

Développements de la jurisprudence européenne relative à la discrimination fondée sur l'âge

1. Ce document traite des récents développements de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge. En résumé, il fait le point sur la question de savoir s'il est possible de se fonder sur un principe général du droit communautaire pour interdire la discrimination fondée sur l'âge. Il aborde également les premiers éléments d'interprétation donnés par la Cour en ce qui concerne l'article 6 de la directive du Conseil 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) (ci-après "la directive")

2. L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge figure à l'article 13 du traité CE. La directive traduit l'action de la Communauté selon l'article 13 CE.

« Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

3. La directive constitue un exemple spécifique de la règle de l'égalité de traitement définie par la législation européenne. C'est ce qu'indiquent sans ambiguïté les articles 1 et 2 -

Article 1

Objet

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur ... l'âge... en vue de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement.

Article 2

Concept de discrimination

1. *Aux fins de la présente directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1.*

2. *Aux fins du paragraphe 1:*

(a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ...

(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... 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, ou que ...

4. L'article 6, paragraphe 1, de la directive dispose

Article 6

Justification des différences de traitement fondées sur l'âge

1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

(a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ;

(b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ;

(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 d'emploi raisonnable avant la retraite.

5. Le principe de l'égalité de traitement est un principe fondamental¹ de la Communauté européenne et en constitue une des fondements, ainsi que la Cour de justice l'a indiqué dans l'arrêt concernant l' **Affaire C-381/99 Brunnhofer contre Bank Der Österreichischen Postsparkasse Ag** au point [28] -

... ce principe, interdisant de traiter de manière différente des situations comparables, à moins que la différenciation ne soit objectivement justifiée, fait partie des fondements de la Communauté.

¹ Cela figure également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article 21 dispose que « 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Mangold

6. Dans l'affaire (C-144/04) **Mangold contre Helm** le paragraphe 14, paragraphe 3, de la loi allemande² (la législation nationale), par laquelle la directive 1999/70 CE³ a été mise en œuvre dans la législation allemande contient des dispositions en ce qui concerne certaines catégories de contrats à durée déterminée. La conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée n'est pas subordonnée à l'existence d'une raison objective lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans au moment où la relation de travail à durée déterminée a commencé.

7. Le plaignant était un homme âgé de 56 ans. Il avait signé un contrat de travail avec la défenderesse. L'article 5 de contrat disposait que « la durée du contrat est fondée sur la disposition légale visant à faciliter la conclusion de contrats de travail à durée déterminée avec des travailleurs âgés », en raison de l'âge du travailleur.

8. Selon M. Mangold, ledit article 5 du contrat était incompatible avec la directive de 1999 et la directive du Conseil 2000/78 CE. Il a engagé une action devant l'Arbeitsgericht München contre la défenderesse qui a fait valoir que, même si l'article 14, paragraphe 3, de la loi nationale ne prévoit pas expressément de telles conditions restrictives dans le cas des travailleurs âgés, il existe bien une raison objective, au sens de la clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre relatif aux contrats à durée déterminée justifiant la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée, à savoir la difficulté pour ces travailleurs de trouver un emploi.

9. Le tribunal allemand saisi a éprouvé des doutes sur la compatibilité de l'article 14, paragraphe 3, avec la législation communautaire et a posé à la Cour un certain nombre de questions préjudicielles, parmi lesquelles celle de savoir si l'article 6 de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui autorise à assortir d'une durée déterminée les contrats de travail des salariés âgés de 52 ans ou plus, et ce sans raison objective, contrairement au principe qui exige une telle raison objective. La juridiction de renvoi voulait également savoir si elle devait écarter la réglementation nationale contraire au droit communautaire et appliquer le principe général du droit interne en vertu duquel il n'est autorisé de fixer des durées déterminées que pour une raison objective.

10. La Cour de justice a indiqué dans son interprétation de l'article 6 que celui-ci a pour objectif de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, dans la mesure où ces derniers se heurtent à des difficultés importantes pour retrouver un emploi. La légitimité d'un tel objectif ne saurait être mise en doute et peut être considérée comme justifiant « objectivement et raisonnablement » une différence de traitement fondée sur l'âge, conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

11. Par conséquent, l'application de cette législation nationale aboutit à une situation dans laquelle tous les travailleurs ayant atteint l'âge de 52 ans ou plus, qu'ils aient été ou non en situation de chômage avant la conclusion du contrat et quelle qu'ait été la durée de la période de chômage éventuelle, peuvent valablement, jusqu'à

² Sur le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée et portant modification et abrogation des dispositions du droit du travail

³ En ce qui concerne l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée

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.

12. Ils sont exclus durant une partie substantielle de la carrière professionnelle, uniquement en fonction de l'âge, du bénéfice de la stabilité de l'emploi, laquelle constitue pourtant un élément majeur de la protection des travailleurs.

13. Une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

14. Le respect du principe de proportionnalité implique que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché. Une telle législation nationale ne saurait donc être justifiée au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 CE (voir points 64 et 65 de l'arrêt). La Cour a appliqué les mêmes principes dans l'arrêt **Lommers contre Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij**, Affaire C-476/99.

15. La Cour a également indiqué que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge constituait un principe général de la législation communautaire.

“74. En second lieu et surtout, la directive 2000/78 ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. En effet, au terme de son article 1^{er}, cette directive a uniquement pour objet « d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination trouvant sa source, ainsi qu'il ressort des premier et quatrième considérants de ladite directive, dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres.

75. Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire. Dès lors qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application de ce dernier, ce qui est le cas de l'article 14, paragraphe 3, du TzBfG, modifié par la loi 2002, en tant que mesure de mise en œuvre de la directive 1999/70 (voir, à cet égard, également les points 51 et 64 du présent arrêt), la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de la réglementation avec un tel principe (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 2002, *Caballero contre Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)* Affaire C-442/00 [2002] Rec. I-11915, points 30-32).

76. En conséquence, le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge, notamment en ce qui concerne l'organisation des voies de recours appropriées, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions, le dialogue social, les actions positives et d'autres mesures spécifiques de mise en œuvre d'une telle directive ».

16. Cette affaire fixe les termes du débat mené au sein de la Cour quant à la place à accorder à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge dans le contexte des domaines protégés par la directive.

Lindorfer

17. L'arrêt **Mangold** a eu des implications directes et pratiques sur une affaire particulière, l'affaire **C-227/04 P Maria-Luise Lindorfer contre Conseil de l'Union européenne**. Cette affaire concernait un agent des Communautés, Mme Lindorfer, et le calcul des bonifications d'annuités au moment du transfert au régime communautaire des droits à pension acquis précédemment au titre du régime national. L'avocat général Jacobs avait rendu ses conclusions avant que n'intervienne l'arrêt Mangold. Après le prononcé de cet arrêt, la Cour a estimé toutefois avoir besoin d'un nouvel avis de l'avocat général sur cette affaire, en particulier en ce qu'elle touche à la question de la discrimination fondée sur l'âge.

18. Le point 74 de l'arrêt Mangold a été retenu comme point de départ. Les parties dans l'affaire **Lindorfer** ont été priées de présenter leurs observations sur les points suivants :

(a) l'application du principe général de l'égalité de traitement, en particulier la mesure dans laquelle la situation d'un fonctionnaire entrant au service des institutions communautaires après avoir adhéré pendant une certaine période à un système national de pension est comparable à celle d'un fonctionnaire étant entré directement à ce même service à un âge plus jeune ;

(b) la portée de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge dans les mêmes conditions, à la lumière de l'arrêt *Mangold* ; et

(c) la justification éventuelle par le « principe de capitalisation » d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'âge en cas de transfert des droits acquis dans le cadre d'un régime national de pensions vers le régime communautaire de pensions caractérisé essentiellement par le principe de solidarité.

