité de l'enseignement et de la recherche au sein des universités » (*Georgiev*, § 46). Il s'agit ici de ce qu'on pourrait qualifier d'équilibre des âges comme *mixité*.

C'est cependant à une autre notion d'« équilibre » qu'il est fait référence lorsque la Cour invoque l'« équilibre entre les générations » (*Fuchs et Köhler*, § 47), lié plus particulièrement cette fois à des préoccupations d'embauche des jeunes plutôt qu'à des questions de transferts d'expérience. On peut parler alors d'équilibre comme *répartition*. Cette même logique se retrouve dans *Georgiev* qui fait référence à l'idée « de répartir les postes de manière optimale en établissant un équilibre entre les générations » (§ 42). De même, sans référence cette fois à l'idée de structure d'âge équilibrée, la Cour a jugé dans *Petersen* comme légitime l'objectif de « répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné » (§ 65), dans *Rosenbladt* celui « d'un partage du travail entre les générations » (§ 43) visé par des « clauses de cessation automatique des contrats de travail à l'âge de la retraite » (§ 42) et dans *Hörnfeldt*, celui de « libérer des postes pour les jeunes sur le marché du travail » (§ 25).

Ainsi, dans le premier cas, il s'agit d'accroître la qualité du travail effectué collectivement grâce à des échanges dans les deux sens de connaissances dans une entreprise, un service ou une profession déterminés. Dans le second, c'est d'égalité d'accès à l'emploi entre générations (cohortes de naissance/classes d'âge) sur le marché de l'emploi en général dont il s'agit. Si l'on pouvait s'attendre à ce que l'équilibre-mixité corresponde mieux à l'idée de « structure d'âge équilibrée », la Cour a clairement mis l'accent également dans l'arrêt *Fuchs et Köhler* (§ 50) sur l'équilibre-répartition, considérant comme légitime l'objectif d'« une structure d'âge équilibrée entre jeunes fonctionnaires et fonctionnaires plus âgés afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes, d'optimiser la gestion du personnel et par là même de prévenir les litiges éventuels portant sur l'aptitude du salarié à exercer son activité au-delà d'un certain âge tout en visant à offrir un service de la justice de qualité » (§ 50). Il en va de même dans le présent arrêt (§§ 59 et 62) même si le cas d'espèce aurait mérité une référence à l'équilibre-mixité, comme ce fut fait dans l'arrêt *Fuchs et Köhler*.

20. — Les objectifs d'« uniformisation » et de « structure d'âge équilibrée » ont donc été chacun reconnus comme légitimes dans le cadre de l'article 6 par la Cour. On peut les situer parmi une série d'objectifs dont la Cour a eu à connaître dans les diverses affaires de différence de traitement par l'âge. Dans certains arrêts, il s'agissait de manière générale d'encourager l'emploi, d'enrayer le chômage et de promouvoir l'embauche (*Palacios de la Villa*, § 58,

§§ 62-65). Dans d'autres cas, il s'agissait de promouvoir la situation sur le marché de l'emploi de catégories particulières. Tantôt, cela traduit une préoccupation pour les classes d'âge plus âgées, qu'il s'agisse de « favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage » (*Mangold*, § 59) ou de « faciliter la transition vers un nouvel emploi des travailleurs les plus âgés qui disposent d'une ancienneté importante auprès du même employeur » (*Ingeniørforeningen i Danmark*, § 27, voy. §§ 27-31).

Nous avons vu aussi à l'inverse que lorsque l'idée d'équilibre des âges était invoquée, il s'agissait plutôt d'encourager l'embauche des jeunes, une préoccupation que l'on retrouve par exemple dans les arrêts *Petersen* (§ 68), *Küçükdeveci* (§§ 34-36), *Georgiev* (§ 45), *Fuchs et Köhler* (§ 49), *Hörnfeldt* (§ 29). Dans l'affaire *Hütter*, l'objectif était plus spécifique et double. Il s'agissait de « ne pas défavoriser les personnes ayant suivi une scolarité secondaire d'enseignement général par rapport à celles issues de l'enseignement professionnel » et dans le même temps « de ne pas renchérir, pour le secteur public, le coût de l'apprentissage professionnel et de favoriser ainsi l'insertion des jeunes ayant suivi ce type de formation sur le marché de l'emploi » (§ 40).

En outre, dans *Hennigs et Mai*, le recours à des barèmes différenciés en fonction de l'âge était justifié par « l'expérience professionnelle plus longue de l'agent et récompenserait sa fidélité à l'entreprise. (...) » (§ 69). Il était argué que « le critère tiré de l'âge, retenu pour fixer la rémunération de base lors du recrutement, ne serait qu'une façon plus commode de constituer des catégories d'agents en tenant compte, de manière globale, de leur expérience professionnelle » (§ 71). La Cour y vit aussi un objectif légitime au sens de l'article 6, rappelant « que le fait de récompenser l'expérience acquise par un travailleur, laquelle met celui-ci en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, constitue, en règle générale un but légitime de politique salariale (...) » (§ 72).

21. — Dans tous les cas qui précèdent, la Cour a conclu à la légitimité des objectifs au regard de l'article 6 de la directive 2000/78. Il en va différemment d'un des objectifs invoqués dans l'affaire *Hennigs et Mai* (§ 70). Il était allégué que « la rémunération de base plus élevée dont bénéficient les agents plus âgés lors de leur recrutement viendrait en compensation de leurs besoins financiers qui seraient, dans la plupart des cas, plus élevés compte tenu de leur environnement social » (§ 69). La Cour souligna, d'une part, « (...) qu'il n'est pas démontré qu'il existe une corrélation directe entre l'âge des agents et leurs besoins financiers. (...) », d'autre part, « (...) que la rémunération de base des agents contractuels du secteur public est complétée par une prime dite "locale", dont le montant varie en fonction des charges familiales de l'agent » (§ 70). Même si elle ne le dit pas explicitement, il semble en découler qu'un tel objectif ne puisse être jugé légitime au regard de l'article 6. Et on remarquera qu'alors que dans la même affaire, le lien entre âge et besoins financiers a été remis en cause dès l'examen du caractère légitime de l'objectif, il n'en a pas été de même du lien entre âge et expérience, pour-

tant lui aussi de nature « statistique ». Notons enfin que dans son arrêt *Prigge* e.a., la Cour a considéré « qu'un objectif tel que la sécurité aérienne ne relève pas des objectifs visés à l'article 6, § 1^{er}, premier alinéa, de la directive 2000/78 » (§ 82). Nous y reviendrons.

22. — Il apparaît à la réflexion que les limites posées par l'article 6, § 1^{er}, au caractère légitime d'un objectif sont peu significatives. Pourquoi? La Cour a certes dit à propos de l'article 6, § 1^{er}, dès son arrêt *Age Concern England*, « que les objectifs légitimes (...) qui y sont visés n'ont qu'une valeur indicative, ainsi qu'en atteste le recours, par le législateur communautaire, à l'adverbe «notamment» » (§ 43, nos italiques) (16). Pourtant, plutôt que de tirer éventuellement avantage d'un tel caractère indicatif, c'est sur le fait que la Cour ait invoqué d'autres articles de la directive pour conclure au caractère légitime de certains objectifs qu'il faut insister. En effet, l'article 6, § 1^{er}, n'est pas la seule base possible de dérogation à l'interdiction de différences de traitement par l'âge en droit communautaire. La Cour a ainsi été amenée dans trois affaires à examiner la compatibilité d'objectifs invoqués en justification de différences de traitement par l'âge au regard non plus de l'article 6, § 1^{er}, mais des articles 2, § 5, et 4, de la directive.

Dans l'arrêt *Petersen*, la Cour a examiné au regard de l'article 2, § 5, les objectifs de « protection de la santé des patients relevant du régime légal d'assurance maladie » et d'« équilibre des finances du système de santé allemand » en lien avec une préoccupation quant à une suroffre de soins par des dentistes conventionnés (§ 38). Elle a estimé — se référant à sa jurisprudence antérieure — que ce second objectif visait aussi indirectement le domaine de la santé des patients (§§ 44-45). Bien que la juridiction de renvoi avait interrogé la Cour sur la conformité de ces objectifs par rapport à l'article 6, § 1^{er}, la Cour a tiré argument du fait que la protection de la santé est un objectif expressément repris à l'article 2, § 5, de la directive pour en effectuer l'examen à partir de ce dernier article (§§ 47-50) et admettre le caractère légitime d'un tel objectif dans ce cadre (§ 52).

Dans son arrêt *Prigge* e.a., c'est non plus de protection de la santé mais de sécurité aérienne qu'il s'agissait. La Cour a estimé que l'article 2, § 5, couvrait bien un tel objectif en estimant que la sécurité aérienne faisait partie de l'objectif de « sécurité publique » (§ 58). On notera que dans le même arrêt, la Cour a aussi estimé que l'objectif de « sécurité du trafic aérien » était aussi un objectif légitime au regard de l'article 4, § 1^{er} (§§ 68-69).

Enfin, dans l'arrêt *Wolf*, il s'agissait par une différence de traitement par l'âge « d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du corps des pompiers professionnels » (§ 33, § 37). Renvoyant conjointement à l'article 4 qui déroge à l'interdiction des différences de traitement par l'âge dans les cas d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » et au 18^e considérant de la directive, la Cour conclut ici

(16) Voy. également *Rosenbladt*, § 40 et *Prigge* e.a., § 80.

aussi au caractère légitime d'un tel objectif (§§ 38-39).

