CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 22 mai 2008 [1]

1. Le Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du droit du travail) (Allemagne) a saisi la Cour d'une demande préjudicielle concernant une clause d'un régime professionnel privé de pension de retraite aux termes de laquelle le veuf ou la veuve d'un travailleur du secteur privé qui décède avant la fin de sa carrière est exclu(e) du droit à une pension de survie si il (elle) est plus de 15 ans plus jeune que le travailleur défunt. Le Bundesarbeitsgericht demande à la Cour si une telle clause est compatible avec le principe général prohibant toute discrimination fondée sur l'âge que la Cour a dégagé dans son arrêt Mangold [2] et invite la Cour à lui fournir des éclaircissements sur les circonstances dans lesquelles ce principe peut s'appliquer.

Le cadre juridique communautaire

Le traité sur l'Union européenne

2. L'article 6 du traité sur l'Union européenne dispose ce qui suit:

«1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.

2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales […], et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.

[…]»

Le traité CE

3. L'article 13 CE, introduit par le traité d'Amsterdam, est rédigé dans les termes suivants:

«1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites

1 — Langue originale: anglais.

2 — Arrêt du 22 novembre 2005 (C-144/04, Rec. p. I-9981). La prémisse selon laquelle ce principe serait un principe de droit positif est contestée directement par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et, de manière plus indirecte, par la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas: voir point 29 plus bas.

des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

[…]»

La directive 2000/78/CE [3]

4. L'exposé des motifs de la directive 2000/78/CE cite l'article 6, paragraphes 1 et 2, du traité sur l'Union européenne [4] et dresse la liste d'un certain nombre d'instruments internationaux reconnaissant le droit universel de toutes les personnes à l'égalité devant la loi et à la protection contre toute discrimination [5]. En ce qui concerne les discriminations fondées sur l'âge, le préambule indique que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [6] vise à assurer l'intégration sociale et économique des personnes âgées et que les lignes directrices pour l'emploi en 2000, approuvées par le Conseil européen de Helsinki les 10 et 11 décembre 1999, soulignent la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés [7].

5. Le vingt-cinquième considérant traite spécifiquement de la possibilité de justifier des différences de traitement liées à l'âge:

«L'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites.»

6. L'article 1^er dispose que la directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur les motifs qu'elle énonce, en ce qui concerne l'emploi

3 — Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 16). La directive 2000/78 fait partie d'une paire de directives de mise en œuvre adoptées conformément à l'article 13 CE, l'autre étant la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180, p. 22, dite «directive sur la discrimination raciale»).

4 — Premier considérant.

5 — Quatrième considérant, citant la déclaration universelle des droits de l'homme adoptée et proclamée par la résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «convention européenne sur les droits de l'homme») et la convention nº 111 sur la discrimination (emploi et travail) adoptée le 25 juin 1958 par l'Organisation internationale du travail.

6 — Adoptée le 9 décembre 1989 par le Conseil européen de Strasbourg.

7 — Sixième et huitième considérants.

et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

7. L'article 2, paragraphe 1, est rédigé dans les termes suivants: «Aux fins de la présente directive, on entend par 'principe de l'égalité de traitement' l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1er.»

8. Conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous a), «une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable […]». Conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous b), «une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier [notamment] pour des personnes […] d'un âge […] donné […] par rapport à d'autres personnes, à moins que: (i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires […]».

9. L'article 3, paragraphe 1, dispose que la directive s'applique «à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne […] les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions […] de rémunération».

10. L'article 6, paragraphe 1, énonce les justifications des différences de traitement fondées sur l'âge:

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

Les points a), b) et c) énoncent des exemples de pareilles différences de traitement, lesquelles peuvent notamment comprendre, dans des circonstances qu'elles précisent, la mise en place de conditions spéciales pour les jeunes et pour les travailleurs âgés, la fixation de condition d'âge minimum, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi ainsi que la fixation d'un âge maximum pour le recrutement.

11. L'article 6, paragraphe 2, permet aux États membres de prévoir, nonobstant l'article 2, paragraphe 2, que le fait de fixer des conditions d'âge pour les régimes professionnels de sécurité sociale et d'utiliser des critères d'âge dans les calculs actuariels dans le cadre de ces régimes ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge, pourvu que cela n'entraîne pas une discrimination fondée sur le sexe.

12. L'article 18 dispose que les États membres doivent transposer la directive 2000/78 pour le 2 décembre 2003, mais qu'au besoin, ils peuvent disposer d'un délai supplémentaire de trois ans pour mettre en œuvre les dispositions de la directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge et le handicap. La République fédérale d'Allemagne a fait usage de cette latitude et elle avait donc jusqu'au 2 décembre 2006 pour transposer ces dispositions dans son droit national.

Les lignes directrices litigieuses [8]

13. La partie défenderesse au principal gère le régime de pension d'entreprise de Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (ci-après «BSH») [9]. L'article 6 des lignes directrices de ce régime (ci-après les «lignes directrices») énonce les conditions qui régissent les pensions de retraite. L'article 6, paragraphe 4, dispose que la pension est payée à la veuve ou au veuf d'un travailleur décédé au cours de sa relation de travail lorsque certaines conditions sont remplies. Néanmoins, la pension ne sera pas versée «lorsque la veuve ou le veuf est plus de 15 ans plus jeune que l'ancien travailleur» (ci-après la «clause de différence d'âge»).

La procédure au principal et la demande préjudicielle

14. M^me Bartsch, demanderesse au principal, est née en 1965. Elle est la veuve de M. Bartsch, né en 1944, qui est décédé en 2004 alors qu'il était toujours au service de BSH. À l'exception de la clause de différence d'âge, M^me Bartsch remplissait toutes les conditions énoncées au paragraphe 6, paragraphe 4, des lignes directrices pour pouvoir recevoir une pension de veuve.

15. Après avoir sollicité sans succès une pension auprès de BSH, elle a saisi

8 — Lignes directrices de la Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH du 1^er janvier 1984, dans leur version du 1^er avril 1992.

9 — Dans les présentes conclusions, j'utiliserai l'abréviation «BSH» pour désigner aussi bien la partie défenderesse au principal (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH) que la société Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

l'Arbeitsgericht (tribunal du travail), qui a rejeté sa demande, puis le Landesarbeitsgericht (cour régionale du travail), qui a réservé le même sort à son appel.

16. Devant la juridiction de renvoi qu'elle a alors saisie d'une procédure de «Revision», M[me] Bartsch a notamment fait valoir que la clause de différence d'âge était incompatible avec le principe de l'égalité de traitement et qu'elle était dès lors invalide.

17. La juridiction de renvoi considère que M[me] Bartsch ne saurait prospérer en ses moyens sur la base du droit national. En particulier, elle considère que, bien que le droit allemand du travail connaisse le principe général de l'égalité de traitement, la clause de différence d'âge est fondée sur un motif équitable, à savoir la volonté de limiter les risques supportés par les régimes de pension facultatifs et d'en permettre une évaluation plus précise [10]. La clause de différence d'âge est étroitement liée à ces considérations.

18. Néanmoins, la juridiction de renvoi se demande si les restrictions au principe général de l'égalité de traitement qui sont inscrites dans le droit allemand du travail peuvent résister à l'application du principe de non-discrimination fondée sur l'âge que la Cour a dégagé dans son arrêt Mangold.

19. Après avoir lu cet arrêt, la juridiction de renvoi n'est pas certaine que le principe général interdisant toute discrimination fondée sur l'âge s'applique à toute situation, qu'elle présente un lien avec le droit communautaire ou non. Dans la négative, elle voudrait savoir si un tel lien résulte de l'article 13 CE ou de la directive 2000/78 en dépit du fait que les événements qui sont à l'origine de la demande préjudicielle se sont déroulés avant l'expiration du délai de transposition de cette directive [11].

20. La juridiction de renvoi croit pouvoir affirmer que le principe dégagé par la Cour dans l'arrêt Mangold s'applique «horizontalement» aux litiges entre particuliers puisque cet arrêt a été rendu dans une procédure opposant des personnes de droit privé. L'affaire Mangold concernait cependant une réglementation nationale qui prévoyait une exception à l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge. La juridiction de renvoi demande si le principe s'applique horizontalement uniquement à l'égard de telles dispositions dérogatoires.

10 — Au point 107 des présentes conclusions, je proposerai une légère réinterprétation de la justification suggérée par la juridiction de renvoi.

11 — Je reformulerai cette question au point 27 plus bas.

21. La juridiction de renvoi considère que, dans la mesure où le principe doit s'appliquer, c'est au travailleur décédé, et non à son survivant, qu'il doit l'être. Elle croit que la clause de différence d'âge pourrait donner lieu à une discrimination indirecte en raison de l'âge en raison du fait que la probabilité qu'un travailleur, quel que soit son sexe, puisse être affecté augmente avec l'âge. Si tel est le cas, la juridiction de renvoi considère alors que les justifications d'une telle clause qui seraient autorisées par le droit allemand devraient l'être également par le droit communautaire.

22. Enfin, eu égard à la nature des régimes de pension d'entreprise et au principe de la protection de la confiance légitime, la juridiction de renvoi demande dans quelle mesure le principe général d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge devrait sortir un effet rétroactif.

23. C'est la raison pour laquelle elle a posé les questions suivantes à la Cour:

«1) a) Le droit primaire de la Communauté européenne contient-il une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge dont les juridictions des États membres doivent garantir l'application même lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire?

b) En cas de réponse négative à la première question, sous a), un tel lien avec le droit communautaire est-il créé par l'article 13 CE ou, dès avant l'expiration du délai de transposition, par la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail?

2) L'interdiction de droit communautaire de toute discrimination fondée sur l'âge qui pourrait résulter de la réponse à la première question est-elle également d'application dans les rapports entre, d'une part, les employeurs privés et, d'autre part, leurs travailleurs, actifs ou pensionnés, ou les survivants de ceux-ci?

3) En cas de réponse affirmative à la deuxième question:

a) Une telle interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge s'applique-t-elle également à un régime de pension d'entreprise conformément auquel la pension de survie n'est pas accordée au conjoint survivant lorsqu'il est plus de 15 ans plus jeune que le travailleur défunt?

b) En cas de réponse affirmative à la troisième question, sous a), le fait qu'un employeur ait un intérêt à limiter les risques inhérents à la pension d'entreprise peut-il être un motif de justification d'un tel régime?

c) En cas de réponse négative à la troisième question, sous b), l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge éventuellement applicable aux règles qui régissent les pensions d'entreprise sortit-elle des effets rétroactifs illimités ou bien son application est-elle limitée pour le passé et, en pareil cas, de quelle manière?»

24. BSH, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni et la Commission ont présenté des observations écrites. Ils ont également présenté des observations orales à l'audience du 10 octobre 2007 ainsi que le Royaume des Pays-Bas.

25. À la demande du Royaume-Uni, l'affaire a été attribuée à la grande chambre.

Sur la première question

26. La première question, sous a), porte en substance sur le point de savoir si le droit communautaire contient une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge qui s'appliquerait même lorsque le traitement prétendument discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire.

27. Il semble utile de répondre à cette question de manière plus large et en trois étapes. Premièrement, existe-t-il un principe général de droit communautaire interdisant spécifiquement toute discrimination fondée sur l'âge? Deuxièmement, si un tel principe existe, peut-il s'appliquer même si la situation qui donne lieu au renvoi préjudiciel ne relève pas du champ d'application du droit communautaire [première question, sous a)]? Troisièmement, la situation qui a donné lieu au renvoi devant la Cour relève-t-elle du champ d'application du droit communautaire [première question, sous b)]?

Mangold et ses suites

28. Il résulte clairement de la décision de renvoi que les questions sont fondées sur la prémisse, déduite de l'arrêt Mangold, que le droit communautaire connaît un principe général interdisant toute discrimination fondée sur l'âge.

29. Le Royaume-Uni conteste cette prémisse au motif qu'aucun instrument international ni aucune tradition constitutionnelle d'un État membre ne fournit une base adéquate permettant de reconnaître un tel principe. Il est manifeste que les auteurs de l'article 13 CE entendaient permettre au législateur communautaire d'adopter des mesures de lutte contre les discriminations fondées sur l'âge notamment, ce qui indique qu'un tel principe n'existe pas. BSH conteste pareillement l'existence de sources suffisantes qui fonderaient un principe général interdisant les discriminations fondées sur l'âge. La République fédérale d'Allemagne fait observer qu'un tel principe général rendrait superflue la transposition et la mise en œuvre de la directive 2000/78. À l'audience, le Royaume des Pays-Bas a souscrit aux observations écrites de la République fédérale d'Allemagne et du Royaume-Uni.

