

N° 383836

M. A...

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 6 janvier 2016

Lecture du 25 janvier 2016

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira de nouveau à apprécier la compatibilité d'une limite d'âge pour occuper un emploi public, en l'occurrence celui d'ingénieur en chef des bâtiments de l'Assemblée nationale, avec le principe d'égalité de traitement posé par la directive n° 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.

M. A..., nommé le 1^{er} février 1996 ingénieur en chef des bâtiments de l'Assemblée nationale, a, par un arrêté du 14 mai 2012, été admis à la retraite à compter du 10 novembre 2012, date de son 62^{ème} anniversaire. L'article 53 du règlement intérieur sur l'organisation des services portant statut du personnel de l'AN, dans sa rédaction alors en vigueur, avait en effet fixé à cet âge la limite au-delà de laquelle les fonctionnaires de l'Assemblée nationale devaient en principe quitter leurs fonctions. Cette règle comporte, nous les verrons, des possibilités d'aménagement et une exception pour les secrétaires généraux, les directeurs généraux, les directeurs de service et les conseillers, pour lesquelles la limite d'âge est fixée à 65 ans.

M. A... a contesté cette décision devant le TA de Paris auquel il a également demandé l'indemnisation des préjudices qu'il en subissait. Le tribunal a rejeté ses demandes, jugement confirmé par la CAA de Paris dont l'arrêt du 19 juin 2014 fait l'objet du présent pourvoi.

Les deux premiers moyens ne nous retiendront pas longtemps. Ils ont trait aux motifs de l'arrêt par laquelle la cour a estimé que M. A... n'étant pas au nombre des fonctionnaires visés au 1 de l'article 53, il relevait des dispositions du 2 qui fixent à 62 ans la limite d'âge « des autres fonctionnaires ». Le requérant soutient qu'en jugeant que l'ingénieur en chef des bâtiments de l'Assemblée nationale ne pouvait être assimilé à l'un des corps visés au 1, la cour avait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier. Il n'ignore pas qu'il appartient à un corps distinct des quatre corps visés par le 1, mais il fait valoir que plusieurs points de son statut doivent conduire à l'assimiler au corps des conseillers, qui bénéficient d'une limite d'âge plus élevée. Il fait ainsi valoir que l'arrêté du 1^{er} juin 1994 créant cet emploi précisait qu'il aurait « rang de conseiller » et que cette assimilation se vérifie en ce qui concerne les règles relatives tant à la carrière qu'à la rémunération et à la représentation des agents au sein des organismes paritaires (comité d'avancement, comité paritaire, conseil de discipline). L'absence de mention à l'article 53 du règlement intérieur du corps d'ingénieur en

chef des bâtiments de l'Assemblée nationale, qui ne comporte qu'un seul agent, et qui n'existait pas lors de la rédaction initiale de cet article, serait ainsi dû à l'oubli de le modifier lors de la création de ce corps.

L'explication n'est peut-être pas fautive, mais il nous semble très difficile d'adopter une lecture contraire à la lettre parfaitement claire de l'article 53 en s'appuyant sur des dispositions dont l'objet est tout à fait étranger à la limite d'âge, laquelle répond, nous allons le voir, à des objectifs et à des motifs différents de ceux qui président à la détermination des règles de recrutement, d'avancement et de représentation du personnel. Nous ne pensons donc pas qu'en faisant une application littérale des dispositions de l'article 53 la cour ait commis une erreur de droit ni, a fortiori, dénaturé les pièces du dossier.

Le troisième moyen est plus intéressant. Il est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en jugeant que la limite d'âge imposée par le 2 de l'article 53 du règlement intérieur de l'AN ne méconnaissait pas les objectifs de la directive 2000/78/CE du Conseil 27 novembre 2000 qui interdit entre autres les discriminations fondées sur l'âge.

Ce moyen est tout d'abord recevable. Vous savez que si les agents titulaires des services des assemblées parlementaires, qui sont des fonctionnaires de l'Etat dont le statut et le régime de retraite sont déterminés par le bureau de l'assemblée intéressée, ne peuvent contester directement devant le juge administratif les dispositions du règlement intérieur qui les régissent, ils peuvent les contester par voie d'exception à l'occasion des litiges relatifs à leur situation individuelle dont la juridiction administrative est compétente pour connaître (CE, 19 janvier 1996, *E...*, n° 148631, Rec. 10; CE, 16 avril 2010, *Assemblée nationale*, n° 326534, aux T ; CE, 28 janvier 2011, *P...*, n° 335708, p. 23).