19. Dans son analyse de l'arrêt Mangold, l'avocat général Sharpston revient sur la proposition de l'avocat général Jacobs selon laquelle l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge « doit, tant en raison de sa nature même que de son histoire, être interprétée et appliquée moins rigoureusement que l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe. » Il est manifeste que la Cour, dans l'arrêt Mangold, n'a pas suivi cette proposition qui demeure néanmoins une opinion durable et réapparaît sous différentes formes dans les quelques affaires qui ont suivi.

20. L'avocat général Sharpston estime:

55. Dans son arrêt, la Cour a souligné que le principe même de l'interdiction des formes de discrimination identifiées par l'article 1^{er} de la directive 2000/78 trouvait sa source dans différents instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres (25). Elle faisait en cela sûrement référence *au principe général d'égalité*. L'interdiction spécifique de toute discrimination fondée sur l'âge est, tant dans le contexte national qu'international, trop récente et trop peu uniforme pour correspondre à cette description (26). En revanche, le droit à l'égalité devant la loi, qui peut être considéré comme sa source principale, est fondamental dans les systèmes juridiques des États membres (27).

56. Il semble donc logique de comprendre le point 74 de l'arrêt et le préambule de la directive 2000/78 en ce sens que l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge qui, comme d'autres interdictions de discriminations fondées sur des motifs particuliers, constitue une « expression spécifique du principe général d'égalité ..., fait partie des fondements de la Communauté » (28).

57. Il est vrai que les points 74 à 78 de l'arrêt font référence tantôt au principe général de l'égalité de traitement, tantôt au principe de non-discrimination fondée sur l'âge. Dans la mesure où le point 75 peut être compris comme ayant identifié un principe fondamental de droit communautaire non encore reconnu (« non-discrimination fondée sur l'âge»), la doctrine a émis des réserves (29). Toutefois, cette question et ses implications pourraient connaître de plus amples développements dans l'affaire *Palacios de la Villa* (30), dans laquelle les États membres ont eu l'occasion de présenter des observations.

58. En l'état actuel des choses, je pense qu'il est préférable d'interpréter l'arrêt *Mangold* comme affirmant non pas qu'il y avait, en droit communautaire, un principe spécifique préexistant de non-discrimination fondée sur l'âge, mais que le principe général d'égalité a toujours empêché ce genre de discrimination et que la directive 2000/78 a introduit un cadre spécifique détaillé permettant de traiter cette discrimination (et certaines autres). Cette lecture semble être corroborée par l'affirmation énoncée au point 76 de l'arrêt selon laquelle « le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge ».

59. En toute hypothèse, les interdictions de certains types de discrimination relèvent évidemment, elles aussi, de la règle générale imposant que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié.

21. Cette distinction est importante. Si l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge relève du principe général de l'égalité de traitement, la justification objective reste possible, mais il n'existe aucune règle spécifique y afférente en dehors des

lignes directrices résultant de la jurisprudence de la Cour. S'il s'agit simplement d'une interdiction spécifique, il convient de constater que toutes les interdictions spécifiques sont, à des degrés variables, « précisées et réglementées en droit communautaire par des dispositions du traité CE et/ou de la législation dérivée, de sorte que des règles peuvent être édictées au regard de certains comportements (comme des actions positives) qui ne relèvent pas de l'interdiction, de certaines justifications susceptibles d'être admises et de la charge de la preuve lorsqu'une justification est invoquée ».

22. L'avocat général Sharpston indique que l'article 13 du traité CE n'a pas d'effet direct, mais habilite simplement le Conseil à prendre les mesures nécessaires en vue de combattre ce genre de discrimination.

23. Elle marque son accord avec les considérations formulées par l'avocat général Jacobs au point 83 de ses conclusions, qui estime qu'il n'est pas approprié - ni même possible - d'appliquer l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge aussi rigoureusement que l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe.

24. Cette approche trouve peut être son origine dans l'idée émise dans certaines affaires concernant les droits de l'homme, selon laquelle la discrimination fondée sur l'âge est un motif moins « suspect » que, par exemple, le sexe ou la race. Même si l'on peut comprendre l'argument selon lequel il ne convient pas d'appliquer l'interdiction de la discrimination de manière aussi rigoureuse, il n'en découle pas qu'il ne soit pas possible de le faire. Cette distinction est importante en ce qui concerne l'évolution de la législation dans ce domaine. S'il est reconnu que l'âge, au même titre que la religion ou les convictions, doit être considéré comme une caractéristique non pertinente, à l'exclusion de certaines situations bien définies, la directive peut alors être considérée comme l'expression pragmatique des actions à prendre pour lutter contre ces discriminations. En revanche, si l'on considère qu'il s'agit d'un motif moins suspect (c'est-à-dire d'un motif de discrimination plus acceptable), il sera beaucoup plus difficile de lutter contre la discrimination fondée sur ce motif. Les États membres et les employeurs auront recours à un jugement de valeur pour estimer que, dans un contexte particulier, l'âge constitue un motif pertinent et nécessaire pour opérer des distinctions entre les personnes et justifier un traitement moins favorable de certaines personnes fondé uniquement sur l'âge. De plus, si la Cour estime que cette approche est correcte, les situations dans lesquelles il sera possible de remettre en cause les stéréotypes liés à l'âge seront rares. Les employeurs pourront, par exemple, invoquer les droits à pension de retraite d'un travailleur d'un âge donné pour justifier son licenciement. Or, il n'est pas rare que dans de tels cas, la personne concernée soit obligée de continuer à travailler pour pouvoir bénéficier d'une pension de retraite suffisante.

25. C'est la raison pour laquelle la question de l'approche correcte en matière de justification de la discrimination fondée sur l'âge est importante. La justification de la discrimination fondée sur l'âge constitue-t-elle une dérogation au principe de l'égalité de traitement ou est-elle inhérente à la définition du concept de discrimination fondée sur l'âge ? L'arrêt Lindorfer ne fournit pas de réponse à la question de savoir s'il existe un principe général de droit communautaire interdisant la discrimination fondée sur l'âge.

Affaire 411/05 Felix Palacios de la Villa contre Cortefiel Services SA

26. Cette affaire concerne la mise à la retraite d'office en Espagne. La mise à la retraite d'office n'étant plus considérée en Espagne comme un instrument positif en ce qui concerne le marché de l'emploi, mais au contraire comme un fardeau pesant sur le système de sécurité sociale, elle a été supprimée. Il existait toutefois des clauses dans certaines conventions collectives autorisant la mise à la retraite d'office d'un travailleur. La Cour suprême espagnole a estimé que, après la suppression de la base juridique sur lesquelles elles se fondaient, les dispositions en matière de mise à la retraite d'office contenues dans toute une série de conventions collectives étaient désormais nulles.

27. A l'instigation des partenaires sociaux - des organisations patronales et des syndicats - la loi 14/2005 du 1^{er} juillet 2005 a rétabli la possibilité de la mise à la retraite d'office par des clauses relatives à la survenance de l'âge normal de la retraite (« loi 14/2005 »). Cette loi comporte un article unique qui dispose :

« Les conventions collectives peuvent prévoir des clauses autorisant l'extinction du contrat de travail en raison de la survenance, pour un travailleur, de l'âge normal de la retraite fixé par la législation en matière de sécurité sociale, pour autant que les conditions suivantes soient réunies :

(a) cette mesure doit être liée à des objectifs formulés dans la convention collective et compatibles avec la politique de l'emploi, tels que la stabilité accrue de l'emploi, la transformation de contrats temporaires en contrats à durée indéterminée, le soutien à l'emploi, l'engagement de nouveaux travailleurs, ou à tout autre objectif tendant à l'amélioration de la qualité de l'emploi ;

(b) le travailleur concerné par l'extinction du contrat de travail doit avoir accompli la période minimale de cotisation, ou une période plus longue si la convention collective en dispose ainsi, et remplir les autres conditions requises par la législation en matière de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite de type contributif. »

28. Il existait déjà une loi transitoire qui appliquait ce principe aux dispositions en matière de mise à la retraite d'office.