30. Dans l'arrêt Mangold, la Cour a fait observer que la directive 2000/78 n'institue pas en elle-même le principe de l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi et du travail, mais qu'elle crée un cadre général permettant de lutter contre les discriminations fondées sur les motifs visés, «le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination trouvant sa source, ainsi qu'il ressort des premier et quatrième considérants de la directive, dans divers instruments internationaux et traditions constitutionnelles communes aux États membres» [12]. La Cour a encore ajouté ceci:

> «(75) Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire. Dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application de ce dernier, ce qui est le cas de l'article 14, paragraphe 3, du TzBfG, modifié par la loi de 2002, en tant que mesure de mise en œuvre de la directive 1999/70[[13]] […] la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec un tel principe […].

12 — Point 74. C'est à tort que la version anglaise de l'arrêt se réfère au troisième considérant, et non au premier.

13 — Directive 1990/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JO L 175, p. 43).

(76) En conséquence, le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge […].

(77) Dans ces conditions, il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit communautaire et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale […].

(78) […] Il incombe à la juridiction nationale d'assurer le plein effet du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale, et ce alors même que le délai de transposition de ladite directive n'a pas encore expiré.»

31. L'arrêt Mangold a fait l'objet d'un certain nombre de critiques émanant du monde académique, qui reprochait d'une manière générale à la Cour d'avoir (de son plein gré, sans raison valable et contre les intentions du législateur) étendu le champ d'application de la directive [14], de lui avoir donné effet avant l'expiration de sa période transitoire et dans une relation horizontale au moyen d'une référence innovante à un principe général de droit communautaire [15]. Par conséquent, un certain nombre de commentateurs ont estimé que la Cour avait sapé la finalité de l'effet direct [16]. De surcroît, la décision de la Cour est critiquée pour avoir provoqué une situation de grande incertitude juridique [17].

32. Quatre avocats généraux ont consacré des commentaires à l'arrêt Mangold.

14 — Voir, par exemple, Cavallini, J., «De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior», *La semaine juridique Sociale,* 2005, p. 25 à 28; Dubos, O., «La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?», *La semaine juridique,* 2006, p. 1295 à 1297; LeClerc, O., «Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire», *Recueil Dalloz,* 2006, p. 557 à 561; Nicolella, M., «Une application anticipée des directives non transposées?», *Gazette du palais,* 2006, p. 22; Dubout, E., sur «Mangold» dans *Revue des affaires européennes,* 2005, p. 723 à 733; Masson, A., et Micheau, C., «The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy», *European Public Law,* 2007, p. 587 à 593; Editorial Comments, *Common Market Law Review,* 2006, p. 1 à 8.

15 — Voir, par exemple, Riesenhuber, K., Case Note dans *European Review of Contract Law,* 2007, p. 62; Swift, J., «Pale, stale, male», *New Law Journal,* 2007, p. 532 à 534; Editorial Comments, *Common Market Law Review*, précité. Opinion favorable d'un point de vue des droits dans Schiek, D., «The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation», *Industrial Law Journal,* 2006, p. 329 à 341.

16 — Voir, par exemple, Cavallini, Dubos, Editorial Comments, *Common Market Law Review*, tous cités à la note 14.

17 — Voir, par exemple, Swift, Cavallini, Nicolella, Dubout, Masson/Micheau, (tous cités aux notes 14 et 15); Martin, D., «L'arrêt Mangold — Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?», *Journal des tribunaux du travail,* 2006, p. 109 à 116.

33. Dans l'affaire Chacón Navas [18], l'avocat général Geelhoed a souligné que les actions en égalité de traitement fondées sur les interdictions énoncées à l'article 13 CE peuvent avoir des conséquences économiques et financières extrêmement lourdes. L'interprétation des mesures fondées sur l'article 13 CE ne doit pas être étendue en invoquant l'expression «dans les limites des compétences que [le traité] confère à la Communauté» qui figure dans cet article et moins encore en se fondant sur la politique générale d'égalité. Une approche aussi extensive empiéterait sur les décisions que les États membres ont adoptées dans l'exercice des pouvoirs qu'ils ont conservés. Il s'est donc prononcé en faveur d'une interprétation plus restrictive que celle que la Cour a retenue dans son arrêt Mangold.

34. Dans l'affaire Lindorfer/Conseil [19], j'ai suggéré que l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge que la Cour avait définie dans son arrêt Mangold était une expression particulière du principe général d'égalité devant la loi. Ainsi, j'ai cru qu'il était préférable de lire l'arrêt Mangold en ce sens que les discriminations fondées sur l'âge avaient toujours été prohibées par le principe général d'égalité et que la directive 2000/78 avait introduit un cadre spécifique détaillé à utiliser pour traiter ces discriminations notamment. Je reviendrai plus loin à l'interprétation que j'avais proposée alors.

35. L'avocat général Mazák a amplement critiqué l'arrêt Mangold dans l'affaire Palacios de la Villa [20]. Il a observé que les instruments internationaux et les traditions constitutionnelles auxquels la Cour se réfère dans cet arrêt contiennent effectivement le principe général de l'égalité de traitement, mais que déduire l'existence d'un principe spécifique interdisant les discriminations fondées sur l'âge uniquement à partir du principe général de l'égalité de traitement était une proposition audacieuse qui représentait une évolution significative. Un principe général d'égalité implique *potentiellement* une interdiction de discrimination basée sur n'importe quel motif jugé inacceptable, de sorte que les interdictions spécifiques sont des expressions particulières de ce principe général. Inférer du principe général d'égalité l'existence d'une interdiction de discrimination fondée sur un motif spécifique est cependant une tout autre chose et les raisons de le faire sont loin d'être convaincantes. De surcroît, ni l'article 13 CE ni la directive 2000/78 ne reflètent nécessairement une interdiction existante de toutes les formes de discrimination auxquelles ils se réfèrent. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'intention sous-jacente était bien plutôt de laisser au législateur communautaire et aux États membres le soin de prendre les actions appropriées en ce sens. C'est ce que la Cour semble suggérer elle aussi dans son arrêt Grant [21], dans lequel elle a conclu qu'en son état de l'époque, le droit communautaire ne couvrait pas les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

36. Plus récemment, l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a estimé, dans l'affaire

18 — Arrêt du 11 juillet 2006 (C-13/05, Rec. p. I-6467, points 46 à 56 des conclusions).

19 — Arrêt du 11 septembre 2007 (C-227/04 P, Rec. p. I-6767), en particulier points 52 à 58 des conclusions.

20 — Arrêt du 16 octobre 2007 (C-411/05, Rec. p. I-8531), en particulier points 87 à 97 et points 132 à 138 des conclusions.

21 — Arrêt du 17 février 1998 (C-249/96, Rec. p. I-621).

Maruko [22], que le «caractère essentiel» du droit à la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle est d'un ordre différent de celui que la Cour a attribué au principe de non-discrimination fondée sur l'âge dans l'arrêt Mangold.

37. La Cour a depuis statué dans ces quatre affaires, mais en dépit (ou, éventuellement, à la lumière) des commentaires de ses avocats généraux, dans aucun de ces arrêts, la Cour n'a examiné — ni d'ailleurs, mentionné — son arrêt Mangold à propos de l'existence d'un principe général de droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge.

38. Dans l'affaire Lindorfer, la Cour a rouvert la procédure orale et convoqué les parties pour une nouvelle audience au cours de laquelle elle leur a demandé d'exprimer leur point de vue sur, notamment, le champ d'application du principe interdisant toute discrimination fondée sur l'âge lorsqu'il s'agit de calculer les valeurs actuarielles des droits à pension acquis sous un régime national en vue de leur transfert vers le régime des pensions communautaires. Elle a néanmoins tranché l'affaire exclusivement sur la base de la discrimination sexuelle. Il est moins surprenant que la Cour ait omis toute référence à la discrimination en raison de l'âge dans ses arrêts Chacón Navas et Maruko, qui avaient trait, respectivement, à la discrimination fondée sur le handicap et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

39. L'affaire Palacios de la Villa portait spécifiquement sur la discrimination en raison de l'âge. Dans son arrêt, la Cour a tout d'abord déterminé que la législation nationale en cause (aux termes de laquelle le fait pour un travailleur d'avoir atteint l'âge de la pension établi par cette législation entraînait automatiquement la fin de son contrat d'emploi) créait une différence de traitement directement fondée sur l'âge. La Cour a ensuite établi que la directive 2000/78, dont le délai de transposition avait déjà expiré au moment des faits, s'appliquait aux faits qui avaient donné lieu au litige devant la juridiction nationale. Elle était donc en mesure de statuer sur l'affaire en se référant à la directive. Elle a dit pour droit que la mesure était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime lié à la politique de l'emploi et au marché du travail, et elle a admis qu'il s'agissait d'un moyen approprié et nécessaire d'atteindre cet objectif. La Cour n'a pas mentionné un principe général interdisant les discriminations fondées sur l'âge.

40. L'approche que la Cour a retenue dans son arrêt Palacios de la Villa, dans lequel elle

22 — Arrêt du 1er avril 2008 (C-267/06, Rec. p. I-1757, point 78), des conclusions ainsi que les notes y afférentes.

analyse sous l'angle de la directive 2000/78 la législation nationale qui prévoit explicitement un traitement défavorable sur la base du critère de l'âge et dans lequel elle conclut que cette législation est licite, est très différente de celle qu'elle avait adoptée dans l'arrêt Mangold, dans lequel elle avait déclaré que c'était à la juridiction nationale qu'il appartenait d'écarter toute disposition de droit national incompatible avec le principe interdisant les discriminations fondées sur l'âge.

41. Dans la présente affaire (de même que dans l'affaire Mangold), le délai de transposition de la directive 2000/78 n'avait pas encore expiré au moment des faits. La question de savoir s'il existe un principe spécifique de droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge est donc à nouveau potentiellement posée à la Cour.

Existe-t-il un principe général de droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge?

42. Le principe général d'égalité fait partie des fondements de la Communauté [23]. Les traditions constitutionnelles communes aux États membres contiennent des dispositions sur l'égalité devant la loi [24]. Divers instruments internationaux contiennent eux aussi des déclarations générales sur l'égalité de traitement [25]. Plus particulièrement, l'article 14 (intitulé «Interdiction de discrimination») de la convention européenne des droits de l'homme dispose que «la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» [26]. Le principe général d'égalité peut donc raisonnablement être considéré comme «le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination [dont la liste figure à l'article 13 CE]», principe qui trouve «sa source [...] dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres» [27].

23 — Voir arrêt du 3 octobre 2006 (C-17/05, Cadman, Rec. p. I-9583, point 28). L'expression est utilisée, avec des variantes mineures, dans toute la jurisprudence de la Cour et l'a été, apparemment, pour la première fois dans l'arrêt du 19 octobre 1977 (117/76 et 16/77, Ruckdeschel, Rec. p. 1753, point 7).

24 — Voir Report on the Member States Legal Provisions to Combat Discrimination; ce rapport de la Commission est disponible en ligne à l'adresse http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf

25 — Voir la note 5 plus haut.

26 — Comme l'expression «reconnus dans la présente convention» l'indique clairement, l'article 14 n'est pas une disposition autonome, mais sortit ses effets en combinaison avec d'autres droits positifs garantis par la convention. Le protocole 12 contient cependant une telle interdiction autonome en matière de discrimination (parmi les États membres de l'Union européenne, seuls la République de Chypre, la République de Finlande, le Grand-duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la Roumanie et le Royaume d'Espagne ont ratifié le protocole). On observera que la discrimination fondée sur l'âge n'est spécifiquement mentionnée dans aucune de ces deux longues listes (qui ne sont cependant pas exhaustives).

27 — Citations extraites de l'arrêt Mangold, déjà cité à la note 2, point 74. La formule «les traditions constitutionnelles communes aux États membres» est couramment utilisée comme base permettant de dégager un principe fondamental de droit communautaire (voir l'article 6, paragraphe 2, EU, codifiant la jurisprudence de la Cour sur ce point).