23. — Le lien entre les objectifs légitimes mentionnés à l'article 6, § 1^{er}, et les autres articles dérogatoires de cette même directive 2000/78 a été analysé par la Cour dès l'arrêt *Age Concern England* (§§ 53-67). Le requérant estimait dans cette affaire qu'une différence de traitement par l'âge devait, selon les termes de la directive, faire l'objet d'un contrôle plus étroit de la Cour de justice que les autres motifs de discrimination (§ 54). Les parties adverses estimaient, quant à elles, que l'article 6, § 1^{er}, ouvrait plus de possibilités de justifier une différence de traitement par l'âge que les autres différences de traitement interdites par cette directive (§§ 55-56). La Cour a considéré que « l'article 6 (...) instaure un régime dérogatoire propre aux différences de traitement fondées sur l'âge, en raison de la particularité reconnue à l'âge parmi les motifs de discrimination prohibés par celle-ci. Le vingt-cinquième considérant de cette directive souligne en effet qu'il est « 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 ». » (§ 60). La Cour indique en outre que « si une disposition, un critère ou une pratique ne constitue pas, en raison d'une justification objective au sens de l'article 2, § 2, sous b), de cette directive, une discrimination au sens de celle-ci, il n'est, par suite, pas nécessaire d'avoir recours à l'article 6, § 1^{er}, de ladite directive, lequel, ainsi qu'il ressort du point 62 du présent arrêt, a notamment pour vocation de permettre la justification de certaines différences de traitement qui, sans cette dernière disposition, constitueraient de telles discriminations ». Notons qu'ici, la Cour était saisie de la question de l'articulation de l'article 6 de la directive avec l'article 2, § 2, b), relatif aux discriminations indirectes. Vu la généralité de ses propos, l'enseignement sur cette question peut être étendu aux autres dispositions de la directive 2000/78/CE.

L'on peut donc articuler les régimes dérogatoires prévus aux articles 2, § 5, 4, § 1^{er}, et 6 de la directive 2000/78 comme suit. L'article 2, § 1^{er}, pose le principe de l'interdiction des discriminations fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de travail. Dans ses paragraphes 2 à 4, l'article 2 précise la portée de l'égalité qui est attendue de la part des États membres (17). L'article 2, § 5, introduit une liste de buts qui peuvent être légitimement poursuivis par le législateur et, dans le cadre desquels le législateur peut adopter certaines règles consacrant, en matière d'emploi et de travail, une différence de traitement sur la base d'une des caractéristiques interdites. Il autorise le législateur à édicter des « mesures (...) qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui », quand bien même ces mesu-

res impliqueraient une différence de traitement sur la base d'un des critères protégés par la directive. Il s'agit donc d'une dérogation générale, applicable à l'ensemble des critères protégés visés par la directive 2000/78. Une deuxième dérogation générale peut être trouvée à l'article 4 de la directive 2000/78 et concerne les différences de traitement sur la base d'une caractéristique constituant une « exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ». Cette deuxième dérogation est également applicable à tous les critères prohibés.

À côté de ces dérogations générales, valables pour tous les critères protégés par la directive, l'âge bénéficie en outre d'un régime particulier à l'article 6. Cet article ajoute à la liste des objectifs qui permettent de déroger à l'interdiction des discriminations sur la base des critères interdits, certains objectifs qui ne peuvent être invoqués qu'en vue d'édicter une différence de traitement sur la base de l'âge. Cet article, qui autorise de larges dérogations à l'interdiction des différences de traitement basées sur l'âge, ne rend pas pour autant les dérogations générales des articles 2, § 5, et 4 de la directive superflues en matière d'âge. Le champ d'application de l'article 6, qui vise des objectifs en matière de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle (voy. *Prigge e.a.*, § 80), est distinct de celui des articles 2, § 5 (sécurité, santé, protection des droits), et 4 (exigence professionnelle essentielle). C'est ce qui ressort de l'arrêt *Prigge e.a.* (§§ 52-83) où la Cour conclut que la disposition en cause peut être considérée comme poursuivant l'objectif légitime de sécurité publique et de protection de la santé au sens de l'article 2, § 5, de la directive (§ 62) ainsi que l'objectif de sécurité du trafic aérien, par l'admission de l'existence d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » au sens de l'article 4 de la directive (§ 69). Toutefois, la Cour estima dans cette affaire que, s'agissant de l'article 6, « il ressort de l'ensemble de ces éléments qu'un objectif tel que la sécurité aérienne ne relève pas des objectifs visés à l'article 6, § 1^{er}, premier alinéa, de la directive 2000/78 ». Le champ d'application de l'article 6 est donc distinct et cet article permet des dérogations supplémentaires à l'interdiction des discriminations pour l'âge par rapport aux autres critères protégés.

24. — Concluons deux choses sur l'examen du caractère légitime des deux objectifs envisagés dans l'arrêt commenté. D'abord, la conclusion favorable de la Cour dans l'arrêt *Commission c. Hongrie* dans les deux cas au stade du test de légitimité s'inscrit dans un cadre général où la plupart des objectifs invoqués ont été considérés comme légitimes à l'exception de celui liant âge et besoins financiers dans *Hennigs et Mai*, que cette légitimité soit d'ailleurs examinée à partir de l'article 6 ou — dans certains cas — à partir des articles 2 ou 4 de la directive 2000/78. Ensuite, l'arrêt *Commission c. Hongrie* confirme le rôle joué par l'objectif de structure d'âge équilibrée — avec l'ambiguïté de cette notion qu'il importe de garder à l'esprit.

III. — ÂGE, TRANSITION ET PROPORTIONNALITÉ

25. — Dans la présente section et dans la suivante, nous nous penchons sur ce qui fait la nouveauté particulière de l'arrêt commenté. Sur chacun des deux objectifs examinés, la Cour conclut à une non-proportionnalité des mesures, pour des raisons qui sont à chaque fois nouvelles et riches d'enseignements. Avant d'entamer un tel examen, replaçons d'abord la présente affaire dans le cadre général du traitement offert par la Cour du critère d'âge sous la loupe du test de proportionnalité. De manière générale, dans les affaires impliquant le critère d'âge, celles de type « âge limite pour l'exercice d'une profession » tendent à passer avec succès le test de proportionnalité, et ce que les dispositions légales en cause prévoient directement un âge limite pour une profession (*Petersen*, §§ 63 et 77; *Georgiev*, §§ 52 et 55; *Fuchs et Köhler*, § 60 et 68) ou qu'elles autorisent les employeurs à mettre fin au contrat de travail suite à l'atteinte de la limite d'âge (*Palacios de la Villa*, § 75; *Rosenbladt*, §§ 51, 69 et 78; *Hörnfeldt*, § 47). L'affaire *Prigge e.a.* qui concerne la profession de pilote fait ici figure d'exception, la Cour ayant décidé dans ce cas que la fixation d'un âge maximal constituait une discrimination par l'âge (§§ 63 et 75).

Par contre, il est remarquable que la Cour tende à conclure à une non-proportionnalité dans toutes les autres affaires. C'est le cas de celles relatives à la précarisation des droits des travailleurs âgés (*Ingeniørforeningen i Danmark*, § 47, perte de l'indemnité spéciale de licenciement une fois l'âge de la retraite atteint) même si c'est en vue de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés (*Mangold*, §§ 64-65; *Deutsche Lufthansa*, §§ 49-50). C'est aussi le cas de celles relatives à des législations relatives à l'absence de prise en compte de l'expérience professionnelle dans la fixation de l'échelon professionnel en vue de favoriser l'insertion des travailleurs diplômés (*Hütter*, §§ 44-50), dans le calcul du délai de préavis en vue de favoriser la flexibilité et l'insertion des jeunes (*Küçükdeveci*, §§ 40-41), dans la détermination de la rémunération, au bénéfice du critère d'âge (*Hennigs et Mai*, § 77). L'arrêt *Wolf*, relatif à un âge maximum pour s'engager dans la profession de pompier, passe, lui, le test de proportionnalité (§§ 43-44) (18).

Ce contraste entre les cas de retraite obligatoire et les autres cas s'explique peut-être par le 14^e considérant de la directive 2000/78 qui dispose que « La présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite », ce qui conduirait à une analyse plus souple, par la Cour, des affaires relatives à l'âge de la retraite. La position de la Cour semble donc augurer cependant d'une ligne assez stricte sur le critère de l'âge, quelles que soient les spécificités de ce dernier par rapport à d'autres critères tels que le genre, et no-

(17) *Prigge e.a.*, §§ 53-54.

(18) Notons que ne sont pas reprises ici les affaires qui ont été invalidées par la Cour lors d'une étape du test d'égalité antérieure à celle de la proportionnalité.

nobstant le fait que le législateur européen ait prévu pour l'âge un régime plus favorable que pour les autres critères protégés.

26. — Consacrons également quelques lignes à une autre affaire ayant elle aussi pour objet des différences de traitement par l'âge, et qui pose une question de droit transitoire différente. Dans *Commission c. Hongrie*, il y a passage d'un régime de cessation d'activité obligatoire à un autre en changeant l'âge de référence (70 ans puis 62 ans). Aucun de ces deux régimes successifs n'est cependant jugé contraire au droit communautaire en raison du fait qu'il fixerait un âge de cessation obligatoire. Et le fait que les deux régimes successifs prévoient des âges différents n'est pas non plus considéré comme tel comme constitutif d'une discrimination par l'âge. C'est plutôt la transition entre ces deux régimes qui est jugée contraire au droit communautaire, comme nous le verrons.

L'affaire *Hennigs et Mai* nous confronte à une hypothèse différente, celle de la transition entre un régime de rémunération jugé discriminatoire par l'âge (le BAT) et un autre régime qui ne recourt pas au critère d'âge (le TVöD). La question posée est alors de savoir si sont conformes au droit communautaire les mesures transitoires visant — sur une période de deux ans, mais avec des effets au-delà — à passer d'un régime à l'autre, sachant que la Cour estime que le régime transitoire, « (e)n prenant comme base de fixation de la rémunération de référence la rémunération perçue antérieurement, (...) a perpétué le fait que des agents perçoivent une rémunération moindre que celle perçue par d'autres agents alors qu'ils sont dans des situations comparables, cela uniquement en raison de l'âge qu'ils avaient lors de leur recrutement » (§ 84). Si dans *Commission c. Hongrie*, il s'agit d'une transition entre deux règles dont aucune n'est discriminatoire comme telle, dans *Hennigs et Mai*, il s'agit d'une transition entre une règle discriminatoire (par l'âge) et une autre qui ne l'est pas.

