



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} JULIANE KOKOTT
présentées le 7 février 2013¹

Affaire C-546/11

**Dansk Jurist- og Økonomforbund, agissant pour Erik Toftgaard,
contre
Indenrigs- og Sundhedsministeriet**

[demande de décision préjudicielle formée par la Højesteret (Danemark)]

«Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail — Directive 2000/78/CE — Interdiction de la discrimination fondée sur l'âge — Législation nationale prévoyant, en cas de suppression du poste d'un fonctionnaire, la poursuite du versement de son traitement pendant trois ans dans le cas où il n'aurait pas atteint l'âge de 65 ans — Exception en vertu de l'article 6, paragraphe 2 — Régimes professionnels de sécurité sociale — Portée de l'exception — Justification des différences de traitement en vertu de l'article 6, paragraphe 1»

I – Introduction

1. Au Danemark, les fonctionnaires qui ont été licenciés en raison de la suppression de leur poste continuent à percevoir leur traitement antérieur pendant une durée de trois ans. Cependant, les fonctionnaires qui ont atteint l'âge de 65 ans (et qui ont à ce titre la faculté, mais non l'obligation, de prendre leur retraite) n'ont pas droit à ce traitement de mise en disponibilité. La présente affaire soulève la question de savoir si cette limitation doit être considérée comme une discrimination fondée sur l'âge qui serait contraire à la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail².

2. Par ailleurs, la Cour est appelée pour la première fois à préciser le champ d'application de l'exception à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge qui est prévue à l'article 6, paragraphe 2, de ladite directive, en faveur des régimes professionnels de sécurité sociale³.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 303, p. 16.

3 — Un autre aspect de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 fait l'objet de l'affaire HK Danmark (C-476/11), pendante devant la Cour; voir, à cet égard, nos conclusions de ce jour dans cette affaire.

II – Le cadre juridique

A – Le droit de l'Union

3. L'article 3 de la directive 2000/78 fixe le champ d'application de celle-ci dans les termes suivants:

«1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente 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:

[...]

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;

[...]

3. La présente directive ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale.

[...]»

4. L'article 6 de la directive 2000/78, lequel traite de la justification des différences de traitement fondées sur l'âge, dispose:

«1. 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. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;

[...]

2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.»

B – Le droit danois

5. La directive 2000/78 a été transposée en droit interne par la loi n° 459, relative au principe de non-discrimination sur le marché du travail (loi relative à l'interdiction des discriminations) [lov nr. 459 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Forskelsbehandlingslov)], du 12 juin 1996⁴. Son article 6a transpose l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78. Il permet la fixation de limites d'âge pour *l'accès à des régimes professionnels de sécurité sociale*⁵ ainsi que l'utilisation de critères d'âge dans les calculs actuariels dans le cadre de ces régimes.

6. L'article 32, paragraphes 1 et 4, de la loi relative au statut des fonctionnaires (tjenestemandslov)⁶, applicable à la date du licenciement de M. Toftgaard disposait:

«Un fonctionnaire qui est licencié au motif que son poste a été supprimé en raison de changements intervenus dans l'organisation ou le fonctionnement de l'administration continue à percevoir pendant trois ans le traitement qui lui était versé auparavant, sous réserve des paragraphes 3 à 5 ci-après.

3-5.

[...]

4. Le traitement de mise en disponibilité n'est pas dû lorsque l'intéressé:

- 1) est transféré ou muté à un autre poste qu'il est tenu d'accepter en vertu des articles 12 et 13;
- 2) a atteint l'âge de 65 ans;
- 3) a atteint la limite d'âge fixée relativement à son poste pour prendre sa retraite ou
- 4) à la date de son licenciement, n'est plus en mesure, pour cause de maladie ou d'incapacité, d'assumer un poste qu'il serait tenu d'accepter en vertu des articles 12 et 13.

[...]»

7. Le traitement de mise en disponibilité est versé par l'administration d'emploi et le fonctionnaire a l'obligation de rester à la disposition de cette dernière tant que dure ce versement. Si l'administration d'emploi lui propose un poste de remplacement convenable, le fonctionnaire est tenu de l'accepter. En cas de manquement à cette obligation, le fonctionnaire perd le droit au traitement de mise en disponibilité.

8. L'article 29 de la loi relative au statut des fonctionnaires prévoyait une obligation générale de départ à la retraite à l'âge de 70 ans, laquelle a cependant été abolie le 19 juin 2008, et donc après le départ de M. Toftgaard.

