

Traiter de la discrimination en fonction de l'âge en 2007 – à la recherche de plus de clarté et matière à réflexion....

Helen Meenan*

Académie de droit européen, Trèves, 27 novembre 2007

Introduction

Notre réflexion porte aujourd'hui sur la discrimination fondée sur l'âge conformément à l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne et à la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette démarche implique un retour en arrière, un état des lieux et une esquisse de perspective. Un retour en arrière nous amène à constater que l'introduction du concept d'âge dans l'article 13 CE et dans la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail constitue en fait un « beau coup », une occasion saisie au vol – l'âge ayant pu à l'époque être laissé de côté bien plus aisément que tous les autres motifs fondant la discrimination.¹ Ces autres motifs avaient déjà acquis un niveau de priorité important dans le droit et la politique de l'UE ; certains d'entre eux, comme le handicap, faisaient partie depuis longtemps des priorités en matière de mainstreaming.² Ceci dit, cette intégration dans la directive ne s'est pas opérée sans contrepartie. Un petit nombre d'États membres, et sur certains points un État en particulier, ont insisté pour introduire un certain nombre d'exceptions en ce qui concerne cette question de l'âge.³ Cela s'explique en partie par la règle de l'unanimité requise par l'article 13.1 CE et par le caractère hétérogène des priorités des États membres en ce qui concerne l'âge. En tout état de cause, j'estime que « plus le temps passe, plus la mention de l'âge dans l'article 13 et dans la directive emploi et travail s'avère une décision prémonitoire, rationnelle et prise à point nommé. »⁴

Afin de procéder à l'état des lieux, il convient de situer la question de l'âge dans le contexte plus vaste de l'ensemble des dispositions prévues par la directive emploi et

*BCP, LLCM, avocate et professeur associé de l'université de Kingston University, Royaume Uni, anciennement chaire de droit européen Jean Monnet à l'université de Kingston, JHMeenan@tiscali.co.uk.

¹ H. Meenan 'Age Discrimination in Europe: late bloomer or wall-flower?' (la discrimination fondée sur l'âge en Europe: floraison tardive ou décoration superflue? Vol. 25(2) *Nordic Journal of Human Right*, (2007) pp. 97-118, p. 98-99.

² Communication de la Commission européenne sur l'égalité des chances des personnes handicapées – une nouvelle stratégie européenne en matière de handicap, Bruxelles, COM(96) 406, final, 30.07.1996, dans laquelle la Commission propose d'inclure la dimension du handicap dans sa politique et son processus législatif.

³ Il existe un parallèle avec l'inclusion de l'article 119 (désormais article 141) dans le Traité CEE d'origine, 1957, destiné pour l'essentiel à prendre en compte les préoccupations d'un État membre, la France, en matière de concurrence. En ce qui concerne l'âge dans la directive emploi et travail, mentionnons l'exemple de l'influence exercée par le Royaume-Uni pour obtenir l'inclusion du considérant 14 dans le préambule de la directive.

⁴ H. Meenan 'Age Discrimination in the EU and the Framework Directive' (la discrimination fondée sur l'âge au sein de l'UE et la directive-cadre), chez Malcolm Sargeant Ed., *The Law on Age Discrimination in the EU*, (la législation en matière de discrimination fondée sur l'âge au sein de l'UE) (Kluwer, The Netherlands, (à paraître)) pp. 9-27, p. 10.

travail. Ce contexte plus vaste nous permettra sans doute de mieux nuancer le jugement que nous portons sur les arrêts les plus anciens de la CJCE en matière de discrimination fondée sur l'âge et de mieux comprendre les dispositions de la directive emploi et travail, en particulier celles de l'article 6.

L'âge dans d'autres contextes (et autres motifs fondant la discrimination au titre de l'article 13)

- Un phénomène particulier est apparu depuis 2000, date de l'adoption des directives basées sur l'article 13. La lutte contre la discrimination et l'égalité de traitement sont devenues à juste titre une dimension directement liée aux droits de l'individu. De l'avis de Gerard Quinn (à propos du handicap), la directive emploi et travail vise un triple objectif: économique, social et respect des droits (fondamentaux) de l'individu, ce dernier objectif étant le principal.⁵ C'est ainsi que l'on peut tout naturellement dire aujourd'hui que l'approche de l'UE en matière d'égalité de traitement se fonde sur les droits fondamentaux.
- Nous cessons de considérer les motifs fondant la discrimination énoncés à l'article 13 comme étant avant tout un ordre hiérarchique (qui divise) des éléments constitutifs de l'égalité⁶ pour aller vers une notion d'interdépendance et de respect mutuel de ces éléments dans le contexte *inter alia*⁷ des discriminations multiples et des chevauchements éventuels.
- Le vieillissement de la population observé dans l'ensemble du monde se manifeste dans l'UE par une augmentation spectaculaire des personnes âgées de plus de 60 ans et une diminution des personnes âgées de 15 à 24 ans à l'horizon 2030.⁸ Néanmoins, le vieillissement de la population n'est pas mentionné dans le préambule de la directive emploi et travail. Il faut sans doute en chercher l'explication dans la contradiction entre l'article 6.1 et les appels lancés par les Nations Unies et l'UE elle-même en faveur d'une meilleure participation des travailleurs âgés sur le marché du travail- précisément pour pallier le vieillissement de la population!
- D'après les travaux des Nations Unies, l'espérance de vie a augmenté de vingt ans en moyenne depuis 1950 et augmentera encore de dix ans d'ici 2050.⁹ En 1925, le Royaume Uni a fixé l'âge légal de la retraite à 65 ans pour les hommes et à 60 ans pour les femmes.¹⁰ Aujourd'hui, l'âge légal de départ à la retraite est fixé au

⁵ G. Quinn, 'Disability Discrimination Law in the EU', (droit de l'UE portant sur la discrimination fondée sur le handicap) dans H. Meenan (Ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union understanding the Article 13 Directives*, (droit en matière d'égalité de traitement dans une Union européenne élargie- comprendre les directives fondées sur l'article 13), (Cambridge University Press, 2007) pp. 231-277, p. 248.

