

ERA-conférence Les directives anti-discrimination 2000/43 et 2000/78 en pratique 8-9 décembre 2008 à Trèves

L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge

Dr. Susanne Burri, Faculté de droit, Université d'Utrecht, Pays-Bas
Coordinatrice du réseau européen d'experts juridiques en matière d'égalité des genres de la Commission Européenne
Achter Sint Pieter 200
NL-3512 HT Utrecht
Tel. +31 (0) 30 253 79 65
E-mail : S.Burri@law.uu.nl

Introduction

La directive cadre 2000/78 interdit les discriminations fondées sur l'âge. La plupart des dispositions de cette directive s'appliquent aussi aux discriminations liées à l'âge. C'est le cas par exemple pour les définitions d'une discrimination directe ou indirecte, du harcèlement, de l'incitation à discriminer. Les actions positives sont aussi permises dans ce domaine. Le champ d'application est le même que pour les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, l'handicap et l'orientation sexuelle. Il est pourtant plus restreint que celui de l'interdiction de discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique (Directive 2000/43) et le sexe (Directive 2004/113). Toutefois, une proposition de la Commission européenne vise à étendre le champ d'application de la directive cadre dans plus de domaines, comme l'accès et la vente de biens et de services, les avantages sociaux etc. (COM 2008, 426). Le champ d'application serait le même que celui de la Directive 2000/43 sur la race et l'origine ethnique. Il n'est pas encore du tout certain que cette nouvelle directive va être adoptée, mais si elle l'était, elle s'appliquerait aussi aux discriminations fondées sur l'âge.

Une discrimination fondée sur l'âge peut former une discrimination directe ou indirecte. Quelques exemples de critères pouvant former une éventuelle discrimination en raison de l'âge illustrent ceci :

- Une référence à un certain âge (par exemple 65 ans ou plus ou une certaine catégorie d'âge, entre 35 et 45 ans)
- un certain groupe (jeune, adulte ou personnes âgées)
- une caractéristique biologique (femmes en années de transition) ou
- certains critères ou termes suggérant une relation avec un certain groupe (dynamique, très expérimenté).

L'égalité de traitement par rapport à l'âge en droit communautaire ne semble donc pas différer au premier abord fondamentalement des autres motifs de discriminations qui font l'objet de la directive cadre. Et pourtant, il existe d'importantes différences.

Une discrimination en raison de l'âge est difficile à conceptualiser et à appliquer pour différentes raisons. D'abord, la notion d'âge n'est pas définie dans la directive cadre. On admet généralement qu'elle se réfère à l'âge chronologique. Ceci n'exclut pas que l'âge perçu soit également inclus dans la notion d'âge.

Secondement, certaines différences entre groupes sont justifiées si elles permettent par exemple d'atteindre des objectifs légitimes dans la politique de l'emploi. En particulier, des politiques qui visent à favoriser l'insertion des jeunes dans le marché du travail ou à éviter une retraite involontaire anticipée seront souvent justifiées, mais

pas toujours cela dépend aussi du contexte. Si ces politiques désavantagent un certain groupe de personnes en raison de leur âge, une telle politique peut être injustifiée et donc interdite. Je pense par exemple aux dispositions qui ont fait l'objet de l'arrêt *Mangold* (C-144/04) dont nous reparlerons. Je pense également aux projets en France pour le Contrat Première Embauche, le CPE. Ce contrat aurait réduit la protection contre le licenciement des jeunes de moins de 26 ans pendant les deux premières années. Le projet n'a finalement pas été retenu et n'a pas fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). Mais vu l'arrêt *Mangold* il est loin d'être certain que le CPE eut été conforme à la Directive cadre.