9. En application de la loi n° 230, relative aux retraites des fonctionnaires (tjenestemandspensionslov nr. 230), du 19 mars 2004⁷, les fonctionnaires acquièrent un droit à pension de retraite calculé en fonction de leur durée de service, laquelle comprend également la période de versement d'un traitement de mise en disponibilité. Dans le cas où un fonctionnaire aurait eu droit, en principe, à un traitement de mise en disponibilité, mais où ce dernier n'a pas été versé en raison de la limitation,

4 — Les critères de l'âge et du handicap ont été intégrés dans cette loi par la loi modificative n° 1417, du 22 décembre 2004. Cette dernière est entrée en vigueur le 28 décembre 2004.

5 — C'est nous qui soulignons.

6 — Voir arrêté de codification n° 531, du 11 juin 2004, ci-après la «loi relative au statut des fonctionnaires».

7 — Dans sa version applicable aux faits dans l'affaire au principal.

prévue par la loi relative au statut des fonctionnaires, de leur versement aux fonctionnaires de moins de 65 ans, des droits à pension de retraite sont également acquis pour la période durant laquelle le traitement de mise en disponibilité n'a pas été versé au fonctionnaire en raison de la limite d'âge susmentionnée.

III – Les faits au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

10. M. Toftgaard était préfet du département de Vejle. Il a été limogé le 8 mai 2006 avec effet au 31 décembre 2006. À compter de cette date, il pouvait prétendre au versement d'une pension de retraite, ayant déjà atteint l'âge de 66 ans. Son limogeage a été motivé par la suppression de son poste dans le cadre de la réorganisation de l'administration territoriale de l'État. M. Toftgaard a expliqué vouloir non pas prendre sa retraite, mais vouloir être affecté à un autre poste tout en étant prêt à renoncer à une partie de son traitement antérieur.

11. Son employeur a refusé de lui verser le traitement de mise en disponibilité auquel les fonctionnaires ont droit pendant trois ans en cas de licenciement pour cause de suppression de poste. Ce refus a été justifié sur le fondement de l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires, aux termes duquel le fonctionnaire n'a pas droit au traitement de mise en disponibilité s'il est âgé de 65 ans à la date de son licenciement et peut prétendre, à ce titre, à une pension de retraite de fonctionnaire ainsi qu'à la pension nationale de vieillesse. M. Toftgaard avait, à l'âge de 65 ans, la faculté, mais non l'obligation, de prendre sa retraite.

12. M. Toftgaard considère que ce refus de lui verser le traitement de mise en disponibilité constitue une discrimination fondée sur l'âge. C'est pourquoi, se faisant représenter par le Dansk Jurist- og Økonomforbund⁸, il a formé un recours contre son employeur, l'Indenrigs- og Socialministeriet⁹, devant l'Østre Landsret (cour régionale de l'Est) (Danemark)¹⁰. Son recours ayant été rejeté, M. Toftgaard a interjeté appel devant la Højesteret (Cour suprême). Cette dernière estime que la solution du litige dont elle a ainsi été saisie dépend de l'interprétation de l'article 6, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/78.

13. Par conséquent, la Højesteret, par ordonnance du 7 octobre 2011, parvenue au greffe de la Cour le 26 octobre 2011, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) L'article 6, paragraphe 2, de la directive [2000/78] doit-il être interprété en ce sens que les États membres peuvent prévoir que la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations ne constitue pas une discrimination pour autant que lesdits régimes concernent des prestations de retraite ou d'invalidité?
- 2) L'article 6, paragraphe 2, de ladite directive doit-il être interprété en ce sens que la faculté de fixer des limites d'âge ne vaut que pour l'adhésion à de tels régimes, ou faut-il comprendre que cette faculté vaut également pour le droit à prestations de tels régimes?
- 3) S'il est répondu par la négative à la première question:

L'expression 'régime professionnel de sécurité sociale' figurant à l'article 6, paragraphe 2, de ladite directive peut-elle inclure un régime tel celui du traitement de mise en disponibilité prévu par l'article 32, premier alinéa, de la loi [...] relative au statut des fonctionnaires, suivant lequel, à titre de protection spéciale en cas de congédiement à la suite de la suppression de son poste, le

8 — Syndicat danois des juristes et des économistes.

9 — Ministère de l'Intérieur et des Affaires sociales, devenu l'Indenrigs- og Sundhedsministeriet (ministère de l'Intérieur et de la Santé).

10 — La cour régionale de l'Est.

fonctionnaire a droit au maintien de son traitement pendant trois ans et continue d'acquérir des droits à pension sous réserve d'être disponible pour toute affectation dans un poste de remplacement?

- 4) L'article 6, paragraphe 1, de ladite directive doit-il être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à une réglementation nationale telle celle instituée par l'article 32, quatrième alinéa, 2°, de la loi [...] relative au statut des fonctionnaires, qui prévoit que, en cas de suppression de son poste, le traitement de mise en disponibilité n'est pas versé au fonctionnaire qui a atteint l'âge de pouvoir bénéficier des prestations de la pension nationale de vieillesse?»

