

**Séminaire sur les directives cadre contre la discrimination
fondée sur la race et à l'emploi**

Académie de droit européen de Trèves, octobre 2004

La discrimination à l'emploi fondée sur l'âge: questions pratiques

**Madeleine Reid,
Directrice du service juridique, Equality Tribunal, Irlande**

Introduction

On m'a demandé de parler au séminaire d'aujourd'hui de l'expérience de l'Irlande dans le domaine du droit de la discrimination fondée sur l'âge ainsi que des leçons à tirer au niveau d'autres juridictions mettant en œuvre la directive cadre.¹

L'Irlande dispose d'une législation détaillée contre la discrimination à l'emploi fondée sur l'âge, en vigueur depuis 1999 (Employment Equality Act de 1998²). Même si cette loi est plus ancienne que la directive cadre, cette dernière était déjà, à bien des égards, très proche de ce que la directive cadre allait exiger plus tard. Quelques exemples:

- L'emploi était défini en termes assez larges.
- Dans les grandes lignes, les concepts de base de la discrimination directe ou indirecte, du harcèlement et des rétorsions étaient très similaires à ceux retenus dans la directive cadre.
- La discrimination fondée sur l'âge était interdite tant envers les personnes âgées qu'à l'égard des personnes plus jeunes.
- Un «tribunal d'égalité» (Equality Tribunal) a été établi pour trancher dans des affaires relatives à l'égalité et rendre des décisions juridiquement valides. Ces décisions pouvaient accorder une indemnisation et prévoir une large gamme d'ordres prescrivant l'égalité de traitement dans la pratique.³

La législation irlandaise a été amendée à partir de juillet 2004 pour l'adapter de façon encore plus complète aux exigences de la directive. (Les modifications réalisées sont esquissées ci-dessous dans le présent article.)

La discrimination fondée sur l'âge constitue un domaine juridique nouveau et relativement difficile, comme il résulte du fait que six Etats membres⁴ se servent de l'option d'années supplémentaires avant la transposition dans la législation nationale. L'exemple le plus évident d'une législation déjà ancienne en matière de non-discrimination, celle des Etats-Unis, diffère à plusieurs égards majeurs du modèle de la directive cadre et ne paraît donc pas vraiment utile

¹ 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 [sans distinction de religion, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle] («la directive cadre»).

² L'Employment Equality Act protégé contre la discrimination à l'emploi pour un des neuf motifs suivants: sexe, race et nationalité, religion ou convictions, âge, handicap, orientation sexuelle, état civil, situation de famille ou appartenance à la communauté des nomades (travellers).

³ Il y a aussi l'Equal Status Act de 2000, qui interdit la discrimination lors de la fourniture de marchandises ou de services sur la base d'un de neuf motifs, dont l'âge.

⁴ Belgique, Royaume-Uni, Allemagne, Pays-Bas, Suède et Danemark (information de presse de la Commission européenne sur la mise en œuvre de l'article 13 des directives, Bruxelles, 19 juillet 2004.)

pour essayer d'appliquer la législation contre la discrimination fondée sur l'âge dans un contexte européen.

Etant donné que le modèle irlandais est tellement similaire à la directive cadre et fonctionne déjà depuis cinq ans, il donne peut-être une idée plus révélatrice des questions de discrimination fondée sur l'âge qui peuvent se poser et de ce que le concept de la discrimination fondée sur l'âge contenu dans la directive cadre peut signifier dans la pratique.

Dans cet article, j'analyserai ce que la directive cadre elle-même dit sur la discrimination fondée sur l'âge et esquisser en toute brièveté les principales similarités et différences par rapport à la législation irlandaise. Le plus souvent, je me prononcerai sur les affaires juridiques introduites jusqu'ici en Irlande dans le domaine de la discrimination en matière d'emploi et sur la manière dont des concepts très similaires à ceux contenus dans la directive ont été appliqués dans la pratique.

Je parlerai essentiellement des décisions⁵ prononcées par deux tribunaux spécialisés, qui s'occupent en Irlande des affaires d'égalité de traitement en matière d'emploi. Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de décisions pertinentes des juridictions supérieures⁶. Etant donné que l'Irlande applique le «common law», les juristes irlandais attribuent une grande importance aux décisions des cours et tribunaux en tant que méthode servant à compléter, à expliquer et à développer les dispositions définies dans la législation. Les deux tribunaux spécialisés sont l'Equality Tribunal⁷, qui décide en première instance dans les affaires concernant l'égalité en matière d'emploi et prononce des décisions juridiquement valides, et la Labour Court⁸, qui se penche sur les appels relatifs aux décisions de l'Equality Tribunal. (Des appels aux juridictions supérieures et à la Cour suprême sur des questions du droit de l'égalité de traitement sont possibles, mais relativement rares.)

I. La directive cadre et la discrimination fondée sur l'âge

I.1 Dispositions et concepts généraux

La directive cadre crée, comme son surnom l'indique, un cadre général étendu pour l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de travail fondée sur un des quatre

⁵ Les décisions de l'Equality Tribunal (comportant toutes, dans cet article, la référence DEC) sont publiées sur son site web www.equalitytribunal.ie. Les décisions de la Labour Court sont publiées sur son site web www.labourcourt.ie. Pour un aperçu des décisions les plus récentes voir Equality Tribunal, *Legal Review 2003* et Labour Court, *Annual Report 2003*, disponibles sur le site web respectif.

⁶ Avec la seule exception de l'arrêt de la Cour suprême sur la constitutionnalité de l'Employment Equality Act, *In the matter of Article 26 of the Constitution and the Employment Equality Bill 1996*, 1997 ELR 132. Cet arrêt a examiné la question de savoir si les garanties constitutionnelles irlandaises en matière d'égalité permettent de prévoir, dans l'Employment Equality Act de 1998, des exceptions par rapport à la protection légale contre la discrimination fondée sur l'âge et est arrivé à la conclusion qu'elles le font.

⁷ L'Equality Tribunal était connu avant comme ODEI, c'est-à-dire Office of the Director of Equality Investigations. Une audience devant cette juridiction se déroule normalement devant un seul Equality Officer. Les Equality Officers ne sont pas forcément des juristes de formation (afin de permettre au grand public d'y avoir également accès), mais des fonctionnaires absolument indépendants et spécialisés sur ces questions.

⁸ Malgré son nom, la Labour Court n'est pas une juridiction. Comme l'Equality Tribunal, c'est un tribunal spécialisé quasi-judiciaire. Les affaires en matière d'égalité de traitement sont entendues par une instance de trois personnes composée d'un représentant des travailleurs, d'un représentant de l'employeur et d'un président. Cette institution jouit d'une réputation de longue date sur le plan des relations entre les patrons et les ouvriers et décide aussi sur des questions concernant toute une gamme d'autres législations.

motifs suivants: âge, handicap, religion ou orientation sexuelle. Elle prévoit qu'il «ne devra pas y avoir de discrimination quelconque, directe ou indirecte» fondée sur l'âge (le terme «âge» lui-même n'est pas défini). La directive interdit en outre le harcèlement fondé sur l'âge, qui est considéré comme une discrimination, ainsi que les rétorsions en rapport avec des plaintes faisant état d'une discrimination fondée sur l'âge. La directive doit être transposée par les Etats membres au plus tard le 2 décembre 2003, même si, conformément à l'article 18 de la directive, un Etat membre peut décider d'attendre trois ans de plus (jusqu'au 2 décembre 2006) avant de mettre en œuvre les dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge, «pour tenir compte de conditions particulières».