« Les clauses des conventions collectives conclues avant l'entrée en vigueur de la présente loi, prévoyant l'extinction du contrat de travail pour les travailleurs ayant atteint l'âge normal de la retraite, sont considérées comme valables pour autant que le travailleur concerné a accompli la période minimale de cotisation et remplit les autres conditions requises par la législation en matière de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite de type contributif. »

29. Cette loi n'imposait pas que la mise à la retraite d'office soit liée à la poursuite d'un objectif relatif à la politique de l'emploi, formulé dans la convention collective concernée.

30. C'est dans ce contexte et pour établir un critère d'interprétation applicable avec une plus grande sécurité juridique que le Juzgado de lo Social a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

– Le principe de l'égalité de traitement, qui interdit toute discrimination en raison de l'âge et qui est consacré par l'article 13 CE et l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2000/78, fait-il obstacle à une loi nationale, plus particulièrement le premier alinéa de la disposition transitoire unique de la loi 14/2005 en vertu de laquelle sont considérées comme valables les clauses de mise à la retraite d'office qui figurent dans les conventions collectives et qui exigent, comme seules conditions, que le travailleur ait atteint l'âge normal de la retraite et remplisse les autres critères édictés par la législation espagnole en matière de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite de type contributif ?

En cas de réponse affirmative:

– Le principe de l'égalité de traitement, qui interdit toute discrimination en raison de l'âge et qui est consacré par l'article 13 CE et l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2000/78, oblige-t-il le juge national à écarter, dans la présente affaire, l'application de ladite disposition transitoire unique de la loi 14/2005 ci-dessus mentionnée ?

31. Les conclusions ont été rédigées par l'avocat général Mazak. Il a indiqué que l'article 13 du traité CE ne saurait produire d'effet direct dans la mesure où il n'est qu'une base d'habilitation. Il constate néanmoins que l'article 13 n'est pas dépourvu d'importance aux fins de l'interprétation de la directive 2000/78.

Le rôle du considérant 14

32. En premier lieu, l'avocat général AG Mazak s'est demandé si une loi autorisant la mise à la retraite d'office pouvait relever du champ d'application de la directive, vu le libellé du quatorzième considérant. Ce considérant stipule :

(14) La présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite.

33. L'avocat général Mazak a ensuite examiné si la loi autorisant la mise à la retraite d'office relevait de l'article 3 de la directive. Celui-ci dispose que le principe de discrimination s'applique au licenciement, mais également aux conditions d'emploi et de travail. M. Palacios s'estimait victime d'un licenciement, terminologie contestée par le gouvernement espagnol qui faisait valoir que M. Palacios avait simplement été obligé de prendre sa retraite conformément aux règles nationales prévoyant la mise à la retraite d'office à l'âge de 65 ans.

34. L'avocat général a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un licenciement en raison de la genèse de l'article 13 du traité qui requiert une interprétation restrictive de la directive. A ce propos, l'avocat général Mazak a fait en particulier référence aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire **Chacon Navas**. L'avocat général Mazak exprime une préoccupation (au point 61) qui réapparaît régulièrement lorsque la Cour se penche sur la discrimination fondée sur l'âge :

S'agissant, plus particulièrement, de la non-discrimination en raison de l'âge, il convient de rappeler que cette interdiction revêt un caractère spécifique, dès lors que l'âge, en tant que critère, est un point sur une échelle et que, partant, la discrimination en raison de l'âge peut être graduée (19). La constatation d'une discrimination en raison de l'âge est par conséquent beaucoup plus ardue que, par exemple, la constatation d'une discrimination fondée sur le sexe, pour laquelle les éléments de comparaison sont plus clairement définis (20).

35. Cette préoccupation concerne la difficulté qu'il y a à établir une discrimination fondée sur l'âge dans la mesure où il est plus difficile dans de nombreux cas de définir l'élément de comparaison correct. Toutefois, ces comparaisons se font bien dans d'autres domaines, dans des cas subtils de discrimination. Prenons l'exemple de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions. Les différences sur lesquelles se fonde la discrimination peuvent en effet être fort subtiles. Les membres d'une communauté partageant les mêmes convictions peuvent discriminer d'autres membres de la communauté en raison de différences de croyance mineures (et transitoires). C'est pourquoi la difficulté à établir la discrimination fondée sur l'âge est inhérente non seulement à ce type de caractéristique, mais également à d'autres, telles que la religion, les convictions ou le handicap. C'est ainsi que l'on peut affirmer que l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion, les convictions ou le handicap est de nature spécifique.

36. N'apparaît pas non plus de façon précise ce qu'entend l'avocat général Mazak par « la discrimination en raison de l'âge peut être graduée ». Dans n'importe quel contexte, la discrimination en tant que telle peut être graduée. Une personne qui attaque physiquement une autre personne en raison de sa race la discrimine plus gravement (de l'avis général) que celle qui, à l'occasion, refuserait de la servir. Cela ne signifie pas qu'il soit plus difficile à cet égard d'établir la discrimination par référence aux éléments de comparaison.

37. L'approche de l'avocat général Mazak est en fait une approche plus pragmatique. Les distinctions fondées sur l'âge sont largement répandues dans le cadre des politiques sociale et de l'emploi. Il s'est inquiété de ce que, si la loi espagnole relevait du champ d'application de la directive, cela signifierait que toute règle nationale fixant un âge de la retraite devrait être examinée au regard de ladite directive. Il parle d'« épée de Damoclès ». En d'autres termes, il a estimé que le risque pour les États membres de voir leurs lois relatives à la retraite contestées et de devoir les justifier était inacceptable.

38. C'est pour ces raisons politiques que l'avocat général Mazak a conclu que le quatorzième considérant interdisait toute remise en question de la loi.

39. Ce qui ne ressort pas aussi clairement que cela aurait été souhaitable des conclusions de l'avocat général Mazak, c'est que le caractère généralement acceptable de la discrimination fondée sur l'âge est le résultat d'un jugement de valeur. Il est bien-sûr possible d'interpréter l'action du législateur communautaire uniquement en fonction des objectifs fixés par la directive. Mais deux considérants sont alors pertinents :

(23) Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission.

...

(25) L'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. 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 légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites.

40. Le vingt-troisième considérant indique qu'il n'existe que des circonstances très limitées dans lesquelles une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'âge peut être justifiée, et fait obligation aux États membres d'en informer la Commission. Le vingt-cinquième considérant indique que peuvent être arrêtées des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Ces considérants pourraient laisser entendre que la justification de la discrimination fondée sur l'âge constitue une forme très limitée de dérogation à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge. Toutefois, la jurisprudence de la Cour ne confirme pas cette analyse.

Justification

41. L'avocat général Mazak a examiné la justification de la discrimination dans l'affaire Palacios. Il a estimé que la discrimination découlant de l'application de la loi consiste dans « le fait que les personnes ayant atteint l'âge obligatoire de la retraite, à la différence des personnes plus jeunes, ne peuvent plus être employées ». Il a rappelé les dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la directive. Il a constaté que la justification se fondait pour l'essentiel sur les caractéristiques suivantes de l'affaire :

71. Il ressort de la décision de renvoi - ainsi que des observations du gouvernement espagnol - que la disposition transitoire unique autorisant l'insertion de clauses de mise à la retraite d'office dans des conventions collectives a été adoptée à l'instigation des partenaires sociaux dans le cadre d'une politique visant à promouvoir l'emploi intergénérationnel.