43. Les racines de toute interdiction claire et spécifique des discriminations fondées sur l'âge sont bien plus récentes. Comme je l'ai noté dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Lindorfer, l'interdiction spécifique de toute discrimination fondée sur l'âge est, tant dans le contexte national qu'international, trop récente et trop peu uniforme pour correspondre à cette description [28]. En effet, pas plus tard qu'en 1999, la Commission avait encore déclaré publiquement qu'«[i]l existe très peu de législation sur les discriminations fondées sur l'âge dans les États membres» [29].

44. Il n'est pas superflu de s'arrêter un instant et de se demander pourquoi il devrait en être ainsi. Une formulation classique du principe d'égalité, telle que la formule d'Aristote «traite les affaires identiques de façon identique» [30], laisse entière la question cruciale de savoir quels aspects il convient de retenir en matière d'égalité de traitement et lesquels il convient d'écarter [31]. Tout groupe humain est semblable à un autre à certains égards et différent à d'autres. C'est pourquoi une maxime telle que celle d'Aristote demeure une règle creuse aussi longtemps que l'on n'aura pas déterminé quelles différences sont pertinentes aux fins dont il s'agit. Par exemple, si l'on désapprouve et déclare injuste une loi qui interdirait l'accès des restaurants aux personnes qui ont les cheveux roux, la critique serait fondée sur la prémisse qu'en matière de restauration, la couleur des cheveux n'est pas un critère pertinent. Il est dès lors clair que les critères des ressemblances et différences pertinentes varient en fonction des conceptions morales fondamentales d'une personne ou d'une société donnée [32].

45. Lorsqu'on les examine un instant d'un point de vue historique, il apparaît qu'à l'analyse, les déclarations sur l'«égalité» visaient souvent l'«égalité de traitement, à certains égards, pour les membres du cercle magique» plutôt que l'«égalité de traitement à tout égard pertinent pour tout un chacun». Dans l'Athènes de Périclès, les citoyens de la cité avaient certes le droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à la justice ou à la fonction publique [33], mais ni les métèques [34] ni les esclaves ne pouvaient exiger d'être

28 — Conclusions dans l'affaire Lindorfer, déjà citées à la note 19, point 55, avec référence à l'arrêt Mangold, déjà cité à la note 2, point 74.

29 — Voir le Commission's Report on the Member States' Legal Provisions, déjà cité à la note 24, p. 70; voir en outre M. Sargeant (ed.), *The Law on Age Discrimination in the EU* (2008).

30 — *Nicomachean Ethics*, V.3. 1131a10-b15; *Politics*, III.9.1280 a8-15, III. 12. 1282b18-23.

31 — Voir, en outre, Gosepath, S., «Equality», dans E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (édition automne 2007), disponible en ligne à l'adresse http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/

32 — Voir H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2e edition, 1994, p. 159 à 163).

33 — Voir l'oraison funèbre que Périclès a prononcée en l'honneur des morts de la cité d'Athènes tombés durant la première année de la guerre contre Sparte (qui s'est soldée par un désastre): «Notre forme de gouvernement ne rivalise pas avec les institutions des autres. Notre gouvernement ne copie pas nos voisins, mais leur sert d'exemple. Il est vrai qu'on nous appelle démocratie parce que l'administration est aux mains de la majorité et non de quelques-uns. Mais si la justice est la même pour tout un chacun dans le règlement des litiges privés, la pertinence de l'excellence est également reconnue; et lorsqu'un citoyen se distingue d'une manière ou d'une autre, il obtient la préférence dans le service public, non pas en tant que privilège, mais en tant que récompense de son mérite. La pauvreté n'est pas davantage un obstacle, car un homme peut servir son pays quelle que soit la modestie de sa condition» (Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, livre II, XXXV-XLVI, au XXXVII, dans la traduction de Benjamin Jowett (1881), elle-même traduite par le juriste linguiste).

34 — Ce terme désignait les étrangers qui résidaient dans la cité, mais n'avaient pas tous les attributs de la citoyenneté.

traités de la même manière que les citoyens de la cité dans ces domaines. À Sparte, le concept d'égalité suivait un modèle différent et excluait lui aussi les ilotes et les esclaves [35]. Tant le modèle athénien que le modèle spartiate excluait (évidemment) les femmes. Plus près de nos jours, la déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique a, certes, proclamé que «all men are created equal» («tous les hommes sont créés égaux») [36], mais il a fallu la guerre civile et ses séquelles interminables avant qu'une égalité de traitement authentique commence à s'étendre aux descendants des esclaves noirs [37]. Durant de longues périodes de l'histoire de l'Europe et du bassin méditerranéen, la discrimination fondée sur la religion semblait parfaitement naturelle (puisqu'elle était censée répondre à un vœu divin).

46. En bref, les réponses aux questions «qui est visé par le principe de l'égalité de traitement?» et «quels aspects de la vie économique, sociale, politique, civile et personnelle sont couverts par ce principe?» ne sont pas immuables: elles évoluent avec la société. Au cours de ce processus, le droit reflète ce changement en commençant par déclarer explicitement que certaines formes de traitement discriminatoire qui passaient inaperçues jusqu'alors ou qui, si elles apparaissaient au grand jour, étaient tolérées ne le seraient plus à l'avenir. Pareilles mutations légales sont un prolongement — une expression nouvelle et élargie — du principe général d'égalité.

47. L'arrêt Marshall I [38] suggère que le droit communautaire ne considérait pas dès sa conception que l'âge était un motif manifestement suspect sur lequel fonder des distinctions. Dans cette affaire, où l'âge était un motif de mettre fin à l'emploi, la Cour a dit pour droit que certaines dispositions de la directive 76/207/CEE, qui garantit l'égalité de traitement entre les sexes en matière de conditions de travail, peuvent produire un effet direct et que, bien que la directive n'ait *pas* d'effet direct «horizontal», M^me Marshall pouvait s'en prévaloir «verticalement» parce que son employeur, l'autorité sanitaire défenderesse, était une émanation de l'État. Cet arrêt célèbre tend à indiquer qu'en 1986, faire une distinction sur la base de l'âge (à ne pas confondre avec le sexe) était considéré comme manifestement pertinent lorsqu'il s'agissait de mettre fin à une relation d'emploi et donc compatible avec le principe général d'égalité consacré par le droit communautaire. Si une telle pratique n'avait pas été considérée acceptable, M^me Marshall

35 — Dans la Sparte antique, les ilotes étaient une classe de serfs dont le statut intermédiaire se situait entre celui des esclaves ordinaires et celui des citoyens libres de la cité.

36 — «We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness […]» («Nous considérons que ces vérités s'imposent par elles-mêmes: que tous les hommes sont créés égaux; que leur Créateur leur a conféré certains droits inaliénables, notamment la vie, la liberté et la poursuite du bonheur […]») (déclaration d'indépendance, 4 juillet 1776).

37 — La cour suprême des États-Unis a largement contribué au classement des discriminations fondées sur la race au chapitre des pratiques inacceptables. Voir, par exemple, *Brown v Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1954), affaire dans laquelle la Cour suprême a opéré un revirement et modifié la jurisprudence qu'elle avait établie dans son arrêt *Plessy v Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), dans lequel elle avait dit pour droit que la Constitution permettait de mettre à la disposition «des blancs et des gens de couleur» des installations et équipements «séparés mais égaux», notamment dans le domaine scolaire. Dans cette affaire antérieure, seul le juge John Marshall Harlan avait manifesté son désaccord, considérant que «la Constitution est daltonienne et ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens».

38 — Arrêt du 26 février 1986 (152/84, Marshall, Rec. p. 723).

aurait probablement invoqué l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge à l'appui de son argument principal.

48. Une fois que l'éventuelle (nouvelle) portée du principe a émergé, l'étape qui s'impose ensuite naturellement est de la définir avec plus de précision et de mettre en place les règles permettant de lutter contre la discrimination qui a été identifiée [39].

49. S'il est exact que certaines situations (impliquant une forme quelconque de discrimination directement, grossièrement ou arbitrairement fondée sur l'âge) peuvent être traitées par application du principe de l'égalité de traitement quel que soit l'âge dans sa forme pure et simple, il faudra, néanmoins, nécessairement élaborer des définitions appropriées pour combattre effectivement les discriminations lorsque la situation est plus complexe et que la ligne de partage entre différenciation justifiable et discrimination injustifiable est plus floue. L'article 13 CE fournit la base légale de l'action législative au niveau communautaire pour «combattre» diverses formes d'inégalité de traitement inacceptables, notamment les discriminations fondées sur l'âge. Cette disposition permet donc au législateur communautaire à la fois de préciser la définition de la discrimination fondée sur l'âge (notamment) et de fixer les règles destinées à l'éliminer.

50. C'est pourquoi, tout argument qui tendrait à démontrer que, si un principe interdisant les discriminations fondées sur l'âge avait déjà existé, l'article 13 CE ou la directive 2000/78 n'auraient pas été nécessaires repose sur une conception fondamentalement erronée. C'est précisément *parce qu'*il a été reconnu que le principe général d'égalité inclut également l'égalité de traitement indépendamment de l'âge qu'une disposition législative d'habilitation telle que l'article 13 CE *devient* nécessaire et est dûment utilisée comme base d'une intervention législative détaillée.

51. Le revers de la médaille, c'est que des interdictions spécifiques *détaillées* de «toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle» ne sauraient avoir existé au moment où l'article 13 a été inclus dans le traité. Si elles avaient existé, l'article 13 CE aurait effectivement risqué d'être une dispo-

39 — Comparer avec R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 22 à 28, qui définit la différence entre les règles et les principes sur la base du caractère de la direction qu'ils donnent. Un principe énonce une raison qui plaide dans un sens déterminé, mais n'exige pas une décision particulière, tandis qu'une règle établit les conséquences juridiques qui résultent automatiquement de la réalisation des conditions qu'elle fixe. En revanche, les règles n'ont pas la dimension de pondération des principes: si deux règles entrent en conflit, l'une d'entre elles doit être inapplicable ou invalide alors que deux principes antagonistes peuvent être mis en balance.

sition superfétatoire [40]. Elles peuvent encore moins avoir surgi, armées de pied en cap, comme Athéna jaillissant de la tête de Zeus, à ce moment précis.

52. Un examen plus attentif de la disposition d'habilitation énoncée à l'article 13 CE confirme l'analyse que je préconise.

53. Premièrement, l'article 13 CE s'accompagne d'une réserve «sans préjudice des autres dispositions du […] traité» (et donc, a fortiori, des principes généraux qui sous-tendent le droit communautaire). Utiliser cet article comme base juridique de mesures détaillées contre toute discrimination fondée sur l'âge, notamment, ne sape pas le principe général d'égalité, mais permet au contraire de dégager plus efficacement des manifestations spécifiques de ce principe général.

54. Deuxièmement, l'article 13 CE habilite le Conseil (statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen) à «prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur» divers motifs spécifiques. Il ne définit pas ces types de discrimination lui-même, mais part de la prémisse que, malheureusement, elles existent et devraient être combattues (avec vigueur). S'autorisant de l'article 13 CE, la directive 2000/68 part elle aussi de l'idée que certaines formes de discrimination existent. Se référant, non pas à des interdictions spécifiques existantes de pareilles formes de discrimination, mais bien plutôt (en termes généraux) à la nécessité de respecter les droits fondamentaux, elle s'emploie ensuite à définir ce que le principe d'égalité de traitement signifie dans certains contextes parce qu'une telle définition est une étape préalable nécessaire pour garantir le respect de ce principe.

55. Troisièmement, le législateur communautaire est intervenu en raison du fait que les directives adoptées en application de l'article 13 CE non seulement facilitent l'application des interdictions de toute discrimination fondée sur les motifs que cet article énumère, mais également définissent le champ d'application précis de ces interdictions dans certains contextes [41]. Je ne vois pas en quoi cela contredirait l'idée que le principe de base

40 — L'on peut concevoir que le Conseil aurait pu entreprendre d'autres actions précises de lutte contre des formes spécifiques de discrimination déjà prohibées par des principes généraux de droit communautaire en s'autorisant de l'article 308 CE (ancien article 235 du traité CE), lu en combinaison avec les objectifs de la Communauté énumérés à l'article 2. Les États membres ont clairement estimé qu'une base juridique distincte devait être inscrite dans le traité pour permettre de telles actions et ils ont donc créé cette base sous la forme de l'article 13 CE.