14. Le Dansk Jurist- og Økonomforbund, requérant au principal, agissant pour M. Toftgaard, le Kommunernes Landsforening¹¹, les gouvernements danois et du Royaume-Uni ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites et orales devant la Cour. Par ailleurs, Danske Regioner (la fédération des régions du Danemark) et le KL ont présenté des observations écrites communes.

IV – Appréciation juridique

A – Sur la première question préjudicielle

1. Champ d'application personnel et matériel de la directive 2000/78

15. Il convient, tout d'abord, de vérifier si la directive 2000/78 a vocation à s'appliquer en l'espèce. Aux termes de son article 3, paragraphe 1, sous c), elle s'applique, «dans les limites des compétences conférées à la Communauté, 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 licenciement et de rémunération».

16. En sa qualité de haut fonctionnaire placé à la tête d'une collectivité territoriale, M. Toftgaard travaillait «pour le secteur public», voire pour un «organisme public», et entrait donc dans le champ d'application personnel de la directive 2000/78.

17. Il ressort des dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2000/78 ainsi que du considérant 13 de celle-ci qu'elle ne s'applique ni aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une «rémunération» au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 157 TFUE¹², ni aux versements de toute nature effectués par l'État, qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi.

18. Ladite directive pourrait être applicable en l'espèce en considérant le traitement de mise en disponibilité soit comme une rémunération au sens de l'article 157, paragraphe 2, TFUE, soit comme relevant des conditions de licenciement. Selon nous, c'est la première hypothèse qui est vraie.

19. Selon une jurisprudence constante de la Cour, il y a lieu d'entendre par «rémunération», au sens de l'article 157, paragraphe 2, TFUE, les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient consentis, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier¹³.

11 — Fédération des communes du Royaume de Danemark (ci-après le «KL»). Le KL a été admis à intervenir dans l'affaire au principal.

12 — Voir arrêts du 1^{er} avril 2008, Maruko (C-267/06, Rec. p. I-1757, point 41); du 10 mai 2011, Römer (C-147/08, Rec. p. I-3591, point 32), ainsi que du 6 décembre 2012, Dittrich e.a. (C-124/11, C-125/11 et C-143/11, point 31).

13 — Voir arrêts du 4 juin 1992, Bötzel (C-360/90, Rec. p. I-3589, point 12); du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez (C-167/97, Rec. p. I-623, point 29), ainsi que Dittrich e.a., précité (point 35).

20. L'obligation de paiement résulte uniquement de l'emploi. Le traitement de mise en disponibilité est versé chaque mois pendant trois ans et son montant correspond au traitement que percevait le fonctionnaire avant sa mise en disponibilité¹⁴. Certes, au début, ce traitement de mise en disponibilité n'est pas versé en contrepartie d'une activité effectivement exercée au service de l'employeur, mais le fonctionnaire doit rester disponible et est tenu d'occuper à tout moment un poste convenable proposé par son employeur. S'il n'accepte pas ce poste, il perd tout droit au traitement de mise en disponibilité.

21. Le paiement est effectué en raison de l'emploi occupé. Le fait que le fonctionnaire continue à acquérir des droits à pension de retraite pendant qu'il perçoit le traitement de mise en disponibilité indique également que la relation de service se poursuit. C'est en cela que le traitement de mise en disponibilité se distingue d'une indemnité de licenciement, cas dans lequel il est définitivement mis un terme au lien juridique entre l'employeur et le fonctionnaire et où une indemnité est versée une seule fois à ce dernier lorsque celui-ci quitte ses fonctions.

22. Les traitements de mise en disponibilité ne représentent pas non plus des versements qui, comme mentionné au considérant 13 de la directive 2000/78, sont effectués par l'État et qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi. En effet, l'État verse en l'espèce le traitement de mise en disponibilité en sa qualité d'employeur public.

23. La directive 2000/78 a donc vocation à s'appliquer en l'espèce *ratione materiae*. Par conséquent, il convient de vérifier, ensuite, l'existence éventuelle d'une discrimination fondée sur l'âge.

2. Inégalité de traitement au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2000/78

24. En vertu des dispositions combinées de ses articles 1^{er} et 2, paragraphe 1, la directive 2000/78 interdit la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et de travail. Est discriminatoire toute différence de traitement qui n'est pas justifiée.

25. Il résulte des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 2, sous a), et de l'article 1^{er} de ladite directive qu'une discrimination directe fondée sur l'âge se produit lorsque, pour des motifs liés à l'âge, 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.

26. Étant donné que les fonctionnaires ayant atteint l'âge de 65 ans n'ont pas droit au traitement de mise en disponibilité et ne perçoivent que les pensions de retraite, de montant plus faible, une disposition telle que l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires entraîne une discrimination directe fondée sur l'âge.

27. Le KL et le gouvernement danois estiment que cette inégalité de traitement est justifiée en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78.