Troisièmement, la discrimination fondée sur l'âge diffère d'autres formes de discriminations, comme celles fondées sur la race ou sur le sexe. La race ou le sexe formant des caractéristiques inhérentes et (généralement) inchangeables d'une personne, une telle discrimination porte préjudice à un groupe de personnes défini. Ces critères sont suspects au premier abord et on les trouve dans pour ainsi dire toutes les conventions internationales et européennes et les constitutions nationales. Le concept d'égalité de traitement fondé sur l'âge n'en fait souvent pas partie de façon explicite. Certaines distinctions par rapport à l'âge ne sont pas suspectes, par exemple un âge minimum requis pour avoir l'autorisation de conduire. De plus, l'âge varie au cours d'une vie et une personne peut donc être sujette à une discrimination fondée sur l'âge à un certain moment de sa vie, mais pas à d'autres.

« Chaque personne jeune peut devenir une personne âgée ». Ainsi l'Avocat Général Sharpston a par exemple conclu que la discrimination fondée sur l'âge devrait, de par sa nature et de par son histoire, être jugée de façon moins stricte que la discrimination de discrimination liée au sexe (arrêt C-227/04P, *Lindorfer*). Vu que la Directive cadre permet aussi de justifier les discriminations directes liées à l'âge en invoquant toutes sortes d'arguments, il semblerait que le législateur communautaire a également embrassé cette conception.

Finalement, un certain âge est relatif. Une personne de 40 ans est jeune par rapport à une personne de 80 ans, mais âgée en comparaison d'un enfant de dix ans. Il n'est pas donc toujours facile d'identifier une discrimination fondée sur l'âge, différents groupes pouvant souffrir d'une telle discrimination suivant divers critères. De plus, le groupe atteint n'est pas toujours clairement défini. Ceci pose le problème de la comparaison : quelles sont les personnes ou les groupes à comparer ?

Droit communautaire et international

L'interdiction de la discrimination en raison de l'âge est interdite par le droit communautaire depuis l'entrée en vigueur de la directive cadre sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) le 2 décembre 2000. Les Etats Membres avaient une période de trois ans pour transposer la directive, donc jusqu'au 2 décembre 2003. Toutefois les États membres disposent d'un délai supplémentaire de trois ans pour transposer les dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge (et le handicap). Dans le préambule de la directive 2004/38 /CE relative à la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles on trouve également une référence à l'interdiction de discriminer en raison (entre autres) de l'âge. De plus, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (jusqu'à maintenant droit mou) mentionne l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge et la reconnaissance de droits des personnes âgées (voir notamment les articles 21 et 25). Elle souligne non seulement l'importance de lutter contre les discriminations sous toutes ces formes, mais également la nécessité

de prendre des mesures appropriées en faveur de l'intégration sociale et économiques des personnes âgées et des personnes handicapées.

Au niveau du droit international, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques mérite d'être mentionné, en particulier l'article 26, qui n'interdit pas explicitement la discrimination fondée sur l'âge, mais contient une liste non restrictive de discriminations interdites. Cet article a été invoqué plusieurs fois devant le juge aux Pays-Bas pour contester une discrimination fondée sur l'âge depuis les années soixante du siècle passé, ainsi que l'article 1 de la Constitution néerlandaise.

La directive cadre sur l'égalité de traitement

La directive cadre 2000/78/CE oblige les États membres à adopter les dispositions nécessaires pour que le droit national soit conforme à la directive.¹ La directive définit entre autres le concept de discrimination, le champ d'application, les exceptions justifiant une différence de traitement fondée sur un des motifs visés par la directive, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions et les sanctions. La plupart des dispositions générales sont exactement les mêmes pour les différentes discriminations interdites par la directive (discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle).

L'interdiction de discriminer par rapport à l'âge s'applique au secteur public et au secteur privé, y compris les organismes publics. La directive couvre principalement l'accès à l'emploi et la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail (y compris les conditions de licenciement et la rémunération) et l'affiliation à une organisation de travailleurs ou d'employeurs (article 3). Explicitement exclus du champ d'application de la directive sont les différences de traitement fondées sur la nationalité (article 3, paragraphe 2). La directive ne s'applique pas aux régimes publics de sécurité sociale et la protection sociale (article 3, paragraphe 3), ni aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale dans le sens d'une rémunération (préambule, paragraphe 13). Exclues sont également les dispositions nationales fixant l'âge de la retraite (préambule, paragraphe 14). Les États membres peuvent de plus choisir de ne pas appliquer les dispositions de la directive relatives à l'âge (et au handicap) aux forces armées (préambule et article 3). De plus, la directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale ayant trait à la sécurité publique et la défense de l'ordre public (article 2).