41 — À titre de comparaison, voir la directive sur la discrimination raciale, en particulier les articles 2 («concept de discrimination») et 3 («champ d'application»).

(suivant lequel toute discrimination fondée sur l'âge devrait être interdite) avait déjà vu le jour. Il me semble au contraire que — pour ce qui est du côté pratique du droit — les seuls maux que l'on puisse combattre efficacement sont ceux qui ont été soigneusement et spécifiquement définis.

56. Il en est ainsi, en substance, parce que la différence entre un traitement différencié (acceptable) et une discrimination (inacceptable) [42] ne réside pas tant dans le point de savoir si les gens sont traités de manière différente, mais dans la question de savoir si la société admet comme *justifiables* les critères dont l'application entraîne un traitement différent ou bien si, au contraire, ils sont considérés comme étant arbitraires [43]. Résoudre cette question ne pourra se faire sans des textes détaillés permettant de qualifier d'acceptable ou d'inacceptable l'application de critères particuliers dans des circonstances particulières et de donner un effet légal obligatoire à une telle classification.

57. C'est la raison pour laquelle je rejoins la Cour lorsqu'elle déclare dans son arrêt Mangold que les origines du principe — c'est-à-dire, du *concept* suivant lequel il est désormais inacceptable d'exercer des discriminations fondées sur un quelconque des motifs énumérés à l'article 13 CE — ne se situent ni dans la directive 2000/78 en tant que directive de mise en œuvre ni effectivement dans l'article 13 CE en tant que tel. Elles doivent être recherchées à un autre endroit et à une époque antérieure [44].

58. Dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Lindorfer [45], j'ai suggéré que le principe général d'égalité, qui fait partie du droit communautaire, avait toujours interdit toute discrimination fondée sur l'âge. Il me semble que, dès les origines, le droit communautaire aurait effectivement exclu certaines distinctions basées sur l'âge. Supposons qu'en 1960 (par exemple), un État membre ait permis la libre circulation des travailleurs originaires d'autres États membres à l'exception des travailleurs dont l'âge se situait entre 28 et 29 ans et entre 52 et 53 ans. Une telle règle (improbable) serait certainement tombée sous le coup du principe général de l'égalité de traitement qui a toujours fait partie du droit communautaire. Faire une distinction entre les travailleurs conformément à ces deux tranches d'âge aurait

42 — Sur cette distinction terminologique, voir M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme* (1976), p. 7 à 27.

43 — C'est ainsi (par exemple) que le principe du rationnement est d'appliquer des critères spécifiques permettant de faire la distinction entre les bénéficiaires potentiels et donc de répartir des ressources peu abondantes. Les critères considérés comme justifiables sont acceptés alors que d'autres se heurtent à l'opposition parce qu'ils sont jugés arbitraires ou injustes. C'est cependant l'opinion de la société de ces lieu et époque particuliers qui détermine ce qui est justifiable. Voir en outre les conclusions que l'avocat général Poiares Maduro a présentées le 31 janvier 2008 dans l'affaire C-303/06, Coleman, point 16, et celles que j'ai prises le 24 avril 2008 dans l'affaire C-353/06, Grunkin and Paul, points 62 et 71, affaires pendantes devant la Cour. Sur l'élément d'arbitraire dans la discrimination, voir Bossuyt, déjà cité à la note 42, p. 37 à 39 et 97 à 128.

44 — La transition de concept à mise en œuvre intégrale est, me semble-t-il, souvent plus susceptible d'être évolutive que le résultat d'un quelconque «big bang». Par exemple, il serait difficile de déterminer le moment exact entre (disons) 1780 et 1807 auquel le principe a vu le jour, principe qui, grâce au travail de réformateurs tels que Peter Peckard, Thomas Clarkson et William Wilberforce, a trouvé une expression spécifique dans «An Act for the Abolition of the Slave Trade» («une loi pour l'abolition du commerce des esclaves») (47 Georgii III, Session 1, cap. XXXVI).

45 — Déjà citées à la note 19.

certainement été considéré comme arbitraire et injustifiable. Ce qui s'est passé entre temps, c'est que la perception qu'a la société de formes plus subtiles de traitement différencié en raison de l'âge a changé, passant d'une acceptation sans discernement à un examen ciblé.

59. Il me semble dès lors, pour les raisons que je viens d'exposer, que l'arrêt Mangold devrait être lu en ce sens que la Cour y déclare que toute discrimination fondée sur l'âge est une manifestation de discrimination spécifique interdite par le principe général de l'égalité de traitement bien connu en droit communautaire — un principe qui est effectivement largement antérieur tant à l'article 13 CE qu'à la directive 2000/78. L'article 13 CE joue dès lors le rôle qui lui a été imparti en reconnaissant explicitement certains (nouveaux) types spécifiques de discrimination et en habilitant le législateur communautaire à prendre des mesures de lutte contre eux selon des modalités particulières et dans des contextes particuliers.

60. Une telle interprétation est en outre conforme au rôle et à la structure de la directive 2000/78.

61. Premièrement, cette directive aborde spécialement la question de la lutte contre toute discrimination fondée sur l'âge, notamment, en matière d'emploi et de travail [46]. Des discriminations en raison de l'âge peuvent évidemment se présenter dans d'autres contextes, mais elles n'ont pas (encore) été traitées par une directive de mise en œuvre adoptée en application de l'article 13 CE.

62. Deuxièmement, l'intention des États membres était incontestablement qu'une fois la période de transition écoulée, l'égalité de traitement *telle qu'elle résulte de la directive 2000/78* s'appliquerait effectivement «horizontalement» à «toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics» [47].

63. Troisièmement, bien que la directive définisse ce que le principe d'égalité de traitement doit comporter à l'égard des matières qui relèvent de son champ d'application [48] et définisse également ce qu'il y a lieu d'entendre par discrimination directe et indirecte [49], elle laisse clairement entendre que toute différenciation exercée sur la base de

46 — Voir le titre, l'exposé des motifs et l'article 1^er.

47 — Article 3, paragraphe 1.

48 — Article 2, paragraphe 1.

49 — Article 2, paragraphe 2, sous a) et b), respectivement. La rédaction de ces dispositions s'inspire directement de la jurisprudence de la Cour en matière de discrimination fondée sur le sexe.

l'âge dans le contexte du travail et de l'emploi ne constituera *pas* toujours une discrimination illégale. C'est ainsi qu'elle fait la distinction 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» [50]. C'est la raison pour laquelle elle établit, ce qui est essentiel, un certain nombre de règles spécifiques fixant les paramètres des différences de traitement fondées sur l'âge (notamment) qui sont acceptables (et elle en expose les raisons).

64. Le fait que le législateur communautaire ait choisi une directive comme instrument de mise en œuvre de l'article 13 CE confirme, en outre, qu'il entendait conserver une approche nuancée de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. Une mise en œuvre au moyen d'un règlement a pour conséquence que la règle communautaire est «obligatoire dans tous ses éléments et [...] directement applicable dans tout État membre» [51]. Une directive, en revanche, «lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens» [52]. De par sa nature même, une telle mesure de mise en œuvre permet une plus grande souplesse aux États membres individuels.

65. C'est la raison pour laquelle, dans la suite des présentes conclusions, je défendrai l'idée que le principe général d'égalité a, dans certaines circonstances, pour effet d'interdire toute discrimination fondée sur l'âge, mais qu'il n'existait pas, ab initio, un principe distinct, détaillé, de droit communautaire qui, de tout temps, aurait interdit les discriminations de cet ordre. J'indiquerai néanmoins comment je résoudrais les questions adressées à la Cour dans l'hypothèse où je me tromperais sur ce premier point.

Un principe général (quelconque) de droit communautaire peut-il s'appliquer même lorsque la situation qui est à l'origine du renvoi ne relève pas du champ d'application du droit communautaire?

66. Cette question peut être réglée assez rapidement. Toutes les parties qui ont présenté des observations [53] s'accordent à dire que

50 — Vingt-cinquième considérant et dispositions positives détaillées de l'article 6, paragraphe 1.

51 — Article 249 CE.

52 — Ibidem. Voir l'accent que la Cour a mis sur cette différence dans l'arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325, points 22 à 24), lorsqu'elle n'a pas admis qu'une directive puisse également avoir un effet direct horizontal (rejetant ainsi les opinions de trois avocats généraux: l'avocat général Van Gerven dans l'arrêt du 2 août 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367); l'avocat général Jacobs dans l'arrêt du 3 mars 1994, Vaneetveld (C-316/93, Rec. p. I-763) et l'avocat général Lenz dans l'affaire Faccini Dori elle-même).

53 — M[me] Bartsch n'a pas présenté d'observations écrites à la Cour et n'était pas représentée à l'audience.

la réponse est non. En particulier, la Cour peut interpréter un principe général de droit communautaire dans le cadre d'un renvoi préjudiciel uniquement lorsque la situation qui a donné lieu à celui-ci relève du champ d'application du droit communautaire [54].

La situation en cause au principal relève-t-elle du champ d'application du droit communautaire?

67. BSH, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume des Pays-Bas et le Royaume-Uni soutiennent tous que ni l'article 13 CE ni, avant l'expiration du délai de transposition, la directive 2000/78 ne peuvent placer la situation qui a donné lieu à la procédure au principal dans le champ d'application du droit communautaire. L'article 13 CE est une simple disposition d'habilitation dépourvue d'effet direct. S'il était susceptible de fournir le lien nécessaire, il interdirait effectivement directement lui-même toute discrimination fondée sur l'âge, contredisant ainsi les termes mêmes dans lesquels il est rédigé. Quant à la directive 2000/78, la période de transposition et, d'ailleurs, la nature même d'une directive signifient qu'elle ne peut pas créer un lien avec le droit communautaire avant l'expiration de ce délai. Pendant la période de transposition, les effets d'une directive se limitent à empêcher un État membre d'adopter des mesures incompatibles avec ses dispositions [55]. La directive n'élargit cependant pas le champ d'application du droit communautaire au cours de cette période, car un tel effet contrarierait la décision du législateur. Enfin, contrairement à la réglementation nationale mise en cause dans l'affaire Mangold, la clause de différence d'âge en litige en l'espèce ne transposait pas une disposition communautaire et n'avait pas davantage été adoptée au cours de la période de transposition de la directive 2000/78.

68. La Commission défend la thèse contraire et observe que la Cour a interprété le champ d'application communautaire très largement dans des situations concernant des discriminations fondées sur la nationalité à l'égard de libertés garanties par le traité. Elle reconnaît cependant que la présente affaire ne présente aucun lien avec les libertés ou avec une telle discrimination. Elle considère que le fait que l'article 13 CE soit une disposition d'habilitation ne l'empêche pas de créer le lien nécessaire avec le droit communautaire. Dans l'af-

54 — Voir, par exemple, arrêt du 15 juin 1978 (149/77, Defrenne, Rec. p. 1365, points 27 et 30), et arrêt du 29 mai 1997, Kremzow (C-299/95, Rec. p. I-2629, point 15). Sur le principe général d'égalité et de non-discrimination, voir arrêt du 12 décembre 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915, points 30 et 32), et arrêt Chacón Navas, déjà cité à la note 18, point 56. Voir également arrêt Mangold, déjà cité à la note 2, point 75.

55 — Dans l'arrêt du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411), la Cour a dit pour droit que l'article 10, paragraphe 2, CE et l'article 249, paragraphe 3, CE exigent que, pendant le délai de transposition, les États membres s'abstiennent de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive (point 45) (voir, par analogie, arrêt du 14 septembre 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, Rec. p. I-8339, point 42 et points 60 à 63, des conclusions que j'ai présentées dans cette affaire). De surcroît, au cours de la période de transposition, les juridictions nationales doivent s'abstenir *autant que possible* d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive. Cette obligation est, cependant, limitée par des principes généraux du droit, en particulier le principe de la sécurité juridique et le principe de non-rétroactivité, et elle ne peut pas servir de base à une interprétation *contra legem*: arrêt du 4 juillet 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Rec. p. I-6057, points 119 à 123).

faire Saldanha et MTS [56], la Cour a dit pour droit qu'une disposition d'habilitation inscrite dans le traité [57] plaçait une règle nationale dans le champ d'application du traité [58].