14 — Voir, en ce sens, arrêt Maruko, précité (point 48).

3. Justification en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78

28. Dans sa version en langue française, l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 autorise les États membres à prévoir «*que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité*, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe»¹⁵.

29. La première question posée par la juridiction de renvoi concerne le champ d'application de cette exception. Est-ce que seuls les régimes professionnels concernant la retraite ou l'invalidité relèvent de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ou est-ce que cette disposition s'applique à tous les types de régimes professionnels de sécurité sociale (par exemple également aux régimes de maladie ou de chômage)? Cette question trouve sans sens dans le contexte de la version linguistique danoise de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78. Dans celle-ci, il est uniquement question des régimes professionnels de sécurité sociale, sans mention des notions d'âge et d'invalidité¹⁶. En revanche, toutes les autres versions linguistiques se réfèrent à des prestations de retraite ou d'invalidité.

30. Conformément à une jurisprudence constante, les dispositions du droit de l'Union doivent être interprétées et appliquées de manière uniforme à la lumière de leur version dans toutes les langues de l'Union européenne¹⁷. La formulation utilisée dans l'une des versions linguistiques ne saurait servir de base unique à l'interprétation d'une disposition dans l'État concerné ou se voir attribuer, à cet égard, un caractère prioritaire par rapport aux autres versions linguistiques. Cela serait en effet incompatible avec l'exigence d'uniformité d'application du droit de l'Union¹⁸.

31. En cas de disparité entre les diverses versions linguistiques, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément¹⁹.

32. Selon l'énoncé de toutes les versions linguistiques, à l'exception de la version en langue danoise, l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 a vocation à s'appliquer non pas à tous les types de régimes professionnels de sécurité sociale, mais uniquement aux prestations de retraite ou d'invalidité.

33. Si le législateur de l'Union avait voulu que l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 englobe, de manière générale, tous les types de régimes professionnels, comme le prétend le gouvernement danois, il n'aurait pas expressément mentionné deux régimes précis dans toutes les autres versions linguistiques de cette disposition, d'autant plus qu'il n'a pas inséré de mot comme «notamment» qui aurait pu indiquer qu'il s'agissait d'une liste non exhaustive.

34. Le fait que la mention de deux régimes de sécurité sociale bien précis n'est pas une simple illustration non exhaustive ressort particulièrement clairement de la version en langue française, par exemple. Dans celle-ci, les régimes professionnels de sécurité sociale sont intercalés entre virgules, montrant ainsi clairement que la mention des prestations de retraite et d'invalidité est limitative²⁰.

15 — C'est nous qui soulignons.

16 — Dans la version linguistique danoise, fait défaut également la notion d'«admissibilité» aux prestations.

17 — Arrêts du 7 décembre 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. p. I-4291, point 28); du 2 avril 1998, EMU Tabac e.a. (C-296/95, Rec. p. I-1605, point 36), ainsi que du 8 décembre 2005, Jyske Finans (C-280/04, Rec. p. I-10683, point 31).

18 — Arrêt du 12 novembre 1998, Institute of the Motor Industry (C-149/97, Rec. p. I-7053, point 16).

19 — Arrêts du 9 mars 2000, EKW et Wein & Co (C-437/97, Rec. p. I-1157, point 42), ainsi que du 1^{er} avril 2004, Borgmann (C-1/02, Rec. p. I-3219, point 25).

20 — «[...] les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité [...]».

35. Pour étendre l'exception au-delà des régimes de sécurité sociale expressément cités, l'on aurait pu s'attendre à ce que soient explicitement mentionnés dans la directive 2000/78 les types de régimes de sécurité sociale concernés. Ainsi, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail²¹, énumère expressément les régimes concernés. Cette énumération est cependant superflue si l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 n'a de toute façon vocation qu'à s'appliquer aux deux régimes qui y sont expressément mentionnés, à savoir les prestations de retraite ou les prestations d'invalidité.

36. Des arguments téléologiques ainsi que le principe supérieur de non-discrimination plaident en faveur d'une interprétation étroite de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78.

37. La directive 2000/78 explicite l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, qui est reconnue comme un principe général du droit de l'Union²² et qui est consacrée à l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celle-ci a le même rang que les traités dans la hiérarchie des normes depuis le 1^{er} décembre 2009 en vertu de l'article 6, paragraphe 1, TUE. Une dérogation au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge doit en principe être interprétée de manière restrictive²³. C'est également la raison pour laquelle l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne doit pas être interprété en ce sens qu'il couvre tous les types de régimes professionnels de sécurité sociale.

38. L'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne couvre, par conséquent, que les régimes de prestations de retraite ou d'invalidité. Étant donné qu'une prestation telle que le traitement de mise en disponibilité danois n'est ni une prestation de retraite ni une prestation d'invalidité, l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 n'est pas applicable en l'espèce.