⁶ En dépit du fait que l'on constate que cette hiérarchie existe toujours.

⁷ Les droits de l'homme ont leur part dans cette évolution.

⁸ DG emploi et Affaires sociales, Commission européenne, Rapport du groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie, (2004) p. 19.

⁹ Rapport de la deuxième assemblée mondiale sur le vieillissement, Madrid, 8-12 avril 2002, UN Doc. A/CONF.197/9 (2002), p. 5.

¹⁰ Voir Widows', Orphans' and Old-Age Contributory Pensions Act 1925 (loi sur les retraites versées aux retraités, aux veufs et aux orphelins 1925). Il faut s'attendre à un alignement progressif de l'âge de départ à la retraite au Royaume-Uni dans les décennies à venir.

Royaume-Uni à 65 ans, conformément au Employment Equality (Age) Regulations 2006 (règlement sur l'égalité de traitement (âge) en matière d'emploi et de travail de 2006). Cet âge de départ à la retraite paraît jeune au regard de la nouvelle définition de la vieillesse, dont le seuil pourrait être fixé à 82 ans à l'horizon 2040.¹¹ Ces questions sont d'une importance primordiale pour cerner le concept d'« âge » utilisé dans la directive emploi et travail, en particulier à l'article 6.1.

- Etablir le lien entre droits de l'homme et vieillissement de la population ne peut que nous inciter à revendiquer une convention internationale des droits des personnes âgées qui garantirait à l'avenir une protection plus ample des droits des personnes âgées.¹²

Caractère hétérogène de la population d'une classe ou d'un groupe d'âge particuliers

L'« âge » a payé le prix de son combat pour être reconnu comme facteur d'égalité de traitement.¹³ Cela s'explique par différentes raisons, entre autre

- 1) Les limites d'âge et les plafonds sont des instruments traditionnellement utilisés (et acceptés) pour réguler le marché du travail. Oliver Brettle constate que « plus que toute autre forme de discrimination, traiter les gens différemment selon leur âge est une réalité profondément ancrée dans notre culture du travail et les questions soulevées par les situations dans lesquelles ce traitement est éventuellement justifié sont particulièrement complexes. »¹⁴
- 2) A certains égards, la discrimination fondée sur l'âge paraît moins grave que d'autres formes de discrimination.¹⁵
- 3) L'âge, qu'il s'agisse des jeunes, des personnes âgées ou des classes d'âge intermédiaires, est à l'origine de nombreux stéréotypes en ce qui concerne la performance, l'engagement, la productivité et les capacités des individus.

Or ces approches et façons de penser ignorent le fait que les personnes âgées en particulier, comme toutes les classes d'âges d'ailleurs, présentent des caractéristiques éminemment hétérogènes. En 1948 déjà, JH Sheldon a indiqué que les personnes âgées ne constituaient pas un groupe homogène.¹⁶ A une date plus récente, en 1997,

¹¹ G. Reday-Mulvey, *Working beyond 60 Key Policies and Practices in Europe*, (Travailler au-delà de 60 ans- Principales politiques et pratiques en Europe), (Palgrave MacMillan, 2005) p. 31.

¹² Voir Kwong-Leung Tang et Jik-Joen Lee, 'Global Social Justice for Older People: The Case for an International Convention on the Rights of Older People' (justice sociale globale pour les personnes âgées: en faveur d'une convention internationale des droits des personnes âgées), 36(7) *British Journal of Social Work* (2006) pp. 1135-1150.

¹³ Voir les commentaires de Colm O'Conneide, 'Comparative European Perspectives on Age Discrimination Legislation' (perspectives européennes comparées en ce qui concerne les législations en matière de discrimination fondée sur l'âge), dans S. Fredman et S. Spencer (eds.) *Age as an Equality Issue* (l'âge: une question d'égalité de traitement), (Hart Publishing, Oxford, 2003) pp. 195-217, p. 196 et 200.

¹⁴ Oliver Brettle 'An unequal union' (une union inégale), *Employment Law Journal* December, décembre 2006/janvier 2007, pp. 5-9, p. 5.

¹⁵ Voir la discussion dans H. Meenan, 'Age Discrimination - Of Cinderella and *The Golden Bough*' (la discrimination fondée sur l'âge - Cendrillon et Le Rameau Doré), p. 281, infra.

¹⁶ J.H. Sheldon, 'The Social Medicine of Old Age Report of an Inquiry in Wolverhampton' (La médecine sociale des personnes âgées- rapport sur une enquête réalisée dans le Wolverhampton) (Oxford University Press, 1948) p. 2.