Il est ensuite opérant. D'une part, les conditions d'emploi des fonctionnaires entrent dans le champ de la directive, dont l'article 3 § 1 précise qu'elle « 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 »¹. Si la directive a été transposée, cinq ans après l'expiration du délai fixé, par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, cette loi, qui se borne à réaffirmer les principes généraux énoncés par la directive, n'a ni pour objet ni ne saurait être regardée comme ayant eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions existantes en droit interne comportant des discriminations susceptibles de méconnaître les objectifs de la directive, au regard desquels ils doivent donc être contrôlés (Ass, 30 oct 2009, *Mme R...*, n° 298348, réaffirmant sur ce point votre décision d'Assemblée, 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, n° 56776, p. 80).

D'autre part, toute disposition imposant une limite d'âge pour l'exercice d'un emploi constitue une discrimination fondée sur l'âge entrant dans le champ d'application de la directive, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, un principe général du droit de l'Union de non discrimination en fonction de l'âge (CJCE, 22 nov 2005, *Mangold c/*

¹ La CJUE en a fait application à plusieurs reprises aux relations de travail au sein du secteur public : CJUE, 12 janvier 2010, *Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main*, n° C-229/08 : conditions d'accès à un emploi public de pompier ; 21 juil 2011, *Fuchs*, aff. C-159/10 : âge de départ à la retraite des procureurs ; 8 sept 2011, *Hennigs*, aff. C-297/10 : rémunération d'agents contractuels du secteur public.

Hem, aff. C-104/04 ; CJUE, 19 janv 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-550/07), qui figure désormais à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La discrimination est définie à l'article 2 de la directive comme se produisant « 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'un des motifs visés à l'article 1er ». Tel est bien l'effet que produit une limite d'âge pour l'exercice d'une activité et la jurisprudence désormais bien fournie de la Cour de justice, mais aussi la vôtre, sur l'application de cette directive aux limites d'âge permet de s'en convaincre².

Est-il enfin fondé ? Toute différence de traitement fondée sur l'âge n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs de la directive, qui prévoit trois catégories de motifs qui peuvent la justifier, tenant soit à la protection de l'ordre public, de la santé ou des droits et libertés (art 2.5), soit à la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice (art 4.1), soit à la poursuite d'objectifs légitimes de politique sociale (art 6).

Les deux premières catégories de motifs permettent l'instauration de mesures nettement dérogoires au droit commun : limite d'âge pour accéder à des emplois exigeant une forme physique particulière (CJUE, 12 janvier 2010, *Colin Wolf*, C-229/08, pompier) ou pour exercer une profession libérale en lien avec la santé des personnes (CJUE, 10 janvier 2010, *Domnica Petersen* C-341/08, concernant une limite d'âge pour l'exercice de la profession de dentiste). C'est au regard de ces justifications que la CJUE a contrôlé la compatibilité de limites d'âge imposée aux pilotes de ligne (CJUE, 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge et autres c/ Deutsche Lufthansa*, aff. C-447/09) et que vous avez contrôlé celles imposées aux ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne, que vous avez validée (Ass, 4 avril 2014, *Ministre de l'écologie*, n° 362785 et a., à nos conclusions) et aux pilotes d'Air France, que vous avez censurée (22 mai 2015, *société Air France*, n° 371623, aux T).

La limite d'âge imposée aux fonctionnaires de l'AN n'est pas justifiée par l'un de ces motifs mais répond, comme toutes les limites d'âges générales, à un objectif de politique sociale que l'article 6 de la directive, intitulé « *justifications des différences de traitement fondées sur l'âge* », permet aux Etats membres de poursuivre par ce moyen sous certaines conditions, dont vous devrez vérifier qu'elles sont remplies en l'espèce : « *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 modalités d'appréciation des justifications d'une différence de traitement fondée sur l'âge au regard de ces exigences ressortent tant de la jurisprudence désormais nombreuse de la Cour de justice que de vos décisions *Mme C...*, du 13 mars 2013 (n° 352393, au rec), concernant la limite d'âge de 65 imposée au personnel des industries électriques et gazières et

² Voir notamment l'explication qu'en donne la Cour dans son arrêt du 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge et autres c/ Deutsche Lufthansa* (aff. C-447/09) à propos d'une limite d'âge imposée aux pilotes de la Deutsche Lufthansa : « un tel pilote [ayant atteint l'âge de 60 ans] se trouve dans une situation comparable à celle d'un pilote moins âgé que lui exerçant la même activité pour le compte de la même compagnie aérienne et/ou relevant de la même convention collective. Le premier pilote dont le contrat de travail cesse automatiquement lorsqu'il atteint l'âge de 60 ans est traité de manière moins favorable, en raison de son âge, que le second » (§ 44).