42. Il poursuit en constatant qu'il ne fait aucun doute que la loi espagnole poursuit « un objectif légitime d'intérêt général lié à la politique de l'emploi et du marché du travail, susceptible de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive ». Il rappelle la référence à « l'objectif

d'intérêt général » développée dans l'affaire Heyday . Il estime qu'il n'était pas nécessaire que la disposition nationale en question renvoie expressément à l'un des motifs légitimes. Il indique qu'il suffisait que la loi nationale soit justifiée en fait et au vu de son résultat.

43. Les arguments avancés en ce qui concerne la proportionnalité méritent un examen plus approfondi.

73. S'agissant ensuite de l'exigence énoncée à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, selon laquelle les moyens de réaliser l'objectif légitime en question doivent être « appropriés et nécessaires », il convient de souligner, comme la Cour l'a relevé dans l'arrêt *Mangold*, que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi (22).

74. En effet, il n'appartient pas, en principe, à la Cour de substituer sa propre appréciation de questions si complexes à celle du législateur national ou des autres forces politiques et sociales participant à la définition de la politique sociale et de l'emploi d'un État membre (tels que les partenaires sociaux en l'espèce). Tout au plus, seule une mesure nationale manifestement disproportionnée devrait être censurée à ce niveau.

75. Dans l'arrêt *Mangold*, toutefois, la Cour, se fondant sur les informations fournies par la juridiction de renvoi, a conclu que la règle nationale sur le travail à durée déterminée dont il était question en l'espèce devait être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage. Dans ce contexte, la Cour a notamment mentionné le fait qu'une catégorie importante de travailleurs, déterminée exclusivement en fonction de l'âge, risquait, durant une partie substantielle de la carrière professionnelle de ces derniers, d'être exclue du bénéfice de la stabilité de l'emploi (23).

76. Dans la présente affaire, en revanche, rien ne semble indiquer qu'une disposition prévoyant la mise à la retraite d'office ou, dans le cas d'espèce, la fixation d'un âge de la retraite à 65 ans irait au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis.

77. Certes, eu égard aux défis démographiques et aux contraintes budgétaires auxquels sont confrontés la plupart des États membres - et qui ont incité la Commission à réclamer très récemment des mesures d'urgence -, la préoccupation principale en Europe semble être plutôt de prolonger la durée de l'emploi et d'augmenter l'âge de la retraite. Cependant, encore une fois, il appartient aux États membres de définir leurs politiques dans ces domaines.

44. L'avocat général Mazak a ensuite examiné l'arrêt **Mangold** qui établit que le principe de la non-discrimination fondée sur l'âge est un principe général du droit communautaire. Il a indiqué que cet arrêt a fait l'objet de sérieuses critiques. Il a relevé que, à l'exception de la Finlande, aucun des États membres n'a inscrit le principe de la non-discrimination fondée sur l'âge dans sa constitution. Il a estimé que déduire l'existence d'une interdiction de discrimination en raison de l'âge uniquement à partir du principe général de l'égalité de traitement était une proposition audacieuse.

45. A son sens, ni l'article 13 ni la directive 2000/78 ne reflètent nécessairement une interdiction préexistante de toutes formes de discrimination auxquelles ils se réfèrent. L'idée sous-jacente était plutôt de laisser au législateur européen le soin d'adopter les mesures nécessaires. Il a jugé inacceptable d'en conclure que chaque motif de discrimination mentionné dans la directive relève d'un principe général du droit communautaire. Il a jugé que l'arrêt **Mangold** se contentait d'indiquer que le principe général n'était pas différent de l'interdiction équivalente énoncée dans la directive.

46. Enfin, l'avocat général Mazak a estimé que les conditions énoncées dans les articles 1 et 6 de la directive en matière d'effet direct étaient satisfaites. A son sens, les dispositions étaient suffisamment précises et inconditionnelles pour satisfaire aux conditions de fond de l'effet direct en ce qui concerne la fixation de l'âge obligatoire de la retraite. Le fait que les dispositions d'une directive soient soumises à des exceptions, ou, comme dans la présente affaire, prévoient des motifs de justification ne signifie pas à lui seul que les conditions nécessaires pour que ces dispositions produisent un effet direct ne sont pas réunies.

47. La **Cour de justice** a constaté: il est vrai que l'article 6, paragraphe 1, autorise une dérogation au principe de la non-discrimination en raison de l'âge lorsque les dispositions concernées sont justifiées par un objectif légitime et que les mesures pour atteindre cet objectif sont appropriées et nécessaires.

48. La Cour a constaté en premier lieu que le quatorzième considérant ne s'oppose pas à ce que la directive s'applique à des mesures fixant l'âge de la retraite obligatoire. Dans la mesure où la disposition en question permet la résiliation du contrat de travail lorsque le travailleur atteint l'âge de 65 ans, elle constitue une règle relative aux conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération et relève de l'article 3, paragraphe 1, sous c) de la directive.

49. Après avoir marqué son désaccord sur ce point avec l'avocat général, la Cour a fait observer, comme l'avait fait l'avocat général, que la disposition transitoire unique en cause avait été adoptée à l'instigation des partenaires sociaux 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.

50. Elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire que la réglementation fasse explicitement référence cet objectif. Elle a indiqué, qu'à défaut d'une telle précision, il importe néanmoins que d'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée, permettent l'identification de l'objectif sous-tendant cette dernière. Dans le cas d'espèce, il convenait de prendre en compte le contexte économique dans lequel la réglementation avait été adoptée.

51. L'objectif de la disposition transitoire unique en question était de lutter contre le chômage. Il ne faisait aucun doute que cela constituait un objectif légitime au sens de l'article 6 de la directive. La Cour a ensuite rappelé que les États membres ainsi que, le cas échéant, les partenaires sociaux disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des objectifs poursuivis, mais également dans la définition des mesures susceptibles de les réaliser. Cet élément de choix figure au vingt-cinquième considérant de la directive qui dispose que « des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres » peuvent être adoptées visant à allonger ou raccourcir la durée de vie active des travailleurs.

52. La Cour a également estimé que les autorités compétentes au niveau national, régional ou sectoriel doivent bénéficier de la possibilité de modifier les moyens mis en œuvre au service d'un objectif légitime d'intérêt général, par exemple en les adaptant à l'évolution de la situation de l'emploi dans l'État membre concerné. Il incombe aux autorités compétentes des États membres de trouver le juste équilibre entre les différents intérêts en présence. Toutefois, il importe que les mesures prévues n'aillent pas au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par l'État membre.

53. La Cour a d'abord constaté qu'une réglementation telle que celle adoptée par l'Espagne pouvait raisonnablement être considérée comme appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif de promouvoir l'emploi. Ensuite, la Cour a estimé que la situation des travailleurs mis à la retraite d'office devait être prise en compte. Elle a estimé que la mesure transitoire unique ne portait pas une atteinte excessive à leurs prétentions légitimes. La Cour a constaté qu'au terme de la réglementation, les intéressés bénéficiaient d'une compensation financière au moyen de l'octroi d'une pension de retraite et que le niveau de la pension de retraite ne saurait être considéré comme déraisonnable.

54. Pour la Cour, un autre élément de justification consistait dans le fait que la réglementation nationale ouvrait aux partenaires sociaux la faculté de faire usage, par voie de conventions collectives, de l'application du mécanisme de la mise à la retraite obligatoire. Cela permettait la flexibilité. Cela permettait également de tenir compte non seulement de la situation globale du marché du travail, mais également des caractéristiques spécifiques propres aux emplois en cause.