Walker et Maltby estiment que percevoir les personnes âgées en tant que groupe homogène se justifie tout au plus par l'âgisme.¹⁷ Plus récemment encore, en 2001, des études réalisées en Finlande ont permis de constater que les différences de capacités fonctionnelles entre individus varient fortement avec l'âge au sein d'un même groupe professionnel.¹⁸ Peut-être est-il encore plus intéressant de noter qu'il en va de même pour des individus du même âge au sein d'un même groupe professionnel.¹⁹

Ces questions d'âge limite et de stéréotypes sont d'autant moins contestées que la notion d'âge utilisée communément sur le marché de l'emploi, en droit ou dans la société est une notion chronologique. Or, d'autres notions pourraient être retenues, par exemple l'âge sociologique ou l'âge physiologique. Bien que la notion d'âge ne soit pas définie dans la directive (elle ne l'est d'ailleurs pas dans les autres directives basées sur l'article 13), je considère quant à moi que la directive se base sur la notion d'âge chronologique. En 1997, Eurolink Age UK a proposé de définir ainsi la discrimination fondée sur l'âge :

« [La discrimination fondée sur l'âge] est la différence de traitement et de chances concernant certains citoyens, uniquement en fonction de leur âge chronologique ».

Cette définition apparemment simple conserve toute son importance en 2007, surtout lorsque l'on s'interroge sur la notion d'âge qui sous-tend la directive égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Bien que l'âge ne soit pas défini dans la directive, je développerai plus tard les raisons qui indiquent que c'est l'âge chronologique qui a été retenu (ou qui colle le mieux aux dispositions de la directive) au moment de l'élaboration et de l'adoption de cette dernière. Je souhaite cependant suggérer, parce qu'elle me paraît utile, une actualisation de cette définition par l'ajout du membre de phrase « et leur âge chronologique subjectif ». En effet, la perception d'un âge chronologique donné, exprimé en années, qu'il s'agisse d'une personne plus ou moins jeune ou âgée, peut entraîner des préjugés. Vous savez vous-mêmes que certains États membres, conscients du problème, ont légiféré et pris au stade de la mise en œuvre de l'article 13 des dispositions pour lutter contre la discrimination fondée sur des motifs subjectifs, bien que les directives concernées ne mentionnent pas explicitement la discrimination fondée sur des motifs subjectifs.²⁰ Il ne semble pas non plus que l'âge ait fait l'objet d'une définition dans la législation de mise en œuvre des états membres dans laquelle « l'âge est généralement considéré comme une caractéristique objective dont la signification est naturelle ».²¹

¹⁷ A. Walker et T. Maltby, 'Age in Europe', (L'âge en Europe) (Open University Press, 1997), p. 9.

¹⁸ J. Ilmarinen, 'Ageing Workers in Finland and in the European Union: Their Situation and the Promotion of Their Working Ability, Employability and Employment', (Les travailleurs âgés en Finlande et dans l'Union européenne: leur situation et la promotion de leur aptitude au travail, employabilité et emploi) (2001) Vol. 2, No. 4 *Geneva Papers on Risk and Insurance*, pp. 623-641.

¹⁹ C. Oswick et P. Rosenthal dans M. Noon et E. Ogbonna, 'Equality, Diversity and Disadvantage in Employment' (Égalité, diversité et handicap sur le marché de l'emploi), (Palgrave, 2001) p. 9 et Stein et al., 'Age and the University Workplace: A case Study of Remaining, Retiring or Returning Older Workers' (L'âge et l'emploi à l'université: études de cas de personnels âgés, en poste, au moment du départ à la retraite ou du retour à l'université), *Human Resource Development Quarterly*, 11:1 (printemps 2000), p. 73.

²⁰ L'Irlande par exemple.

²¹ Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de la non-discrimination, *European Anti-Discrimination Law Review*, Publication No. 4, novembre 2006, p. 24.

Une définition physiologique de l'âge et du vieillissement au travail ferait apparaître que le vieillissement est un processus éminemment individuel, elle serait plus humaine, plus fidèle à la réalité et plus pointue que l'approche chronologique pour rendre compte des capacités fonctionnelles. Et ceci en dépit des obstacles psychologiques et logistiques rencontrés par les employeurs (et les salariés aussi d'ailleurs) en ce qui concerne les tests individuels réalisés régulièrement et légitimement dans certaines professions, par exemple les pilotes de ligne. Se baser sur l'âge chronologique pour autoriser ou refuser l'accès à l'emploi, c'est faire abstraction du caractère hétérogène de la population âgée, celle des travailleurs en particulier, l'individu, la personne étant occultée par leur âge, exprimé uniquement en nombre d'années. Cela revient à classer les êtres humains par catégories, ce qui constitue une violation de la dignité de l'homme, alors que celle-ci, comme nous le rappelle Lung-chu Chen, s'étend sur l'ensemble de la vie.²²

La directive emploi et travail et l'âge²³

Les considérants et les dispositions concernant l'âge sont multiples dans la directive. Trois grandes catégories régissent la question de la non-application ou de la non-application potentielle (sur la base du choix ou de la justification).

On trouve dans la première catégorie deux domaines qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive alors que normalement ils concernent l'âge, à savoir :

- Le considérant 14 stipule que la présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite. Ceci dit, l'arrêt *Palacios de la Villa* a précisé les choses, ainsi que nous le verrons plus tard.
- L'article 3.3 exclut les versements effectués par les régimes publics, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale.

On peut estimer que, sans cette disposition, la législation sur la sécurité sociale devenait inapplicable et que, en l'absence de compromis politique sur ce point, l'âge n'aurait pas été inclus dans la directive.

D'après mes informations, le considérant 14 ne figurait pas dans le texte de la proposition de directive, mais a été introduit ultérieurement, principalement à la requête du gouvernement britannique.