Une différence de traitement fondée sur (entre autres) l'âge n'est pas interdite si elle est justifiée par des exigences professionnelles (article 4). Les États membres ont aussi la possibilité de maintenir ou d'adopter des mesures destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à (entre autres) l'âge, donc de mener un politique d'action positive (article 7).

La définition du principe de l'égalité de traitement de la directive cadre fait une distinction entre une discrimination directe, une discrimination indirecte, le

¹ Pour plus d'informations voir par exemple: C. O'Conneide, *Age discrimination*, Luxembourg: Commission européenne, avril 2005; Commission européenne, *Égalité et non-discrimination. Rapport annuel 2005*, Luxembourg: Commission européenne, avril 2005; Commission européenne, *Critical review of academic literature relating to the EU directives to combat discrimination*, Luxembourg: Commission européenne, juillet 2004 et la littérature mentionnée dans ces rapports.

harcèlement et l'incitation à discriminer (article 2). Ces définitions s'appliquent aussi à la discrimination fondée sur l'âge. Mais la distinction entre une discrimination directe et une discrimination indirecte en raison de l'âge n'a pas de conséquence pour les possibilités de justifier une différence de traitement, car les possibilités de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge reflètent un système « ouvert » de justifications. Contrairement à l'interdiction de la discrimination fondée par exemple sur la race (voir en particulier la directive 2000/43/CE) ou le sexe (voir entre autres les directives 76/207/CEE et 2002/73/CE), une différence de traitement fondée directement sur l'âge n'est pas interdite si elle peut être objectivement et raisonnablement justifiée. Elle doit être justifiée par un objet légitime, notamment par des objectifs légitimes de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle et les moyens de réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires (article 6). Ce test reflète celui développé par la Cour de Justice des Communautés européennes dans le cadre du concept de discrimination indirecte fondée sur le sexe.²

La directive mentionne de plus quelques possibles exceptions spécifiques justifiant des différences fondées sur l'âge dans le cadre de l'accès à l'emploi ou la formation professionnelle, des conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi pour certains groupes. Elle permet aussi des fixation d'âge d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraites et d'invalidité (article 6).

La directive cadre ne contient que des prescriptions minimales et interdit l'abaissement du niveau de protection contre la discrimination (article 8). Les dispositions générales de la directive concernant la défense des droits (article 9), la charge de la preuve (article 10), la protection contre les rétorsions (article 11), la diffusion de l'information (article 12), le dialogue social et le dialogue avec les organisations gouvernementales (articles 13 et 14) doivent être également mises en œuvre. Ceci concerne également les mesures que doivent prendre les États membres et les sanctions (articles 16, 17 et 18).

La jurisprudence de la CJCE

Le premier arrêt de la CJCE, l'arrêt *Mangold*, (C-144/04) a provoqué de nombreuses réactions. Quels étaient les faits en brefs ? Monsieur Mangold, âgé de 56 ans, a conclu un contrat à durée déterminée de huit mois (du 1^{er} juillet 2003 au 28 février 2004) avec Monsieur Helm. La durée du contrat est fondée sur les dispositions légales allemandes visant à faciliter la conclusion de contrats de travail cdd avec des travailleurs âgés. La législation stipule que « la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée n'est pas subordonnée à l'existence d'une raison objective lorsque le travailleur a atteint l'âge de 58 ans au moment où la relation de travail à durée déterminée a commencé. » Fin 2002, l'âge de 58 ans a été baissé par le législateur allemand à 52 ans jusqu'au 31 décembre 2006. On se rappelle que la directive 2000/78 devait être transposée avant le 2 décembre 2003, mais l'Allemagne a bénéficié d'une prolongation de trois ans.

Différentes questions ont été abordées dans ce jugement, mais quant à la discrimination fondée sur l'âge, les considérations de la CJCE les plus intéressantes sont les suivantes :

² Voir plus spécialement l'arrêt *Bilka*, affaire 170/84.