55. En d'autres termes, une des caractéristiques importantes de la réglementation était qu'elle ne constituait pas la solution à tous les problèmes, ce qui permettait de satisfaire au critère de proportionnalité. Cette réglementation autorisait différentes options selon la situation sur le marché de l'emploi. C'est pour cette raison que la réglementation était justifiée.

56. Il importe de préciser ce qu'établit l'arrêt Palacios, et ce qu'il n'établit pas. Premièrement, il n'établit pas que tous les systèmes de mise à la retraite d'office sont justifiés. Leur justification s'apprécie en appliquant le critère de justification relatif à des mesures adoptées par les États membres qui semblent constituer une discrimination. Ces mesures doivent être justifiées en tant que mesures appropriées et nécessaires pour atteindre un objectif légitime. Deuxièmement, il établit que tous les systèmes de résiliation du contrat de travail par la mise à la retraite d'office entrent dans le champ d'application de la directive. Troisièmement, il introduit le

concept d'objectif légitime d'intérêt général dans le contexte de la justification de dispositions directement discriminatoires.

Affaire C 427/06 Birgit Bartsch contre Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH

57. Bien que dans cette affaire le litige ait porté sur une question limitée, les conclusions de l'avocat général (Sharpston) éclairent de nouveau la manière dont se déroule le débat au sein de la Cour de justice en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'âge.

58. La décision de renvoi émanait du tribunal fédéral du travail d'Allemagne. En vertu d'une disposition d'un régime de pension d'entreprise, le conjoint survivant d'un travailleur du secteur public décédé dans l'exercice de ses fonctions n'a pas droit à une pension de survie lorsqu'il est plus jeune de plus de quinze ans que le travailleur défunt. La juridiction nationale a demandé à la Cour si une telle disposition était contraire au principe général interdisant la discrimination fondée sur l'âge énoncé dans l'arrêt Mangold et a invité la Cour à fournir de plus amples précisions sur les circonstances dans lesquelles ce principe s'appliquait.

59. Les questions posées étaient entre autre les suivantes:

« (1) a) Le droit primaire de la Communauté européenne contient-il une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge dont les juridictions des États membres doivent garantir l'application même lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire ?
--

60. L'avocat général Sharpston a examiné le contenu de l'arrêt Mangold selon lequel l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge était une expression particulière du principe de l'égalité de traitement. Elle a réitéré sa propre opinion dans l'affaire **Lindorfer** (voir ci-dessus) et celle de l'avocat général Mazak dans l'affaire **Palacios**, mais elle a également mentionné celle de l'avocat général dans l'affaire **Maruko**, selon laquelle l'interdiction de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle est d'un ordre différent de celle de l'interdiction de la discrimination en fonction de l'âge. L'avocat général Sharpston a saisi l'occasion pour poser la question qui était restée sans réponse dans l'arrêt **Palacios** ou d'autres arrêts, y compris l'arrêt **Lindorfer**, à savoir s'il existe en droit communautaire un principe général d'égalité de traitement et, dans l'affirmative, quel est son contenu.

61. Elle fait observer que les racines de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge sont bien plus récentes que les racines des autres interdictions de discrimination énoncées à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a conclu qu'il n'est pas possible de prétendre que cette interdiction se fonde sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres ou sur des instruments internationaux communs. La Commission a reconnu en 1999 qu'il existe très peu de législation sur les discriminations fondées sur l'âge dans les États membres.

62. Il existe cependant des convergences qui ne sont pas mentionnées dans ce contexte par l'avocat général Sharpston. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose à l'article 21 qu'« est interdite toute discrimination fondée notamment sur l'âge ». L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté

depuis 1982 plusieurs résolutions soulignant l'importance de la lutte contre la discrimination fondée sur l'âge. C'est à juste titre néanmoins que l'avocat général relève que la reconnaissance du fait que la discrimination fondée sur l'âge constitue un problème est relativement récente.

63. Dans une référence à la formule d'Aristote selon laquelle les affaires identiques doivent être traitées de façon identique, l'avocat général Sharpston a indiqué qu'il était nécessaire d'établir quelles étaient les différences pertinentes à prendre en compte dans une situation donnée. Elle arrive à la conclusion que les critères des ressemblances et des différences pertinentes varient en fonction des conceptions morales fondamentales d'une personne ou d'une société donnée.

En bref, les réponses aux questions « qui est visé par le principe de l'égalité de traitement » et « quels aspects de la vie économique, sociale, politique, civile et personnelle sont couverts par ce principe ? » ne sont pas immuables : elles évoluent avec la société. Au cours de ce processus, le droit reflète ce changement en commençant par déclarer explicitement que certaines formes de traitement discriminatoire qui passaient inaperçues jusqu'alors ou qui, si elles apparaissaient au grand jour, étaient tolérées ne le seraient plus à l'avenir. Pareilles mutations légales sont un prolongement – une expression nouvelle et élargie – du principe général d'égalité.

64. En référence à l'arrêt **Marshall I**, l'avocat général Sharpston constate que la Cour n'a pas estimé que mettre fin à une relation d'emploi en raison de l'âge était, pour ce motif, contraire au principe général d'égalité invoqué. Elle rappelle que la Cour a dit pour droit que la directive 76/207 peut produire un effet direct et pouvait être invoquée contre une émanation de l'État, à savoir l'autorité sanitaire du Royaume-Uni. Bien qu'aucune observation sur ce point n'ait été présentée à la Cour, et qu'aucune question n'ait été soulevée devant elle sur la question de l'âge, l'avocat général Sharpston se base sur cette affaire pour suggérer qu'à l'époque, les différences de traitement en raison de l'âge étaient considérées comme pertinentes et acceptables au sens du principe général d'égalité contenu dans le droit communautaire.

65. Bien-sûr, le fait que ce point n'ait pas été soulevé n'appuie d'aucune manière l'argument que l'avocat général Sharpston veut faire valoir. Et même si c'était le cas, le point suivant de son argumentation n'a aucun lien avec le fait qu'un principe général ait été ou non établi antérieurement. L'avocat général Sharpston semble estimer que, parce que le champ d'application du principe d'égalité n'est pas immuable, mais au contraire évolue, cette évolution ne peut se faire que par le biais de la reconnaissance des formes spécifiques de traitements contraires au principe de l'égalité de traitement.

66. La critique que l'on peut formuler contre cet argument, c'est qu'il permet certes de qualifier de façon adéquate le processus politique qui, par exemple, a entraîné l'introduction du suffrage universel au Royaume-Uni, mais qu'il ne permet pas de qualifier, en revanche, la déclaration de principe faite par le législateur communautaire à l'article 13. Même si l'article 13 se contente d'habiliter la Communauté à adopter des mesures pour lutter contre la discrimination fondée sur des motifs spécifiques, il ne qualifie aucun de ces motifs, ce qui laisserait entendre que se met en place peu à peu une définition du principe général d'égalité.

67. L'avocat général Sharpston souligne que l'action législative mentionnée dans l'article 13 est l'action communautaire menée pour combattre « diverses formes d'inégalité de traitement inacceptables, notamment des discriminations fondées sur l'âge ». L'avocat général poursuit en disant que l'article 13 permet donc au législateur communautaire à la fois de préciser la définition de la discrimination fondée sur l'âge (notamment) et de fixer les règles destinées à l'éliminer ».

68. C'est argument est de toute évidence en partie exact. Le législateur communautaire a été habilité à définir les mesures nécessaires pour lutter contre la discrimination fondée sur l'âge. Toutefois, une des questions litigieuses en débat est de savoir si l'objectif de la directive était de définir de manière plus précise ce qu'il faut entendre par discrimination fondée sur l'âge.