La deuxième catégorie autorise les États membres à exclure de fait deux domaines auxquels ne s'appliquent plus alors les dispositions relatives à l'âge. Il s'agit de:

- L'article 3.4 qui autorise les États membres à ne pas appliquer aux forces armées les dispositions de la directive concernant les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge.²⁴

²² Voir Lung-chu Chen ci-dessous p. 169-171. Il nous rappelle également p. 171 que « la meilleure façon de respecter la dignité de l'homme, c'est de traiter chaque individu selon ses capacités et ses potentialités uniques ».

²³ Cette section est une adaptation de H. Meenan, 'Age Discrimination - Of Cinderella and *The Golden Bough*' (la discrimination fondée sur l'âge – Cendrillon et Le Rameau Doré), voir ci-dessus pp. 295-297.

²⁴ Un petit nombre d'États membres, dont l'Allemagne, ont revendiqué cette clause. Au Danemark, les forces armées peuvent solliciter auprès du ministère l'autorisation d'exclure certains candidats à certains postes en fonction de leur âge ou de leur handicap, sur la base des qualifications

- L'article 6.2 qui autorise les États membres à prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe.

Là encore, l'article 6.2 garantit l'applicabilité de la législation et le bon fonctionnement des systèmes nationaux de sécurité sociale. C'est le gouvernement britannique qui a demandé l'introduction de l'article 3.4.²⁵

La troisième catégorie ne comporte qu'une seule disposition – l'article 6.1, unique en son genre parmi toutes les dispositions adoptées en 2000 en matière de lutte contre la discrimination, dans la mesure où il permet aux États membres de justifier dans certains cas la discrimination directe fondée uniquement sur l'âge. Le libellé de l'article 6.1 est plutôt vague²⁶ et constitue sans doute la disposition la plus susceptible d'interprétation de toute la législation anti-discrimination.

- L'article 6.1 autorise les États à 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** ». (Caractères gras ajoutés par l'auteur).

Cela permet soit d'exclure du champ d'application, soit de ne pas appliquer une disposition.

En dehors de ces trois catégories, deux considérants permettent de mieux cerner la notion d'âge retenue dans la directive. Le considérant 17 indique que

« La présente 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, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées ».

Le considérant 25 indique que

« Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs

professionnelles spécifiées requises. En revanche, à Malte, les dispositions ne s'appliquent pas aux forces armées, pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge; voir *European anti-Discrimination Law Review*, Numéro 1, avril 2005 p. 44 et p. 61 respectivement.

²⁵ A. Evans-Pritchard 'Business criticises EU ban on jobs bias' (les milieux d'affaires critiquent l'interdiction par l'UE des distorsions sur le marché du travail), *Daily Telegraph*, 18 Octobre 2000.

²⁶ John Cridland, CBI est cité dans l'article du *Daily Telegraph*, article susmentionné, pour avoir déclaré que la clause concernant l'âge « laisse en suspens un trop grand nombre de questions ».

légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites ». Ce considérant renforce les dispositions de l'article 6.1 et la CJCE, dans l'affaire *Palacios de la Villa*, s'est efforcée de préciser le type de facteurs susceptibles de justifier des dispositions en matière d'âge différentes selon les États membres.

La jurisprudence la plus récente et une définition plus pointue de l'âge

Si le critère de l'âge était moins bien défini que les autres motifs énoncés l'article 13, cela n'est plus vrai depuis l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Mangold v Rudiger Helm*.²⁷ Il s'agit de la première affaire dont a été saisie la Cour européenne de justice concernant les motifs énoncés à l'article 13 et qui lui a permis de préciser que la directive emploi et travail ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.²⁸ La source de toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle se trouve plutôt dans divers instruments internationaux et dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres.²⁹ La Cour par conséquent (et sans préciser quel instrument international ou de quelles traditions constitutionnelles représentent la source principale) a statué que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge constitue un principe général du droit communautaire,³⁰ ce qui implique en fait que ce principe était préexistant en droit communautaire. Ce faisant, la CJCE établit visiblement un lien fort entre ses méthodes traditionnelles d'établir les principes généraux et la directive emploi et travail.

L'arrêt rendu ultérieurement dans l'affaire *Sonia Chacon Navas v Eurest Colectividades SA*³¹ portant sur la discrimination fondée sur le handicap semble remettre en cause cette approche, puisque le Cour a refusé d'étendre le champ d'application de l'article 13 par voie d'interprétation ou d'analogie, au motif que « certes, au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire figure le principe général de non-discrimination ... Toutefois, il n'en résulte pas que le champ d'application de la directive 2000/78 doit être étendu par analogie au-delà des discriminations fondées sur les motifs énumérés de manière exhaustive à l'article 1 de celle-ci ».³²

***Mangold* mis à nu**

Chacun sait que l'affaire *Mangold* porte sur la question de savoir si la loi allemande autorisant les employeurs à proposer sans justification objective à tous les salariés âgés de plus de 52 ans des contrats de travail à durée déterminée (CDD) était compatible avec l'article 6.1 de la directive emploi et travail. Cette limite d'âge avait été provisoirement abaissée de 58 à 52 ans jusqu'au 31 décembre 2006, quelques semaines après la date autorisée prolongée de mise en œuvre de la directive âge et handicap. L'avocat-général Tizzano avait déjà fait remarqué que l'abaissement de l'âge rejoignait les indications fournies par le gouvernement allemand dans son

²⁷ Affaire C-144/04, arrêt du 22 November 2005.

²⁸ Paragraphe 74.

²⁹ Idem.