... « l'application d'une législation nationale telle que celle en cause... aboutit à une situation dans laquelle tous les travailleurs ayant atteint l'âge de 52 ans, sans distinction, qu'ils aient ou non été en situation de chômage avant la conclusion du contrat et quelle qu'ait été la durée de la période de chômage éventuel, peuvent valablement, jusqu'à l'âge auquel ils pourront faire valoir leur droit à une pension de retraite, se voir proposer des contrats de durée déterminée, susceptibles d'être reconduits un nombre infini de fois. Cette catégorie importante de travailleurs, déterminée uniquement en fonction de l'âge, risque ainsi, durant une partie substantielle de la carrière professionnelle de ces derniers, d'être exclue du bénéfice de la stabilité de l'emploi, laquelle constitue pourtant, ainsi qu'il ressort de l'accord cadre, un élément majeur de la protection des travailleurs » (paragraphe 64). L'accord cadre dont il s'agit ici, concerne le travail à durée déterminée (directive 1999/70).

Il est clair que pour la CJCE, certains éléments jouent un rôle décisif :

- Le fait que ce groupe soit désavantagé et bénéficie de moins de protection de l'emploi
- le seul critère appliqué est l'âge
- les objectifs de la directive sur les contrats à durée déterminée qui vise entre autres à limiter le nombre de cdd successifs
- un exemple de ce que les Américains appellent « overinclusion », la législation s'applique à un groupe bien plus important que le groupe qui risque le chômage.

La CJCE applique un test strict :

« Une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un tel contrat à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seul âge, en tant que tel, indépendamment de toute considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés en chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché (... arrêt *Lommers*, C-476/99...). Une telle législation ne saurait donc être justifiée au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78. » (paragraphe 65).

La référence à l'arrêt *Lommers*, qui concerne des actions positives en faveur des femmes, semble indiquer que la CJCE est prête à appliquer la jurisprudence développée dans le domaine du genre par rapport aux discriminations fondées sur l'âge.

Quant au fait que le délai de transposition de la directive 2000/78 n'était pas encore expiré, la CJCE considère entre autre que ceci n'est pas décisif pour diverses raisons. Elle affirme entre autres que « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ... être considéré comme un principe général du droit communautaire », (paragraphe 75). Selon la CJCE un tel principe trouve sa source dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (paragraphe 74).

Cette dernière approche a été critiquée, mais s'explique à mon avis par le contexte particulier de cet arrêt. Dans les deux arrêts qui ont suivis, on ne retrouve pas une telle considération.

Un arrêt récent, l'arrêt *Bartsch* (C-427/06) retient précisément la question de savoir si une discrimination fondée sur l'âge est interdite par le droit communautaire lorsqu'il n'y a pas de lien avec le droit communautaire. L'arrêt concerne le refus d'allouer une pension de survivants lorsque le conjoint survivant est plus jeune de plus de quinze ans que le travailleur défunt. La question de savoir si cette discrimination serait éventuellement une discrimination indirecte fondée sur le sexe n'a pas été abordée par la CJCE. Selon la Cour, la directive cadre n'est pas applicable aux faits, car les lignes directrices ne constituent pas une mise en œuvre de la directive et le décès de Monsieur Bartsch est antérieur à l'expiration du délai de transposition. La CJCE considère que l'article 13 CE, en tant que tel, ne permet pas de placer dans le champ d'application du droit communautaire une telle situation avant l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78 (paragraphe 18). Cette situation diffère selon la Cour de celle de l'arrêt *Mangold*, car dans ce dernier arrêt, il y avait un lien avec le droit communautaire, car la réglementation nationale en cause constituait une mise en œuvre de la directive cadre sur les contrats à durée déterminée (directive 1999/70). La CJCE conclut dans le dictum : « Le droit communautaire ne contient pas une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge dont les juridictions des Etats membres doivent garantir l'application lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire. » Un tel lien n'est dans ce cas créé ni par l'article 13 CE, ni par la directive cadre avant l'expiration du délai de transposition. Il semble donc que le contexte qui a donné lieu à l'arrêt *Mangold* soit spécifique et que la CJCE ne serait pas prête à continuer d'appliquer largement le principe de non-discrimination en fonction de l'âge comme un principe général du droit communautaire.