4. Conclusion intermédiaire

39. L'exception définie à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne s'applique qu'aux régimes professionnels de sécurité sociale concernant des prestations de retraite ou d'invalidité.

B – *Sur la deuxième question préjudicielle*

40. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi souhaiterait savoir si la faculté de fixer des limites d'âge en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne vaut que pour l'adhésion à un régime professionnel de sécurité sociale, ou si elle vaut également pour le droit à percevoir les prestations d'un tel régime.

41. Dès lors que nous proposons déjà de répondre à la première question en ce sens qu'une prestation telle que le traitement de mise en disponibilité n'entre même pas dans le champ d'application de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78, la deuxième question devient sans objet.

21 — JO L 204, p. 23.

22 — Arrêt du 19 janvier 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365, point 21).

23 — Voir arrêt du 12 janvier 2010, Petersen (C-341/08, Rec. p. I-47, point 60).

C – Sur la troisième question préjudicielle

42. La troisième question est elle aussi sans objet, puisqu'elle n'est posée que pour le cas où la Cour répondrait à la première question par la négative alors que nous proposons d'y apporter la réponse contraire. Étant donné que, dans la mesure où le traitement de mise en disponibilité ne concerne ni l'âge ni une invalidité, il n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78, la question de savoir s'il s'agit de toute façon d'une prestation d'un régime professionnel de sécurité sociale peut rester ouverte.

D – Sur la quatrième question préjudicielle

43. La quatrième question vise à savoir si l'inégalité de traitement fondée sur l'âge peut être justifiée, relativement au paiement d'une prestation telle que le traitement de mise en disponibilité danois, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

1. Justification de la différence de traitement en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78

44. En vertu de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78, 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».

45. Cette formule de la directive 2000/78 traduit finalement le principe de proportionnalité en tant qu'exigence reconnue, en droit de l'Union, pour qu'une inégalité de traitement soit justifiée. Ainsi, si nous récapitulons, la justification d'une inégalité de traitement directe fondée sur l'âge conformément à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78 exige que la mesure correspondante s'appuie sur un objectif légitime et résiste à un contrôle de proportionnalité²⁴.

a) L'objectif légitime

46. Bien que la liste n'en soit pas exhaustive, les objectifs légitimes énumérés à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78 sont des objectifs relevant de la politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle²⁵.

47. Le libellé de l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires ne donne aucune indication sur les objectifs qu'il poursuit. Il n'indique pas pourquoi les fonctionnaires ayant déjà atteint l'âge de 65 ans et ayant droit, à ce titre, à une pension de retraite sont exclus du bénéfice du traitement de mise en disponibilité. Cependant, d'autres éléments tirés du contexte général de la disposition légale peuvent également permettre d'identifier l'objectif sous-tendant cette dernière²⁶.

24 — Voir, à cet égard, points 42 à 47 de mes conclusions dans l'affaire Ingeniørforeningen i Danmark (arrêt du 12 octobre 2010, C-499/08, Rec. p. I-9343).

25 — Arrêts du 5 mars 2009, Age Concern England (C-388/07, Rec. p. I-1569, point 46); du 18 juin 2009, Hütter (C-88/08, Rec. p. I-5325, point 41), ainsi que du 13 septembre 2011, Prigge e.a. (C-447/09, Rec. p. I-8003, point 80). Dans l'arrêt Prigge e.a., la Cour a jugé qu'un objectif tel que la sécurité aérienne ne relève pas des objectifs visés à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78 (point 81).

26 — Arrêts du 16 octobre 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Rec. p. I-8531, points 56 et 57); Age Concern England, précité (points 44 et 45), ainsi que Petersen, précité (points 39 et 40).

48. En l'espèce, les travaux préparatoires reproduits dans la demande de décision préjudicielle permettent d'élucider le but poursuivi par l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires.

49. Le traitement de mise en disponibilité remonterait à 1919, lorsqu'il s'appelait encore «traitement d'attente». Le traitement de mise en disponibilité viserait à garantir l'indépendance des fonctionnaires, en les préservant de toute pression personnelle et politique, ainsi qu'à les protéger contre des modifications trop profondes de leur situation. En 1969, le traitement de mise en disponibilité aurait fait l'objet de certaines modifications. Notamment, son versement aurait été limité à une période de trois ans, celui-ci devant cependant cesser dès lors que l'intéressé a atteint la limite d'âge fixée relativement à son poste pour prendre sa retraite. Dans les travaux préparatoires, ces changements seraient justifiés par la nécessité de trouver un juste équilibre entre, d'une part, le souci de l'État d'adapter l'administration publique et de la rendre plus efficace et, d'autre part, la protection de l'indépendance des fonctionnaires.

50. Depuis une réforme législative de 1991, le bénéfice du traitement de mise en disponibilité aurait été versé uniquement jusqu'à l'âge de 67 ans (âge qui a ultérieurement été réduit à 65 ans).