69. Je dois observer d'emblée que, bien qu'ils soient essentiels au bon fonctionnement du droit communautaire, les principes généraux qui gouvernent celui-ci ne sortissent pas leurs effets dans l'abstrait [59]. En particulier, la conformité de mesures nationales avec ces principes généraux ne peut être mise en cause que lorsqu'elles relèvent du champ d'application du droit communautaire [60]. Pour qu'il en soit ainsi, la règle de droit national [61] en question doit généralement faire partie d'une des trois catégories suivantes. Soit elle doit mettre en œuvre le droit communautaire (indépendamment du pouvoir discrétionnaire conservé par l'État membre et de la question de savoir si cette mesure nationale va au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la mise en œuvre du droit communautaire) [62], soit elle doit se prévaloir d'une dérogation autorisée par le droit communautaire [63], soit encore elle doit relever d'une manière ou d'une autre du champ d'application du droit communautaire en raison du fait qu'une règle positive spécifique de ce droit s'applique à la situation en cause [64].

70. Les règles nationales en cause dans l'affaire Mangold étaient des mesures de droit public que l'État membre en question (à savoir la République fédérale d'Allemagne) avait adoptées dans le but spécifique de se conformer à une obligation de droit communautaire (à savoir la transposition de la directive 1999/70). La période de transposition de cette directive avait expiré depuis longtemps. Il existait donc un cadre juridique communautaire de règles applicables — la directive 1999/70 et les mesures par lesquelles elle avait été mise en œuvre en droit national — auxquelles pouvait s'appliquer le principe général d'égalité de traitement (y compris l'égalité de traitement indépendamment de l'âge).

56 — Arrêt du 2 octobre 1997 (C-122/96, Rec. p. I-5325, point 23).

57 — Article 54, paragraphe 3, sous c), du traité CE [devenu, après modification, article 44, paragraphe 2, sous g), CE].

58 — La Commission n'a pas présenté d'observations dans ce sens à propos de la directive 2000/78.

59 — Voir, en outre, Tridimas, T., *The General Principles of EU Law* (2e édition, 2006, p. 36 à 42, et J. Temple Lang, «The Sphere in which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles», *Legal Issues of European Integration,* 1991, p. 23 à 35.

60 — Voir, par exemple, arrêt du 30 septembre 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719, point 28), et arrêt Kremzow, déjà cité à la note 54, points 15 à 19.

61 — Par «règle de droit national», j'entends une règle de droit public ou (si la règle en question de droit public ne fait que transférer des pouvoirs réglementaires à un organisme semi-public ou privé) une règle qui dérive essentiellement du droit public et dont les choix sociaux et politiques peuvent raisonnablement être considérés comme reflétant les directives établies par les pouvoirs publics de l'État membre (cf. le critère précis défini par la Cour dans l'arrêt du 12 juillet 1990, Foster/British Gas (C-188/89, Rec. p. I-3313, point 22), critère déterminant les conditions dans lesquelles un organisme est considéré comme faisant partie de «l'État» aux fins de l'effet direct vertical).

62 — Voir, par exemple, arrêt du 27 septembre 1979, Eridania-Zuccherifici (230/78, Rec. p. 2749, point 31); arrêt du 18 février 1982, Zuckerfabrik Franken (77/81, Rec. p. 681, points 22 à 28); arrêt du 25 novembre 1986, Klensch e.a. (201/85 et 202/85, Rec. p. 3477, points 10 et 11); arrêt du 13 juillet 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609, points 17 à 22), et arrêt du 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood (C-20/00 et C-64/00, Rec. p. I-7411, points 88 à 93).

63 — Voir, par exemple, arrêt du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925, points 41 à 45) et arrêt du 26 juin 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689, point 24).

64 — Voir, par exemple, arrêt du 25 mars 2004, Karner (C-71/02, Rec. p. I-3025, points 48 à 53) (entrave potentielle aux échanges intracommunautaires); arrêt du 5 mai 1981, Commission/Royaume-Uni (804/79, Rec. p. 1045, points 23 à 30) (États membres agissant en qualité de mandataires de la Communauté dans un domaine relevant de la compétence exclusive de celle-ci), et arrêt du 18 décembre 1997, Molenheide e.a. (C-286/94, C-340/95, C-401/95 et C-47/96, Rec. p. I-7281, points 45 à 48) (mesures adoptées par un État membre dans l'exercice de ses compétences en matière de TVA).

71. Vus sous cet angle, les points clefs de l'arrêt Mangold sont plus faciles à comprendre. Après avoir déterminé que le principe général d'égalité comporte une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge [65], la Cour a tout d'abord rappelé son obligation de «fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec un tel principe» dès lors que cette «réglementation nationale entre dans le champ d'application [du droit communautaire]» [66]. La réglementation en question était une «mesure de mise en œuvre de la directive 1999/70» [67]. Elle relevait donc du champ d'application du droit communautaire et présentait également un élément auquel pouvait s'appliquer le principe général d'égalité — qui interdisait, en l'espèce, toute discrimination (arbitraire) fondée sur l'âge.

72. Étant donné que les principes généraux sont essentiels pour l'ensemble du système du droit communautaire, la Cour en a ensuite déduit que «le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne [pouvait], comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer [la directive 2000/78]» [68]. La directive 2000/78 visait uniquement à «mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge» [69]. Dans le contexte particulier de l'affaire Mangold, cependant, le principe général pouvait s'appliquer aux règles nationales mettant la directive 1999/70 en œuvre sans qu'il soit nécessaire de le développer davantage. Il incombait donc à la juridiction nationale d'appliquer le principe fondamental à l'affaire dont elle avait été saisie et, au besoin, de laisser inappliquée une règle de droit national de manière à garantir la protection inhérente à ce principe [70].

73. Dans la présente affaire, il n'existe *aucune* règle positive spécifique applicable de droit communautaire régissant la situation à laquelle pourrait s'appliquer le principe général d'égalité. Contrairement à ce qui se passait dans l'affaire Mangold, il n'existe aucune règle de droit national de mise en œuvre d'une directive dont le délai de transposition a expiré ni aucune disposition pertinente du traité ou aucune réglementation de droit communautaire dérivé. Les seules dispositions en cause sont l'article 13 CE [71] (qui est une disposition d'habilitation dépourvue d'effet direct) et la

65 — Point 74.

66 — Les deux citations sont issues du point 75.

67 — Ibidem.

68 — Point 76.

69 — Ibidem.

70 — Points 77 et 78. La règle de la protection effective invoquée ici remonte à l'arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629) et a été confirmée dans l'arrêt du 19 juin 1990, Factortame e.a. (C-213/89, Rec. p. I-2433).

71 — Contrairement à ce que prétend la Commission, la situation présente est différente de celle dont il s'agissait dans l'affaire Saldanha et MTS, déjà citée à la note 56. Dans cette affaire-là, la Cour a dit pour droit que les règles qui, dans le contexte du droit des sociétés, visent à protéger les intérêts des actionnaires relèvent du champ d'application du traité et sont dès lors soumises à l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité. Elle a expliqué qu'il en était ainsi parce que l'article 44, paragraphe 2, sous c), CE donne au Conseil et à la Commission, pour la mise en œuvre de la liberté d'établissement, le pouvoir de coordonner, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article [48 CE] en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers (point 23). Cette affirmation devrait être lue dans le contexte d'un chapitre entier du traité relatif au droit d'établissement (titre III, chapitre 2) et, à l'époque où la Cour a statué dans cette affaire Saldanha et MTS (1997), dans le contexte d'un vaste cadre législatif composé de directives: voir, d'une manière générale, V. Edwards, *EC Company Law* (1999) et, pour ce qui est précisément du champ d'application de l'article 44, paragraphe 2, sous g), CE, p. 5 à 9. Cette situation est manifestement différente de celle dont il s'agit en l'espèce.

directive 2000/78 (dont le délai de transposition courrait encore au moment des faits et dont il ne faut dès lors pas tenir compte).

74. Dans ces circonstances, il n'est pas possible de se fonder sur le principe général d'égalité à la fois pour *créer* une règle positive de droit communautaire qui puisse s'appliquer et pour *déterminer* la manière dont elle devrait le faire.

75. C'est la raison pour laquelle je considère qu'il n'existe aucune règle positive spécifique de droit communautaire pouvant servir de base à une application du principe général d'égalité à la situation qui a donné lieu au renvoi préjudiciel. Je répondrai à la première question, sous b), en ce sens.

76. Mon analyse de cette question demeurerait la même si, contrairement à ce que j'ai exposé plus haut, il existait un principe spécifique de droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge (au lieu d'un principe général d'égalité de traitement incluant l'égalité de traitement indépendamment de l'âge).

77. L'analyse que je viens d'exposer jusqu'ici suffit, selon moi, pour fournir une réponse à la juridiction nationale. C'est donc à titre subsidiaire que je vais répondre à présent aux deuxième et troisième questions (dans l'hypothèse où la Cour aboutirait à une conclusion différente à propos de la première question).

Sur la deuxième question

78. La juridiction de renvoi a formulé sa deuxième question afin de s'entendre préciser en substance si l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge que la Cour a définie dans son arrêt Mangold peut s'appliquer horizontalement [72].

72 — Il me semble inapproprié d'utiliser les termes «effet direct» (vertical ou horizontal) pour décrire l'impact d'un principe général de droit communautaire. S'agissant d'un article du traité ou d'une disposition d'une directive, l'expression «effet direct» signifie que tout particulier peut s'autoriser du texte de droit communautaire lorsqu'il est clair, précis et non conditionnel et s'en prévaloir pour paralyser toute disposition de droit national qui serait incompatible avec lui (ou pour combler une lacune qu'elle comporterait). En revanche, un principe général de droit communautaire s'applique à un ensemble de règles législatives et pèse sur l'interprétation qu'il convient de leur donner. S'il peut s'opposer à une interprétation déterminée, le principe général ne peut pas, en tant que tel, se substituer à un texte légal. Selon moi, il n'est donc pas «directement applicable» bien qu'il puisse, sans conteste, peser sur la conclusion qui s'impose en droit, ce qu'il fait parfois.

Les principes généraux du droit communautaire peuvent-ils s'appliquer horizontalement?

79. Il est sans doute superflu de rappeler que les principes généraux du droit communautaire peuvent être invoqués *verticalement* à l'encontre de l'État, ce qui a amené la Cour, par exemple, à condamner diverses mesures nationales pour incompatibilité avec le principe général de l'égalité de traitement [73] ou avec des expressions spécifiques de ce principe telles que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité dans différents contextes [74], le respect des droits fondamentaux [75], le principe de la protection de la confiance légitime [76] et le principe de proportionnalité [77].

80. La question est de savoir si *tout* principe général de droit communautaire est ou devrait être susceptible d'une application *horizontale*.

81. Dans l'affaire Bostock, la Cour a dit pour droit que, dans une situation résultant de l'application du régime communautaire des quotas laitiers, le principe de l'égalité de traitement ne pouvait pas entraîner une modification rétroactive des relations entre bailleurs et preneurs, notamment, par le jeu de l'effet direct [78]. Dans l'affaire Otto, la Cour a jugé que, dans les rapports privés entre particuliers, le droit communautaire n'impose pas que soit reconnue à une partie la faculté, qui fait partie des droits de la défense d'un individu, de ne pas fournir de réponses par lesquelles elle serait amenée à admettre l'existence d'une violation des règles de la concurrence [79].

82. Je ne pense pas que ces deux arrêts établissent nécessairement que les principes généraux du droit communautaire ne peuvent jamais s'appliquer horizontalement.

73 — Voir, par exemple, les arrêts Klensch et Wachauf, l'un et l'autre déjà cités à la note 62 (ces affaires portaient toutes deux sur l'organisation commune du marché du lait et des produits laitiers); les affaires citées par l'avocat général Tizzano à la note 27 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Mangold, déjà citée à la note 2, ainsi que les conclusions que l'avocat général Kokott a présentées le 13 décembre 2007 dans l'arrêt du 10 avril 2008, Marks & Spencer (C-309/06) (remboursements de la TVA).

74 — Voir, par exemple, arrêt du 13 février 1985, Gravier (293/83, Rec. p. 593) (accès à l'enseignement de formation professionnelle); arrêt du 2 février 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379) (accès à l'enseignement universitaire); arrêt du 27 septembre 1988, Commission/Belgique (42/87, Rec. p. 5445) (bourses d'études); arrêt du 20 octobre 1993, Collins e.a. (C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145) (droits de propriété intellectuelle), et arrêt du 26 septembre 1996, Data Delecta et Forsberg (C-43/95, Rec. p. I-4661) (procédure judiciaire).