Comment la Cour évalue-t-elle dans *Hennigs et Mai* la perpétuation temporaire de la différence de traitement engendrée par le régime transitoire? Elle estime que s'assurer « que les agents préserveraient leurs droits acquis et verraient leur rémunération antérieure maintenue » (§ 89) était en l'occurrence un objectif légitime (voy. aussi §§ 90-92). Elle procède ensuite à l'examen de la proportionnalité. Elle relève, quant à la nécessité, que « la juridiction de renvoi fait valoir que le seul moyen permettant d'éviter une réduction des rémunérations des agents était le classement à un échelon intermédiaire individuel assurant une rémunération correspondant à celle précédemment perçue » (§ 94). Et elle conclut aussi au caractère non déraisonnable (§ 98) d'une telle transition en soulignant que « les effets discriminatoires ont vocation à disparaître au fur et à mesure de l'évolution de la rémunération des agents » (§ 96). Elle fait à cet égard référence à un autre arrêt dans l'attendu suivant : « Par son caractère transitoire et limité dans le temps, cette situation se distingue de celle ayant donné lieu à l'arrêt du 1^{er} mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.* (C-236/09, (...), point 32), dans lequel la Cour a jugé qu'une possibilité de déroger, sans limitation dans le

temps, au principe de non-discrimination en raison du sexe, était contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes » (§ 97). La perpétuation temporaire de la différence de traitement par l'âge n'est donc pas jugée discriminatoire.

27. — Notons trois choses à ce stade. D'abord, au plan de l'examen de la légitimité de l'objectif, la Cour aurait pu poser une distinction quant à la notion de « droits acquis » selon que le régime antérieur soit jugé discriminatoire ou non, l'idée de « droits mal acquis » n'étant pas absurde dans la première hypothèse (19). Ce n'est pas ce qu'elle a fait. La Cour considère donc de manière non équivoque que des droits peuvent être dits « acquis » même s'ils résultent d'un régime discriminatoire. Nous y reviendrons. Ensuite, si dans *Hennigs et Mai* — même s'il est procédé à un examen de proportionnalité, la notion de droits acquis intervient au stade de l'examen de la légitimité de l'objectif. Dans l'affaire *Commission c. Hongrie*, c'est par contre au stade de l'examen de proportionnalité que la Cour examine la question de l'« espérance fondée » (§ 67), de la « confiance légitime » (§ 68). On peut avancer l'hypothèse que cela traduit une différence d'objet plutôt que de cadrage de la question. Dans *Hennigs et Mai*, l'objectif de la disposition serait de préserver les droits acquis alors que dans *Commission c. Hongrie*, l'objectif serait autre et la question ne se poserait qu'ensuite de savoir si la transition prévue protège les droits acquis. Enfin, si elle nous dit qu'une limitation de temps s'impose, la Cour ne nous dit pas explicitement si la phase de transition doit être plus courte dans une hypothèse de type *Hennigs et Mai* (succession d'une règle discriminatoire et d'une règle non discriminatoire) que dans une hypothèse de type *Commission c. Hongrie* (succession de deux règles non discriminatoires). Nous y reviendrons aussi.

1. — Nécessité d'un abaissement abrupt et considérable?

28. — Revenons donc à l'arrêt *Commission c. Hongrie*. Aux paragraphes 66-75, la Cour examine la proportionnalité de la mesure au regard de l'objectif d'uniformisation. Elle ne conteste pas son caractère approprié. Par contre, elle conclut à sa non-nécessité (§ 75). La Cour caractérise la difficulté comme suit : « les dispositions en cause ont procédé à un abaissement abrupt et considérable de la limite d'âge de cessation obligatoire d'activité, sans prévoir de mesures transitoires de nature à protéger la confiance légitime des personnes concernées » (§ 68). On peut donc considérer qu'elle mobilise un triple test :

— Y a-t-il dégradation des prérogatives des intéressés (« abaissement »)?

— Cette dégradation est-elle « considérable »?

— La mesure est-elle « abrupte »?

29. — Sur la question de la dégradation, l'avocat général considère dans cette affaire que « si

une limite d'âge en tant que telle est constitutive d'une différence de traitement, cela doit valoir à plus forte raison encore pour un abaissement de ladite limite d'âge » (§ 29). On peut interpréter cet argument *a fortiori* de l'avocat général de deux façons. Première possibilité : abaisser une limite d'âge serait plus problématique qu'introduire une limite d'âge. Cette interprétation nous semble peu plausible, parce que pour les limites d'âge supérieures, toute introduction d'une limite d'âge équivaut *de facto* à un abaissement de limite d'âge pour tous ceux dont l'espérance de vie dépasse l'âge maximum ainsi fixé. Le problème se pose certes en termes différents pour l'âge minimum puisque les limites d'âge légales sont dans ce cas toujours supérieures à zéro.

Seconde interprétation possible : modifier une limite d'âge serait plus problématique que maintenir telle quelle une limite d'âge. Plus précisément, abaisser une limite d'âge supérieure ou élever une limite d'âge inférieure serait plus problématique que de la maintenir inchangée. On imagine bien qu'il s'agit là de se préoccuper de l'impact d'une telle modification pour ceux qui comptaient sur de telles limites, ce qui rejoint la question des attentes légitimes et des droits acquis, sur laquelle nous reviendrons. C'est dans ce second sens qu'il faut interpréter la position de la Cour (§ 68) et de l'avocat général (§ 29), même si d'après nous ceci n'est pas sans poser de problèmes de *interpretation dicenda* (*infra*, n° 49). Ceci étant, cette position de l'avocat général peut être lue comme révélatrice d'une préoccupation indirecte pour l'égalité dans la transition (*infra*, n° 30), ce qui n'est pas anodin.

Sur le caractère « considérable » de la dégradation du sort des magistrats, la Cour prend en compte trois éléments. D'abord, la différence de nombre d'années de huit ans entre l'âge limite antérieur (70 ans) et postérieur (62 ans) à la réforme (§ 73). Ensuite, l'écart entre le niveau du salaire et celui de la pension de retraite (– 30%) (§ 70). Enfin, l'écart entre la pension à taux plein et la pension attendue pour les personnes concernées, soulignant que la cessation d'activité ne tient « pas compte des périodes de contribution, ce qui ne garantit donc pas le droit à une pension à taux plein » (§ 70).

30. — Sur le caractère « abrupt » de la mesure se pose d'abord la question générale de savoir si ce qui préside à l'usage par la Cour de ce terme procède d'une préoccupation d'égalité entre générations — cohortes de naissance — successives ou si ce qui compte est une question de prévisibilité. Il nous semble que le caractère abrupt d'une modification (*plötzlich* dans la version allemande de l'arrêt, § 68) est plutôt envisagé par la Cour comme posant problème de prévisibilité, qui peut certes être rattaché de façon indirecte à une préoccupation pour l'égalité entre cohortes. La préoccupation pour la prévisibilité transparaît clairement de l'usage des expressions suivantes : « espérance fondée » d'un maintien en fonction jusqu'à l'âge de 70 ans (§ 67), « confiance légitime » (§ 68), « sans avoir eu le temps de prendre les mesures » (§ 70).

On notera cependant que lorsqu'au paragraphe 73 de l'arrêt, la Cour reproche à la

Hongrie d'avoir « procédé à un abaissement de huit ans de l'âge de départ à la retraite sans prévoir un étalement graduel de cette modification », le caractère « graduel » de la mesure semble aussi jouer un rôle. Or, si le caractère graduel d'une mesure contribue généralement au caractère prévisible de cette mesure, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. On peut en effet imaginer une mesure garantissant une grande prévisibilité sans être graduelle du tout. Ce serait le cas par exemple d'une loi entrant en vigueur à une date *x* mais prévoyant que sa mise en application n'aurait lieu que quinze ans plus tard et en une fois. Dans un tel cas de mise en application différée à une date déterminée, on aurait une modification prévisible mais qui consisterait bien en un basculement complet et unique. Cette transition n'aurait donc rien de graduel et ne garantirait pas spécialement, par un lissage, une plus grande égalité entre les cohortes de naissance successives que celle à laquelle contribue déjà dans certains cas la prévisibilité de la mise en application d'une mesure.

Si la préoccupation pour le caractère abrupt de la mesure semble d'abord procéder aux yeux de la Cour d'une exigence de prévisibilité, il est donc également plausible d'interpréter la référence par la Cour au caractère non graduel de la mesure comme ne procédant pas uniquement d'une préoccupation pour la prévisibilité, mais aussi d'une préoccupation supplémentaire pour l'égalité entre les cohortes successives.

La Cour nous fournit en outre plusieurs autres indications intéressantes sur le caractère abrupt. Indiquons-en deux à ce stade. *Primo*, elle examine la durée de la période de transition. La Cour calcule la durée séparant la date d'entrée en vigueur de la loi et le moment où les juges et procureurs ayant atteint 62 ans avant l'entrée en vigueur ou avant la fin de la période transitoire cesseront leurs fonctions, soit entre six mois et un an à partir de l'entrée en vigueur (et deux ans au maximum pour les notaires) (§ 69). *Secundo*, la Cour précise que le fait qu'une loi-cadre ait déjà prévu les « délais de prévenance » concernés au cours de l'année antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de transposition attaquée, et « même à supposer que ces délais ont pu être suffisants pour éviter tout préjudice aux personnes concernées », ne permettait pas nécessairement aux intéressés « de prévoir avec un degré de certitude suffisant les modifications envisagées de leur régime de retraite et de prendre les mesures nécessaires » (§ 72). La Cour semble donc adopter une approche stricte de la prévisibilité qui exigerait non seulement la passation d'un acte de nature juridique (plutôt que l'existence d'une tendance générale) (20) mais aussi qu'il s'agisse d'un acte juridique précis et contraignant. Ceci contraste nettement avec la nature des éléments pris en compte pour déterminer le champ des attentes légitimes par notre Cour constitutionnelle dans l'affaire 177/2002 (point B.8.4.2) même si la Cour admet par ailleurs dans la même affaire une durée de transition particulièrement longue (*infra*, n° 41).

Il faut aussi souligner le lien étroit qui existe entre « considérable » et « abrupt ». En effet, si une mesure d'étalement est prévue, il est possible d'aboutir graduellement à un abaissement de la cessation d'activité obligatoire sans impact considérable sur aucune des cohortes successives concernées. Il est possible d'étalement un abaissement de huit ans tout en n'imposant à aucune cohorte par exemple le fait de ne pas atteindre une carrière complète. C'est pour cette raison que nous nous concentrerons dans la section 4 sur la question du caractère abrupt et de l'étalement, et laisserons de côté les deux autres aspects du test (existence d'une dégradation qui soit considérable).