³⁰ Paragraphe 75.

³¹ Affaire C-13/05, arrêt du 11 juillet 2006.

³² Paragraphe 56.

rapport, où il évoquait les piètres chances des salariés de plus de 55 ans de trouver un emploi. La CJCE a confirmé que les abaissements successifs de l'âge à partir duquel un salarié peut se voir proposer un CDD étaient justifiés par la nécessité de promouvoir l'emploi des personnes âgées.³³

La question de fond posée à la CJCE était celle de savoir si l'article 6.1 de la directive 200/78 s'oppose à une loi nationale autorisant la conclusion de CDD avec des salariés de 52 ans et plus, et ce sans raison objective. La CJCE a examiné la disposition de la loi allemande en vertu des trois considérations énoncées à l'article 6.1 et a formulé les conclusions suivantes :

Considération I – La mesure introduit une différence de traitement fondée sur l'âge.

Niveau II – La Cour a jugé que l'insertion professionnelle des travailleurs âgés est un objectif légitime qui justifie de « façon objective et raisonnable » une différence de traitement.

Niveau III – La Cour s'est interrogé sur le caractère approprié et nécessaire de la mesure. La CJCE a estimé que les moyens mis en œuvre étaient disproportionnés. Bien que « Les États membres disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi »,³⁴ la Cour a estimé que :

1) l'application de cette loi crée une situation dans laquelle tous les salariés ayant atteint l'âge de 52 ans, sans distinction, qu'ils aient ou non été en situation de chômage avant le CDD

« peuvent valablement, jusqu'à l'âge auquel ils pourront faire valoir leur droit à une pension de retraite, se voir proposer des contrats de travail à durée déterminée, susceptibles d'être reconduits un nombre indéfini de fois. Cette catégorie importante de travailleurs, déterminée exclusivement 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 ».³⁵

2) La CJCE a fermement réfuté que l'âge d'un travailleur soit le seul critère retenu pour l'octroi d'un CDD, sans preuve que ce seuil de 52 ans est une nécessité objective pour garantir l'insertion professionnelle des travailleurs âgés, « indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé ».³⁶

En parvenant à ces conclusions, la CJCE a surmonté les obstacles suivants, plus ou moins importants :

- La date de mise en œuvre n'avait pas encore expiré.³⁷
- L'abaissement de l'âge de 58 à 52 ans n'avait aucun rapport avec la transposition de la directive emploi et travail.

³³ Paragraphe 53 et 59.

³⁴ Paragraphe 63.

³⁵ Paragraphe 64.

³⁶ Paragraphe 65.

³⁷ La jurisprudence existante a établi que les États membres doivent s'abstenir de prendre des mesures contraires à la directive pendant le délai de transposition, paragraphe 66-68.

- La loi allemande arrivait à expiration le 31 décembre 2006.
- La question de l'effet horizontal direct, dans la mesure où cette affaire concernait effectivement deux personnes privées, M. Mangold et son employeur privé, M. Helm.

La CJCE a statué *inter alia* sur la base du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, qui prime dans le cas d'espèce sur le fait que le délai de transposition n'avait pas encore expiré.³⁸

En statuant que l'article 6.1 s'oppose à une telle règle, la CJCE a nettement été influencée par les restrictions apportées à la protection des travailleurs de 52 ans et plus en matière d'emploi. Ceci dit, elle aurait tout aussi bien pu examiner la question de l'abaissement de l'âge à 52 ans à la lumière de l'augmentation de l'espérance de vie qui veut que beaucoup d'entre nous peuvent espérer atteindre au moins l'âge de 80 ans et qui obligera de nombreuses personnes à travailler plus longtemps pour financer ces années supplémentaires. D'autre part, la Cour aurait pu se pencher sur les conséquences de cette loi sur les femmes, dont les carrières sont caractérisées par des interruptions et ne présentent pas les mêmes spécificités que celles des hommes, en raison de nombreux facteurs tels qu'éducation et prise en charge des enfants, salaires inférieurs, emploi subalterne, travail atypique et discrimination fondée sur le sexe.³⁹ C'est pourquoi les femmes âgées de plus de 52 ans ont incontestablement plus besoin que les hommes d'un emploi stable et de la possibilité de pouvoir continuer de cotiser aux régimes de retraite. En fait, la directive emploi et travail, qui ne porte certes pas sur la discrimination fondée sur le sexe, fait néanmoins référence au fait que les femmes sont souvent victimes de discrimination.⁴⁰

Palacios de la Villa

Le 16 octobre 2007, la Grande Chambre de la CJCE a prononcé son arrêt dans l'affaire *Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*.⁴¹ La CJCE a statué que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge contenue dans la directive ne s'opposait pas à une loi espagnole autorisant légalement, dans les conventions collectives, des dispositions en matière de rupture de plein droit de la relation d'emploi, le seul critère étant que les travailleurs aient atteint l'âge de 65 ans et satisfassent aux conditions pour bénéficier d'une pension de retraite conformément à la législation sur la sécurité sociale en vigueur.

Dans cet arrêt, la Cour a précisé le sens du considérant 14 de la directive qui indique que « la présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite ». Avant cet arrêt, le sens précis de ce considérant n'était pas parfaitement connu. Selon la Cour, « le considérant se borne à préciser que **la directive n'affecte pas la compétence des États membres pour déterminer les âges d'admission à la retraite** et ne s'oppose aucunement à l'application de la directive aux mesures nationales régissant les conditions de cessation d'un contrat

³⁸ Paragraphe 76.