La directive définit l'emploi et le travail, à l'article 3, de façon très large, car elle y inclut l'accès à l'emploi, le recrutement, la promotion, tous les types et niveaux de formation professionnelle, les conditions de travail, la rémunération, le licenciement et l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute organisation professionnelle dont les membres exercent une profession donnée. Le préambule explique que la directive ne s'applique pas aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale, mais inclut les pensions professionnelles. L'article 7 permet des mesures d'action positive fondée sur l'âge.

Le préambule de la directive renvoie à l'accent placé dans les lignes directrices de l'UE pour l'emploi sur l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle ainsi qu'aux droits fondamentaux et à l'*acquis* en matière d'égalité de traitement des deux sexes. La protection contre la discrimination fondée sur l'âge est considérée comme «un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi.»⁹

La directive définit comme suit la discrimination directe et indirecte fondée sur l'âge:

Article 2.1.2(a):

«Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée d'une 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 son âge].»

Article 2.1.2(b):

«Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes... d'un âge donné . par rapport à d'autres personnes, à moins que:

- (i) *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires...»*

La directive définit en outre le harcèlement fondé sur l'âge comme suit:

Article 2.3: *«Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié [au motif de l'âge] se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des Etats membres.»*

⁹ Considérants 8 et 25 du préambule.

Finalement, la directive prévoit une protection contre les rétorsions (le cas où une personne subit un mauvais traitement pour avoir formulé une plainte pour inégalité de traitement à l'emploi ou pour avoir essayé d'une autre manière de faire valoir ses droits résultant de la directive (article 11).

La directive explique aussi qu'elle définit des exigences minimales, ne permet aucune réduction de la protection existante de l'égalité de traitement (non-régression) et n'abaisse en aucun cas le niveau de protection des dispositions nationales plus favorables en matière d'égalité de traitement (article 8).¹⁰

1.2 Les exceptions à la directive

Il y a à présent une vaste gamme de différences de traitement dans le domaine de l'emploi au niveau de l'ensemble de l'UE. Quelques-unes d'entre elles, telle que la protection des jeunes travailleurs contre l'exploitation, ne donnent généralement pas lieu à controverse. D'autres, p.ex. les âges de la retraite obligatoire et de la retraite en général, soulèvent des problèmes considérables d'ordre financier et économique.

La directive cadre prévoit toute une série d'exclusions pertinentes, qui peuvent être subdivisées en trois types. Il y a ainsi quelques exclusions ***très générales*** qui s'appliquent à tous les quatre motifs. En outre, il y a des exclusions ***spécifiques par rapport au motif de l'âge***. Troisièmement, il y a également une option pour les Etats membres de permettre, sous certaines conditions, une ***justification de la discrimination directe fondée sur l'âge***. (C'est peu usuel et ne s'applique pas aux autres motifs protégés par la directive cadre.)

Exclusions générales pour tous les quatre motifs

- *Action positive* (article 7.1) (Le considérant 26 du préambule indique que cela inclurait des groupes de personnes se référant à chacun des quatre motifs protégés dont l'objectif principal a été la promotion de leurs besoins spécifiques)
- *Exigences professionnelles essentielles et déterminantes* (se présentent, à ce qu'il paraît, dans des circonstances très limitées, où l'objectif est légitime et l'exigence est proportionnée) (article 4.1, considérant 23)
- Mesures définies dans la loi, qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la *sécurité publique, à la défense de l'ordre, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui* (article 2.5)
- *Non compétent et disponible*: La directive «*n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée...*» (considérant 17)
- En particulier, *les forces armées, les services de police, pénitentiaires ou de secours* ne sont pas astreints d'embaucher ou de maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services (considérant 18)

Exclusions spécifiques pour le motif de l'âge

- La directive «ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant *les âges de la retraite*» (considérant 14)
- Les Etats membres peuvent prévoir que la directive ne s'applique pas à l'ensemble ou une partie de leurs *forces armées* pour ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge afin de sauvegarder le potentiel de ces forces (art. 3.4, considérant 19)
- Les Etats membres peuvent prévoir la fixation, pour les *régimes professionnels de sécurité sociale*, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou

¹⁰ Voir aussi le considérant 28.

d'invalidité (y compris la fixation 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 (art. 6.2).

Justification de la discrimination directe

L'article 6.1, qui traite spécifiquement la discrimination fondée sur l'âge, prévoit ce qui suit: «Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les Etats 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 leur emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;
- (c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période raisonnable avant la retraite.»

Il est peu usuel de permettre une justification pour la discrimination directe plutôt que la discrimination indirecte. C'était probablement nécessaire en raison de la vaste gamme de pratiques dans les différents Etats membres de l'UE qui se distinguent par rapport à la discrimination fondée sur l'âge et qu'il aurait été impossible de traiter en détail dans le cadre d'une mesure communautaire.

Conformément à l'approche cadre retenue pour la directive, cette disposition se concentre, par contre, sur la définition de paramètres pour assurer que les différences autorisées correspondent à l'objectif général de la directive. Cette dernière utilise des dispositions similaires à celles du droit communautaire actuel réglementant la discrimination indirecte. Au considérant 25, il est d'abord constaté que «L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis [pour les politiques des Etats membres en matière d'emploi] par les lignes directrices sur l'emploi», pour ajouter: «Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des Etats membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites.»

Dans la pratique, la signification entière de cet article devra être déterminée par la Cour de justice européenne. La jurisprudence de la Cour sur la légitimité des objectifs politiques des Etats membres en tant que justification pour une discrimination indirecte à l'emploi fondée sur le sexe fournit quelques indications sur son approche probable.¹¹

¹¹ Voir p.ex. *Kutz-Bauer v Freie und Hansestadt Hamburg*, arrêt du 20 mars 2003, C-187/00, et C-167/97 *Seymour-Smith et Perez*. Pour ces deux affaires, il faut noter que la Cour a, certes, fixé des critères pour évaluer si la politique du gouvernement est conforme au droit communautaire, mais a laissé la décision à l'appréciation de la juridiction nationale. *Kutz-Bauer* est d'un intérêt particulier, étant donné que cette affaire concerne des différences de traitement fondées tant sur l'âge que sur le sexe. La demanderesse avait contesté une convention collective de service public qui offrait du travail à

II. La législation irlandaise sur la discrimination fondée sur l'âge

Voici donc maintenant un bref aperçu de la législation irlandaise interdisant la discrimination fondée sur l'âge ainsi que des similitudes et des différences actuelles par rapport à la directive.