69. L'avocat général Sharpston analyse l'article 13 comme un instrument facilitant l'application du principe de l'égalité de traitement. Elle fait remarquer que la directive prétend définir le principe de l'égalité de traitement dans différents contextes. Il convient toutefois de noter que la directive définit ces contextes à l'article 3 et consacre à l'article 6 l'objectif poursuivi énoncé dans le vingt-cinquième considérant, sans donner de définition générale de la discrimination fondée sur l'âge. L'avocat général Sharpston constate d'autre part que, bien que l'interdiction trouve sa source dans le principe général d'égalité, il n'est possible de l'appliquer efficacement qu'après avoir défini ce dernier de manière spécifique.

70. L'avocat général constate qu'il en est ainsi « parce que la différence entre un traitement différencié (acceptable) et une discrimination (inacceptable) ne réside pas tant dans le point de savoir si les gens sont traités de manière différente, mais dans la question de savoir si la société admet comme justifiables les critères dont l'application entraîne un traitement différent ou bien si, au contraire, ils sont considérés comme étant arbitraires. Résoudre cette question ne pourra se faire sans des textes détaillés permettant de qualifier d'acceptable ou d'inacceptable l'application de critères particuliers dans des circonstances particulières et de donner un effet légal obligatoire à une telle classification ».

71. C'est pourquoi elle conclut très diplomatiquement que « l'arrêt **Mangold** devrait être lu en ce sens que la Cour y déclare que toute discrimination fondée sur l'âge est une manifestation de discrimination spécifique interdite par le principe général de l'égalité de traitement bien connu en droit communautaire – un principe qui est effectivement largement antérieur tant à l'article 13 CE qu'à la directive 2000/78. L'article 13 CE joue dès lors le rôle qui lui a été imparti en reconnaissant explicitement certains (nouveaux) types spécifiques de discrimination et en habilitant le législateur communautaire à prendre des mesures de lutte contre eux selon des modalités particulières et dans des contextes particuliers. »

72. C'est la raison pour laquelle l'avocat général Sharpston conclut que le principe général d'égalité a, dans certaines circonstances, pour effet d'interdire toute discrimination fondée sur l'âge, mais qu'il n'existait pas, ab initio, un principe distinct, détaillé, de droit communautaire qui, de tout temps, aurait interdit la discrimination fondée sur l'âge.

73. En d'autres termes, la directive autorise une approche « nuancée » en ce qui concerne l'âge. Selon cette analyse, la directive définit ce qu'il faut entendre par « discrimination fondée sur l'âge » et admet que certaines distinctions en fonction de

l'âge constitue une base légitime pour justifier des différences de traitement entre des personnes. Cela varie selon les pays.

74. L'existence d'un principe général d'égalité de traitement ne signifie pas que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge ait un contenu distinct de celui défini dans la directive. Il en découle que la portée du concept de discrimination peut varier selon les contextes.

75. A cette aune, le principe de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge devient quelque peu flou. Les États membres pourront adopter différentes définitions de la discrimination fondée sur l'âge dans différents contextes et cela pourrait entraîner des problèmes économiques (par exemple une législation en matière d'âge plus libérale dans un pays donné qui conférerait à ce pays un avantage de compétitivité). Bien que séduisante au premier abord, cette analyse de l'avocat général Sharpston comporte trop d'incertitude en ce qui concerne le concept de discrimination fondée sur l'âge pour être convaincante. Elle tombe dans le piège de consolider éventuellement les formes existantes de discrimination fondées sur l'âge et de faire de la directive et du principe de l'égalité de traitement un monolithe anorganique qui cimenterait des formes « acceptables » de discrimination.

La directive rend-elle obligatoire une liste des différences de traitement qui ne constituent pas une discrimination directe fondée sur l'âge ?

76. Le dernier point à examiner est l'avis de l'avocat général Sharpston en ce qui concerne l'article 6 de la directive. Son approche consiste à se demander si la discrimination fondée sur l'âge peut se justifier par l'intérêt de l'employeur à définir un plafond quant aux coûts afférents à un régime de pension professionnel.

77. Son analyse est digne d'être citée dans le présent contexte :

110. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 traite exclusivement de la justification d'un type spécifique de différence de traitement, à savoir les discriminations fondées sur l'âge. Son texte commence par les mots « nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir ... ». Le législateur ne fait ici aucune distinction entre l'article 2, paragraphe 2, sous a) (discrimination directe) et l'article 2, paragraphe 2, sous b) (discrimination indirecte). Au contraire, les États membres peuvent prévoir que les différences de traitement fondées sur l'âge, quelles qu'elles soient, « ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime ... et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». Certains « objectifs légitimes » sont expressément identifiés (« notamment des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle ») dans ce qui n'est pas destiné à être une liste exhaustive (puisque le législateur utilise l'adverbe « notamment »). Après cette introduction, les points a), b) et c) identifient ensuite (également de manière non exhaustive) certaines différences de traitement qui comportent des discriminations fondées sur l'âge tantôt directes (99), tantôt indirectes (100). L'article 6, paragraphe 2, autorise certaines formes de différences de traitement liées à l'âge dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

111. Ce serait rendre justice au texte que d'ajouter que la majorité des illustrations spécifiques des différences de traitement « acceptables » que donne l'article 6, paragraphe 1, implique l'utilisation *directe* de l'âge comme critère de décision (« travailleurs âgés », « conditions minimales d'âge », « âge maximum pour le recrutement ») (101). Le critère de décision n'est donc pas « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre » (au sens de la définition de la discrimination indirecte qui figure à l'article 2, paragraphe 2, sous b). Il s'agit bien plutôt souvent de différences de traitement purement et simplement fondées sur l'âge.

112. La seule conclusion logique qui en découle est que la directive 2000/78 permet expressément certaines différences de traitement *particulières* fondées *directement* sur l'âge, à *condition* qu'elles soient « objectivement et raisonnablement justifiées... par un objectif légitime... et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ». La Cour a confirmé cette analyse du texte dans son arrêt *Palacios de la Villa* (102), qui avait trait à une clause de retraite obligatoire en droit national (103). Dans le quatorzième considérant de la directive 2000/78, le législateur déclare que « la présente directive ne porte [(104)] pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite ». Néanmoins, aucune disposition positive de la directive n'exclut cependant les clauses de retraite de son champ d'application. La Cour a estimé qu'une telle clause relevait de celui-ci et constituait une discrimination directe fondée sur l'âge (105). Elle a néanmoins dit pour droit qu'elle poursuivait un objectif qui, conformément à l'article 6, paragraphe 1, pouvait raisonnablement et objectivement justifier une différence de traitement en raison de l'âge (106).

78. Cela pose la question (à laquelle l'arrêt **Bartsch** ne donne pas de réponse) de savoir si certaines différences spécifiques de traitement doivent être mentionnées sur une liste dans les législations nationales. Bien que l'arrêt **Palacios** ait indiqué que les objectifs servant de critères à la justification ne devaient pas obligatoirement être mentionnés, la Cour ne s'est pas penchée sur la question de savoir si l'adoption de la loi nationale devait obéir à certaines règles. La loi doit-elle par exemple indiquer l'objectif en fonction duquel la différence de traitement intervient ou doit-elle contenir une liste des différences de traitement (en matière d'âge de la retraite obligatoire par exemple) justifiées ou interdites ?

Affaire C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform

79. Cette affaire est connue au Royaume Uni comme l'affaire "**Heyday**", Heyday étant une des 50 organisations membres d'Age Concern, une association caritative qui a pour objet de promouvoir le bien-être des personnes âgées. Le Royaume-Uni a décidé de mettre en œuvre la directive par une réglementation qui autorise deux choses :

- (a) la discrimination directe fondée sur l'âge (quelles que soient les formes qu'elle revêt) est justifiée si elle représente un moyen proportionné pour atteindre un objectif légitime ;

- (b) la mise à la retraite d'office à 65 ans ou plus est autorisée par une règle qui dispose qu'un licenciement dont le motif est la mise à la retraite ne constitue pas un motif de discrimination opposable.