75 — Voir, par exemple, arrêt du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651) (contrôle juridictionnel effectif dans le cadre de l'accès à l'emploi et des conditions de travail en tant que justification pour une différence de traitement entre hommes et femmes); Wachauf, déjà citée à la note 62 (droit de propriété dans le cadre de l'organisation commune du marché du lait et des produits laitiers), et arrêt du 11 juillet 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279) (droit au respect de la vie familiale dans le cadre d'une éventuelle restriction à la libre prestation des services).

76 — Voir, par exemple, arrêt du 11 juillet 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Rec. p. I-6325) (confiance légitime dans le cadre d'une nouvelle restriction nationale limitant la période durant laquelle le remboursement de sommes perçues en violation du droit communautaire peut être exigé).

77 — Voir, par exemple, arrêt du 19 juin 1980, Testa e.a. (41/79, 121/79 et 796/79, Rec. p. 1979) (pouvoir discrétionnaire que l'article 69, deuxième phrase, du règlement nº 1408/71 confère aux États membres de prolonger le délai du droit aux allocations de chômage) et Molenheide e.a., déjà citée à la note 64.

78 — Arrêt du 24 mars 1994 (C-2/92, Rec. p. I-955, point 24). Pour un commentaire de l'arrêt Bostock et, d'une manière générale, sur l'application des principes généraux à l'encontre des particuliers, voir Tridimas, déjà cité à la note 59, p. 47 à 50.

79 — Arrêt du 10 novembre 1993 (C-60/92, Rec. p. I-5683, point 16).

Appliquer le principe de l'égalité de traitement dans l'affaire Bostock aurait conféré un effet rétroactif à une loi nationale (ce qui aurait donc enfreint d'autres principes fondamentaux) [80]. Le principe invoqué dans l'arrêt Otto sert à protéger les particuliers contre les sanctions administratives ou pénales, de sorte qu'une telle protection serait sans objet lorsque les litiges entre particuliers ne peuvent pas entraîner une telle conséquence, fût-ce indirectement [81].

83. Dans la mesure où les principes généraux sont appliqués verticalement, ils permettent aux individus de se prévaloir de droits fondamentaux à l'encontre des pouvoirs publics. Néanmoins, limiter le recours à de tels droits aux situations verticales risque de créer la même distinction (parfois artificielle) entre le secteur public et le secteur privé que celle qui est bien connue dans le cas des directives [82].

84. De surcroît, la Cour a reconnu à certaines occasions que le principe général de l'égalité de traitement peut s'appliquer horizontalement lorsqu'il est inscrit dans une disposition du droit positif du traité. C'est ainsi que, dans l'affaire Walrave and Koch, elle a dit pour droit que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité qui est inscrite dans ce qui est désormais les articles 12 CE, 39 CE et 49 CE s'imposait non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étendait également aux réglementations d'organisations privées qui visaient à régler de façon collective le travail salarié et les prestations de services, et que la règle de non-discrimination devait s'appliquer lorsqu'il s'agit de juger toutes les relations juridiques qui se situent dans la Communauté [83]. L'affaire Walrave et Koch concernait une association privée qui exerçait une fonction réglementaire et pouvait dès lors peut-être être assimilée à une émanation de l'État. Dans l'affaire Angonese, qui avait trait à l'accès à l'emploi dans une banque privée, la Cour est allée plus loin et a dit pour droit que «l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité, énoncée à l'article [39 CE], s'applique également aux personnes privées» [84].

85. Dans l'arrêt Mangold, la Cour a appliqué le principe général de l'égalité de traitement

80 — Voir le point 37 des conclusions de l'avocat général Gulmann.

81 — Voir arrêt Otto, déjà cité à la note 79, point 17.

82 — Certains arguments pour et contre un effet horizontal des directives peuvent s'appliquer aux principes généraux, mais pas tous. Pour une discussion de ces arguments, voir S. Prechal, *Directives in EC Law* (2e édition, 2005), p. 255 à 261.

83 — Arrêt du 12 décembre 1974 (36/74, Rec. p. 1405, points 17 et 18). Voir également arrêt du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union (C-438/05, Rec. p. I-10779, points 33 à 38 et 57 à 66), et arrêt du 18 décembre 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Rec. p. I-11767, points 86 à 111), dans laquelle la Cour a dit pour droit que les articles 43 CE et 49 CE s'appliquent dans les relations entre syndicats et entreprises privées. Dans l'affaire International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, la Cour n'a pas expressément évoqué l'interdiction de discrimination sous-jacente à l'article 43 CE. Dans l'affaire Laval un Partneri, cependant, elle a rappelé sa jurisprudence conformément à laquelle «l'article 12 CE, qui consacre le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité, n'a vocation à s'appliquer de façon autonome que dans des situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règle spécifique de non-discrimination […]. Or, en ce qui concerne la libre prestation des services, ce principe a été mis en œuvre et concrétisé par l'article 49 CE […]» (points 54 et 55).

84 — Arrêt du 6 juin 2000 (C-281/98, Rec. p. I-4139, point 36).

(y compris l'égalité de traitement indépendamment de l'âge) à un litige privé entre particuliers bien qu'il fût régi par des règles nationales de droit public mises en place pour la mise en œuvre d'une obligation de droit communautaire (à savoir la transposition de la directive 1999/70). Il me semble donc qu'il faudrait y regarder à deux fois avant d'exclure la possibilité qu'un principe général de droit communautaire puisse s'appliquer horizontalement lorsque les circonstances s'y prêtent.

Application horizontale en l'espèce?

86. J'ai déjà indiqué que, selon moi, la situation qui est à l'origine du présent renvoi ne relève pas du champ d'application du droit communautaire [85].

87. Dans ces circonstances, je considère que le principe général d'égalité, en particulier le principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge tel que la Cour l'a défini dans son arrêt Mangold, ne peut pas s'appliquer horizontalement. En me prononçant en ce sens, j'*admets* qu'un tel principe peut s'appliquer (tant verticalement qu'horizontalement) dans la mesure où il le fait dans un cadre de droit communautaire spécifique [86].

88. En l'absence d'un tel cadre, comme c'est le cas en l'espèce, il n'existe cependant aucun élément auquel pourrait s'appliquer le principe général d'égalité, en particulier le principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge. Il ne peut dès lors pas être appliqué (que ce soit verticalement ou horizontalement) à moins et jusqu'à ce que le législateur communautaire ait adopté les mesures détaillées qui s'imposent conformément à l'article 13 CE et que tout délai de transposition ait expiré. Dès l'instant où ce sera le cas, le principe général sera, comme l'avocat général Mazák l'a indiqué [87], utilisé pour interpréter la législation de mise en œuvre au lieu d'opérer de façon autonome.

89. Ainsi donc, la manière précise dont un État membre choisit de faire usage de la dérogation au principe de l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge, dérogation inscrite à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, est évidemment soumise au contrôle de la Cour, qui appréciera à la lumière du principe général d'égalité, et en particulier du principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge. Ce contrôle garantit que les choix sociaux et politiques des États membres soient conformes aux

85 — Voir les points 67 à 75.

86 — Voir la discussion aux points 69 à 76 plus haut.

87 — Au point 136 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Palacios de la Villa, déjà citée à la note 20.

termes de la dérogation et donc au pouvoir d'appréciation que les États membres ont conservé [88].

90. Je partage également le point de vue du Royaume-Uni suivant lequel on ne saurait attendre d'un employeur privé qu'il effectue, sans lignes directrices, les choix sociaux et politiques qui sous-tendent la dérogation prévue à l'article 6, paragraphe 1, car il résulte explicitement de cette disposition que c'est aux États membres qu'il appartient de poser pareils choix et d'en supporter la responsabilité.

91. J'ajoute immédiatement que, dès l'instant où un État membre a mis en œuvre la directive 2000/78, tant les règles qu'il met en place à travers sa législation que l'application qu'un employeur individuel en fait dans le cadre de ses conventions de droit privé avec ses travailleurs seront susceptibles d'être soumises au contrôle des juridictions nationales, voire, au besoin, de la Cour. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2000/78 indique de manière indubitable que le principe général d'égalité, et en particulier le principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge, qui opèrent par le truchement de ladite directive, s'appliqueront à «toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne […] les conditions d'emploi et de travail, y compris […] de rémunération».

92. Suivant cette analyse, dès l'instant où le délai de transposition de la directive 2000/78 a expiré [89], le principe général d'égalité, et en particulier le principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge, pourrait effectivement être invoqué «horizontalement» *par le truchement de* la directive 2000/78 sans qu'il soit nécessaire qu'aucun autre élément place la relation de travail dans le champ d'application du droit communautaire. Les choix que les États membres ont fait lorsqu'ils ont transposé cette directive devront être appréciés sous cet angle-là.

93. Par conséquent, je suggère que (pour autant que cela soit nécessaire) la Cour réponde à la deuxième question de la juridiction nationale que le principe général d'égalité, en particulier le principe de l'égalité

88 — Les États membres «disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi»: voir Mangold, déjà cité à la note 2, point 63, et Palacios de la Villa, déjà cité à la note 20, point 68. Dans l'affaire Mangold, la Cour a conclu que les mesures en cause n'étaient pas conformes au principe de proportionnalité (point 65). Dans l'affaire Palacios de la Villa, cependant, elle a estimé qu'il n'était pas déraisonnable pour les autorités d'un État membre d'estimer que la mesure litigieuse puisse être appropriée et nécessaire (point 72).

89 — Pour la République fédérale d'Allemagne, il a expiré le 2 décembre 2006: voir le point 12.

de traitement indépendamment de l'âge, ne peut pas s'appliquer entre, d'une part, les employeurs privés et, d'autre part, leurs travailleurs ou retraités et leurs survivants en tant que moyen d'attaquer une règle de droit privé qui n'a pas été adoptée en vue de l'exécution d'une obligation de droit communautaire ou bénéficier d'une dérogation autorisée par lui, et lorsqu'il n'existe pas de règle positive de droit communautaire applicable à un autre titre.

le principe d'égalité de traitement indépendamment de l'âge? D'autre part, qu'entendait couvrir le législateur communautaire au moyen du principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge qu'il a formulé dans la directive 2000/78?

Sur la troisième question

Analyse sur la base d'un principe général interdisant toute discrimination fondée sur l'âge

Sur la troisième question, sous a)

94. La juridiction de renvoi demande en substance si une disposition telle qu'une clause de différence d'âge inscrite dans un régime de pension d'entreprise relève du champ d'application du principe général d'égalité, en particulier du principe d'égalité de traitement indépendamment de l'âge.

95. Il est possible d'analyser cette question suivant deux approches distinctes. D'une part, quelles sont les formes de discrimination fondées sur l'âge qui sont couvertes par le principe général d'égalité, en particulier

96. Le premier point à résoudre est celui de savoir si le principe général couvre les âges relatifs aussi bien que les âges absolus. La réponse à cette question dépend de ce qu'il y a lieu d'entendre par «discrimination fondée sur l'âge relatif». Les termes pourraient être considérés comme couvrant uniquement le traitement moins favorable d'A (un individu donné) parce qu'il est un certain nombre d'années plus âgé (ou plus jeune) que B (un autre individu donné) ou que C (un groupe d'individus). De manière plus large, ils pourraient également être considérés comme couvrant le traitement moins favorable d'E et F (un couple d'individus, pris ensemble) parce que la différence d'âge entre eux en tant que couple est supérieure ou inférieure à la différence d'âge entre d'autres couples d'individus comparables (G et H, I et J, etc.).

97. Selon moi, les discriminations fondées sur l'âge relatif recouvrent ces deux situations. L'une comme l'autre utilisent l'âge comme critère justifiant un traitement différencié défavorable et je ne vois pas une raison plausible qui permettrait de les distinguer. La même logique m'amène à la conclusion qu'il n'y a aucune raison d'exclure la discrimination fondée sur les âges relatifs du champ d'application du principe général d'égalité ni, en particulier, du principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'âge. L'âge d'une personne, même lorsqu'il est exprimé en termes relatifs plutôt qu'en termes absolus, sert toujours de base à la décision qui les affecte désavantageusement.