Retenons cependant à ce stade que l'arrêt mobilise clairement un test à trois composantes. Il adopte une position stricte sur la question de la prévisibilité. La question reste ouverte de savoir si ce test pourrait être mobilisé par rapport à d'autres objectifs que celui d'uniformisation, ce qui lui donnerait une portée générale. *A priori*, il n'y a pas de raison particulière de penser que ce test ne puisse avoir une telle portée. Et ajoutons que la nature de la relation entre l'idée d'attente légitime et la question de la différence de traitement par l'âge n'est pas totalement éclaircie, même si nous avons souligné que si derrière le terme « abrupt », on pouvait lire d'abord une préoccupation pour la prévisibilité, la référence à l'égalité entre cohortes n'était pas à notre sens complètement absente d'une préoccupation, non seulement pour la prévisibilité, mais aussi pour le caractère graduel de la mise en application d'une mesure. On soulignera aussi que le caractère graduel d'une réforme est un élément important au regard de l'objectif d'équilibre des âges entendu non seulement comme équilibre-répartition mais aussi comme équilibre-mixité, à tout le moins quand la réforme touche à des questions d'âge.

2. — Caractère approprié et analyse de moyen/long terme

31. — Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité des mesures par rapport à l'autre objectif, celui de la mise en place d'une structure d'âge plus équilibrée, la Cour conteste non pas le caractère nécessaire de la mesure mais plus radicalement son caractère approprié (§ 79). Et elle le fait sur la base d'une analyse de la capacité de la mesure à satisfaire l'objectif au-delà du court terme, ce qui est novateur.

On peut décrire son raisonnement comme suit. D'abord, la Cour accepte l'idée selon laquelle « l'abaissement de la limite d'âge de cessation obligatoire d'activité a pour conséquence de rendre vacants de nombreux postes qui seront susceptibles d'être occupés par de jeunes juristes ainsi que d'accélérer la rotation et le renouvellement du personnel des professions concernées » (§ 76). À ce stade, on peut déjà se demander à quelles conditions, dans le court terme, une telle mesure d'abaissement rend la structure d'âge plus équilibrée. Ce n'est le cas que si l'on considère qu'il y a une tendance dans ce type de carrières à avoir trop de travailleurs âgés par rapport à la proportion de jeunes travailleurs. Mais on notera qu'un tel « équilibrage » se fait au prix de l'exclusion d'une classe d'âge entière (les plus de 62 ans) et

d'un recentrage sur une moyenne d'âge plus jeune. Cela suggère que la Cour entend ici la notion d'équilibre plus comme équilibre-répartition que comme équilibre-mixité.

L'élément nouveau intervient au moment où la Cour envisage l'hypothèse selon laquelle « de tels effets apparemment positifs à court terme sont susceptibles de remettre en cause la possibilité de parvenir à une "structure d'âge" réellement équilibrée à moyen et à long termes. » (§ 77). Elle conclut au caractère inapproprié de la mesure au regard de la poursuite de l'objectif à moyen et long terme (§ 79) sur la base du raisonnement suivant : « si, au cours de l'année 2012, le renouvellement du personnel des professions concernées sera soumis à une accélération très significative en raison de la circonstance que huit classes d'âge seront remplacées par une seule, à savoir celle de 2012, ce rythme de rotation subira un ralentissement tout aussi radical en 2013 lorsque seulement une classe d'âge devra être remplacée. De surcroît, ce rythme de rotation sera de plus en plus lent à mesure que la limite d'âge de cessation obligatoire d'activité s'élèvera progressivement de 62 ans à 65 ans, en application de l'article 18, § 1^{er}, de la loi Tny, entraînant une dégradation même des possibilités d'accès des jeunes juristes aux professions de la justice » (§ 78).

32. — Ceci suscite deux questions. *Primo*, le raisonnement spécifique du § 78 est-il plausible? *Secundo*, l'adoption d'une approche de moyen/long terme dans la mise en œuvre du test de proportionnalité constitue-t-elle un revirement de jurisprudence au regard des affaires précédentes en matière d'âge? Et quelles en sont les implications plus générales?

Sur la première question, la Cour semble établir un lien entre équilibre et rotation, ce qui confirme l'hypothèse selon laquelle l'idée d'équilibre renverrait plutôt à une question de répartition que de mixité. Il importe ensuite de distinguer deux choses : le rythme de rotation et son caractère fluctuant. En ce qui concerne le rythme, si l'on réduit la durée de la carrière, toutes choses égales par ailleurs, on accroît mécaniquement le rythme de rotation. Ceci reste vrai, peu importe que l'on se place à court, moyen ou long terme. Et à cet égard, l'analyse de la Cour ne devrait pas changer. Sauf à considérer qu'il existe de meilleurs moyens d'augmenter une telle rotation, il n'y a pas de raison particulière de penser que sous cet angle, le raccourcissement de la longueur de la carrière soit inapproprié à l'augmentation de la rotation.

La Cour semble cependant porter son attention sur les fluctuations du rythme de rotation. C'est ici que la distinction entre classe d'âge (par exemple : les plus de 50 ans, que ce soit aujourd'hui ou dans 100 ans) et cohorte de naissance (par exemple : l'ensemble des personnes nées entre 1970 et 1980) prend son sens. En effet, si ce qui préoccupait la Cour était l'équilibre entre classes d'âge, l'on comprendrait mal que l'accent soit mis sur les fluctuations du rythme de rotation plutôt que sur ce rythme lui-même. Même si l'accélération du rythme de rotation est suivie d'une stabilisation de ce rythme, ce qui compte de ce point de vue est que le rythme en phase de croisière après la réforme soit plus élevé qu'avant. On compren-

(20) Comp. A. Gosseries et M. Hungerbühler, *op. cit.*; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law*, New York, OUP, 2006, pp. 30-36.

draît donc mal pourquoi la Cour conclurait ici au caractère inapproprié de la mesure par rapport à l'objectif de « structure d'âge plus équilibrée ». Cet accent sur les fluctuations ne peut se comprendre à notre sens que si l'on y voit une préoccupation de la Cour pour l'équilibre-répartition entre cohortes de naissance. Ceci n'est pas sans intérêt, spécialement si on joint à cette analyse celle proposée plus haut de l'attention portée par la Cour au caractère graduel d'une transition (*supra*, n° 30).

33. — Si l'application par la Cour de son raisonnement sur le moyen et long terme est intéressante, il nous reste à nous interroger sur la question de savoir si une telle approche sur le moyen et long terme est susceptible de d'avoir des implications plus larges. Il est difficile d'anticiper la portée exacte de cette approche. Mais on peut pointer les éléments suivants. La Cour reconnaît dans le paragraphe 77 précité la possibilité de tensions entre des bénéfices à court terme et des coûts nets sur le moyen ou le long terme. Il ne faudrait certes pas en déduire qu'elle considère les impacts à court terme comme étant dénués de pertinence. En effet, lorsqu'elle se préoccupe du caractère trop abrupt d'une transition, c'est bien du court terme qu'elle se préoccupe. S'il ne s'agit pas d'ignorer les impacts à court terme, ce que suggère la Cour, c'est que la capacité pour une mesure dérogatoire d'atteindre l'objectif d'équilibre des âges doit être évaluée avant tout par rapport à un horizon temporel de moyen et long terme. Ceci restreint potentiellement le champ des dérogations permises par l'article 6, et ce de manière tout à fait intéressante.

3. — Transition et indépendance des juges

34. — Ajoutons que dans son analyse de la capacité des mesures attaquées à contribuer à l'objectif d'amélioration de l'efficacité de la justice invoqué par la Hongrie, l'avocat général aborde la question d'impact de la réforme sur l'indépendance des juges. Il estime que la mise à la retraite soudaine de nombreux juges risque d'instiller le doute quant à l'indépendance des tribunaux. Un des ressorts de l'indépendance des juges est leur inamovibilité. Or, en l'espèce, une catégorie entière de juges — les plus âgés — allait être définitivement écartée de sa fonction alors qu'elle aurait pu continuer à l'exercer pendant plusieurs années : jusqu'à huit ans pour les plus jeunes d'entre eux. L'avocat général rappelle que « la notion d'indépendance des tribunaux comprend deux aspects : un externe et un interne. En l'espèce, c'est l'aspect externe de l'indépendance qui est en cause et qui suppose que l'instance appelée à statuer soit protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de mettre en péril l'indépendance de jugement de ses membres quant aux litiges qui leur sont soumis. » (§ 55) Il convient dès lors « d'éviter toute apparence même d'atteinte à l'indépendance » (§ 56) ce qui, selon l'avocat général, ne serait pas respecté en l'espèce.

L'on peut d'ailleurs rapprocher cette préoccupation pour l'apparence d'indépendance d'une autre, classique, pour la non-rétroactivité des lois. Qu'un système juridique veuille tant que faire se peut à éviter que des effets rétroactifs soient attachés à l'introduction de normes nou-

velles se justifie sans doute par une préoccupation pour la « sécurité juridique ». Mais il est au moins aussi plausible d'y lire la volonté d'éviter les lois *ad hominem*. En effet, appliquer une norme à des actes déjà posés ou à des carrières déjà engagées par des personnes déterminées accroît fortement le risque que le législateur puisse viser des personnes spécifiques par son activité législative, plutôt que l'intérêt général en toute impartialité (21). Et c'est bien d'un tel risque qu'il s'agit en l'espèce si l'on considère l'apparence d'indépendance des juges comme menacée par une mesure touchant directement des juges identifiables déjà en place.

La Cour de justice elle-même ne s'est pas prononcée sur cette intéressante question de l'atteinte à l'indépendance du juge par des mesures transitoires. On peut avancer l'hypothèse selon laquelle elle a jugé non nécessaire de s'y aventurer, les autres moyens examinés étant suffisants pour invalider les dispositions concernées.

IV. — DIFFÉRENCIATION PAR L'ÂGE ET TRANSITION ADÉQUATE

35. — Ce qui nous intéresse dans cette dernière section est de déterminer si l'on peut tirer quelques enseignements sur la juste durée et le juste rythme de transition, ainsi que sur le lien exact entre cette question et celle de la différence de traitement par l'âge. À quelles conditions peut-on affirmer qu'un législateur aurait dû prévoir une période de transition plus étalée ou plus limitée, plus ou moins graduelle? Nous le ferons à partir de l'arrêt *Commission c. Hongrie*, en le comparant à deux autres arrêts de la Cour de justice ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge.