³⁹ H. Meenan, 'Age discrimination – Of Cinderella and *The Golden Bough*' (*la discrimination fondée sur l'âge - Cendrillon et Le Rameau Doré*), dans H. Meenan Ed. supra, p. 288.

⁴⁰ Considérant 3 et article 6.2.

⁴¹ Affaire C-411/05.

lorsque l'âge de la retraite, ainsi fixé, est atteint ». ⁴² (Caractères gras ajoutés par l'auteur) Dans la mesure où la loi espagnole autorise la rupture de plein droit d'une relation d'emploi et que cela détermine la possibilité pour le travailleur de trouver un emploi, lui empêchant la participation future à la vie active, la directive s'applique à ce dernier. ⁴³

La question de fond posée à la Cour était de savoir si le principe d'égalité de traitement en fonction de l'âge énoncé à l'article 13 CE et l'article 2.1 de la directive s'oppose à une loi nationale qui prévoit que les clauses contenues dans des conventions collectives applicables en matière de retraite sont légales, en vertu du seul critère que le travailleur a atteint l'âge de la retraite et satisfait aux critères pour bénéficier d'une pension de retraite conformément à la législation sur la sécurité sociale.

La Cour a appliqué les trois considérations de l'article 6.1 de la directive.

Considération I – La loi concernée introduit une différence de traitement directement fondée sur l'âge.

Considération II (but visé) – La Cour a accepté de considérer que la loi a été adoptée « dans le cadre d'une politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations ». ⁴⁴ Dans la mesure où la loi elle-même ne mentionne pas cet objectif de façon explicite, la Cour l'a jugée dans son contexte général et en fonction de son but implicite. Après cet examen, la Cour a estimé que « la disposition vise donc à réguler le marché national de l'emploi, notamment aux fins d'enrayer le chômage » et que la légitimité d'un tel objectif ne serait être raisonnablement mise en doute. ⁴⁵

Considération III (moyens mis en œuvre) – La Cour s'est interrogée sur le caractère « approprié et nécessaire » de ces moyens. Dans le droit fil de *Mangold*, elle a constaté que « les partenaires sociaux au niveau national disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé ... mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser ». ⁴⁶ La Cour a fait référence au considérant 25 de la directive qui reconnaît que des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées et appellent donc des « dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres ». Ceci dit, une fois de plus, la Cour a tenté de préciser le contenu du considérant 25 en statuant que

« tel est notamment le cas en ce qui concerne le choix que peuvent être amenés à effectuer les autorités nationales compétentes concernées, en fonction de considérations d'ordre politique, économique, social, démographique et/ou budgétaire et eu égard à la situation telle qu'elle se présente concrètement sur le marché du travail d'un État membre déterminé, d'allonger la durée de vie active

⁴² Paragraphe 44.

⁴³ Paragraphe 45.

⁴⁴ Paragraphe 53.

⁴⁵ Paragraphes 62 et 64.

⁴⁶ Paragraphe 68.

des travailleurs ou, au contraire, de prévoir le départ à la retraite plus précoce de ces derniers ».⁴⁷

Il est certes encourageant de voir la CJCE se préoccuper quelque peu de démographie, mais il est potentiellement alarmant qu'elle fasse référence dans ce contexte à des considérations budgétaires ou politiques. La Cour indique ensuite que les autorités compétentes au niveau national, régional et sectoriel doivent « bénéficier de la possibilité de modifier les moyens mis en œuvre ... en les adaptant à l'évolution de la situation de l'emploi dans l'État membre concerné ».⁴⁸ Ainsi, il incombe « aux autorités compétentes des États membres de trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence ».⁴⁹

A la fin de son arrêt, la CJCE fait référence à l'objectif légitime « consistant à promouvoir le plein emploi en favorisant l'accès au marché du travail » et déclare que « les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif d'intérêt général **n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires** à cet effet ».⁵⁰ (Caractères gras ajoutés par l'auteur).

Dans *Palacios de la Villa*, l'âge n'était pas le seul critère pour la mise à la retraite d'office à 65 ans. La Cour semble avoir été impressionnée par le deuxième critère, à savoir que les travailleurs puissent prétendre à une pension de retraite et que les partenaires sociaux aient la faculté de faire usage, par voie de législation nationale, du mécanisme de mise à la retraite d'office, de sorte qu'il puisse être dûment tenu compte non seulement de la situation globale du marché du travail concerné, mais également des caractéristiques propres aux emplois en cause.⁵¹ Pour reprendre la formule de la Cour, les partenaires sociaux jouissent d'une « flexibilité non négligeable ».⁵²

D'après la version anglaise de l'arrêt, ainsi que je l'ai indiqué précédemment, il semblerait que la Cour n'ait, dans le cas d'espèce, accordé que très peu d'importance à la troisième considération de l'article 6.1. Il y a éventuellement un contraste curieux en ce qui concerne les développements en matière de justification de la discrimination **indirecte** en Irlande, depuis qu'il existe une certaine convergence entre la justification objective de la discrimination indirecte fondée sur le sexe au niveau de l'UE et au niveau des États membres (en Irlande et dans d'autres autres juridictions), la discrimination indirecte fondée sur tous les motifs contenus dans la directive emploi et travail, la discrimination directe fondée sur l'âge dans la directive emploi et travail, et la discrimination directe fondée sur l'âge de l'article 6.1 de la directive emploi et travail (bien que l'article 6.1 stipule « objectivement **et raisonnablement** justifiées par un objectif légitime », par exemple.