80. L'avocat général Mazak s'est prononcé sur les questions suivantes:

« En ce qui concerne la directive 2000/78

Les âges nationaux de départ à la retraite et le champ d'application de la directive

(i) Le champ d'application de la directive s'étend-il aux règles nationales qui permettent aux employeurs de licencier des employés âgés de 65 ans ou plus pour motif de mise à la retraite ?

(ii) Le champ d'application de la directive s'étend-il aux règles nationales qui permettent aux employeurs de licencier des employés de 65 ans ou plus pour motif de mise à la retraite lorsque ces règles ont été introduites après l'adoption de la directive ?

(iii) à la lumière des réponses qui seront données aux questions (i) et (ii),

(1) l'article 109 et l'article 156 de la loi de 1996, et

(2) les articles 30 et 7, lus en combinaison avec les annexes 8 et 6 du règlement, sont-ils des dispositions nationales fixant les âges de départ à la retraite au sens du quatorzième considérant de la directive ?

2. La définition de la discrimination directe fondée sur l'âge : motif de justification

(iv) L'article 6, paragraphe 1, de la directive permet-il aux États membres d'adopter des dispositions légales aux termes desquelles une différence de traitement fondée sur l'âge n'est pas une discrimination si elle destinée à être un moyen proportionné d'atteindre un but légitime ou bien l'article 6, paragraphe 1, impose-t-il aux États membres de définir les types de différences de traitement qui sont susceptibles d'être justifiés de cette manière dans une liste ou dans toute autre mesure qui soit semblable par sa forme et son contenu à l'article 6, paragraphe 1, de la directive ?

3. Les critères de justification des discriminations directes et indirectes

(v) Existe-t-il une quelconque différence pratique significative et, le cas échéant, laquelle, entre les critères de justification énoncés à l'article 2, paragraphe 2, de la directive à propos des discriminations indirectes et les critères de justification énoncés à l'article 6, paragraphe 1, de la directive à propos des discriminations directes fondées sur l'âge ? »

81. Les trois premières de ces questions ont été réglées par l'arrêt Palacios. La réglementation nationale du Royaume-Uni peut être contestée dans la mesure où elle relève du champ d'application de la directive.

82. La quatrième et la cinquième question portent sur les critères de justification des discriminations directes fondées sur l'âge. Cette problématique s'est posée dans le cadre d'un recours formé par Age Concern contre l'État sur la manière dont celui-ci avait mis en œuvre la directive. Age Concern estimait que la règle qui autorise les employeurs à licencier des travailleurs de 65 ans ou plus (à condition de respecter

une procédure de notification), sans risque d'être confrontés à des procédures judiciaires, était contraire à la directive.

83. L'avocat général Mazak a indiqué: la High Court of Justice, dans sa décision de renvoi, s'est délibérément abstenue de demander à la Cour de statuer sur la compatibilité entre la directive 2000/78 et le type de législation nationale en cause au principal, qui permet aux employeurs de licencier les employés âgés de 65 ans ou plus pour motif de mise à la retraite.

84. En ce qui concerne la quatrième question, l'avocat général Mazak estime qu'elle vise à savoir si «l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 autorise une justification générale pour les différences de traitement fondées sur l'âge, telles que celle prévue à l'article 3 du règlement, ou si cet article impose aux États membres de définir les types de différences de traitement qui sont susceptibles d'être justifiés dans une liste ou dans toute autre mesure qui soit semblable par sa forme et son contenu à la liste de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive ».Il relève dans les arguments avancés par Age Concern celui qui veut que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge mise en place par la directive constitue un aspect particulier du droit fondamental à l'égalité de traitement. Age Concern estime que la justification prévue à l'article 6 représente une exception et que cet article doit faire l'objet d'une interprétation restrictive.

85. Le gouvernement du Royaume Uni estime que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 n'impose pas aux États membres de définir, dans une liste ou dans toute autre mesure qui soit semblable par sa forme et son contenu à la liste de l'article 6, paragraphe 1, de la directive, les types de différences de traitement qui sont susceptibles d'être justifiés, en tant que moyen proportionné d'atteindre un but légitime au sens de cette disposition. Au soutien de son point de vue, il renvoie au libellé de l'article 6, paragraphe 1, et au vingt-cinquième considérant de la directive, et à l'arrêt **Palacios de la Villa**. Il fait remarquer que lors de la rédaction de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive, le législateur communautaire était tout à fait conscient qu'il ne serait pas réaliste de définir à l'avance les types de situations dans lesquels des différences de traitement fondées sur l'âge peuvent être justifiées. Il serait encore plus inopportun d'imposer aux États membres d'établir une telle liste.

86. La Commission, au contraire, considère que toute violation du principe de non-discrimination sur le fondement de l'âge, qui constitue un principe fondamental du droit communautaire, doit être justifiée par un objectif d'intérêt public/de politique sociale. Elle estime que l'article 6, paragraphe 1, interprété à la lumière du vingt-cinquième considérant de la directive 2000/78, prévoit une forme limitée de dérogation à ce principe fondamental qui peut se justifier par une considération particulière de politique sociale s'appliquant dans un État membre donné. La Commission estime que l'article 6, paragraphe 1, de la directive suppose nécessairement l'adoption d'une mesure nationale spécifique reflétant un ensemble particulier de circonstances et d'objectifs. L'article 30 du règlement, qui prévoit que le licenciement d'une personne âgée de 65 ans ou plus est légal « lorsque le motif du licenciement est le départ à la retraite » constitue un exemple d'une telle mesure. L'employeur applique donc une politique nationale à des circonstances particulières, mais le choix de cette politique relève de l'État membre et non de l'employeur.

87. L'avocat général Mazak a estimé que, en vue de permettre aux personnes de bénéficier de manière effective, dans le domaine d'application de la directive 2000/78, de leur droit à l'égalité de traitement et, plus particulièrement, de leur droit à ne pas subir de discrimination interdite fondée sur l'âge, les États membres sont tenus d'adopter, en matière d'emploi et de travail, des règles de droit national prévoyant spécifiquement et de manière suffisamment claire une interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, telle que consacrée notamment dans l'article 1^{er} lu en combinaison avec les articles 2 et 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78. L'article 3 du règlement constitue en principe une telle règle de droit national, dans la mesure où il prévoit une définition de la discrimination fondée sur l'âge aux fins du droit national.

88. Le problème que pose une telle approche est qu'elle permettrait sans aucun doute à chaque État membre d'adopter des définitions très différentes de la discrimination fondée sur l'âge aux fins du droit national. Or la directive a été adoptée dans la mesure où l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge satisfaisait au critère de subsidiarité. Cette action devait être prise au niveau communautaire plutôt qu'au niveau national. Pour éviter que des dispositions légales abusives ne minent l'objectif visé par la directive, il n'est pas interdit de constater que des dispositions légales aussi divergentes puissent satisfaire au critère de subsidiarité. Cela rend cependant la portée de l'interdiction plutôt vague si, conformément aux conclusions de l'avocat général Sharpston, la directive *définit* ce qu'il faut entendre par interdiction de la discrimination fondée sur l'âge dans le domaine de l'emploi et du travail.

89. L'avocat général Mazak a rejeté l'argument d'Age Concern et de la Commission selon lequel il devrait y avoir une liste. Il a estimé que, compte tenu de la diversité des situations dans lesquelles de telles différences de traitement peuvent se produire, il est sans doute impossible d'établir une telle liste à l'avance sans restreindre de manière indue la portée de la justification prévue à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive.