Nous avons déjà touché plus haut (section 3.1.) à la question du caractère abrupt/non graduel d'une transition. Nous avons souligné le fait que, dans *Commission c. Hongrie*, la préoccupation pour la durée d'une transition apparaissait plutôt d'une préoccupation quant à la prévisibilité d'un régime juridique pour le citoyen, même si cette préoccupation pour la prévisibilité elle-même ainsi que la référence par la Cour au caractère graduel d'une mesure suggère aussi une préoccupation d'égalité entre cohortes successives. Nous avons pointé également le caractère strict de l'interprétation de la prévisibilité pour ce qui est de la nature des actes jugés pertinents pour une telle prévisibilité. Revenons à présent à d'autres éléments relatifs au caractère abrupt d'une réforme.

36. — Précisons d'abord la portée de l'analyse comparative effectuée par la Cour (§ 73) avec une autre loi, dite « loi Tny », pour laquelle un étalement graduel avait été prévu sur une période de douze ans (en réalité, huit ans d'étalement avec une entrée en application quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi), et où il s'agissait d'un relèvement de trois ans de l'âge de la pension (de 62 à 65 ans) plutôt que d'un abaissement de 8 ans (de 70 à 62 ans). La Cour

conclut « que les intérêts de ceux qui sont affectés par l'abaissement de la limite d'âge de départ à la retraite n'ont pas été pris en compte de la même façon que ceux des autres employés de la fonction publique pour lesquels ladite limite d'âge a été rehaussée » (§ 74). Cet élément est pris en compte pour conclure à la non-nécessité de la mesure. Une difficulté est évidemment de déterminer si la Cour, en effectuant cette comparaison avec la loi Tny aurait exigé un *ratio* équivalent à celui de la loi Tny pour pouvoir conclure au caractère nécessaire de la mesure. Même si on laisse de côté l'aspect dégradation/amélioration du triple test présenté plus haut (section 3.1.), cela signifie que si l'on passe d'une modification de trois à huit ans, il faudrait rallonger dans la même proportion la période de transition dans la même mesure, conduisant à exiger une période de transition de trente-deux ans, ce qui semble excessif, notamment par rapport à l'idée de prévisibilité qui est supposée présider à la délimitation de la période de transition adéquate. Le paragraphe 74 de l'arrêt ne doit donc pas être interprété de manière stricte à notre sens.

1. — Durée de transition et « droits mal acquis »

37. — Abordons à présent la comparaison entre l'arrêt *Commission c. Hongrie* et les arrêts *Hennigs et Mai*, ainsi que *Van Cant* du 1^{er} juillet 1993 (C-154/92). Même si ce dernier porte sur l'interprétation de la directive 79/7/CEE, il a bien trait à des questions de droit transitoire et d'âge. De plus, si l'arrêt *Hennigs et Mai* concerne des questions de barèmes de rémunération, les deux autres arrêts touchent tous deux à des questions d'âge de la pension. Mais ce qui importe ici est la chose suivante : l'arrêt *Commission c. Hongrie* concerne la transition entre deux régimes juridiques dont aucun d'eux n'est considéré comme discriminatoire, alors que les deux autres arrêts concernent tous deux la transition d'un régime jugé discriminatoire vers un autre qui ne l'est pas. Or c'est une des nouveautés qu'apporte l'arrêt *Commission c. Hongrie* et c'est sur ce point que nous voudrions revenir à la question de la durée de la transition et à l'hypothèse des « droits mal acquis ».

Nous avons souligné lors de la présentation de l'arrêt *Hennigs et Mai* que ce dernier avait recours au concept « droits acquis » (§ 89) et que la circonstance que le régime antérieur était discriminatoire n'empêchait pas de considérer ces droits comme « acquis » et leur protection comme un objectif légitime. On peut donc voir dans ceci une position selon laquelle des droits peuvent être considérés comme acquis même s'ils sont ont été « mal » acquis. Ceci étant, on peut aussi lire *Hennigs et Mai* comme témoignant du fait que la Cour est sensible à la difficulté que pose le maintien de « certains des effets discriminatoires » (§ 99) du régime antérieur pendant la transition. Nous voudrions dès lors examiner brièvement si la jurisprudence de la Cour de justice est compatible avec le principe suivant :

Principe de durée ajustée : si l'on passe d'un régime discriminatoire à un régime non discriminatoire, la période de transition doit être plus courte (toutes choses égales par ailleurs) que si

(21) Sampford, *op. cit.*, pp. 77 et s.

l'on passe d'un régime non discriminatoire à un autre régime non discriminatoire.

La logique de cette hypothèse de principe est qu'il est moins légitime pour un administré de tabler sur la pérennité d'un régime discriminatoire que sur celle d'un régime non discriminatoire. En conséquence, son droit doit être considéré comme « mal acquis » ou « moins acquis » dans un tel cas. Si l'on pouvait retrouver dans la jurisprudence de la Cour une confirmation de ce principe, l'on n'aurait pas spécialement une reconnaissance juridictionnelle directe de l'idée de droit mal acquis, mais certainement de celle selon laquelle certains droits sont moins acquis que d'autres.

38. — Dans l'arrêt *Commission c. Hongrie*, il est reproché à la Hongrie d'avoir prévu une modification trop abrupte. Qu'en est-il dans l'arrêt *Van Cant* où il est reproché d'avoir prolongé trop longtemps la période de transition? Cet arrêt porte sur l'interprétation de la directive 79/7/CEE qui prévoyait la possibilité pour les États de déroger à l'exigence de non-discrimination basée sur le sexe quant à « la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite et les conséquences pouvant en découler pour d'autres prestations » (article 7, § 1^{er}). Ceci permettait aux États de concevoir un régime transitoire passant graduellement à un régime unisexe tant en termes de condition d'âge, que de tantièmes de calcul de la durée de carrière. S'agissant d'une uniformisation qui allait défavoriser les femmes, il était compréhensible que l'État belge ait conçu un système par lequel il uniformisait déjà la condition d'âge (60 ans) tout en préservant une période transitoire pour la condition de carrière (40^{es} pour les femmes et 45^{es} pour les hommes). La Cour a estimé cependant qu'une fois la condition d'âge uniformisée, l'article 7, § 1^{er}, devait être interprété strictement et exigeait un basculement vers un régime complètement unisexe, tant sur la condition d'âge que sur le calcul des tantièmes (§ 13). Il n'était donc plus conforme à la directive, une fois la condition d'âge uniformisée, de prolonger plus avant la transition au niveau des tantièmes.

39. — Les raisons pour lesquelles la période transitoire était jugée trop courte dans l'affaire *Van Cant* sont propres à l'interprétation stricte de l'article 7 de la directive 79/7/CEE. Elles n'ont donc pas trait à la durée de cette transition, mais à la manière dont son caractère graduel a été conçu, en uniformisant une des conditions du droit à la pension, tout en préservant la transition sur l'autre condition. L'on ne saurait donc tirer des leçons trop fermes de la comparaison avec l'arrêt *Commission c. Hongrie*. Cependant, même s'il serait aventureux d'affirmer que cette comparaison *confirme* le principe de durée ajustée, la jurisprudence de la Cour dans ces deux affaires (*Commission c. Hongrie* et *Van Cant*), ainsi que dans *Hennigs et Mai*, est certainement compatible avec cette hypothèse de principe.

2. — Comparaison C.J.U.E.-Cour constitutionnelle

40. — La jurisprudence de notre Cour constitutionnelle est elle aussi riche d'arrêts portant sur

des questions de discrimination liées à l'âge, en ce compris dans des affaires qui posent des questions de droit transitoire. Cette jurisprudence étant plus touffue que celle de la Cour de justice sur la question, qu'apporte une comparaison entre ces deux jurisprudences?

Partons d'abord d'une double affirmation de principe que l'on retrouve dans de nombreux arrêts de la Cour constitutionnelle. Cette dernière s'est d'abord prononcée très tôt sur la question des attentes légitimes, affirmant qu'« à peine de rendre impossible toute modification de la loi, il ne peut être soutenu qu'une disposition nouvelle violerait les dispositions constitutionnelles précitées par cela seul qu'elle déjouerait les projets de ceux qui se sont fiés à la situation ancienne » (22). Ceci ne signifie pas pour autant que la notion d'attente légitime soit sans pertinence. Elle ajoute en effet ailleurs que « si le législateur fédéral estime qu'un changement de politique s'impose, il peut décider de lui donner un effet immédiat et, en principe, il n'est pas tenu de prévoir un régime transitoire. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont violés que si le régime transitoire ou son absence entraîne une différence de traitement insusceptible de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. Tel est le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie de justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire » (23). Est-il cependant possible de dépasser ces considérations générales?

a) Transition trop longue?

41. — On peut d'abord se demander si la Cour constitutionnelle pose des limites maximales à une durée de transition, la Cour de justice se limitant à dire sur la stricte question de la durée que la transition doit rester limitée dans le temps (24). La juridiction constitutionnelle se préoccupe-t-elle du caractère trop long d'une période transitoire? L'exemple le plus emblématique est celui de l'arrêt 177/2002 du 5 décembre 2002. Cette affaire concernait la compatibilité de la réforme du régime des pensions de la police avec les articles 10 et 11 de la Constitution (25). Avant l'adoption de la loi du 7 décembre 1998, la police était divisée en corps. Chaque corps de police était soumis à un statut particulier. La loi du 7 décembre 1998 fusionne ces corps, mettant en place une police intégrée à deux niveaux. La loi du 30 mars 2001 a pour mission de déterminer le régime de

pension applicable aux membres de cette nouvelle police. Elle édicte un régime transitoire en faveur des ex-gendarmes leur permettant de conserver leur statut au niveau de la pension lors de leur intégration dans la nouvelle police. Par là, la loi crée un régime transitoire spécifique pour les policiers ex-gendarmes dont le statut antérieur était particulièrement avantageux.