II.1 Dispositions et concepts généraux

L'Employment Equality Act de 1998 est entré en vigueur en Octobre 1999. Cette loi interdisait la discrimination fondée sur un de neuf motifs protégés (sexe, race, religion, âge, handicap, orientation sexuelle, appartenance à la communauté des nomades (*travellers*), statut familial ou situation de famille.) L'Equality Act de 2004 est entré en vigueur en juillet 2004. La loi comporte quelques changements pour ajuster la loi de 1998 aux exigences de la directive cadre.

La loi de 1998 avait défini «l'emploi» au sens large – comme dans la directive cadre. Il y avait deux exceptions: les pensions professionnelles, qui étaient expressément exclues¹², et le travail indépendant, qui était ajouté sur la base de l'Equality Act de 2004.

La loi de 1998 ne protégeait initialement que les personnes âgées entre 18 et 65 ans (65 ans étant l'âge de la retraite le plus courant en Irlande.) La loi de 2004 y a apporté des changements: Elle a supprimé complètement la limite supérieure, et la limite inférieure se trouve maintenant à 16 ans (l'âge jusqu'auquel tout le monde doit aller à l'école secondaire).

La loi de 1998 interdisait la discrimination directe ou indirecte dans toutes les phases d'emploi ou de formation professionnelle, de l'annonce de la position libre jusqu'au licenciement, y inclus les conditions de rémunération et de travail. De même, elle interdisait le harcèlement lié à l'âge et les rétorsions. D'une manière générale, ces concepts ont été définis de façon très similaire à celle des concepts contenus dans la directive cadre.

La loi de 1998 définissait la *discrimination directe* fondée sur l'âge – presque de la même façon que la directive cadre – comme une situation où une personne est traitée moins favorablement d'une autre l'a été, l'est ou le serait pour le motif qu'il sont d'un âge différent (articles 6.1, 28.1.e et 28.3.).

La définition originale de la *discrimination indirecte* (article 31) était un peu différente de celle donnée par la directive cadre, en permettant p.ex. une justification à un niveau inférieur selon la formule «raisonnable en fonction des circonstances du cas concret». La loi de 2004 y a substitué une définition presque identique à celle contenue dans la directive. Le *harcèlement* d'un employé lié à son âge, qu'il soit pratiqué par l'employeur, un employé ou une autre personne contactée au travail, était également interdit aux termes de la loi de 1998 (article 32). La définition originale a été modifiée dans la loi de 2004 en reprenant exactement la formulation retenue dans la directive, mais, pour l'essentiel, les concepts paraissent être les

temps partiel à des employés plus âgés jusqu'à l'âge de la retraite. Comme l'âge de la retraite était différent pour les hommes et les femmes, la demanderesse ne pouvait profiter de ce programme que jusqu'à l'âge de 60 ans, mais aurait pu continuer jusqu'à 65 ans si elle avait été un homme. Le défendeur a exposé ses raisons expliquant pourquoi le régime était justifié, étant donné qu'il visait à permettre aux salariés plus âgés une transition souple du travail à la retraite tout en libérant des emplois pour des travailleurs plus jeunes ainsi qu'à éviter un double emploi entre les pensions et les salaires.

¹² Les lois relatives aux retraites (Pensions Acts) ont été modifiées, en avril 2004, par une autre loi (le Social Welfare (Miscellaneous Provisions) Act 2004) afin d'offrir, sur le plan des pensions professionnelles, une protection contre la discrimination fondée sur l'âge ou à des facteurs similaires. Ces lois contiennent, cependant, quelques exceptions assez étendues par rapport à certaines différences fondées sur l'âge dans le domaine des retraites professionnelles et qui reflètent celles autorisées par la directive elle-même. Jusqu'à présent, aucune affaire concernant ce secteur n'a été décidée.

mêmes. Le droit irlandais comporte une jurisprudence assez évoluée sur le harcèlement comme discrimination, qui date d'il y a plus de trente ans. Lorsque, à quelque niveau que ce soit, un employé harcèle un autre, l'employeur est légalement responsable, à moins qu'il ne puisse démontrer d'avoir pris, dans les meilleurs délais et dès qu'il avait eu connaissance de ce comportement, des mesures actives pour prévenir une répétition du harcèlement.¹³

Il y a un droit légal à un *salaire égal* sans discrimination fondée sur l'âge (article 29), à l'exception des retraites professionnelles. Les dispositions comportent en outre une clause d'égalité donnant aux employés le droit d'être traités, au lieu de travail, de la même manière que d'autres employés d'un âge différent (article 30(1)).

II.2 Les exceptions prévues dans la législation irlandaise

La loi de 1998 prévoyait de nombreuses exceptions détaillées par rapport au principe général de l'interdiction, à l'emploi, d'une discrimination fondée sur l'âge. Les exclusions les plus importantes concernaient:

- différents âges de retraite obligatoires
- les personnes âgées de moins de 18 ans ou de 65 ans (âge normal de la retraite) et plus
- les personnes qui ne sont plus entièrement capables d'exercer les tâches liées à leur position
- des âges de recrutement maximum en rapport avec les besoins de formation à attendre ou la nécessité d'une période d'activité minimale avant d'atteindre l'âge de la retraite
- la présence de «preuves claires actuarielles ou autres» selon lesquelles les coûts seraient autrement significativement plus élevés
- les autorisations de conduire des avions, des trains ou des bateaux
- le personnel de défense, des centres de détention ou de sécurité
- les conditions de rémunération ou de travail liées à l'ancienneté de service

La loi de 2004 comporte des changements pour suivre de plus près les termes de la directive. Les exclusions principales sont maintenant les suivantes:

- personnes en dessous de l'âge de la scolarité obligatoire (actuellement 16 ans)
- respect de deux lois destinées à protéger les jeunes à l'emploi
- définition d'un âge de recrutement minimum (non supérieur à 18 ans)
- définition d'un âge de recrutement maximum tenant compte des coûts ou du temps nécessaires pour former une personne en vue d'un travail déterminé ou de la nécessité d'une période d'activité minimale avant d'atteindre l'âge de la retraite
- différences par rapport à la rémunération ou aux conditions d'emploi sur la base de l'ancienneté relative ou de l'ancienneté de service
- exigences professionnelles réelles et déterminantes
- respect de différentes lois limitant l'âge prescrit pour l'obtention de différentes licences de transport public (contrôleurs aériens, pilotes de ligne, conducteur de train ou d'autobus, de camion, etc.)
- tous les emplois dans les forces armées: certains aspects de l'emploi dans les services de police, les centres de détention ou les services de secours
- accès à certaines positions dans les ménages privés
- formation professionnelle: offres préférentielles de places aux étudiants plus âgés

¹³ Voir le Code of Practice légal sur le harcèlement, SI n° 78 de 2002. La loi de 1998 prévoit la possibilité de tenir compte de ce code lors de la décision sur l'engagement de poursuites.

D'autres exemptions par rapport à la mise à la retraite obligatoire ainsi qu'à la rémunération fondée sur l'âge sont discutées ci-dessous.