Dans l'arrêt *Palacios de la Villa* (C-411/05), la CJCE a clarifié le champ d'application de la directive 2000/78 par rapport à la cessation du contrat de travail permise par une convention collective fixant l'âge de la retraite à 65 ans, sauf si le travailleur concerné n'a pas accompli la période de carence pour bénéficier d'une pension de retraite. La CJCE considère qu'une telle réglementation concerne une condition de travail à laquelle la directive s'applique. La CJCE stipule que le considérant 14 du préambule se borne à préciser que la directive n'affecte pas la compétence des Etats membres pour déterminer les âges d'admission à la retraite. Selon la Cour, la directive s'applique à des mesures nationales régissant les conditions de cessation d'un contrat de travail lorsque l'âge de la retraite, ainsi fixé, (dans le cas présent 65 ans) est atteint (paragraphe 44). La CJCE considère que la réglementation en cause constitue un traitement moins favorable aux travailleurs ayant atteint 65 ans par rapport à l'ensemble des autres personnes en activité (paragraphe 51). Mais d'après la Cour cette différence de traitement est objectivement justifiée conformément à l'article 6, paragraphe 1 de la directive, notamment par la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations, ce qui constitue un objectif légitime. Quant aux moyens, qui doivent être appropriés et nécessaires, la Cour considère que les partenaires sociaux au niveau national disposent d'une large marge d'appréciation dans le cadre d'une politique sociale et de l'emploi. La mesure prise ici n'apparaît pas déraisonnable, en particulier vu que la réglementation prend en considération une compensation financière dans la forme d'une pension. Les moyens mis en œuvre n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires pour réaliser cet objectif d'intérêt général.

Il est clair que dans ce cas, le test appliqué est bien moins strict que par exemple dans l'arrêt *Mangold*. Une question semblable à celle de l'arrêt *Palacios de la Villa* est

l'objet de l'affaire ITNCA (Age Concern England, C-388/07), qui n'a pas encore été décidée par la CJCE. Une autre question préjudicielle concerne des délais de préavis différents suivant les périodes d'emploi effectuées avant l'âge de 25 ans ou après (*Swedex*, C-555/07). On peut s'attendre à beaucoup de questions préjudicielles sur les discriminations fondées sur l'âge ces prochaines années.

La transposition de la directive cadre aux Pays-Bas en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge

La plupart des États membres n'ont adopté une législation spécifique interdisant la discrimination fondée sur l'âge que récemment. Ce fut aussi le cas des Pays-Bas. Une loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004. Cette loi a pour but de transposer les dispositions de la directive 2000/78/CE relatives à l'interdiction fondée sur l'âge.

Son champ d'application se limite encore comme la directive à l'emploi, le travail et la formation professionnelle. Le gouvernement néerlandais n'a pas jugé opportun d'élargir le champ d'application aux biens et aux services, à l'enseignement et à l'habitat, comme le désirait la deuxième chambre du parlement. Les raisons principales invoquées furent la complexité du sujet et le désir d'avoir plus de clarté sur les effets pratiques de la loi sur le terrain du travail.

Des différences de traitement fondées sur l'âge sont fréquentes dans la législation et la réglementation néerlandaise, ainsi que dans de conventions collectives et des régulations concernant les retraites, les pensions etc. Souvent, de telles différences ont pour but de protéger certains groupes d'âge ou de leur offrir plus de possibilités pour entrer ou rester dans le marché du travail.

Pendant longtemps, une différence de traitement fondée sur l'âge paraissait évidente et jouissait d'une acceptation générale. Ces dernières années, des différences de traitement fondées sur l'âge font le sujet de plus de débats et des stéréotypes concernant certains groupes sont remis en question. Ainsi par exemple, il n'est pas évident que certaines fonctions ne peuvent plus être remplies après un certain âge et ces questions ont fait l'objet de procédures juridiques.