Les requérants invoquaient différents arguments mettant en cause ce régime transitoire, parmi lesquels le fait que la durée du régime transitoire en faveur des ex-gendarmes serait déraisonnablement longue. La Cour répond aux requérants que « la circonstance que la disposition transitoire pourrait produire des effets pendant un délai qui, selon les parties requérantes, pourrait aller jusqu'à 35 ans, résulte de l'objet même des dispositions en cause, dès lors que la pension des membres du personnel n'intervient qu'au terme d'une carrière s'étendant sur un nombre d'années qui peut être important » (B.8.4.2.). La Cour n'applique pas à ce moyen son test habituel d'égalité. Deux raisons peuvent l'expliquer : (i) la Cour estime qu'il n'y a manifestement pas de rupture d'égalité entre les bénéficiaires du régime et ceux qui en sont exclus, ce qui la dispenserait d'explicitement les étapes du test, (ii) le moyen des requérants n'invitait pas la Cour à se prononcer sur le caractère proprement « discriminatoire » de la durée du régime transitoire, celle-ci ne s'étant donc pas saisie d'office de la question. Il n'est pas exclu que la Cour de justice, dans une hypothèse semblable, eût décidé dans le même sens. L'affaire porte en effet sur la transition d'un régime constitutionnellement valable, favorable à un groupe donné, vers un autre régime constitutionnellement valable, mais cette fois moins favorable à ce groupe. Il n'y a dès lors pas de raison de penser que la Cour exigerait une période transitoire particulièrement courte. Ceci étant, rappelons que la Cour de justice est plutôt exigeante quant à la validation d'une différence de traitement par l'âge qui ne se rattache pas à la matière de la retraite obligatoire (*supra*, n° 25).

42. — Si la lecture de l'arrêt 177/2002 pourrait suggérer une indifférence au problème des transitions trop longues, il n'en va pas de même de deux autres arrêts qui concernent non pas des questions d'âge, mais la distinction ouvrier/employé, l'un antérieur (56/93) et l'autre postérieur (125/2011) à l'arrêt 177/2002. L'arrêt 56/93 concerne, contrairement à l'affaire 177/2002, une hypothèse de type *Van Cant* et *Hennigs et Mai*, à savoir la transition d'un régime devenu inconstitutionnel vers un autre qui ne le serait pas. Il s'agissait de savoir quel délai laisser au législateur pour éliminer des différences dans le calcul du délai de préavis entre ouvriers et employés. La Cour précise qu'il s'agit d'une « différence de traitement en fonction d'un critère qui pourrait difficilement justifier de manière objective et raisonnable qu'elle fût instaurée aujourd'hui » (B.6.2.1.). La question de la transition peut certes s'envisager sous l'angle des attentes légitimes des personnes favorisées ou défavorisées par le régime à modifier, mais aussi sous celui du temps nécessaire au législateur — pour des raisons de procédure législative, des raisons budgétaires, etc. — pour modi-

(22) Voy. les arrêts 2/94, 3/94, 7/2004, 58/2006, 169/2006, 154/2007, 121/2009, 107/2011.

(23) Voy. les arrêts 67/2008, 135/2008, 172/2008, 121/2009, 138/2009, 163/2009, 2/2010, 107/2010.

(24) Voy. *Test-Achats* (§ 32, maintien d'une dérogation « sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes, est contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte ») et *Hennigs et Mai* (§ 99) (maintien « pour une période transitoire et limitée dans le temps » de certains des effets discriminatoires du régime initial).

(25) Pour d'autres exemples, voy. les arrêts 26/97, 39/97 et 109/2001 de la Cour constitutionnelle, affaires dans lesquelles le régime transitoire peut s'étendre sur trente à quarante ans.

fier la loi une fois posé le constat d'inconstitutionnalité.

La Cour affirme que « le fait qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une telle distinction ne suffit pas pour justifier sa brusque abolition » (B.6.3.1). Et parmi les éléments permettant d'évaluer la nécessité d'une abolition plus ou moins rapide, elle mobilise plusieurs considérations. *Primo*, elle précise qu'on ne peut « admettre que le législateur tarde à faire cesser une discrimination lorsque les principes en cause touchent à la substance même d'un droit fondamental » (B.6.2.3.). Elle estime cependant cette hypothèse non rencontrée en l'espèce. *Secundo*, la Cour insiste sur le fait d'examiner des différences entre régimes plutôt qu'entre mesures isolées. Elle dit en effet que « la distinction entre les deux catégories de travailleurs est également utilisée pour d'autres différences de traitement. C'est notamment le cas en matière de mode de rémunération, de période d'essai, de salaire garanti, de chômage partiel et de vacances annuelles. Les réglementations différenciées qui concernent ces matières sont actuellement favorables tantôt aux ouvriers, tantôt aux employés. Il ne serait pas cohérent d'isoler la distinction dans la seule matière de la durée des préavis et de la condamner sans tenir compte des effets qu'elle a dans d'autres matières du droit du travail et de la sécurité sociale qui reposent sur la même distinction » (B.6.3.2.). Il n'est pas possible d'évaluer en détail la plausibilité et les implications exactes de ce second élément de son raisonnement. Mais on peut imaginer aisément retrouver dans nos systèmes juridiques des règles tantôt favorables aux plus âgés, tantôt aux plus jeunes. Est-ce que ces éléments sont nécessaires les uns aux autres et est-ce que le caractère non systématique de l'orientation de chacune de ces mesures suffit à les rendre non problématiques est une question que nous laisserons ici ouverte.

Tertio, la Cour invoque « le poids de l'histoire » (B.6.3.1) par lequel elle semble viser le caractère extrêmement ancré, à la fois au sens historique, mais aussi au sens de nombreuses ramifications de la distinction. Ce poids de l'histoire serait tel que « le processus d'effacement de l'inégalité dénoncée, entamé depuis des décennies, ne peut être que progressif » (B.6.3.1). Ajoutons enfin que, *quater*, la Cour fait explicitement référence aux procédures de modification des normes et au temps qu'elles exigent — s'agissant ici de négociation collective — lorsqu'elle dit qu'elle considère comme proportionné le fait de préférer « une harmonisation progressive de ceux-ci à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles, spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective » (B.6.3.2.).

Si l'arrêt 56/93 offre une argumentation développée sur la question des transitions trop longues, elle a conclu en l'espèce qu'il n'était pas déraisonnable que le processus de rapprochement des statuts d'ouvrier et d'employé entamé en 1978 n'ait pas encore abouti en 1993 (soit 15 ans plus tard), car « la distinction entre ouvriers et employés concernant les délais de préavis à respecter lors de la résiliation du contrat de travail n'a pas été introduite par la loi du

3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, mais était présente dans la législation antérieure. L'origine de celle-ci remonte au début de ce siècle » (B.6.2.2.) Le caractère perfectible de la législation ne violait dès lors pas les exigences constitutionnelles. Par contre, dans l'affaire 125/2011, soit plus de trente ans plus tard, elle a conclu qu'il était temps pour le législateur de mettre fin à la distinction ouvrier/employé en ces termes : « Le temps dont peut disposer le législateur pour remédier à une situation jugée inconstitutionnelle n'est cependant pas illimité. L'objectif d'une harmonisation progressive (...) ne justifie plus, dix-huit ans après que la Cour eut constaté que le critère de distinction en cause ne pouvait plus être considéré comme pertinent, que certaines différences de traitement, comme celles qui sont invoquées devant le juge *a quo*, puissent encore être longtemps maintenues, perpétuant ainsi une situation d'inconstitutionnalité manifeste » (B.4.3.). (26)

43. — Confrontons enfin l'arrêt 177/2002, ainsi que les positions de la Cour constitutionnelle dans les affaires 56/93 et 125/2011 (ouvrier/employé) avec deux arrêts rendus en lien avec les questions d'ajustement progressif de l'âge de la retraite entre hommes et femmes, une problématique examinée par la Cour de justice dans son arrêt *Van Cant* discuté plus haut (n° 38). Les affaires 62/97 et 2001/88 soumises à la Cour constitutionnelle concernaient en effet le maintien d'une différence d'âge hommes/femmes en matière de pension de survie des personnes âgées. Dans un attendu identique, faisant écho de façon tout à fait intéressante à l'argument du « poids de l'histoire » de l'arrêt 56/93, la Cour constitutionnelle a conclu dans ces deux affaires à une inconstitutionnalité sur la base de la considération suivante : « S'il est vrai que l'héritage du passé pourrait justifier que des mesures soient prises, en matière de droit du travail ou de sécurité sociale, pour remédier progressivement à l'inégalité de la femme et de l'homme, cet argument ne peut, contrairement à ce que soutient le conseil des ministres, justifier que le revenu garanti aux personnes âgées soit inégalement attribué aux hommes et aux femmes. En effet, le revenu garanti aux personnes âgées est accordé indépendamment de la qualité d'ancien travailleur du bénéficiaire, il n'est pas calculé en fonction des rétributions qu'il a gagnées pendant sa vie active et il ne dépend pas des cotisations versées par lui ou pour lui. S'il est vrai que plusieurs dispositions de la loi du 1^{er} avril 1969 établissent un lien entre le droit au revenu garanti et le droit à une pension de retraite, (...), les deux institutions correspondent à des situations et à des finalités différentes » (27).

b) Transition trop courte?

44. — Même si les arrêts 62/97 et 2001/88 introduisent une restriction intéressante, il ressort de la lecture des arrêts rendus dans les affaires 56/93, 177/2002 et 125/2011 que la Cour constitutionnelle n'est pas particulièrement exigeante sur la question des délais de transition trop longs, y compris dans des hypothèses de type *Van Cant* et *Hennigs et Mai* (*supra*, nos 37-38). Existe-t-il des arrêts qui traduiraient à l'inverse une préoccupation pour une durée de transition trop courte? La jurisprudence de la Cour constitutionnelle nous paraît à cet égard moins exigeante que celle de la Cour de justice dans *Commission c. Hongrie*.