51. Le projet de loi y afférent motiverait ce changement par le fait qu'il est raisonnable de penser qu'un fonctionnaire atteignant l'âge de la retraite ne pourra pas être affecté à un poste de remplacement. Dès lors, un tel fonctionnaire ne remplirait pas les conditions requises pour bénéficier du traitement de mise en disponibilité, qui consistent à être disponible pour occuper un autre poste. Si un fonctionnaire a largement dépassé la soixantaine, il serait peu vraisemblable qu'il soit disposé à occuper un poste de remplacement, avec l'adaptation que cela implique. Au contraire, il serait naturel qu'un tel fonctionnaire prenne sa retraite.

52. Le gouvernement danois a souligné l'importance des exigences – légitimes – de l'État d'adapter l'administration publique et de la rendre plus efficace. Or, l'attente légitime de l'administration en ce qui concerne la disponibilité du fonctionnaire pour occuper un nouveau poste ne pourrait le plus souvent pas être satisfaite s'agissant d'un fonctionnaire pouvant prétendre au bénéfice d'une pension de retraite. De plus, le gouvernement danois a mis en exergue la nécessité de protéger les fonctionnaires, dont tient compte le traitement de mise en disponibilité. Or, a-t-il ajouté, ce besoin de protection n'existe plus quand le fonctionnaire est déjà protégé par une pension de retraite.

53. À travers le traitement de mise en disponibilité en lui-même, le législateur danois poursuit indubitablement un objectif de politique sociale, consistant à garantir l'indépendance des fonctionnaires à l'égard de toute pression politique et personnelle en leur rendant socialement supportable la suppression de leur poste et des restructurations administratives.

54. La Commission considère toutefois que ce n'est pas l'objectif poursuivi de manière générale par le traitement de mise en disponibilité (adaptabilité de l'administration publique et protection des fonctionnaires) qui est décisif dans le cadre du contrôle de la justification. Selon elle, c'est l'objectif de la restriction qui est déterminant. Le but poursuivi par la restriction consiste à exclure de manière globalisante que des fonctionnaires puissent bénéficier du traitement de mise en disponibilité dès lors qu'ils ne sont pas disposés à occuper un nouveau poste. Selon la Commission, cet objectif concerne uniquement les intérêts internes de l'employeur et ne doit donc pas être qualifié d'objectif de politique sociale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

55. Cet aspect concerne toutefois le caractère approprié et nécessaire de la mesure²⁷, que nous allons vérifier ci-après.

27 — Voir également, en ce sens, points 51 et 52 de nos conclusions dans l'affaire Ingeniørforeningen i Danmark, précitées, ainsi que point 29 de l'arrêt.

b) Le caractère approprié

56. La Cour a reconnu que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi²⁸. En d'autres termes, il suffit que les mesures prises ne soient pas manifestement inappropriées pour atteindre l'objectif poursuivi²⁹.

57. Une disposition telle que l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires garantit que seuls peuvent bénéficier du traitement de mise en disponibilité les fonctionnaires qui n'ont pas encore droit à une pension de retraite. Par conséquent, seules peuvent prétendre au traitement de mise en disponibilité les personnes pour qui on peut supposer, avec un haut degré de vraisemblance, qu'elles sont réellement disponibles pour occuper un nouveau poste. La mesure en cause dans l'affaire au principal a pour but de faciliter la restructuration de l'administration tout en préservant l'indépendance des fonctionnaires, compte tenu du besoin de protection concret du fonctionnaire concerné. Ladite mesure n'est pas manifestement inappropriée pour atteindre l'objectif poursuivi.

c) La nécessité

58. Une mesure est «nécessaire» lorsque l'objectif légitime poursuivi ne peut pas être atteint au moyen d'une mesure aussi appropriée mais moins contraignante.

59. L'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires exclut *systématiquement* du droit au traitement de mise en disponibilité les fonctionnaires ayant un droit exigible à une pension de retraite. Il ne tient pas compte de la question de savoir si ces fonctionnaires ont aussi effectivement le désir de prendre leur retraite ou s'ils sont prêts à prendre un nouveau poste. En effet, à l'âge de 65 ans, les fonctionnaires ont seulement le droit de partir à la retraite. En revanche, rien ne les oblige à exercer ce droit. Jusqu'en 2008, l'obligation de prendre sa retraite intervenait lorsque le fonctionnaire atteignait l'âge de 70 ans. Depuis lors, selon les indications de la juridiction de renvoi, cette limite d'âge a été supprimée.

60. Un contrôle au cas par cas de la disponibilité des fonctionnaires ayant le droit de prendre leur retraite pour occuper un autre poste représenterait sans doute une mesure moins contraignante.

61. Comme nous l'avons déjà rappelé, les États membres disposent toutefois d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi³⁰.