98. Cette approche résout également la question de savoir si seule la discrimination résultant de la clause de différence d'âge qui affecte le *travailleur défunt* relève de l'interdiction ou bien si la discrimination qui affecte le *conjoint survivant* (M^me^ Bartsch en l'espèce) est également couverte. La discrimination (par comparaison avec les couples dont les âges sont plus rapprochés) résulte de leurs caractéristiques combinées et elle est clairement fondée sur l'âge. Il est évident que quelqu'un comme M^me^ Bartsch, qui est *plus* de quinze ans plus jeune que son défunt mari, reçoit un traitement moins favorable que celui qui lui aurait été réservé si elle s'était trouvée dans une situation comparable (à savoir la situation de veuve), mais si elle avait eu *moins* de quinze ans de moins que son époux décédé. Un tel traitement est directement discriminatoire puisqu'il établit une distinction entre différentes catégories de veuves de travailleurs en ce qui concerne l'octroi ou le refus du droit à une pension. Le désavantage subi résulte directement de l'application d'un critère fondé sur l'âge (à savoir une différence d'âge supérieure à quinze ans) pour déterminer le droit à une pension. M^me^ Bartsch est désavantagée du fait qu'elle ne touche pas la pension. L'autonomie personnelle [90] de M. Bartsch a été lésée en ce qu'il n'a pas pu prendre des dispositions adéquates pour assurer l'avenir de son épouse après sa mort et en ce que l'exercice de sa liberté de choisir une épouse puînée de plus de quinze ans a été pénalisée.

99. Appliquer par analogie la jurisprudence de la Cour relative aux discriminations fondées sur le sexe entraînerait la conclusion que, dès lors qu'une discrimination directe ne peut pas être objectivement justifiée (voir, par exemple, Dekker) [91], tout traitement qui fait une distinction directe en raison de l'âge est interdit. Néanmoins, il semble que, lorsqu'il a adopté la directive 2000/78, le législateur communautaire entendait manifestement que certaines catégories de pareils traitements *devraient* pouvoir être objectivement justifiées [92], ce qui, selon moi, renforce l'analyse que j'ai exposée à propos de la réponse à la deuxième question.

90 — Sur l'importance de pouvoir choisir pour exercer son autonomie personnelle, voir les conclusions que l'avocat général Poiares Maduro a présentées dans l'affaire Coleman, déjà citées à la note 43, points 9 à 11, ainsi que les ouvrages cités à cet endroit.

91 — Arrêt du 8 novembre 1990 (C-177/88, Rec. p. I-3941, point 12). Voir en outre E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (2^e^ édition, 2005, p. 111 à 113).

92 — Voir les points 109 et 110 plus bas.

Analyse au regard de la directive 2000/78

100. L'article 3, paragraphe 1, dispose que la directive s'applique «à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne […] les conditions d'emploi et de travail, y compris […] de rémunération». Conformément à une jurisprudence constante, les pensions de survie relèvent de la notion de «rémunération» au sens de l'article 141 CE en tant que prestation résultant de la relation de travail du conjoint décédé [93].

101. Le contrat d'emploi a créé une relation de travail entre M. Bartsch et BSH. La pension de survie est une «rémunération» au sens de l'article 141 et, partant, une «rémunération» aux fins de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2000/78. Dès l'expiration du délai de transposition de celle-ci, la validité de la clause de différence d'âge devrait dès lors être examinée au regard de la directive.

102. Il me semble qu'en ce qui concerne la question de savoir quels types de discrimination fondée sur l'âge sont couverts, les mêmes arguments s'appliquent conformément à la directive que ceux qui ont été appliqués dans l'analyse au regard du principe général. Ils sont confirmés par un certain nombre de caractéristiques spécifiques de la directive.

103. Premièrement, le vingt-cinquième considérant indique clairement que la notion de discrimination fondée sur l'âge au sens de la directive est une notion large, ce qui est également conforme aux principes habituels d'interprétation, qui imposent de considérer que la notion de discrimination énoncée à l'article 2 devrait être entendue de façon large alors que les justifications et dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), et à l'article 6 doivent être interprétées de manière restrictive. Lire l'article 2 en ce sens qu'il s'appliquerait uniquement aux âges absolus («l'employeur traite un travailleur âgé de 50 ans moins favorablement qu'un travailleur âgé de 40 ans») serait une interprétation restrictive du principe énoncé dans cet article. Ce n'est pas ainsi que la Cour a interprété les discriminations fondées sur le sexe [94] ni aucune liberté fondée sur le traité.

93 — Voir arrêt du 9 octobre 2001, Menauer (C-379/99, Rec. p. I-7275, point 18), ainsi que la jurisprudence citée à cet endroit, et arrêt du 7 janvier 2004, K.B. (C-117/01, Rec. p. I-541, point 26).

94 — C'est ainsi que la discrimination fondée sur le sexe inclut les discriminations résultant du changement de sexe d'un transsexuel. Voir arrêt du 30 avril 1996, P./S. (C-13/94, Rec. p. I-2143, points 17 à 20), et arrêt du 27 avril 2006, Richards (C-423/04, Rec. p. I-3585, point 24). Dans l'affaire Grant, déjà citée à la note 21, point 42 (qui est cependant antérieure à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et donc à l'introduction de l'article 13 dans le traité CE), la Cour a estimé que son raisonnement ne s'étendait pas aux différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle d'une personne.

104. Deuxièmement, comme la Commission l'a fait observer, lire l'article 2 en ce sens qu'il s'appliquerait uniquement aux âges absolus permettrait de contourner plus facilement l'interdiction de discrimination qu'il contient. Un employeur astucieux pourrait s'y soustraire en reformulant ses pratiques discriminatoires existantes en termes d'âge relatif plutôt qu'en termes d'âge absolu.

Sur la troisième question, sous b)

105. C'est la raison pour laquelle je considère que la directive interdit toute discrimination fondée à la fois sur l'âge absolu et sur l'âge relatif. Quand j'ai analysé le principe général, j'ai indiqué que les «discriminations fondées sur l'âge relatif» couvriraient à la fois les traitements discriminatoires du travailleur décédé et les traitements discriminatoires du survivant [95]. Je ne peux pas concevoir que le principe énoncé à l'article 2 de la directive 2000/78, qui vise à «mettre en œuvre» le principe de l'égalité de traitement [96], doive être interprété de manière plus restrictive à cet égard que le principe général.

106. Je pars donc du principe qu'une clause de différence d'âge telle que celle qui est en cause au principal est susceptible de constituer une discrimination directe aux fins de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78 [97], tant à l'égard de M. Bartsch que de son conjoint survivant, M^me^ Bartsch. Il ne faut cependant pas oublier qu'au moment des faits, le délai de transposition de la directive en droit national n'avait pas encore expiré pour la République fédérale d'Allemagne.

107. La juridiction de renvoi demande si, lorsqu'une disposition telle que la clause de différence d'âge donne lieu à une différence de traitement, cette discrimination peut être justifiée par l'intérêt qu'a l'employeur à limiter les risques couverts par les régimes de pension d'entreprise (et par son souci de les rendre plus quantifiables) [98]. Néanmoins, il me semble que, dès l'instant où un risque a été calculé, il ne s'agit plus d'un «risque», mais d'une obligation prévisible pour laquelle des dispositions peuvent être prises. Il paraît également clair qu'une analyse actuarielle permettra de quantifier les obligations susceptibles de résulter de pareilles «différences d'âge». Je pars donc du principe que la juridiction de renvoi souhaite s'entendre préciser en substance si une discrimination peut être justifiée par l'intérêt qu'a l'employeur à plafonner globalement les

95 — Voir le point 98.

96 — Article 1^er^ de la directive 2000/78.

97 — Aux termes de cette disposition, une discrimination *directe* se produit «lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable» sur la base de l'âge, notamment. Les discriminations indirectes sont définies à l'article 2, paragraphe 2, sous b).

98 — Voir le point 17 plus haut.

coûts supportés par un régime de pension d'entreprise.

108. La directive 2000/78 fournit un cadre d'analyse adéquat pour aborder cette question. Si les faits qui ont donné lieu au présent renvoi préjudiciel s'étaient déroulés après l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78, une clause de différence d'âge d'un régime de pension complémentaire privé tel que celui que gère BSH aurait-il pu bénéficier d'une justification?

109. La directive 2000/78 définit les discriminations directes et indirectes à son article 2, paragraphe 2, dont les deux branches commencent par les mêmes mots: «une discrimination […] se produit lorsqu'[…]». L'article 2, paragraphe 2, sous a), définit les discriminations directes sans ajouter qu'elles peuvent, en principe, être justifiées. L'article 2, paragraphe 2, sous b), en revanche, dispose qu'«une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes […] d'un âge […] donné ou […] par rapport à d'autres personnes, à moins que […] cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires […]». En d'autres termes, si les conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 2, sous b), sont remplies, aucune discrimination n'est réputée se produire. À première vue, cette formulation de l'article 2 semble suggérer (*a contrario*) que les discriminations directes définies par l'article 2, paragraphe 2, sous a), *ne sont pas* susceptibles de bénéficier d'une justification objective. Néanmoins, les termes de l'article 2, paragraphe 2, sous b), et la formulation (très large) que l'article 6 donne de la justification des discriminations fondées sur l'âge en raison de motifs objectifs se recoupent de manière manifeste.

110. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 traite exclusivement de la justification d'un type spécifique de différence de traitement, à savoir les discriminations fondées sur l'âge. Son texte commence par les mots «nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir […]». Le législateur ne fait ici aucune distinction entre l'article 2, paragraphe 2, sous a) (discrimination directe) et l'article 2, paragraphe 2, sous b) (discrimination indirecte). Au contraire, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge, quelles qu'elles soient, «ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime […] et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires». Certains «objectifs légitimes» sont expressément identifiés («notamment […] des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle») dans ce qui n'est pas destiné à être une liste exhaustive (puisque le législateur utilise l'adverbe «notamment»). Après cette introduction, les points a), b) et c) identifient ensuite (également de manière non exhaustive) certaines différences de traitement qui comportent des discriminations fondées sur

l'âge tantôt directes [99], tantôt indirectes [100]. L'article 6, paragraphe 2, autorise certaines formes de différences de traitement liées à l'âge dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

111. Ce serait rendre justice au texte que d'ajouter que la majorité des illustrations spécifiques des différences de traitement «acceptables» que donne l'article 6, paragraphe 1, implique l'utilisation *directe* de l'âge comme critère de décision («travailleurs âgés», «conditions minimales d'âge», «âge maximum pour le recrutement») [101]. Le critère de décision n'est donc pas «une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre» [au sens de la définition de la discrimination indirecte qui figure à l'article 2, paragraphe 2, sous b)]. Il s'agit bien plutôt souvent de différences de traitement purement et simplement fondées sur l'âge.

112. La seule conclusion logique qui en découle est que la directive 2000/78 permet expressément certaines différences de traitement *particulières* fondées *directement* sur l'âge, *à condition* qu'elles soient «objectivement et raisonnablement justifiées [...] par un objectif légitime [...] et que les moyens de réaliser cet objectif [soient] appropriés et nécessaires». La Cour a confirmé cette analyse du texte dans son arrêt Palacios de la Villa [102], qui avait trait à une clause de retraite obligatoire en droit national [103]. Dans le quatorzième considérant de la directive 2000/78, le législateur déclare que «[l]a présente directive ne porte [104] pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite». Néanmoins, aucune disposition positive de la directive n'exclut cependant les clauses de retraite de son champ d'application. La Cour a estimé qu'une telle clause relevait de celui-ci et constituait une discrimination directe fondée sur l'âge [105]. Elle a néanmoins dit pour droit qu'elle poursuivait un objectif qui, conformément à l'article 6, paragraphe 1, pouvait raisonnablement et objectivement justifier une différence de traitement en raison de l'âge [106].

113. La clause de différence d'âge ne cadre parfaitement avec aucune des illustrations

99 — Par exemple, la fixation d'un âge maximum pour le recrutement dans certains cas [article 6, paragraphe 1, sous c)].

100 — Par exemple, la fixation de conditions minimum d'ancienneté pour l'accès à certains avantages liés à l'emploi [article 6, paragraphe 1, sous a)]. Bien qu'étant un «critère apparemment neutre», l'ancienneté peut agir indirectement comme un critère fondé sur l'âge.