Partons d'abord de l'affaire 109/2001, dont les faits sont très proches de ceux ayant donné lieu à l'affaire *Commission c. Hongrie*. Cette affaire belge concernait l'introduction d'une limite d'âge de 67 ans à l'exercice de la profession de notaire. La Cour constitutionnelle, par une décision du 20 septembre 2001, a validé le régime transitoire qui laissait un délai d'adaptation de trois ans aux notaires ayant atteint cet âge, ainsi qu'une possibilité, pour les notaires n'ayant pas atteint trente ans de carrière, de compléter cette dernière jusqu'à l'âge de 75 ans. Si pour les notaires n'ayant pas atteint trente ans de carrière, le régime transitoire s'avère généreux, il ne laisse aux autres que trois ans pour prendre leurs dispositions et aménager la transition entre vie active et retraite. Or les notaires hongrois disposaient d'un délai de deux ans avant que la disposition imposant un âge de 62 ans soit d'application, ce qui a été condamné par la Cour de justice, cette dernière ayant estimé, comme nous l'avons indiqué plus haut (n° 30) que le délai n'était pas assez long et que l'étalement n'était pas assez graduel.

On pourrait vouloir attribuer la différence d'approche entre la position de la Cour constitutionnelle dans l'affaire 109/2001 et celle de la Cour de justice dans *Commission c. Hongrie* à des différences entre les deux espèces. Certes, le régime transitoire belge prévoyait un délai de trois ans plutôt que deux. Il prévoyait aussi un régime spécifique pour les notaires n'ayant pas atteint de carrière complète à l'âge de 67 ans. Et il poursuivait un but spécifique, reconnu légitime par la Cour constitutionnelle, à savoir de « garantir la fiabilité des actes et (...) mettre la fonction à la portée, dans les faits, d'un plus grand nombre de candidats, (ce qui fondait dès lors le législateur) à limiter dans le temps l'exercice de celle-ci afin d'éviter, notamment, que l'exercice de l'activité soit poursuivi à un âge où la santé risque de compromettre son efficacité » (B.9.3.). Ce dernier objectif pourrait être vu comme différent de ceux d'uniformisation et d'équilibre des âges invoqués dans *Commission c. Hongrie*.

45. — Cette interprétation, soulignant les différences entre les deux affaires, ne résiste cependant pas à la confrontation avec deux affaires antérieures (1/95 et 26/97) où la loi n'avait prévu aucun délai et où la Cour constitutionnelle n'a pas pour autant sanctionné l'absence de transition. Dans l'affaire 1/95, la Cour constitutionnelle s'était prononcée sur le recours invoquant une violation des articles 10 et 11 de la Constitution par les articles 38 et 39 de la loi du

(26) Sur la saga de l'égalité entre ouvriers et employés : P. Joassart, « La fin de la distinction entre ouvriers et employés imposée par la Cour constitutionnelle : quelles conséquences? », *JTT*, 2012, pp. 2-5; M. Westrade, « Distinction entre ouvriers et employés : licenciement, jour de carence - Pour une dynamique du droit », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1434-1436.

(27) C. const., arrêts 62/97, B.9. et 2001/88, B.6. Compar. arrêt 9/94, B.6.1. et B.6.2.

6 août 1993. Avant cette loi, toute personne partant à la pension voyait sa rente de retraite majorée, indexée et augmentée d'une contribution annuelle de l'État en vertu de l'article 36 de l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés. La loi du 6 août 1993 modifiait cette disposition et limitait son application aux pensions ayant pris cours avant le 1^{er} janvier 1994. Celles prenant cours ultérieurement ne verront pas leur rente majorée, indexée et augmentée d'une contribution annuelle de l'État. La loi en cause ne prévoit aucune transition, qu'elle consiste en un délai d'adaptation ou un étalement dans le temps des effets de la loi en vue d'assurer un meilleur lissage en transition.

L'analyse de la seule affaire 1/95 — sans sa comparaison avec l'affaire 26/97 — ne suffit sans doute pas à établir une tension entre la position de la juridiction constitutionnelle qui n'a pas sanctionné ici l'absence de délai et de gradualité, et celle de la Cour de justice dans *Commission c. Hongrie*. En effet, il semblerait que dans l'affaire 1/95, le régime antérieur à la loi attaquée n'était pas légitime. En effet, la Cour explique comme suit la *ratio legis* de la législation antérieure : « Pour l'application du système de répartition, les pensions étaient calculées en prenant en compte une rémunération fictive établie forfaitairement pour les prestations antérieures à 1955 en ce qui concerne les ouvriers, antérieures à 1958 en ce qui concerne les employés. L'indexation et la majoration instaurées par l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 visaient notamment à compenser ce désavantage. La raison d'être de cette compensation diminue dans la mesure où augmente le nombre d'années pour lequel la rémunération réelle est prise en compte » (B.5.). Dès lors, les motivations du maintien de la majoration, indexation et augmentation de la rente de pension avaient, en 1993, pratiquement disparu. Leur maintien était plus injustifié que justifié, dans la mesure où l'indexation, majoration et augmentation de la rente de retraite n'étaient logiques que pour les années d'activité dans les années 1950, pour lesquelles la rente de retraite n'était pas calculée sur la base du revenu réel mais d'un « revenu fictif forfaitaire » qui était défavorable au travailleur. Nous nous retrouvons donc dans un cas de type *Van Cant* ou *Hennigs et Mai*, plutôt que dans un cas *Commission c. Hongrie* (*supra*, n°s 26, 37-39).

46. — Si on peut discuter l'existence d'une tension entre *Commission c. Hongrie* et les affaires constitutionnelles 109/2001 et 1/95, cette tension est par contre tout à fait nette d'après nous avec l'affaire 26/97. Dans cet arrêt, notre juridiction constitutionnelle répond à une question préjudicielle portant sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 35bis des lois coordonnées du 3 juin 1970 relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles. Avant l'introduction de l'article 35bis en 1994, la perte de capacité de travail subie à la suite d'une maladie professionnelle continuait à être indemnisée jusqu'au décès de la victime. En 1994, le législateur décide de limiter cette indemnisation aux personnes ayant moins de 65 ans. Il assortit la loi d'une disposition transi-

toire faisant échapper à ce nouveau régime les personnes ayant déjà atteint l'âge de 65 ans au 1^{er} janvier 1994. Pour eux, le montant de l'indemnité ne baisse que si l'invalidité physique est diminuée. C'est la constitutionnalité de cette disposition transitoire qui est examinée par la Cour.

Dans cette affaire, le régime transitoire peut être résumé comme suit : soit l'individu a atteint l'âge de 65 ans au 1^{er} janvier 1994, auquel cas il échappe purement et simplement à l'application de cette loi; soit, à défaut, il se la voit appliquer sans que lui soit reconnu un délai ou un adoucissement temporaire en vue de l'entrée en vigueur complète et définitive de la loi, même s'il était très proche de l'atteinte de l'âge pivot de 65 ans. Il y a donc une exemption pour les personnes ayant atteint l'âge clé, mais aucun délai ou étalement pour les personnes qui étaient sur le point de l'atteindre. Ceci implique donc une différence de traitement très nette entre cohortes de naissance successives, selon qu'elles aient atteint 65 ans juste avant ou juste après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La Cour constitutionnelle n'a pas consacré en l'espèce l'inconstitutionnalité de l'absence de transition alors même que nous avons affaire à un cas de succession de deux régimes dont l'un n'était pas spécialement plus discriminatoire que son successeur. La tension est donc claire avec la position de la Cour de justice dans *Commission c. Hongrie* (28).

3. — Transition et critère d'âge

47. — Avant de conclure la présente contribution, demandons-nous s'il existe des raisons générales de penser que les questions de transition entretiennent un lien spécifique avec la problématique de la discrimination par l'âge. En d'autres termes, la question de la transition se pose-t-elle de manière différente par rapport au critère d'âge que par rapport à d'autres critères de distinction, fussent-ils protégés ou non? En cas de réponse négative, ceci ne veut pas dire qu'un traitement de la discrimination par l'âge doit ignorer les questions de transition, ou qu'un intérêt pour le droit transitoire doit ignorer les arrêts mobilisant le critère d'âge. L'intérêt de *Commission c. Hongrie* est plus large que sur la stricte question du droit transitoire. Mais il est évident que dans ce cas, les arrêts « âge » ne feraient qu'ajouter à une jurisprudence sur le droit transitoire, sans que l'âge ne pose de difficulté particulière.

48. — Il nous semble que l'articulation « âge/transition » peut être effectuée des différentes manières suivantes. D'abord, nous avons discuté plus haut (n° 10) la question de la qualification précise de la discrimination par l'âge, à travers une typologie en trois types. Lorsqu'on considère une affaire de type *Commission c. Hongrie*, s'agit-il de l'analyser comme un pro-

blème de transition entre deux régimes impliquant des différences de type 1 ou de voir la question de la transition elle-même comme une question de différence de traitement par l'âge de type 2? Force est de constater que c'est plutôt sous le premier angle que la question est abordée par la Cour dans *Commission c. Hongrie*.

Nous n'avons pu ici, pour des raisons d'espace, vérifier quelle différence cela ferait en pratique d'analyser la transition elle-même en tant que différence de traitement par l'âge de type 2. La prise au sérieux par la Cour de justice de l'objectif « équilibre entre les âges » entendu comme « équilibre-répartition » invite cependant à une telle analyse, car cet objectif suppose un intérêt particulier pour l'égalité entre cohortes de naissances successives, dimension qui est mieux appréhendée par une qualification comme différence de traitement de type 2. Mais l'on peut supposer que si sous l'angle du test de légitimité, cela pourrait faire une différence d'analyser la transition à travers le critère d'âge et une différence de traitement de type 2, il est moins certain qu'il y ait une spécificité au plan du test de proportionnalité.

Quant au niveau conceptuel, la question de la transition législative nous invite en réalité à envisager de plus près la nature des interactions entre le champ d'application temporel et le champ d'application personnel d'une norme. En définir le champ d'application temporel conduit inévitablement à en définir le champ d'application personnel. C'est particulièrement vrai lorsqu'une nouvelle législation s'applique à des activités ou des prestations qui ne concernent qu'une classe d'âge particulière. À l'inverse, définir le champ d'application personnel d'une règle ne conduit à en définir le champ d'application temporel de façon relativement directe que dans le cas d'une différence de traitement par l'âge de type 2.

49. — Ensuite, nous avons insisté sur la différence entre les hypothèses de type *Van Cant* ou *Hennigs et Mai* d'une part (transition à partir d'une différence de traitement initiale problématique) et celles de type *Commission c. Hongrie* (succession de deux différences de traitement qui comme telles ne sont pas problématiques). Les cas relevant de la première hypothèse nous invitent à relire la jurisprudence sur les délais de transposition ou sur ceux de mise en conformité par les États après condamnation à la lumière de la question de la discrimination par l'âge en montrant qu'il n'est pas toujours vrai qu'aller plus vite est plus approprié.