III. L'expérience irlandaise: questions relatives à la discrimination fondée sur l'âge

III.1 *Le nombre et l'étendue des plaintes en matière de discrimination fondée sur l'âge*

Dans la pratique, la discrimination fondée sur l'âge est souvent considérée comme moins importante que celle fondée sur d'autres motifs tels que la race ou un handicap. En réalité, sur la base de notre expérience recueillie jusqu'ici, la discrimination fondée sur l'âge devrait donner lieu à un nombre très élevé de cas. Entre 2000 et 2003, 17% des plaintes pour discrimination introduites devant l'Equality Tribunal ont été liées à l'âge, et cette proportion est restée assez constante. (Plus de la moitié des plaintes concernait la discrimination fondée sur la sexe, mais l'âge était aussi important que la race et un handicap – trois motifs couvrant la grande majorité des autres plaintes.)¹⁴

La discrimination fondée sur l'âge est généralement conçue comme visant en premier lieu les personnes âgées. La majorité des cas décidés jusqu'ici a porté sur des personnes entre 40 et 60 ans. Il y a, cependant, également eu un nombre considérable de plaintes faisant état d'une discrimination de travailleurs plus jeunes. Ainsi, la première décision irlandaise sur un cas de harcèlement lié à l'âge concernait une jeune directrice, qui était constamment ridiculisée devant d'autres membres du personnel par un collègue, un homme plus âgé, comme une «jeune fille qui fait l'imbécile».

Les plaintes portaient sur toute la gamme des emplois – des annonces d'offre d'emploi en passant par les indemnités de licenciement jusqu'à la formation professionnelle et aux instances existant au niveau de la profession. Il est, par conséquent, évident que les cas de discrimination tombant sous le coup de la directive pourraient être assez divers et inclure toutes les phases et toutes les formes d'emploi. En Irlande, cependant, il y a eu un ensemble de cas touchant deux domaines spécifiques: l'accès à l'emploi et la sélection pour la promotion.

Le nombre des cas de discrimination fondée sur l'âge n'est, peut-être, pas surprenant lorsqu'on tient compte du fait que le droit communautaire contient déjà une jurisprudence cachée substantielle sur la discrimination fondée sur l'âge. La première affaire relative à l'égalité de traitement des deux sexes renvoyé à la Cour de justice européenne en rapport avec le motif du sexe, *Defrenne contre l'Etat belge*¹⁵ portait également sur la discrimination fondée sur l'âge, étant donné qu'elle était née de l'exigence de la Sabena que des employées ayant plus de 40 ans ne pouvaient travailler comme membres du personnel de bord. Et, bien sûr, beaucoup d'affaires ultérieures concernant la discrimination liée au sexe se rapportaient aussi

¹⁴ ODEI/Equality Tribunal, *Annual Reports*, 2000-2003. (Les chiffres indiqués se réfèrent aux plaintes introduites pour *un seul* motif. Un nombre considérable d'autres plaintes est introduit pour *plusieurs* motifs: Aucune ventilation détaillée n'est disponible, mais dans bon nombre de cas l'âge est parmi ces motifs.)

¹⁵ *Defrenne contre l'Etat belge*, «*Defrenne I*», Affaire 80/70. La requérante faisait valoir – sans succès – sur la base de l'article 119 TCE que la pension de retraite qu'elle recevait après sa mise à la retraite d'office ne respectait pas l'égalité des salaires par rapport à un collègue masculin de l'équipage de bord, toujours actif, qui n'était pas obligé de partir en retraite à l'âge de 40 ans. (La directive relative à l'égalité de traitement n'avait pas encore été adoptée à cette époque-là.)

aux restrictions d'âge – appliquées différemment aux hommes et aux femmes.¹⁶ On peut imaginer qu'il y a un nombre nettement plus élevé de restrictions fondées sur l'âge, qui ont le même impact sur les deux sexes, mais pourraient quand même équivaloir à une discrimination fondée sur l'âge.

III.2 Annonces et admission

La première décision prononcée sur la base de la loi de 1998, *Equality Authority contre Ryanair*, a contesté une offre d'emploi s'adressant à un manager «jeune et dynamique». L'annonce a été considérée comme manifestation discriminatoire par rapport à l'âge, malgré la déclaration du défendeur qu'il faille la lire en réalité comme signifiant «jeune de cœur» et non pas comme une référence à l'âge chronologique. L'Equality Officer a fait remarquer que «jeune» se rapportait, tant selon le sens donné dans les dictionnaires que sur la base du bon sens, à une tranche d'âge chronologique et devait raisonnablement être compris, dans la pratique, comme excluant des candidats d'âge mûr ou plus âgés encore. Il a noté qu'en effet aucun des 28 candidats qui avaient indiqué leur âge n'avait dépassé le cap des 40 ans. Il n'était pas d'avis que les méthodes d'entretien et de sélection retenues par la société cadraient avec son engagement déclaré en faveur d'une politique de non-discrimination. A son opinion, l'annonce «représentait une discrimination manifeste» par rapport au motif de l'âge et était contraire aux articles 6 et 10(1) de la loi de 1998. «A mon avis, il importe de s'opposer avec la dernière énergie à la discrimination manifeste et publique, qui a eu lieu, dans cette affaire, en raison d'une annonce discriminatoire.»

Plus récemment, l'affaire *Clifford contre Aosdana* a attaqué avec succès l'exigence d'une instance professionnelle honorifique nationale d'artistes éminents que les candidats doivent avoir plus de 30 ans. L'exigence a également été considérée comme une discrimination directe fondée sur l'âge.

Comme c'est généralement le cas pour le droit de la discrimination, l'objection formulée à l'égard de la discrimination fondée sur l'âge est celle qu'elle tend à reposer sur des suppositions généralisées ou des clichés (p.ex. que les personnes de plus de 40 ans sont moins dynamiques, que celles au-dessus de 60 ans ne sont plus en bonne condition physique ou que les personnes de plus de 50 ans n'apprennent plus de nouveaux concepts...). Il est soutenu que ces suppositions peuvent ou bien être exactes pour certains membres de cette tranche d'âge, mais pas pour les membres individuels; qu'elles ne sont peut-être même pas vraies pour la tranche d'âge dans son ensemble ou bien qu'elles sont, dans une certaine mesure, exactes, mais que les différences de traitement sont hors de proportion. Les adversaires des différences fondées sur l'âge déclarent également que les suppositions liées à l'âge sont nettement plus préjudiciables pour l'individu et la société dans son ensemble que jusqu'ici perçu et que l'analyse coût-bénéfice traditionnelle ne tient pas compte des coûts économiques cachés de la différenciation selon l'âge. (Au Royaume-Uni, en 1998, l'Employers' Forum on Age avait publié un rapport comportant l'estimation que la discrimination fondée sur l'âge au niveau de l'emploi coûte chaque année £ 26 milliards sous forme de déficits par rapport aux recouvrements d'impôts, à la productivité économique ainsi qu'aux recettes fiscales provenant des achats¹⁷, et l'étude la plus récente pour l'Irlande exprime aussi des soucis quant aux effets économiques généraux des facteurs qui n'incitent pas à l'embauche de travailleurs plus âgés et favorisent la discrimination fondée sur l'âge à l'emploi¹⁸.)