62. Le législateur danois a motivé l'instauration de la limite d'âge en invoquant le fait qu'il est peu vraisemblable que des fonctionnaires pouvant prétendre à une pension de retraite soient disposés à occuper un autre poste. L'exclusion de principe de ces personnes du bénéfice du traitement de mise en disponibilité peut donc être aussi motivée par des considérations liées à la simplification administrative, consistant à éviter de devoir vérifier à chaque fois si le fonctionnaire concerné est disposé à occuper un nouveau poste ou non.

28 — Arrêts *Palacios de la Villa*, précité (point 68); du 12 octobre 2010, *Rosenblatt* (C-45/09, Rec. p. I-9391, point 41), et *Küçükdeveci*, précité (point 38).

29 — Voir, à cet égard, point 54 de nos conclusions dans l'affaire *Ingeniørforeningen i Danmark*, précitées.

30 — Voir point 56 des présentes conclusions.

63. La marge d'appréciation reconnue aux États membres leur ouvre en principe également la possibilité de s'abstenir de procéder à un contrôle au cas par cas pour des raisons de simplification administrative. Le législateur peut, sous réserve du respect du principe de proportionnalité, établir des catégories selon des critères généraux³¹.

64. Cependant, la disposition danoise en cause dans l'affaire au principal prévoit un contrôle in concreto, au cas par cas, pour les fonctionnaires âgés de moins de 65 ans, pour vérifier si le fonctionnaire concerné est disponible pour occuper un autre poste. Il appartiendrait en l'espèce à la juridiction de renvoi de constater le degré de précision de ce contrôle au cas par cas pour les fonctionnaires âgés de moins de 65 ans et en quoi un tel contrôle au cas par cas entraînerait une charge administrative insupportable précisément dans le cas des fonctionnaires âgés de plus de 65 ans.

65. Cependant, même au regard de l'intérêt légitime de l'administration à éviter une charge excessive, il y aurait eu des moyens moins contraignants d'atteindre cet objectif. Imposer au fonctionnaire la charge de prouver sa disponibilité serait un moyen moins contraignant pour l'employeur de s'épargner une charge excessive.

66. En tout cas, la marge d'appréciation des États membres ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance le principe de non-discrimination en fonction de l'âge³². Or, c'est pourtant bien ce qui se produit dans la présente affaire. En effet, une disposition telle que l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires, qui exonère automatiquement l'employeur de l'obligation de verser le traitement de mise en disponibilité dès lors que le fonctionnaire a atteint l'âge de 65 ans et qu'il peut donc prétendre à une pension de retraite, crée le risque que l'employeur supprime de préférence les emplois des fonctionnaires ayant atteint l'âge de la retraite. Pour l'employeur, il sera en effet financièrement plus intéressant de licencier ceux qui ont atteint l'âge de la retraite, c'est-à-dire les personnes d'un certain âge.

67. Par conséquent, une disposition telle que l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires va au-delà de ce qui serait nécessaire pour garantir que le traitement de mise en disponibilité ne soit accordé qu'aux fonctionnaires qui sont disponibles pour occuper un nouveau poste.

d) L'absence d'atteinte excessive

68. Si tant est que la mesure en cause dans l'affaire au principal n'échoue pas déjà à répondre au critère de nécessité, il resterait à vérifier si elle n'est pas disproportionnée au sens strict, au sens où elle porterait excessivement atteinte aux intérêts légitimes des fonctionnaires³³.

69. Le gouvernement danois souligne à cet égard que les fonctionnaires ayant atteint l'âge de 65 ans ont moins besoin de protection que les fonctionnaires plus jeunes, puisqu'ils ont droit à une pension de retraite.

70. Un fonctionnaire peut cependant avoir intérêt à continuer à travailler bien qu'il puisse déjà prétendre à une pension de retraite. Cela peut être dû soit à des considérations financières (le fonctionnaire ne souhaite pas encore subir la perte de revenus qui est liée au départ en retraite) ou d'ordre personnel. En 2008, le législateur danois lui-même a supprimé l'âge de 70 ans à partir duquel un fonctionnaire est *tenu* de partir en retraite.

31 — Voir point 62 de nos conclusions dans l'affaire Ingeniørforeningen i Danmark, précitées, ainsi que points 57 et 58 de nos conclusions dans l'affaire Hlozek (arrêt du 9 décembre 2004, C-19/02, Rec. p. I-11491).

32 — Arrêts précités Age Concern England (point 51) et Ingeniørforeningen i Danmark (point 33).

33 — Voir arrêt et conclusions Ingeniørforeningen i Danmark, précités.