Et ceci nous incite aussi à envisager la logique du principe de durée ajustée — présenté ici comme une hypothèse d'interprétation, non comme un principe au sens strictement juridique du terme — et à bien comprendre la nature des intérêts concernés en cas de transition. Il faut certes tenir compte des contraintes propres au législateur, et, par exemple, celles du rythme parlementaire ou des négociations collectives. Mais il faut aussi prendre en compte les intérêts des perdants et des gagnants de chaque régime successif. Si les gagnants du régime antérieur ne sont plus ceux du régime postérieur, leurs intérêts sont pris en compte à travers l'idée

(28) On examinera aussi utilement l'affaire 18/2001, relative à ce que l'on pourrait qualifier de « droits non acquis ». Les deux législations successives étaient valables. La nouvelle législation était, cette fois, plus favorable et imposait d'exécuter une démarche avant un certain âge pour pouvoir en bénéficier, sans inclure de régime transitoire pour les personnes ayant déjà atteint cet âge lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

d'« attentes légitimes » ou de « droits acquis ». Mais il est évident que même dans un cas où le régime antérieur n'est pas discriminatoire — comme dans *Commission c. Hongrie* — les intérêts des perdants de ce régime antérieur méritent aussi d'être pris en compte. L'insistance sur les « attentes légitimes » ou plutôt la manière conservatrice dont on interprète généralement ces attentes comme des attentes de stabilité plutôt que comme des attentes de changement, nous fait trop souvent oublier le sort de ceux qui ont à gagner à une réforme et qui étaient les perdants du régime précédent. Ceci devient d'autant plus important lorsque l'on envisage l'hypothèse d'un régime jugé discriminatoire dont il s'agirait de sortir, comme dans *Van Cant* et *Hennigs et Mai*. Dans ce cas-là, les intérêts des perdants du régime antérieur discriminatoire sont encore plus essentiels à prendre en compte pour concevoir la transition législative. Utiliser le concept de droits acquis dans de tels cas de droits « mal acquis » est donc à cet égard problématique, même sur le plan strictement juridique.

Mais à nouveau, si ces questions sont essentielles, qu'ajoute la question de la discrimination par l'âge? À notre sens, elle apporte une double perspective nouvelle. D'une part, elle appelle à se demander dans quelle mesure le caractère brutal, rapide ou non graduel d'une réforme pose non seulement des questions de prévisibilité et de sécurité juridique, mais aussi de non-discrimination entre cohortes de naissance successives (et donc aussi à chaque instant déterminé, entre classes d'âge). S'il n'est pas certain qu'aucune transition législative soit en mesure d'éviter complètement d'engendrer des inégalités entre cohortes de naissance successives, il n'en reste pas moins que le *timing*, la durée et le rythme de la transition sont susceptibles d'atténuer ou d'accroître un tel impact inégalitaire. D'autre part, si l'on prend ce type d'affaires par l'autre bout, il exige que l'on confronte l'exigence de non-discrimination entre les âges avec les intérêts essentiels que traduit l'idée d'attentes légitimes — et qui peut d'ailleurs elle-même être relue indirectement à travers une préoccupation d'égalité entre cohortes (*supra*, n° 30) — ainsi que l'hypothèse plus générale selon laquelle toute transition législative impliquerait inévitablement certaines inégalités entre cohortes de naissance (et donc des différences de traitement par l'âge), fussent-elles réduites par une transition bien conçue.

CONCLUSION

50. — Concluons en revenant sur quelques questions clés. D'abord, nous avons insisté dans la section 1^{re} sur l'intérêt de distinguer entre trois types de différences de traitement par l'âge. À cet égard, la Cour de justice a tendance, à tout le moins à l'entame de l'examen de chaque affaire, de qualifier comme différence de type 1 des différences qui relèvent en réalité du type 3 (*supra*, n°s 10-12). Même si nous avons tenté de formuler des hypothèses explicatives, une telle qualification reste problématique. De même, nous avons montré que dans

Commission c. Hongrie, la Cour abordait les faits de la cause sous l'angle d'une différence de traitement par l'âge de type 1 alors qu'elle aurait pu l'envisager sous l'angle d'une différence de type 2, s'agissant d'un problème de transition (*supra*, n° 48).

Sur la question de l'objectif légitime, nous avons souligné trois éléments dans la section 2. D'abord, l'arrêt *Commission c. Hongrie* confirme la jurisprudence de la Cour de justice sur la nécessité d'un caractère identifiable de l'objectif, sans pour autant qu'il doive être explicite. De plus, il conclut à la légitimité de l'objectif d'uniformisation mais confirme aussi celle de l'objectif de structure d'âge équilibrée dont nous avons montré qu'il a une signification double dans la jurisprudence de la Cour (équilibre-mixité et équilibre-répartition) et qu'il peut viser à la fois les cohortes de naissance et les classes d'âge (*supra*, n° 32). Ceci s'inscrit dans un cadre général où la Cour tend, à deux exceptions près (*supra*, n° 21), à conclure à la légitimité des objectifs invoqués au regard de l'article 6 de la directive 2000/78/CE. Nous avons vu qu'il fallait articuler cette interprétation de l'article 6 avec celle des articles 2, § 5, et 4, § 1^{er}, de la directive. Il n'en reste pas moins que cette approche particulièrement ouverte du test de légitimité contraste avec l'approche plutôt stricte dont témoigne la Cour dans la mise en œuvre de son test de proportionnalité, et ce malgré les spécificités du critère d'âge.

Un des enseignements essentiels de la Cour dans l'arrêt annoté est lié au fait qu'elle reproche à la Hongrie un « abaissement abrupt et considérable de la limite d'âge ». En réalité, elle introduit l'exigence d'une transition non abrupte mais aussi graduelle. Et si le caractère abrupt d'une transition pose un problème de prévisibilité, il faut insister sur le fait que, d'une part, la Cour donne une interprétation particulièrement exigeante de la prévisibilité, et que, d'autre part, l'idée de gradualité traduit probablement une exigence implicite de non-discrimination entre cohortes successives, partiellement distincte de celle de prévisibilité. Ajoutons aussi que si la Cour propose dans cet arrêt une interprétation moyen/long terme du test de proportionnalité dont les implications ne sont pas évidentes à cerner à ce stade, l'application qu'elle en fait en l'espèce en se centrant sur les fluctuations du rythme de rotation plutôt que sur ce rythme lui-même est significative. Elle traduit à notre sens une interprétation de l'équilibre entre les âges aussi comme équilibre-répartition entre cohortes de naissance (*supra*, n° 32). Enfin, il y a un lien très intéressant entre cette question de la transition abrupte et celle de l'indépendance des juges, question dont s'est saisi l'avocat général, mais sur lequel la Cour n'a pas suivi.

Dans la dernière section du présent travail, nous nous sommes attachés à montrer essentiellement trois choses sur la question de la transition adéquate. D'abord, nous avons montré que le principe interprétatif de « durée ajustée » était compatible avec la jurisprudence de la Cour si l'on confronte les arrêts *Van Cant*, *Hennigs et Mai* et *Commission c. Hongrie*, même si la Cour ne valide certainement pas ce principe de manière explicite. Ensuite, l'exa-

men de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dont la jurisprudence est riche en la matière, a montré une claire tension entre sa position prise dans l'affaire 26/97 et l'approche de la Cour de justice dans *Commission c. Hongrie*.

Enfin, nous avons fait retour plus directement sur la question du lien entre transition et discrimination par l'âge. Il nous semble qu'une prise au sérieux des différences de traitement de type 2, dont relève le présent cas, même si la Cour semble rechigner à l'analyser en ces termes, serait susceptible de conduire à une reformulation des objectifs du droit transitoire général. Celui-ci ne devrait pas seulement se préoccuper de prévisibilité pour les administrés ou de faisabilité pour les législateurs, mais aussi plus directement d'égalité entre cohortes successives, un objectif que la Cour reconnaît d'ailleurs déjà comme légitime à travers l'idée d'équilibre-répartition entre les âges que l'on peut dégager de sa jurisprudence.

Une fois ce pas franchi se posera alors l'importante et fascinante question, tant pour la Cour que pour les États eux-mêmes — et au-delà du champ matériel de la directive 2000/78/CE — de ce qu'impliquerait concrètement l'exigence d'égalité entre les cohortes pour le droit transitoire, sachant que ce dernier introduit par définition des différences de traitement entre cohortes de naissance successives.

Cette question de l'égalité entre générations et du droit transitoire s'emboîte à son tour dans une problématique plus large. L'âge et la date de naissance étant parfaitement corrélés, se préoccuper de discrimination par l'âge exige de se préoccuper au moins autant du sort des différentes cohortes de naissance que de celui des différentes classes d'âge. En introduisant une préoccupation pour la non-discrimination entre les âges, l'on ne réalise pas assez combien l'on introduit donc nécessairement aussi un outil essentiel qui devrait permettre d'être beaucoup plus attentifs que nous ne le sommes aux inégalités qui séparent les différentes générations — entendues comme cohortes de naissance — qui se succèdent. Ces inégalités sont certes plus difficiles à visualiser et à évaluer que les inégalités à un temps donné, car elles doivent s'évaluer sur les vies complètes des personnes, et donc aussi, vu le chevauchement partiel entre les générations, de manière partiellement prospective. Mais dans un contexte où il n'est en rien certain que la génération nouvelle connaîtra un sort au moins aussi bon que celui de ses parents, une telle préoccupation ne saurait être négligée. C'est dans cette perspective aussi qu'il faut concevoir la lutte contre la discrimination par l'âge. Et notre analyse montre qu'une telle préoccupation est déjà présente (*supra*, n° 32) dans l'approche proposée par la Cour de justice dans *Commission c. Hongrie*.

Anne-France COLLA et Axel GOSSERIES (29)

(29) A.-F. Colla est avocate au barreau de Bruxelles et assistante à la Faculté de droit de l'Université de Louvain (U.C.L.). A. Gosseries est chercheur qualifié du F.N.R.S. et professeur à l'Université de Louvain (U.C.L.). Ils préparent un ouvrage juridique sur la discrimination par l'âge.