¹⁶ Voir p.ex. *Marshall*, affaire 152/84, *Worringham & Humphreys v Lloyds Bank*, *Burton v British Railways*, *Roberts v Tate and Lyle*, *Beets-Proper*, *Barber*, *Moroni v Collo*, *Beune, van den Akker*, *Foster v British Gas plc*.

¹⁷ Employers' Forum on Age, «*The Cost of Ageism*», 1998, cité par Helen Meenan, *Age Discrimination in the UK*, *International Journal of Discrimination and the Law*, p. 240.

¹⁸ National Economic and Social Forum, Irlande, *Labour Market Issues for Older Workers*, février 2003.

Les défenseurs des différences liées à l'âge argumentent peut-être que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui sont basées sur des suppositions, que beaucoup sont imposées pour appuyer d'autres objectifs politiques valables, que les suppositions sous-jacentes sont en général vraies ou qu'elles ne fournissent pas un tableau parfait mais constituent la seule approche faisable, que les tests individuels sont peu pratiques ou bien qu'il n'est pas économique de travailler autrement.

Byrne contre FAS est un bon exemple d'une affaire comportant des suppositions discriminatoires. Dans le cas concret, une femme de 48 ans s'est vu refuser une place de formation professionnelle et s'est fait dire à l'entretien que les élèves plus âgés réussissent moins au dessin industriel et ont davantage de conflits avec leurs obligations familiales. L'Equality Officer a fait remarquer qu'aucune preuve objective appuyant ces commentaires n'avait été présentée et que la personne faisant passer l'entretien avait apparemment seulement appliqué quelques suppositions discriminatoires en lui refusant une place.¹⁹

III.3 La charge de la preuve dans les affaires de discrimination liées à l'âge

L'article 10(1) de la directive cadre demande que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour assurer un renversement de la charge de la preuve dès lors «*qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination direct ou indirecte*»²⁰. Ce texte est identique à la disposition équivalente pour le cas de discrimination fondée sur le sexe prévus dans la directive 97/80/CE (la «directive sur la charge de la preuve»), qui a codifié les décisions antérieures de la Cour de justice européenne relatives au motif du sexe.

L'Employment Equality Act de 1998 était muette sur la charge de la preuve dans les affaires de discrimination. Déjà depuis de nombreuses années, cependant, les juridictions spécialisées irlandaises avaient pratiqué un renversement de la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille. En l'absence d'une disposition contraire dans la loi de 1998, cette approche a donc été étendue aux motifs «nouveaux» – dont l'âge²¹. L'Equality Act de 2004 a clarifié cet aspect en prévoyant spécifiquement un renversement de la charge de la preuve pour tous les motifs protégés. Pour ce faire, elle s'est servie de la même formulation que la directive cadre.

Il est essentiel de déterminer la signification pratique d'un renversement de la charge de la preuve. Quels sont les faits qu'un demandeur doit établir avant qu'il n'y ait «lieu de supposer qu'il y a eu une discrimination directe ou indirecte»? Probablement, ces faits n'ont pas besoin d'avoir le même poids que ceux exigés dans une affaire civile sans renversement de la charge de la preuve. La Labour Court a déclaré qu'un demandeur «*doit prouver, en pondérant les différentes probabilités, les faits essentiels à prendre comme base pour la tentative de faire valoir la présomption de discrimination illégale. Uniquement dans le cas où la [Labour] Court attribue à ces faits une importance suffisante pour faire valoir une présomption de discrimination, la charge est-elle renversée et le défendeur doit-il prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe d'égalité de traitement.*»²²

¹⁹ *Equality Authority v Ryanair*, DEC-E2000-014; *Clifford v Aosdana*, DEC-E2004-046; *Byrne v FAS*, DEC-E2002-045.

²⁰ L'article 10(1) ne s'applique pas aux affaires pénales et le considérant 32 prévoit que les Etats membres ne sont pas tenus d'appliquer les règles en matière de charge de la preuve à des procès où c'est la tâche de la juridiction ou d'une autre instance compétente et non pas du défendeur de prouver les faits de l'affaire.

²¹ Voir p.ex. *Hughes v Aer Lingus*, DEC-E2002-049; *Flexo Computer Stationery v Coulter*, EED 0313.

²² *Southern Health Board v Theresa Mitchell*, Labour Court, AEE/99/8. Ce principe a été abondamment cité et appliqué dans des affaires portant sur la discrimination fondée sur l'âge.

Dans une affaire de discrimination fondée sur l'âge²³, les «faits essentiels» ont été définis comme suit: «A mon impression, les trois éléments clé qu'un demandeur doit établir pour démontrer qu'il peut produire des éléments suffisants sont les suivants:

- (i) il doit être couvert par un/des motif(s) de discrimination pertinent(s);
- (ii) il doit avoir subi un traitement spécifique et
- (iii) ce traitement est moins favorable que la manière dont quelqu'un est traité, a été traité ou serait traité qui n'est pas couvert par le motif de discrimination pertinent.»

Dans ce cas particulier concernant la formation professionnelle, la demanderesse a démontré qu'elle est une élève adulte ayant de petits enfants et est nettement plus âgée que les autres participants de son cours. Tous les élèves devaient, dans le cadre du cours, passer un stage dans un restaurant, mais la demanderesse était seule obligée de travailler pendant une période d'essai avant que le restaurant ne l'accepte. C'était en fin de compte un traitement moins favorable que pour les autres élèves. Par conséquent, l'Equality Officer était d'avis qu'elle avait apporté des éléments essentiels pour prouver un cas de discrimination et que la charge de la preuve était désormais du côté du défendeur qui devait démontrer que, selon toute vraisemblance, les motifs pour la différence de traitement n'étaient pas discriminatoires.

Dans plusieurs affaires concernant une discrimination fondée sur l'âge²⁴, des Equality Officers ont souligné que le seul fait d'une différence d'âge existant entre le demandeur et le candidat finalement embauché ne suffit pas pour renverser la charge de la preuve en direction du défendeur. Se référant à une décision similaire de la High Court dans une affaire de discrimination fondée sur le sexe²⁵, ils étaient, cependant, d'avis que la charge de la preuve peut être renversée lorsque le demandeur est d'un âge différent *et*, à ce qu'il paraît, objectivement mieux qualifié, conformément aux critères définis par le défendeur pour la position en question. Dans une telle situation, le défendeur peut être tenu de prouver que la différence de traitement n'est pas discriminatoire.²⁶

III.4 Cas de sélection: questions générales

Quelques affaires, comme celles de *Ryanair* ou de *Clifford* mentionnées ci-dessus, concernent essentiellement la question de savoir s'il y a eu une référence prétendue ou une règle qui mentionne expressément l'âge et, s'il en a été ainsi, pourquoi elle n'est pas discriminatoire. Dans la pratique, la plupart des affaires de discrimination sont plus complexes, parce qu'il n'y a pas de référence expresse à l'âge. Les cas de sélection constituent un bon exemple. Souvent, le demandeur a l'impression d'avoir été traité moins favorablement et croit que son âge en a été la raison. Le défendeur nie que cela soit vrai. Pour un observateur externe, il n'y a peut-être pas d'indication bien claire pourquoi la décision a été prise d'une manière déterminée. Dans de telles affaires, la décision est nettement plus difficile, et la question clé est souvent celle de savoir si, compte tenu des règles en matière de preuves, il est correct de conclure qu'à la base il y a un cas de discrimination fondée sur l'âge, à moins que le défendeur puisse prouver le contraire. J'examine ci-dessous les facteurs qui ont amené les juridictions irlandaises à conclure à la présence d'un cas de discrimination fondée sur l'âge.