Le « Employment Equality Act », la loi sur l'égalité de traitement en matière d'emploi de 1998, qui a servi de modèle pour la directive, disposait à l'origine que le respect, en toutes circonstances, de la notion de raisonnable constituait une protection

⁴⁷ Paragraphe 69.

⁴⁸ Paragraphe 70.

⁴⁹ Paragraphe 71.

⁵⁰ Paragraphes 72 et 77.

⁵¹ Paragraphes 73 et 74.

⁵² Paragraphe 74.

contre la discrimination indirecte. La loi de 2004 (Equality Act) sur l'égalité de traitement en matière d'emploi a amendé cette loi, dont le nouveau texte a été aligné sur le libellé de l'article 2.2(b) de la directive et définit la discrimination indirecte en fonction de neuf motifs, dont le sexe et l'âge. Dans l'affaire *NBK Designs v Marie Inoue*,⁵³ une affaire portant sur la discrimination en fonction surtout du sexe⁵⁴ et non de l'âge, le Irish Labour Court (Tribunal irlandais du Travail) a statué que la disposition doit d'une part satisfaire à une nécessité réelle⁵⁵ de la part de l'entreprise et d'autre part être appropriée à l'objectif et nécessaire. Le Tribunal est allé au-delà de la notion de raisonnable⁵⁶ et a procédé à la vérification du caractère « **essentiel** » de la disposition.⁵⁷

Le Tribunal du Travail a examiné le caractère approprié et nécessaire des moyens mis en œuvre, les éléments de justification, et a conclu : « de l'avis du Tribunal, la somme des avantages retirés par l'employeur par rapport à l'effet discriminatoire de la méthode utilisée pour l'obtenir, ne satisfait pas au critère de proportionnalité ». Le tribunal a statué que l'employeur doit prouver qu'il n'existaient pas d'autres moyens pour atteindre l'objectif concerné, dont l'effet serait moins discriminatoire. Il a estimé que l'employeur n'avait pas satisfait au test de proportionnalité et au test des moyens alternatifs.

Dans l'affaire *Palacios de la Villa*, la CJCE a statué qu'il incombait aux autorités compétentes des États membres de trouver un juste équilibre entre les intérêts en présence.⁵⁸ Ceci est conforme à la large marge d'appréciation dont disposent les États membres dans la poursuite d'un objectif particulier et le choix des moyens pour l'atteindre.⁵⁹ Néanmoins, des considérations plus générales, telles que le vieillissement de la population ou l'augmentation considérable de l'espérance de vie, devraient inciter la CJCE à s'écarter de sa position non-interventionniste et à adopter une ligne plus indicative sur la question de l'accès à l'emploi, de la protection des travailleurs âgés et de la solidarité entre les générations. La question des moyens alternatifs pour atteindre l'objectif concerné pourrait un jour permettre d'imaginer une meilleure protection des travailleurs âgés, dans la mesure où la mise à la retraite d'office constitue un des meilleurs exemples de la discrimination directe fondée sur l'âge. Les conventions collectives avaient la même application universelle dans ce secteur que la limite d'âge pour les CDD dans *Mangold*. Néanmoins, dans *Palacios de la Villa*, il s'agissait d'un âge beaucoup plus réaliste, à savoir 65 ans, (bien que cet âge paraisse de plus en plus jeune en raison de l'augmentation de l'espérance de vie), auquel s'ajoutait la protection qu'offre une pension de retraite.

⁵³ Arrêt du 25 novembre 2002, Labour Court ED/02/34 détermination EED 0212.

⁵⁴ Cela porte également sur les motifs liés à l'état civil (statut marital et familial), couverts eux aussi par le Irish Employment Equality Act 1998 (loi irlandaise sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail), tel qu'amendée par le Equality Act (loi sur l'égalité de traitement) de 2004.

⁵⁵ Sur la base du test de la justification objective défini dans *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, affaire 170/84 (1986) ECR 1607

⁵⁶ Conformément à la jurisprudence irlandaise antérieure.

⁵⁷ En dehors de l'arrêt du Tribunal du travail, voir les commentaires de Michelle N. Longain dans 'The ABC of PQE', *Gazette of the Law Society of Ireland*, (2006) 100(8) pp. 22-23, 25 et 27, p. 25.

⁵⁸ Paragraphe 71.

⁵⁹ Paragraphe 68.

La menace qui pèse sur les dispositions existantes au Royaume-Uni en matière de mise à la retraite d'office à l'âge de 65 ans

Le 24 juillet 2007, la Cour suprême d'Angleterre a saisi la CJCE d'un certain nombre de questions dans une affaire où un employeur souhaitait licencier un travailleur âgé ayant atteint l'âge légal de la retraite (ALR), ou en cas d'absence d'ALR, l'âge de 65 ans (âge de mise à la retraite d'office).⁶⁰ Les questions contenues dans l'affaire *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (on the Application of the National Council on Ageing (Age Concern England)) v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* sont les suivantes :

« 1. Âges de départ à la retraite nationaux et champ d'application de la directive

- (i) Le champ d'application de la directive s'étend-il aux dispositions nationales autorisant les employeurs à licencier des travailleurs âgés de 65 ans ou plus pour cause de départ à la retraite?
- (ii) Le champ d'application de la directive s'étend-il aux dispositions nationales autorisant les employeurs à licencier des travailleurs âgés de 65 ans ou plus pour cause de départ à la retraite lorsque ces dispositions ont été introduites après l'adoption de la directive ?
- (iii) A la lumière des réponses à (i) et (ii) susmentionnées
 - (1) la section 109 et/ou 156 de la loi de 1996, et/ou
 - (2) les règlements 30 and 7, combinés avec les annexes 8 et 6 des règlements, constituent-elles des dispositions nationales en matière de fixation de l'âge de départ à la retraite au sens du considérant 14 ?