La loi néerlandaise transpose relativement fidèlement les dispositions de la directive, bien que certaines différences valent la peine d'être mentionnées. Ainsi le texte néerlandais interdit une « différence » fondée sur l'âge, sans que le terme « discrimination » soit utilisé. Une différence fondée sur l'âge peut être directe ou indirecte. Un clair exemple différence indirecte est le critère se rapportant à l'ancienneté pour accorder certains droits à des salariés, un critère souvent appliqué aux Pays-Bas et qui généralement favorise les salariés plus âgés. Souvent, la rémunération d'un salarié augmente périodiquement en rapport avec ses années d'expérience.

La loi interdit non seulement une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'âge, mais également l'incitation à discriminer et le harcèlement, comme la directive. Ainsi par exemple, un employeur discriminerait s'il exige d'une agence de travail temporaire de ne sélectionner que des personnes de moins de 30 ans pour une certaine fonction, sans que ce critère ne soit objectivement justifié. Si l'agence de travail temporaire refuse d'accéder à cette demande et subit des dommages, l'employeur est civilement responsable. Le harcèlement fondé sur l'âge est défini presque de la même façon que dans la directive et ne peut pas être justifié.

La loi néerlandaise offre la possibilité de justifier une différence fondée sur l'âge dans les politiques d'emploi concernant certains groupes pour faciliter leur participation au marché du travail, si elle repose sur une disposition légale. Par exemple, le droit néerlandais connaît des dispositions spécifiques concernant les jeunes salariés de moins de 23 ans.

Selon la loi néerlandaise interdisant la discrimination fondée sur l'âge, un licenciement à l'âge de la retraite (65 ans) est également justifié. Les personnes qui séjournent aux Pays-Bas ont droit à une allocation vieillesse à partir de cette âge.

La loi néerlandaise offre aussi la possibilité de justifier la différence de traitement fondée sur l'âge ayant rapport aux prestations de retraites et d'invalidité.

Comme la directive, la loi néerlandaise prévoit une possibilité de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge si elle est objectivement et raisonnablement justifiée en accord avec les critères mentionnés dans la directive (article 6).

La loi néerlandaise ne contient pas de disposition relative à l'action positive.

Le gouvernement a fait une liste des différences fondées sur l'âge dans la législation et des réglementations, une obligation qui découle de l'article 16 de la directive.

D'après le gouvernement néerlandais ces différences fondées sur l'âge sont objectivement justifiées. Il faut toutefois constater que le gouvernement a principalement jugé que les objectifs poursuivis sont légitimes, et a peu discuté la question de savoir si les moyens pour atteindre ces objectifs sont appropriés et nécessaires (principe de proportionnalité), comme le requiert la directive (article 6). Il reste donc à voir si dans le futur toutes ces différences fondées sur l'âge dans la législation et la réglementation néerlandaise sont en conformité avec les dispositions de la directive 2000/78/CE concernant les discriminations fondées sur l'âge.

Jurisprudence

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi le 1^{er} mai 2004, la Commission d'égalité de traitement, - un organisme spécialisé chargé de la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement qui a la compétence (entre autres) de donner des opinions sur l'application de ce principe-, a publié de nombreuses opinions concernant une différence fondée sur l'âge. Il est évident que le nombre de salariés et d'employeurs qui demandent une opinion sur l'application de la loi interdisant les différences fondées sur l'âge a augmenté de façon spectaculaire. Souvent, la Commission conclut qu'une discrimination interdite par la loi a eu lieu. Certaines opinions ont attiré l'attention des médias nationaux et ont formé le sujet de nombreux débats.

Depuis le 1^{er} mai 2004, plusieurs juges néerlandais ont appliqué la loi sur l'égalité de traitement en raison de l'âge.

Voici quelques exemples de cas qui selon la Commission d'égalité de traitement a jugé contraire à la loi, en appliquant le test développé par la Cour de Justice et qui est inclus dans l'article 6 de la directive.

Une différence de traitement fondée sur l'âge doit être justifiée par un objet légitime, notamment par des objectifs légitimes de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle et les moyens de réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires.