Une autre question est celle de savoir ce qui peut constituer une discrimination indirecte. Il peut être nettement discriminatoire de chercher, dans une annonce, un cadre «jeune et dynamique», comme dans le cas de *Ryanair*. Or, qu'elle aurait été la situation si l'annonce n'avait utilisé que le mot «dynamique»? Quel est le statut d'une annonce cherchant un candidat «mûr»? Ou bien celui d'un candidat disposant d'une «expérience de cinq ans après

²³ *Minaguchi v Wineport Lakeshore Restaurant*, DEC-E2002-020

²⁴ *Margetts v Graham Anthony*, DEC-E2002-050, *Sheehan v DPP*, DEC-E2002-047, *McCormack v Dublin Port* DEC-E2002-046.

²⁵ *Davis v Dublin Institute of Technology*, High Court, Quirke J., sans rapport, 23 juin 2000.

²⁶ *Margetts v Graham Anthony*, DEC-E2002-050

l'obtention du diplôme»? Ou encore celui d'un «diplômé récent»? Est-ce une discrimination indirecte que de refuser un candidat «surqualifié»?

Il y a aussi la question de savoir si des qualités ou aptitudes particulières peuvent être mises en rapport spécifiquement avec des tranches d'âge données. Par exemple, la recherche de qualifications dans le domaine des ordinateurs ou de l'informatique a-t-elle tendance à privilégier les jeunes générations au dépens des personnes plus âgées? Y aurait-il ici un risque de discrimination indirecte si la qualification ne se trouve pas dans un rapport raisonnable avec les exigences effectives de la position à occuper?

III.5 Sélection et promotion

Le Labour Court a déclaré expressément qu'il est désormais illégal de demander l'âge des candidats sur les formulaires de demande d'emploi. Dans le débat courant au Royaume-Uni, la question est posée de savoir si les employeurs devraient demander un curriculum vitae complet accompagné de dates, étant donné que l'âge est ainsi révélé. Ce problème n'a pas encore été examiné par les juridictions irlandaises, même si, à ma connaissance, il est considéré comme une discrimination fondée sur l'âge aux Etats-Unis.

Des cas controversés de sélection²⁷ fournissent un bon aperçu du type de facteurs envisagés en Irlande pour la déduction d'une discrimination fondée sur l'âge.

Dans son considérant 15, la directive prévoit que *«L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques.»*

Un certain nombre de tests ont été utilisés jusqu'ici dans les affaires irlandaises pour examiner s'il y a lieu de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge. Généralement, il s'agit d'une *combinaison* de différents facteurs, qui convainc le tribunal qu'il est approprié de déduire l'existence d'une discrimination. Les facteurs utilisés le plus souvent jusqu'à présent sont:

- une différence statistique marquée par rapport aux taux de succès des différentes tranches d'âge dans des circonstances apparemment similaires²⁸
- l'existence manifeste d'une politique donnant la préférence à une tranche d'âge particulière²⁹
- un manque de transparence ou des iniquités procédurales inexplicables *peuvent* donner lieu à la supposition d'une discrimination³⁰
- une disparité entre les critères de sélection formels et ceux apparemment appliqués dans la pratique peut également permettre de conclure à l'existence d'une discrimination³¹
- un écart considérable par rapport aux évaluations antérieures des candidats plus âgés³²
- la pose d'une question discriminatoire au cours de l'entretien (voir ci-dessous)

²⁷ Voir p.ex. *Dept of Health v Gillen*, EDA0412; *Revenue Commissioners v O'Mahony & ors*, EDA033.

²⁸ *O'Mahony v Revenue Commissioners*, *Revenue Commissioners v O'Mahony*, *O'Byrne v Department of Public Enterprise*, *Madden, McCormack*

²⁹ *O'Byrne*

³⁰ *O'Byrne, Madden, An Employee v a Government Department, Sheehan*

³¹ *O'Mahony v Revenue Commissioners*

³² *O'Mahony v Revenue Commissioners*

- la présence d'un seul candidat retenu qui faisait partie de la même tranche d'âge que les demandeurs *ne réfute pas* une discrimination fondée sur l'âge, si ce candidat a des compétences exceptionnelles en comparaison avec d'autres candidats retenus³³

Inversement, les éléments suivants parlent contre la déduction ou une conclusion qu'il y avait une discrimination fondée sur l'âge:

- les critères de sélection ont l'air objectif et, à ce qu'il paraît, ont été appliqués dans la pratique avec honnêteté³⁴
- les statistiques suggèrent que, dans des circonstances apparemment similaires, les taux de succès sont essentiellement les mêmes pour les différentes tranches d'âge³⁵
- l'employeur a essayé d'assurer que la commission menant l'entretien comportait des personnes d'âges différents³⁶
- le fait que la *politique d'ensemble* du défenseur n'ait pas été considéré comme discriminatoire a pesé d'un poids limité sur plusieurs décisions, mais ne réfute pas la discrimination en tant que telle³⁷

Les Equality Officers et le Labour Court ont souligné de façon répétée qu'ils n'ont pas pour mission de substituer leur propre évaluation des exigences de la position à occuper à celle de l'employeur, mais qu'ils doivent décider si le comité de sélection aurait raisonnablement pu parvenir à sa décision.³⁸ On pourrait le décrire comme un standard d'examen sur la base d'un «choix rationnel». Dans *Sheehan*, par exemple, où le demandeur était plus expérimenté que le candidat retenu, plus jeune, l'Equality Officer était quand même d'avis que l'embauche n'avait pas été discriminatoire, étant donné que le candidat retenu disposait d'une expérience pertinente significative et avait, selon les indications fournies par le comité d'entretien, donné des réponses plus impressionnantes au cours de l'entretien.