2. Définition de la discrimination directe en fonction de l'âge: défense de la justification

- (iv) L'article 6.1 de la directive autorise-t-il les États membres à introduire une législation qui prévoit qu'une différence de traitement fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination, dans la mesure où elle constitue un moyen proportionné d'atteindre un but légitime, ou l'article 6.1 fait-il obligation aux États membres de définir le type de différences de traitement qui peuvent être ainsi justifiées, par le biais d'une liste ou d'une autre mesure similaire dans sa forme et son contenu à l'article 6.1 ?

3. Test pour la justification de la discrimination directe ou indirecte

- (v) Y-a-t-il une différence pratique significative, et si oui laquelle, entre le test de justification de l'article 2.2 de la directive en ce qui concerne la discrimination indirecte et le test de justification en ce qui concerne la discrimination directe fondée sur l'âge de l'article 6.1 de la directive ? »⁶¹

Les premières réactions au Royaume-Uni après l'arrêt *Palacios de la Villa* étaient pessimistes à propos de l'affaire *Age Concern*, dont la Cour n'aura pas à connaître

⁶⁰ Voir paragraphe 30 du 'Employment Equality (Age) Regulations' (Règlement sur l'égalité de traitement (âge)), 2006.

⁶¹ Tiré du site internet de Age Concern England et disponible sur <http://www.ageconcern.org.uk/AgeConcern/6181A345BF3B44E2AB4521A1CF45F6F5.asp>

avant fin 2008 ou 2009. L'arrêt *Palacios de la Villa* aura sans doute un certain impact sur le premier groupe de questions susmentionnées, néanmoins je pense qu'il existe une certaine marge d'appréciation pour évaluer la législation anglaise à la lumière des divers éléments contenus dans l'article 6.1, même si la Cour suprême anglaise n'a pas formulé explicitement cette requête.

Autres affaires pendantes devant la CJCE

Au moment de la rédaction de cet article, deux autres affaires sont pendantes devant la CJCE, à savoir

Affaire C-427/06 *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, pose inter alia les questions suivantes:

Le droit primaire des Communautés européennes contient-il une interdiction de la discrimination fondée sur l'âge dont le respect doit être garanti par les États membres, même si le traitement éventuellement discriminatoire n'a aucun lien avec le droit communautaire ?

Et

Une disposition contenue dans un régime de pension de retraite complémentaire qui prévoit que la pension de réversion ne sera pas versée à un conjoint, lorsque le survivant a 15 ans de moins que le travailleur décédé, entre-t-elle dans le champ d'application des dispositions interdisant la discrimination fondée sur l'âge ?

Affaire C-277/04, qui, et c'est intéressant, est un appel contre un arrêt du Tribunal de Première Instance dans un affaire de personnel, *Maria-Luise Lindorfer v Conseil de l'Union européenne*. Le premier et le second⁶² avocat-général estiment tous les deux que cette affaire concerne une discrimination uniquement fondée sur le sexe et non sur l'âge. Il s'agit de droits à une pension de retraite.

Conclusion

Il ne fait aucun doute que l'âge avait tout à gagner à être introduit dans l'article 13 CE et dans la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Ceci dit, la définition de la notion d'âge qui sous-tend la directive reste un processus en cours. Les arrêts rendus à titre préjudiciel et d'éventuels amendements à la directive dans le futur permettront petit à petit d'y voir plus clair. Reste la question récurrente de savoir si l'article 6.1 de la directive était vraiment nécessaire⁶³ à la lumière des nombreux considérants sur l'âge et les possibilités offertes par la directive d'exclure l'application des dispositions sur l'âge, en particulier le considérant 17, marqué au coin du bon sens. Pour citer Lung-chu Chen « le critère approprié est de savoir si une personne est en mesure d'effectuer la tâche requise, et non sa date de naissance ».⁶⁴

⁶² Avocats-général Jacobs et Sharpston, respectivement.

⁶³ Bien que son importance ne saurait être niée, puisqu'il garantit l'inclusion de l'âge dans la directive, peut-être son utilité pourrait-elle faire l'objet d'un réexamen.

⁶⁴ Lung-chu Chen, 'Aging: A new Human Rights Concern-A Policy-Oriented Perspective' (le vieillissement: une nouvelle préoccupation en ce qui concerne les droits de l'homme- une perspective orientée vers la politique), *American Society of International Law Proceedings*, 1987, 38, pp. 164-179, p. 171.

Un jour, l'auteur Kurt Vonnegut a demandé à son fils « quel est le sens de la vie ? » Et son fils lui a répondu « Père, nous sommes sur terre pour nous aider les uns les autres à nous débrouiller, quel que soit le sens de la vie ». ⁶⁵ Dans cet ordre d'esprit, je ne suis pas convaincue quant à moi que nous ayons trouvé le meilleur moyen de nous aider nous-mêmes et les uns les autres à relever les défis (et les chances) que représente l'évolution démographique, en particulier en ce qui concerne la répartition du travail entre jeunes et moins jeunes. Mais j'admets volontiers que ce n'est pas tâche facile.

⁶⁵ Kurt Vonnegut, *A man without a country (Un homme sans pays)*, (Bloomsbury, Great Britain, (2007)), p. 66.