101 — Par comparaison, voir l'analyse que l'avocat général Jacobs a faite de deux types de justification pour les différences de traitement fondées sur le sexe et leur rapport avec les discriminations directes et indirectes, aux points 34 et 35 des conclusions qu'il a présentées dans l'arrêt du 7 décembre 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997).

102 — Déjà cité à la note 20.

103 — Dans l'affaire Palacios de la Villa, déjà citée à la note 20, le délai de transposition avait évidemment déjà expiré, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Voir point 39 plus haut.

104 — La version anglaise utilise l'auxiliaire impératif «shall» (forme dispositive), ce qui est singulier dans un exposé des motifs (qui a une vocation explicative). Voir le point 10 de l'accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire (JO 1999, C 73, p. 1), auquel je me suis référée dans les conclusions que j'ai présentées le 10 avril 2008 dans l'affaire Heinrich, C-345/06, points 28, 64 et 65, pendante devant la Cour.

105 — Point 51 de l'arrêt.

106 — Point 66 de l'arrêt.

spécifiques qui figurent à l'article 6, paragraphe 1, sous a), b) ou c). L'intérêt qu'a l'employeur à limiter globalement les coûts supportés par un régime de pension facultatif [107] rappelle les facteurs qui sous-tendent la dérogation prévue à l'article 6, paragraphe 2. Un principe général d'interprétation veut que les dérogations soient interprétées de manière restrictive. En même temps, il est clair que l'article 6 ne contient pas une liste exhaustive des dérogations admissibles.

114. Si l'État membre avait déjà transposé la directive 2000/78, il aurait (probablement) fait des choix politiques. S'il avait choisi d'invoquer l'article 6, paragraphe 2, de la directive de manière à permettre à un employeur privé d'inclure une disposition telle que la clause de différence d'âge dans son régime de pension d'entreprise, la Cour aurait dû tout d'abord trancher la question de savoir si l'utilisation de la clause de différence d'âge remplissait les conditions lui permettant de bénéficier de la dérogation et (dans l'affirmative) elle aurait ensuite dû analyser ce régime au regard du principe de proportionnalité.

115. D'une part, en l'état actuel du droit communautaire, les États membres ainsi que, le cas échéant, les partenaires sociaux au niveau national disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser [108].

116. D'autre part, la Cour a toujours fait preuve de conséquence dans son approche stricte des régimes de pension qui, comme en l'espèce, *excluent* certaines catégories de personnes, contrairement aux régimes qui servent des prestations différenciées. En particulier, elle a circonscrit l'effet non rétroactif de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Barber [109] de manière à ce qu'il ne s'applique pas au régime antérieur [110]. Elle a également fait preuve de circonspection lorsqu'elle a admis les motifs basés sur des

107 — Voir le point 107 plus haut.

108 — Voir arrêt Palacios de la Villa, déjà cité à la note 20, point 68. Voir également vingt-cinquième considérant de la directive 2000/78.

109 — Arrêt du 17 mai 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889). La limitation *ratione temporis* de cet arrêt a été inscrite dans le protocole (nº 17) sur l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne (1992).

110 — Voir, par exemple, arrêt du 28 septembre 1994, Vroege (C-57/93, Rec. p. I-4541, points 27 et 28); arrêt du 28 septembre 1994, Fisscher (C-128/93, Rec. p. I-4583, points 49 et 50); arrêt du 11 décembre 1997, Magorrian et Cunningham (C-246/96, Rec. p. I-7153, points 27 à 29), et arrêt du 10 février 2000, Deutsche Post (C-270/97 et C-271/97, Rec. p. I-929, points 39 à 41).

calculs actuariels invoqués pour justifier une différence de traitement [111].

117. La juridiction de renvoi explique que la clause de différence d'âge est compatible avec le droit national parce qu'elle est basée sur un «motif équitable», à savoir l'intérêt qu'a l'employeur à limiter globalement les coûts supportés par les régimes de pension facultatifs [112]. Ces considérations sont en outre étroitement liées à la clause de différence d'âge. La limitation des coûts est fondée sur un critère démographique: plus les survivants sont jeunes par rapport aux travailleurs auxquels une pension professionnelle a été accordée, plus longue sera la période durant laquelle l'employeur devra, en moyenne, servir la pension à son conjoint survivant.

118. Eu égard au large pouvoir d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale et de l'emploi, je suis disposée à admettre que le choix politique que fait un État membre lorsqu'il permet d'insérer une forme ou une autre de clause de différence d'âge dans les régimes de pension privés pourrait, en principe, servir d'objectif légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

119. Je considère néanmoins qu'un régime qui, à l'instar du régime de BSH, avait pour effet d'exclure une veuve se trouvant dans la situation de M[me] Bartsch [113] du bénéfice de toute prestation quelle qu'elle soit ne remplirait probablement pas le critère de proportionnalité que contient l'article 6, paragraphe 1, qui exige que les moyens de réaliser les objectifs légitimes soient «appropriés et nécessaires».

120. Premièrement, il ressort de la réponse que le représentant de BSH a fournie à l'audience que, lorsque le régime de pension a été mis en place initialement, la société s'était purement et simplement souciée de la manière de distribuer les fonds (disponibles).

111 — Dans son arrêt Lindorfer/Conseil, déjà cité à la note 19, point 56, la Cour a dit pour droit qu'argüer de la nécessité d'une saine gestion financière d'un régime de pension ne permettait pas de justifier la nécessité de valeurs actuarielles plus élevées pour les femmes. Voir les points 49 à 69 des conclusions que l'avocat général Jacobs a présentées dans cette affaire ainsi que les points 43 à 50 des conclusions que j'ai moi aussi présentées. Dans l'arrêt du 22 décembre 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935), et dans l'arrêt du 28 septembre 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389), la Cour a dit pour droit que l'inégalité des cotisations *patronales* versées dans le cadre de régimes professionnels de pensions à prestations définies, inégalité tenant à l'utilisation de facteurs actuariels dans le financement, ne relevait pas de (ce qui est désormais) l'article 141 CE. Dans les conclusions qu'il a présentées, notamment, dans l'affaire Coloroll Pension Trustees, l'avocat général Van Gerven a estimé que la nécessité de maintenir l'équilibre financier des régimes de pension d'entreprise ne pouvait pas justifier des différences entre les cotisations *des travailleurs* et les prestations fondées sur des facteurs actuariels. Voir également arrêt du 16 juillet 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695); arrêt du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-2651); arrêt du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, Rec. p. I-10829); arrêt du 11 mars 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409), et arrêt du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas (C-282/04 et C-283/04, Rec. p. I-9141) (la Cour n'a pas admis qu'une perte de ressources fiscales puisse justifier une discrimination incompatible avec l'article 43 CE).

112 — Voir le point 107 plus haut.

113 — C'est-à-dire une veuve puînée de plus de quinze ans par rapport à son mari défunt décédé lorsqu'il était au service de BSH. La clause de différence d'âge ne s'applique pas si les anciens travailleurs meurent lorsqu'ils avaient déjà été admis au bénéfice de la retraite: voir le point 13.

121. Deuxièmement, il n'est pas difficile d'imaginer des façons de limiter les coûts supportés par les régimes de pension facultatifs moins radicales qu'une exclusion pure et simple des conjoints survivants. Par exemple, on pourrait imaginer de verser une prestation réduite aux survivants plus jeunes, sur la base, par exemple, d'un barème dégressif, ou encore de prévoir que les pensions ne seront versées qu'à partir du moment où les survivants auront atteint un certain âge.

122. Troisièmement, rien dans le dossier mis à la disposition de la Cour ne suggère que la pension du conjoint survivant n'est payable que si le *travailleur* meurt à un certain âge ou au-delà. Ainsi donc, lorsqu'un travailleur et son conjoint ont le même âge et que le premier meurt à l'âge de 40 ans, le conjoint survivant recevra une pension. En revanche, le conjoint survivant puîné de 16 ans par rapport au travailleur qui meurt à l'âge de 56 ans ne percevra rien du tout. Cependant, il n'existe aucune distinction pertinente entre ces deux conjoints survivants (l'un et l'autre âgés de 40 ans) en ce qui concerne leur espérance de vie ni, donc, la longueur de la période durant laquelle ils sont susceptibles de percevoir une pension de survie.

123. Lorsqu'on analyse la troisième question, sous b), du point de vue du principe général prohibant toute discrimination appliqué au critère spécifique de l'âge, on ne voit guère comment une telle discrimination fondée sur l'âge pourrait être justifiée. En tout état de cause, le régime ne remplirait pas le critère de proportionnalité.

124. C'est la raison pour laquelle je conclurai, en tant que de besoin, qu'une disposition telle que la clause de différence d'âge qui est en litige au principal ne peut pas être justifiée par le fait que l'employeur a intérêt à limiter les coûts globaux supportés par un régime de pension facultatif.

Sur la troisième question, sous c)

125. La juridiction de renvoi demande si l'éventuelle interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge sortit des effets rétroactifs illimités en ce qui concerne la loi sur les régimes de pension professionnels. À défaut, quelles en sont les limites?

126. Bien que, dans sa décision de renvoi, la juridiction nationale s'interroge sur le point chronologique précis à partir duquel le principe interdisant toute discrimination fondée sur l'âge s'applique et de quelle manière l'application de ce principe doit être conciliée avec la protection de la confiance

légitime, il est clair que la troisième question, sous c), porte en réalité sur le point de savoir si la Cour pourrait appliquer une restriction temporelle à l'arrêt qu'elle va rendre en l'espèce [114]. C'est pourquoi je vais répondre à la question sur cette base-là.

127. La Cour n'accorde des restrictions aux effets rétroactifs de ses arrêts qu'à titre exceptionnel et à deux conditions. Premièrement, il faut qu'à défaut d'une telle limitation, il existe un risque de répercussions économiques graves et qu'il soit apparu, deuxièmement, que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires [115]. Ces conditions sont cumulatives.

128. Toute restriction à l'effet rétroactif d'un arrêt doit en outre être admise par la Cour dans le premier arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée [116].

129. Je ne considère pas que l'effet rétroactif de l'arrêt que la Cour rendra en l'espèce doive être limité.

130. Premièrement, la Cour ne dispose d'aucun élément (qu'il lui ait été fourni par la juridiction de renvoi, par BSH ou par la République fédérale d'Allemagne [117]) qui démontrerait à suffisance l'existence d'un risque de répercussions économiques graves si la Cour ne limitait pas les effets de son arrêt dans le temps.

131. Deuxièmement, la Cour n'a pas limité les effets de son arrêt Mangold dans le temps. Or, c'est dans cet arrêt qu'elle a dégagé le principe qui (en pareille hypothèse) serait appliqué ici.

132. À supposer même qu'il faille considérer qu'il s'agit ici de la première occasion pour la Cour d'examiner l'application de ce principe à un régime de pension professionnel à financement privé, la première des deux conditions (cumulatives) n'en serait pas remplie pour autant.

133. Il s'ensuit que la Cour ne devrait assortir son arrêt d'aucune restriction temporelle en l'espèce.

114 — La République fédérale d'Allemagne a expressément demandé à la Cour de le faire.

115 — Voir arrêt Richards, déjà cité à la note 94, point 42, et arrêt du 18 janvier 2007, Brzeziński (C-313/05, Rec. p. I-513, point 57).

116 — Arrêt Barber, déjà cité à la note 109, point 41; arrêt Vroege, déjà cité à la note 110, point 31, et arrêt du 6 mars 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Rec. p. I-1835, points 36 et 37).

117 — La République fédérale d'Allemagne prétend qu'un grand nombre de contrats pourraient être affectés par un tel arrêt, mais reconnaît qu'elle ne dispose d'aucune preuve statistique qu'elle pourrait produire à l'appui de cette affirmation.

Conclusion

134. Je propose donc à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Bundesarbeitsgericht comme suit:

«1) Les États membres ne sont pas tenus d'assurer la protection garantie par le principe général d'égalité (y compris l'égalité de traitement indépendamment de l'âge) que contient le droit communautaire si le traitement discriminatoire allégué ne relève pas du champ d'application du droit communautaire.

2) Il n'existe aucune règle positive spécifique de droit communautaire pouvant servir de base à l'application du principe général d'égalité (y compris l'égalité de traitement indépendamment de l'âge) à la situation qui est à l'origine du renvoi préjudiciel.»