Les déclarations ou questions discriminatoires par rapport à l'âge faites ou posées pendant la sélection sont traitées comme une discrimination illégale. Elles servent de base à l'allocation de dommages-intérêts pour violation de droits, même si la sélection elle-même n'est pas considérée comme discriminatoire. *Revenue Commissioners contre O'Mahony* est allé au-delà en traitant un commentaire à l'égard d'un des candidats comme preuve d'un parti pris affectant tout le processus de sélection. Dans l'affaire, il s'agissait d'une compétition commerciale pour agents des douanes. Quatre candidats de plus de 50 ans prétendaient avoir été traités moins favorablement que des candidats plus jeunes ayant des compétences équivalentes. Le Labour Court trouva des preuves statistiques laissant conclure à une discrimination fondée sur l'âge, mais se basa également sur une question posée à un des candidats quant à savoir «pourquoi il souhaitait une promotion dans cette phase de sa carrière». La Cour accepta que le commentaire était en rapport direct avec son âge et exprima l'avis que «*en plus d'être injurieuse et discriminatoire pour la personne à laquelle elle a été posée, la question indique aussi que, probablement inconsciemment, l'âge des candidats avait acquis une certaine importance dans le processus de sélection ... ce qui prouve l'importance pour l'affaire dans son ensemble et non seulement pour le [demandeur concerné].*»

³³ *O'Mahony v Revenue Commissioners*

³⁴ *Complainant v Department of Foreign Affairs, Sheehan, McCormack*

³⁵ *Hughes, Byrne v FAS, McCormack*

³⁶ *O'Mahony v Revenue Commissioners*

³⁷ *Hughes v Aer Lingus, Byrne v FAS, McCormack*

³⁸ *Margetts, Sheehan*, citant *Dublin Institute of Technology and a Worker*, Labour Court, DEE994, où la Labour Court avait déclaré: «*Il n'appartient ni à l'Equality Officer ni à cette juridiction de décider quel candidat serait le plus approprié pour une position donnée. La mission de la [Labour] Court consiste à déterminer si le [motif protégé] a influencé la décision de la commission [d'entretien].*» Voir aussi *McCormack, An Employee v a Government Department*.

III.6 Sélection et promotion

Une autre question qui s'est posée porte sur la grandeur requise de la différence d'âge pour qu'une discrimination fondée sur l'âge puisse être déduite d'une différence de traitement. Dans une affaire (*Perry contre Garda Commissioner*³⁹), la comparaison portait sur deux candidats hypothétiques nés à 2 jours d'intervalle. L'affaire concernait un modèle de retraite anticipée volontaire: il était déclaré que ce concept incitait à une telle retraite anticipée notamment les candidats en dessous de 60 ans et comportait donc une discrimination fondée sur l'âge. La demanderesse, âgée de 64 ans, argumentait que les indemnités de licenciement payables à elle étaient nettement inférieures à celles payables à sa concurrente, âgée de 59 ans. Le défendeur déclara que les différences n'étaient pas dues à l'âge, mais destinées à compenser la salariée plus jeune pour la perte d'un plus grand nombre d'années d'emploi payé.

L'Equality Officer a étudié cette demande à l'aide de l'exemple hypothétique de deux salariées prenant une retraite anticipée à la suite d'une carrière identique, mais à l'âge de 60 ans plus un jour et à 60 ans moins un jour. Il s'est avéré que ce modèle conduirait à une situation où la salariée plus jeune gagnerait 6 000 livres irlandaises de plus, ce qui n'était clairement pas proportionné aux deux jours de différence par rapport à leurs pertes de recettes futures. L'Equality Officer est arrivé à la conclusion que ce modèle était discriminatoire (même si, à cette époque-là, il n'était pas illégal – en raison de dispositions transitoires permettant la continuation des paiements liés à l'âge jusqu'à trois ans après l'entrée en vigueur de la loi.)

Inversement, dans une autre affaire (*Freeman contre Superquinn*), le Labour Court a constaté qu'une différence de trois ans entre les candidats n'était pas suffisante (ensemble avec des iniquités procédurales inexplicables) pour suggérer une discrimination fondée sur l'âge, tandis que dans *Reynolds contre Limerick Co Council* le tribunal a considéré un écart de huit ans comme suffisant.⁴⁰

Dans deux affaires relatives à la discrimination indirecte fondée sur l'âge, des candidats ont été rejetés comme «surqualifiés».⁴¹ Dans les deux cas, la candidate la plus âgée avait satisfait à toutes les exigences indiquées pour ces positions et avait été refusée expressément comme étant surqualifiée pour cette position. Dans une des affaires, l'Equality Officer a accepté (sur la base des notes des personnes faisant passer l'entretien) que la vraie raison du refus était la constatation que la candidate avait une très forte personnalité, ce qui compliquerait le processus de lui donner des instructions. (Il a été utile pour le défendeur de pouvoir s'étayer sur des résultats statistiques selon lesquels des candidats de l'âge de la demanderesse avaient, de façon disproportionnée, de fortes chances d'être retenus pour en entretien et d'avoir le même succès que des candidats plus jeunes.) Dans l'autre affaire, le demandeur avait été refusé comme surqualifié sans avoir eu d'entretien, et le défendeur expliqua que l'annonce avait, certes, fait état d'une position «supérieure» mais voulait en réalité embaucher quelqu'un avec seulement 2 ou 3 ans d'expérience professionnelle après le diplôme. Le demandeur (qui avait 20 ans d'expérience) a reconnu qu'un candidat surqualifié pourrait être peu motivé, mais a déclaré que cet aspect devrait être analysé à l'entretien plutôt que de se fier à de simples suppositions. Dans ce cas-ci, une discrimination indirecte fondée sur l'âge a été constatée.

III.7 Rémunération en fonction de l'âge

Toute rémunération en fonction de l'âge est illégale depuis l'Employment Equality Act de 1998, qui a cependant prévu une période de transition de trois ans (jusqu'en octobre 2002) devant permettre la suppression de telles pratiques.

³⁹ *Perry v Garda Commissioner*, DEC-E2001-029

⁴⁰ *Superquinn v Freeman*, DEE0211; *Limerick Co Council v Reynolds*, EDA048.

⁴¹ *Hughes v Aer Lingus* DEC-E2002-049, *Noonan v Accountancy Connections*, DEC-E2004-042.

Selon la loi irlandaise, les salariés licenciés avaient le droit de toucher un montant forfaitaire calculé à un taux donné par année de service. Ce taux était plus élevé pour les années de service au-delà de 40 ans. Cette différence a été abolie en 2003, et les lois relatives aux allocations chômage (Redundancy Payments Acts) ont été amendées vers le haut si bien que tous le temps de service est désormais calculé au taux plus élevé réservé avant aux salariés de plus de 40 ans. Il y a, cependant, toujours une exemption en raison de laquelle une personne ayant atteint «l'âge normal de la retraite» dans cette position n'a pas droit à une indemnité de licenciement.

A la suite de la décision dans l'affaire *Perry* (voir ci-dessus), un amendement apporté à l'Equality Act de 2004 permet maintenant à un employeur de fixer différents taux pour l'indemnité de licenciement sur la base de l'écart par rapport à l'âge obligatoire de la retraite par le salarié en question. Il y a aussi des exceptions spécifiques pour les différences basées sur l'ancienneté en rapport avec la rémunération ou les conditions d'emploi, bien que, dans *McGarr contre Dept of Finance*⁴², l'Equality Officer ait exigé une interprétation stricte de cette exception, qui ne devrait pas être étendue au point de permettre des exigences d'ancienneté pour la *promotion*, notamment des exigences sans justification objective.