M. K..., du 22 mai 2013 (n° 351183, aux T), concernant la limite d'âge de 65 ans applicable aux professeurs territoriaux d'enseignement artistique. Vous n'êtes donc pas en terrain inconnu et l'apport essentiel de la décision que vous rendrez sera d'offrir une illustration d'une appréciation - que vous appréhendez en cassation sous l'angle de l'erreur de droit³ - qui est rarement évidente.

Le contrôle de la conventionnalité d'une différence de traitement au regard de ces exigences est un contrôle en deux temps qui porte d'abord sur la finalité de la mesure, qui doit être "*objectivement et raisonnablement*" justifiée "*par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle*", puis sur son contenu, qui doit représenter un moyen "*approprié et nécessaire*" de réaliser cet objectif.

Si la structure de ce contrôle est commune à toutes les justifications des différences de traitement envisagées par la directive (voyez notamment l'application que vous en avez faite dans votre décision d'Assemblée précitée), le degré de précision que vous devez exiger des justifications de la mesure, c'est à dire l'intensité du contrôle juridictionnel, nous semble varier en fonction du contenu de la différence de traitement et des objectifs qu'elle poursuit. Ainsi, les contraintes particulières à certaines activités fondées sur l'âge, qui constituent donc des dérogations au droit commun justifiées par la protection d'intérêts supérieurs (articles 2.5 et 4.1), font l'objet d'un contrôle plus approfondi tant de leur finalité que de leur caractère approprié et nécessaire qu'une contrainte générale qui pèse dans les mêmes conditions sur l'ensemble des travailleurs. Bien que, quelle que soit la justification de la différence de traitement, la Cour de justice ait reconnu aux Etats membres une marge d'appréciation dans le choix des objectifs poursuivis et des moyens de les atteindre, il ressort de la comparaison de ses arrêts que cette marge est d'autant plus étendue que la différence de traitement est générale, ce qui est parfaitement légitime puisque cette généralité atténuée par elle-même son effet discriminatoire.

Il serait trop long d'en faire ici la démonstration comparée, mais les principaux arrêts rendus par la Cour de justice à propos de limites d'âges générales fondées sur des objectifs de politique sociale, telle que la mesure litigieuse, permettent de mesurer l'étendue de cette marge d'appréciation, qui porte tant sur la définition des objectifs que sur les moyens de les atteindre (voir, pour l'affirmation de cette marge d'appréciation, les arrêts de principe de la CJCE du 23 novembre 2005, *Mangold*, aff C-144/04 et du 16 oct 2007, *Palacios de la Villa*, aff C-411/05) et sur laquelle vous vous êtes explicitement fondés dans votre décision *M. K...*

La légitimité et la validité de l'objectif de favoriser l'accès à l'emploi en assurant la remise sur le marché des postes à pourvoir que poursuit toute mesure obligeant les travailleurs à quitter à partir d'un certain âge l'emploi qu'ils occupent font l'objet de la part de la Cour d'une reconnaissance de principe : "il y a lieu de relever que la cessation automatique des contrats de travail des salariés qui remplissent les conditions d'âge et de cotisation pour bénéficier de la liquidation de leurs droits à pension fait, depuis longtemps, partie du droit du travail de nombreux États membres et est d'un usage répandu dans les relations de travail. Ce mécanisme repose sur un équilibre entre considérations d'ordre politique, économique, social, démographique et/ou budgétaire et dépend du choix d'allonger la durée de vie active des travailleurs ou, au contraire, de prévoir le départ à la retraite précoce de ces derniers (voir, en

3 Décision *M. K...*, précitée.

ce sens, arrêt *Palacios de la Villa*, précité, point 69). / Partant, des objectifs de la nature de ceux indiqués par le gouvernement allemand doivent, en principe, être considérés comme justifiant «objectivement et raisonnablement», «dans le cadre du droit national», ainsi que le prévoit l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, une différence de traitement fondée sur l'âge ..." (CJCE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, aff. C-45/09, § 44-45. Voir également, sur un tel objectif : CJUE, 17 janvier 2011, *Fuchs*, aff. C-159-10, § 53).