Dans le cadre de l'accès à l'emploi ou à la formation:

- Annonce avec offre d'emploi contenant une limite d'âge non motivée
- Refus d'offrir une formation professionnelle à une personne au chômage de 58 ans
- Refus d'offrir un contrat de travail à durée indéterminée après 3 contrats à durée déterminée uniquement en raison de l'âge. Dans ce cas il s'agissait d'une jeune femme travaillant dans un supermarché pour quelques heures par semaine.

Conditions d'emploi:

- Jours de congé supplémentaires pour salariés ayant travaillé plus de 10, 15 ou 20 pour l'entreprise
- Possibilité de réduire la durée du travail offerte seulement aux salariés de plus de 60 ans

Pensions: différences souvent injustifiées

Plusieurs jugements néerlandais par la Cour Suprême concernent une différence de traitement fondée sur l'âge avant l'entrée en vigueur de la loi transposant la directive. La Cour Suprême conclut souvent que la différence de traitement fondée sur l'âge est objectivement justifiée. Le test appliqué est moins strict que le test décrit dans l'article 6 de la directive cadre.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge, les juges néerlandais doivent appliquer un test plus strict. Des différences de traitement fondées sur l'âge sont plus souvent considérées comme étant injustifiées.

Exemples de différences non-justifiées selon des juges

- Licenciement à l'âge de 62 ans (possibilité de pré-retraite)
- Compensation différente pour salariés âgés de 57,5 ans et plus dans un plan social (réorganisation) qui désavantage certains salariés appartenant à ce groupe.

Quelques conclusions

Les différences de traitement fondées sur l'âge sont multiples et deviennent de plus en plus évidentes et sujettes à discussion. Ceci ne concerne pas seulement des différences de traitement directes, lorsque mention est faite d'un certain âge ou une certaine catégorie d'âge, mais également les différences indirectes, comme le critère d'ancienneté. Le droit communautaire oblige les États membres, les partenaires sociaux, les employeurs et tous ceux qui déterminent les conditions d'emploi et de travail à réviser les différences basées sur l'âge. Il s'agit de combattre les stéréotypes par rapport à différents groupes d'âge. Le test qui doit être appliqué selon l'article 6 de la directive 2000/78/CE est un test strict. Il importe donc que les raisons poussant à différentier en raison de l'âge soient claires et explicites.

Dans la littérature, le problème de multiples discriminations a été signalé. Par exemple, une limite d'âge de 30 ans pour pouvoir remplir un certain emploi, peut former une discrimination directe fondée sur l'âge, mais également une discrimination indirecte fondée sur le sexe si cette disposition porte par exemple préjudice à de jeunes femmes qui pour cause de responsabilités familiales quittent le marché du travail temporairement. Un tel critère peut aussi porter préjudice à des personnes

handicapées, si leur formation demande plus de temps et si de ce fait, elles entrent plus tard dans le marché du travail. Il est aussi question de discrimination multiple, lorsque par exemple les femmes âgées sont discriminées. Jusqu'à maintenant, il ne semblerait pas que de tels problèmes soient adressés clairement dans les opinions de la Commission d'égalité de traitement ou les jugements des juges néerlandais.

Il reste à voir dans quel sens la jurisprudence sur la discrimination fondée sur l'âge se développera. Il est encore bien trop tôt pour tirer des conclusions, même au niveau national. Il faudra également attendre les questions préjudicielles des juges nationaux et la jurisprudence de la Cour de Justice pour plus de clarté sur l'interprétation des dispositions communautaires.

Mais plusieurs questions se posent déjà. Comment établir la disparité de traitement lorsque le groupe désavantagé n'est pas clairement défini ? Quel est le groupe servant de référence ? Quels sont les objectifs qui peuvent être considérés comme légitimes autres que ceux mentionnés dans la directive ? Comment appliquer le test, en particulier le principe de proportionnalité en pratique ? Quel traitement appliquer si une disposition ou une pratique est contraire au droit communautaire ? Comment interpréter les clauses de non-régression ?

On peut donc s'attendre à encore beaucoup de questions sur la discrimination fondée sur l'âge.