Dans *Glen contre Ulster Bank*⁴³, les forces du marché ont été acceptées comme une explication suffisante pour la décision de payer plus à une femme notaire (solicitor) qu'à un collègue masculin plus âgé qui faisait le même type de travail. Il était manifeste que le défendeur avait été obligé d'embaucher, dans les meilleurs délais, un spécialiste expérimenté et au courant de ses procédures particulières pour accompagner un projet spécifique, que de telles qualifications étaient très demandées et que le défendeur se voyait, en réalité, contraint de payer à la demanderesse le montant indiqué par elle.

III.8 Conditions d'emploi et harcèlement

Dans l'affaire *A Named Female Complainant contre a Company*⁴⁴, l'Equality Officer a constaté qu'une jeune directrice, qui venait d'être embauchée par une petite société, avait été harcelée à cause de son âge. Elle était d'avis que la demanderesse avait été rabaissée et humiliée systématiquement en présence d'autres membres du personnel par un directeur masculin plus âgé qu'elle et qui ne pouvait accepter le rôle attribué à la jeune femme. Il était constamment hostile et agressif à son égard, refusait toute coopération avec elle et se mêlait à aux activités pour lesquelles elle devait assumer la responsabilité. Une remarque typique qu'il faisait en public était que la directrice n'était qu'une «jeune fille faisant des bêtises». La demanderesse était à tel point contrariée par ce comportement ainsi que par l'absence de tout soutien réel de la part de l'employeur qu'à la fin elle a démissionné de son poste. L'Equality Officer a considéré ce comportement comme un harcèlement fondé sur l'âge au sens de l'article 32 ainsi qu'un harcèlement lié au sexe au sens de l'article 23 et lui a attribué € 6 500 en dommages-intérêts.

C'est un élément intéressant de la loi de 1998, étant donné que l'expérience recueillie dans quelques autres juridictions semble indiquer que le harcèlement est un aspect courant de la discrimination fondée sur l'âge pratiquée au lieu de travail. Parmi les exemples typiques, mentionnons les pratiques de tourner en ridicule des employés plus âgés en leur disant en face ou bien à d'autres membres du personnel qu'ils sont incompetents, ne sont plus dans le coup ou trop peu dynamiques, en leur donnant des tâches particulièrement ingrates ou en faisant des allusions transparentes indiquant que leurs positions devraient être confiées à des candidats plus jeunes. Aux Etats-Unis, où le harcèlement est également considéré comme une

⁴² *McGarr v Dept of Finance*, DEC-E2003-036.

⁴³ *Glen v Ulster Bank*, DEC-E2004-020.

⁴⁴ *A Named Female Complainant v a Company*, DEC-E2002-014.

forme de discrimination, il y a l'exemple de *Clancy contre Preston Trucking Company*⁴⁵. Rose Clancy, 55 ans, avait travaillé pendant 21 ans à plein temps comme employée de bureau. A ce moment, elle a été licenciée et remplacée par une jeune femme de 28 ans. Son chef, a-t-elle déclaré, avait lancé une campagne concertée pour obtenir qu'elle démissionne. Entre autres, il l'avait transférée – sans qu'elle ait été d'accord – à l'équipe de nuit et répétait devant les autres employés qu'il «voulait du sang neuf», qu'elle était «bonne pour l'hospice», «avait été ici depuis Jésus-Christ», qu'il ferait «vraiment tout pour se dépêtrer d'elle» et qu'il voulait avoir quelqu'un de «plus jeune et plein de vie».

III.9 Licenciement et retraite

Un cas frappant de discrimination directe a été l'affaire *A Firm of Solicitors contre a Worker*⁴⁶, dans laquelle le Labour Court a exprimé l'avis qu'une secrétaire d'avocat expérimentée avait subi, de la part de son employeur, une discrimination fondée sur l'âge. Le cabinet a été convaincu de l'avoir licenciée avec l'intention de déclarer d'embaucher une «jeune fille» pour des activités paralégales et de secrétariat. Il n'y avait eu aucune indication selon laquelle le travail de la demanderesse avait été insatisfaisant. Bien que la demanderesse ait eu de l'expérience avec les activités paralégales, elle n'avait pas été prise en considération pour une telle position. La [Labour] Court était convaincue qu'il y avait un lien causal entre l'âge de la demanderesse et son licenciement: Le cabinet souhaitait tout simplement une employée nettement plus jeune que la demanderesse. Cette dernière s'est vue attribuer des dommages-intérêts de 6 000 euros.

Inversement, dans l'affaire *Flexo Computer Stationery contre Coulter*⁴⁷, le demandeur a affirmé avoir subi une discrimination fondée sur l'âge pour avoir été retenu pour le licenciement à la place de cinq collaborateurs plus jeunes. Les faits étaient très litigieux, et la Labour Court en est arrivé à la conclusion que le demandeur n'avait pas pu prouver sa déclaration que le défendeur lui avait dit qu'on l'avait choisi parce qu'il était le plus âgé. La Court considérait la sélection pour le licenciement comme «injuste et contre l'usage», étant donné qu'elle reposait apparemment sur un incident passé (détails communiqués à la Court) que l'employeur n'avait pas cru, à l'époque, justifier des mesures disciplinaires. Une telle attitude injuste, considérée isolément, n'impliquait, cependant, pas forcément une discrimination, et la Court ne voyait, sur l'ensemble des preuves présentées, aucune raison de conclure à la présence d'une discrimination fondée sur l'âge.

Le départ à la retraite obligatoire est parmi les questions les plus compliquées soulevées dans le cadre des Employment Equality Acts. En Irlande, l'âge de la retraite dans le système de la Sécurité sociale est le même pour les hommes et les femmes: normalement 65 ans. Il n'y a, cependant, pas de loi fixant un âge de la retraite général obligatoire. Pour la plupart des gens, l'âge de la retraite est ou bien expressément fixé dans leur contrat de travail ou résulte de façon implicite des usages et pratiques rencontrés au lieu de travail. Les employés ayant atteint «l'âge de la retraite normal» pour cet emploi ne peuvent faire valoir un licenciement injuste lorsqu'ils sont contraints de prendre leur retraite.

Les lois en question restent muettes au sujet de la question générale de l'âge de la retraite obligatoire, même si elles indiquent qu'il n'est pas discriminatoire de prévoir différents âges de la retraite pour différents groupes d'employés ou d'offrir un contrat de travail à durée déterminée à une personne au-dessus de l'âge normal de la retraite obligatoire.

⁴⁵ 967 F. Supp. 806 (D. Del. 1997). Dunaway, 04.1998, p. 9/10. L'affaire a été réglée en fin de compte.

⁴⁶ *A Firm of Solicitors v a Worker*, EED011

⁴⁷ *Flexo Computer Stationery v Coulter*, EED 0313

Le récent projet de loi «Public Service Superannuation Bill» de 2004 prévoit que, à quelques exceptions près, les personnes embauchées pour le service public après avril 2004 «ne seront pas obligées de prendre leur retraite en raison de leur âge», bien que la note explicative paraisse indiquer qu'on pourra les mettre à la retraite d'office si elles ne sont plus en mesure de continuer leur travail.