L'exigence de justification est un peu plus forte en ce qui concerne le caractère approprié et nécessaire de la mesure pour atteindre cet objectif. Mais, sur ce point également, la marge d'appréciation reconnue aux Etats membres est grande et, comme le soulignait l'avocat général de l'affaire *Palacios de la Villa*, "seule une mesure nationale manifestement disproportionnée devrait être censurée à ce niveau".

Pour satisfaire cette seconde exigence, la différence de traitement doit d'une part être à même de réaliser l'objectif poursuivi, d'autre part ne pas porter une atteinte excessive aux droits et intérêts légitimes des travailleurs.

La première condition est une exigence de cohérence. C'est sur ce terrain que sont intervenues les deux seules décisions par laquelle la Cour de justice a jugé discriminatoires des réglementations fondées sur des objectifs sociaux. Il s'agissait d'une part de la possibilité de conclure sans restrictions des contrats à durée déterminée avec des personnes de plus de 52 ans, qui ne lui a pas paru objectivement de nature à favoriser leur recrutement (aff *Mangold*, précitée) et de l'exclusion de la prise en compte de l'expérience acquise avant l'âge de 18 ans, qui ne lui a pas semblé, compte tenu des modalités de sa mise en oeuvre, propre à réaliser l'objectif annoncé de favoriser l'accès des jeunes à l'emploi (CJCE, 18 juin 2009, *Hütter*, aff C-88/08).

La seconde condition est une exigence de proportionnalité de la mesure qui s'apprécie au regard de l'ensemble des règles régissant la situation de l'intéressé. Comme le note la Cour dans l'arrêt *Rosenbladt*, la "cessation automatique des contrats de travail en raison du fait que le salarié a atteint l'âge de départ à la retraite ne saurait, en principe, être regardée comme portant une atteinte excessive aux intérêts légitimes des travailleurs concernés" (§ 47). En effet, une telle réglementation ne se fonde pas exclusivement sur l'âge mais prévoit une compensation financière au moyen d'un revenu de substitution, la pension de retraite, dont le caractère raisonnable contribue à la proportionnalité du dispositif. Participent également de cette évaluation globale, les circonstances que le départ à la retraite puisse faire l'objet de négociations ou d'aménagements individuels, qu'il intervienne après une période pendant laquelle la personne a pu exercer pleinement son activité et qu'il n'interdise pas à la personne concernée d'exercer une autre activité professionnelle (voir, par exemple, sur ce dernier point, les arrêts *Rosenbladt*, précité (§ 75) et CJUE, 5 juillet 2012, *Torsten Hörnfeldt*, aff. C-141/11, § 43). L'importance la marge d'appréciation des Etats sur ce point ressort très clairement de l'arrêt *Rosenbladt* qui répond aux arguments selon lesquels l'instauration d'un départ à la retraite obligatoire à un certain âge n'avait pas d'effet mécanique sur le niveau du chômage ou la structure de la pyramide des âges par une référence à l'équilibre général du dispositif, qui établit son caractère approprié : "En garantissant aux travailleurs une certaine stabilité de l'emploi et, à long terme, la promesse d'un départ à la retraite prévisible, tout en offrant aux employeurs une certaine flexibilité dans la gestion de leur personnel, la clause de cessation automatique des contrats de travail est donc le reflet d'un équilibre entre des intérêts

divergents mais légitimes, s'inscrivant dans un contexte complexe de relations de travail, étroitement lié aux choix politiques en matière de retraite et d'emploi" (§ 68-69).

Nous avons longuement cités les motifs de ces arrêts car ils nous semblent montrer clairement que la condition tenant à ce que la différence de traitement soit nécessaire et appropriée aux objectifs qu'elle poursuit n'exige pas la preuve de son efficacité économique, même si, comme l'a également rappelé la Cour de justice, "cette marge d'appréciation ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre du principe de non-discrimination en fonction de l'âge. De simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à participer à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle ne suffisent pas pour faire apparaître que l'objectif de cette mesure est de nature à justifier qu'il soit dérogé audit principe ni ne constituent des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont aptes à la réalisation de cet objectif" (CJCE, 3 septembre 2009, *Age concern England*, aff. C-388/07). Mais nous comprenons plutôt cette réserve de la Cour comme visant à éviter des justifications systématiques qui feraient l'économie d'une appréciation de l'équilibre de chaque dispositif.