71. Enfin, le droit de travailler est également reconnu à l'article 15, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

72. À tout le moins, l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires entrave la poursuite d'une activité professionnelle pour les fonctionnaires qui pourraient déjà toucher une pension de retraite³⁴. Selon la demande de décision préjudicielle, on ne voit pas bien si un fonctionnaire ayant atteint la limite d'âge n'a non seulement pas droit à un traitement de mise en disponibilité, mais ne peut pas non plus continuer à travailler en occupant un autre poste dans le service public.

73. La Cour a jugé qu'une mise à la retraite d'office dès qu'un âge déterminé est atteint peut être justifiée³⁵. Dès lors, il pourrait également être justifié de refuser de verser une compensation financière durant la recherche d'un nouvel emploi, car cela constituerait une mesure moins contraignante qu'une mise à la retraite d'office.

74. La Cour souligne toutefois, en même temps, que le principe de proportionnalité exige qu'un but soit poursuivi de manière cohérente et systématique. Or, il n'apparaît pas cohérent, en l'espèce, que le législateur danois supprime une limite d'âge absolue de 70 ans au-delà de laquelle il y a obligation de prendre sa retraite, tout en instaurant par ailleurs de facto un âge de départ à la retraite dès l'âge de 65 ans en cas de suppression de poste. En effet, en supprimant l'âge obligatoire de la retraite à 70 ans, le législateur indique qu'il ne considère pas que le fait d'avoir atteint un certain âge représente un critère approprié pour la question du départ en retraite.

75. Dans nos conclusions dans l'affaire *Ingeniørforeningen i Danmark*³⁶, qui portait sur une disposition analogue (limite d'âge pour toucher une indemnité de licenciement), nous nous sommes déterminés en fonction de la question de savoir si, en vertu de la disposition litigieuse, les salariés devaient subir des minorations au titre de la retraite anticipée et d'autres pertes affectant le montant maximal de leur pension de retraite.

76. À première vue, cela ne semble pas le cas en vertu de la disposition en cause dans l'affaire au principal. En application de la loi n° 230, du 19 mars 2004, relative aux retraites des fonctionnaires, ces derniers acquièrent un droit à pension qui dépend de leur durée de service en tant que fonctionnaires. Pendant la période durant laquelle le fonctionnaire aurait perçu le traitement de mise en disponibilité, mais ne l'a pas perçu dans les faits en raison de son âge, il continue à acquérir des droits à pension de retraite. Par conséquent, au cours des trois années durant lesquelles le droit théorique au traitement de mise en disponibilité aurait existé, il n'y a pas eu de perte de droits à pension de retraite.

77. Cependant, si le traitement de mise en disponibilité avait effectivement été versé au fonctionnaire durant ces trois années et si un nouveau poste lui avait également été proposé, il aurait pu acquérir pendant encore plus longtemps (initialement jusqu'à ses 70 ans, puis même au-delà depuis la suppression de cet âge maximal pour prendre sa retraite) des droits à pension de retraite en occupant ce poste.

78. On peut toutefois également considérer que la différence considérable qui existe entre le droit à pension de retraite et le traitement de mise en disponibilité qui serait normalement versé pendant trois ans constitue une atteinte grave. On peut supposer, particulièrement lorsque la différence entre le droit à pension de retraite et le traitement de mise en disponibilité se chiffre à une somme considérable, que cela porte gravement atteinte au fonctionnaire qui ne s'était pas encore préparé à un départ en retraite dans ses plans financiers personnels. C'est à la juridiction de renvoi qu'il appartiendra de constater définitivement si tel est bien le cas.

34 — Voir, en ce sens, arrêt *Ingeniørforeningen i Danmark*, précité (point 45).

35 — Arrêt *Palacios de la Villa*, précité.

36 — Point 73 desdites conclusions, précitées. Voir, également, arrêt *Ingeniørforeningen i Danmark*, précité (point 46).

2. Conclusion intermédiaire

79. Une disposition telle que l'article 32 de la loi relative au statut des fonctionnaires n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif qu'elle poursuit. Dès lors, la discrimination directe fondée sur l'âge qu'elle entraîne ne saurait être justifiée en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

V – Conclusion

80. Par ces motifs, nous proposons à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la Højesteret comme suit:

- 1) L'article 6, paragraphe 2, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, a uniquement vocation à s'appliquer aux régimes professionnels de sécurité sociale qui concernent des prestations de retraite ou d'invalidité.
- 2) Si un traitement de mise en disponibilité de trois ans est versé à des fonctionnaires lorsqu'ils sont licenciés pour cause de suppression de leur poste à condition qu'ils soient disposés à occuper un nouveau poste, il n'est pas conforme aux articles 2 et 6 de la directive 2000/78 de dénier ce traitement de mise en disponibilité aux fonctionnaires qui, lorsqu'ils quittent le service, ont droit à une pension de retraite, sans vérifier si le fonctionnaire concerné souhaite effectivement toucher sa pension ou s'il est disponible pour occuper un nouveau poste.