L'application de ces principes directeurs à la mesure critiquée par le requérant devrait vous conduire à écarter son moyen.

L'objectif d'une limite d'âge au-delà de laquelle les fonctionnaires de l'AN doivent prendre leur retraite est celui que poursuit tout dispositif similaire, en France comme dans la plupart des autres Etats européens, et dont nous venons de voir que la légitimité était largement reconnue par la CJUE. Vous l'avez également admise par vos décisions précitées *Mme C...* et *M. K...*

Le caractère nécessaire et approprié de la mesure en litige pourrait faire hésiter sur un point. Non pas sur le terrain de sa cohérence, puisque nous avons également vu qu'il était généralement admis qu'une limite d'âge pour occuper un emploi était un moyen approprié pour permettre à d'autres d'avoir la possibilité de l'occuper à leur tour. La circonstance qu'en l'occurrence l'emploi du requérant soit unique à l'AN n'empêche pas que sa mise à la retraite permettra de le proposer à quelqu'un d'autre.

Mais sur celui de la proportionnalité de la mesure, au regard de l'âge fixé pour le départ à la retraite. Car, pour le reste, les éléments qui concourent à l'équilibre du dispositif sont tous présents : l'intéressé a bénéficié de la stabilité de son emploi jusqu'à un terme prévisible; il percevra un revenu compensant la perte de son emploi dont le caractère raisonnable ne fait aucun doute; il ne lui est par ailleurs pas interdit d'exercer d'autres activités lucratives qui ne sont pas soumises à limite d'âge. Enfin, comme l'a relevé la CAA, « (...) la mesure édictée par l'Assemblée Nationale est appropriée dès lors que les dispositions du 4 et du 5 du même article prévoient un dispositif permettant d'en atténuer les effets en faveur des agents parents d'au moins trois enfants à l'âge de cinquante ans et les agents recrutés après l'âge de quarante cinq ans ne remplissant pas les conditions pour obtenir une pension, qui peuvent bénéficier d'un report de l'âge de départ à la retraite d'une à trois années selon le cas ».

Le seul point qui pourrait faire douter du caractère approprié et nécessaire de la mesure est la fixation de la limite d'âge à 62 ans car certains fonctionnaires de l'AN, les directeurs et conseillers, peuvent partir trois ans plus tard.

Mais, d'une part, cet âge correspond au droit commun des fonctionnaires de l'AN. Le requérant ne subit donc pas un régime dérogatoire défavorable dont la justification aurait alors du, nous semble t-il, être examinée avec plus de rigueur.

D'autre part, cette limite n'est pas manifestement excessive. Elle était, à la date de la décision contestée, dans la moyenne de la fonction publique. Nous n'avons trouvé aucune trace dans la jurisprudence de la CJUE d'une exigence de justification précise du choix de l'âge de départ à la retraite. Une telle exigence ne serait d'ailleurs pas compatible avec la marge de manoeuvre qu'elle reconnaît aux Etats pour définir les objectifs et les modalités de leurs politiques de l'emploi. Il nous semble donc que seules des limites excessivement basses devraient être censurées et qu'il ne vous appartient pas de contrôler le choix de l'autorité compétente de fixer à 62, 65 ou 67 ans l'âge limite applicable à une catégorie raisonnablement déterminée de travailleurs.

Ajoutons pour conclure que la circonstance que le bureau de l'AN ait entrepris, postérieurement à la décision d'admission à la retraite du requérant, d'augmenter progressivement l'âge de départ à la retraite de l'ensemble des fonctionnaires de l'Assemblée - à 65 ans à compter du 1^{er} janvier 2013 puis de 65 à 67 ans selon l'année de naissance - est sans incidence sur l'appréciation de la compatibilité avec la directive de la mesure antérieure à ces évolutions (voyez en ce sens l'arrêt *Fuchs*, précité).

Si vous partagez cette analyse, vous jugerez que la cour a pu, sans erreur de droit, estimer que les dispositions de l'article 53 du règlement intérieur de l'AN étaient compatibles avec les objectifs de la directive du 27 mai 2008.

EPCMNC : Rejet du pourvoi. Dans les circonstances de l'espèce, vous pourrez également rejeter les conclusions de l'AN au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.