90. En ce qui concerne la cinquième question, l'avocat général Mazak a examiné l'argument avancé par Age Concern. « Age Concern England conclut que l'article 6, paragraphe 1 de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'un défendeur peut justifier un traitement désavantageux au motif de l'âge uniquement s'il prouve que la différence de traitement est objectivement et raisonnablement justifiée. L'utilisation de ces termes indique qu'une telle justification ne peut être permise que si elle est fondée sur des considérations très fortes et dans des circonstances très exceptionnelles et limitées, comparables à celles évoquées à l'article 6 de la directive 2000/78, ou dans d'autres circonstances spécifiées ».

91. La Commission s'est déclarée d'accord avec le gouvernement du Royaume-Uni sur le fait que la différence de formulation entre l'article 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 n'est pas significative. Elle estime, contrairement au gouvernement du Royaume-Uni, que la différence fondamentale entre les deux articles réside dans la question de savoir qui doit fournir la justification, quelle est sa nature et comment elle doit être prouvée. Lors de l'audience, la Commission a expliqué qu'elle considère l'article 6, paragraphe 1, comme une forme de *lex specialis* par rapport à l'article 2, paragraphe 2, de la directive qui énonce la seule justification possible de la discrimination directe fondée sur l'âge.

92. Après avoir examiné ces arguments, l'avocat général Mazak déclare :

Dans un monde parfait, tout le monde serait jugé individuellement et en fonction de ses mérites, toutes les personnes seraient traitées de la même manière dans la mesure où elles sont les mêmes et différemment dans la mesure où elles sont différentes. Dans un monde parfait, chacun aurait donc son dû et justice serait faite.

Malheureusement, la justice parfaite en ce sens doit rester hors de la portée de la loi en ce monde. En tant que « règle », la loi doit, par sa nature, être générale; elle ne peut, en tant que telle, s'approcher de la réalité que par l'abstraction et il appartient alors aux juridictions, aux administrations et aux personnes de l'appliquer aux cas individuels et donc de « traduire » la loi générale, dans le cas idéal, en une justice individuelle.

Par conséquent, la loi généralise et classe par catégories; elle traite les individus et les situations individuelles à l'aide de types, de catégories, de caractéristiques et de classes ; elle différencie en fonction de certains critères.⁴ Cependant, au fil du temps, l'ordre juridique a reconnu certaines classifications comme inacceptables et contraires aux valeurs sur lesquelles il se fonde. En conformité avec l'article 13 CE, l'article 1^{er} de la directive 2000/78 mentionne la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle comme des critères sur la base desquels des différenciations légales ne peuvent en principe pas être fondées, à moins qu'il ne soit établi que de telles différenciations sont objectivement justifiées.

Les classifications ou différences de traitement fondées, directement ou indirectement, sur ces motifs sont donc, en principe, « suspectes » et peuvent constituer des discriminations prohibées, bien qu'il découle des possibilités de justification prévues à l'article 2 de la directive 2000/78 qu'il n'en va pas forcément ainsi. Cela dépend – en particulier en ce qui concerne les différences de traitement fondées sur l'âge.

En ce qui concerne spécifiquement l'âge, le législateur communautaire souligne, dans le vingt-cinquième considérant de la directive 2000/78 qu'il est « 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 ».

L'âge est également distingué parmi les motifs mentionnés par l'article 1^{er} de la directive 2000/78, car l'article 6, paragraphe 1, contient une justification spécifique pour les différences de traitement fondées sur l'âge en prévoyant que ces inégalités ne constituent pas une discrimination prohibée par l'article 2 « 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 ».

⁴ – Lorsque la loi fait la place trop belle aux décisions individuelles, elle sape sa fonction intrinsèque qui consiste à garantir la sécurité juridique et, de façon plus générale, la « primauté du droit » ; si, en revanche, elle est appliquée en ne prenant pas suffisamment en compte les situations individuelles, elle peut causer des injustices inacceptables: *summum ius, summa iniuria* ...

Il a déjà été souligné que cette approche particulièrement nuancée des différences de traitement fondées sur l'âge reflète une véritable différence entre l'âge et les autres motifs mentionnés par l'article 2 de la directive 2000/78.⁵ L'âge n'est pas, par nature, un « motif suspect », du moins pas autant que, par exemple, la race ou le sexe. En principe simples à administrer, claires et transparentes, les différenciations fondées sur l'âge, les limites d'âge et les mesures liées à l'âge sont au contraire courantes en droit et en particulier dans la législation sociale et relative à l'emploi. En même temps, l'âge constitue un critère indéterminé. Le caractère de discrimination fondée sur l'âge d'une différence de traitement peut non seulement dépendre de la question de savoir si elle est fondée directement ou indirectement sur l'âge, mais également de celle de savoir quel âge est concerné. Par conséquent, il peut être beaucoup plus difficile que, par exemple, dans le cas de la différence de traitement fondée sur le sexe de déterminer où les différences de traitement fondées sur l'âge justifiées s'arrêtent et où commence la discrimination injustifiée. Enfin, dans la mesure où les limites d'âge telles que les âges de retraite prévus par le règlement imposent une distinction directement fondée sur l'âge, elles doivent automatiquement être examinées au titre de la discrimination directe telle que définie dans l'article 2 de la directive 2000/78.

93. Cette approche "nuancée" est-elle de nature à créer une hiérarchie parmi les motifs de discrimination ? Elle signifie sans aucun doute que la discrimination fondée sur l'âge est plus difficile à éradiquer et, inversement, que la protection garantie contre elle est plus faible que celle accordée, par exemple, en matière de discrimination fondée sur la religion ou des convictions acquises la semaine dernière et jetées par dessus bord la semaine prochaine. La même approche nuancée ne se retrouve toutefois pas en ce qui concerne la religion ou les convictions.

94. L'avocat général Mazak déclare: « 76. Par conséquent, contrairement à ce qu'Age Concern England suggère, les possibilités de justification des différences de traitement fondées sur l'âge dans le cadre de la directive 2000/78 sont plus étendues que celles des différences de traitement fondées sur les autres motifs mentionnés par l'article 1^{er} de ladite directive. Toutefois, cette constatation ne doit pas être interprétée comme positionnant la discrimination fondée sur l'âge au dernier rang de la « hiérarchie » apparente des motifs de discrimination prévus par la directive 2000/78. Elle constitue plutôt une expression des différences matérielles entre ces différents motifs de discrimination et de leurs différents modes de fonctionnement en tant que critères juridiques. Il s'agit non pas d'une question de valeur ou d'importance, mais de la question de savoir comment délimiter de manière adéquate la portée de l'interdiction de la discrimination ».

95. C'est pourquoi l'avocat général Mazak indique: aucune importance ne doit être attachée à l'emploi du terme « raisonnablement » en complément du mot « objectivement ». Il résulte de la jurisprudence que la Cour n'applique pas, dans le cadre de l'examen de la justification des mesures nationales au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, un critère spécifique relatif au « caractère raisonnable » en tant que tel. La Cour semble plutôt utiliser la double expression « objectivement et raisonnablement » pour caractériser la légitimité de l'objectif

⁵ – Voir, par exemple, en ce sens, mes conclusions dans l'affaire *Palacios de la Villa*, citées dans la note en bas de page 6, points 61 à 63, et les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Lindorfer*, citées dans la note en bas de page 5, points 83 à 84.

poursuivi par la mesure nationale en cause.⁶ De plus, Age Concern England n'a pas été en mesure d'attribuer au terme "raisonnablement" une signification différente de celle du terme "objectivement" en ce qui concerne le degré de contrôle requis.

96. L'avocat général partage l'avis de la Commission selon lequel les objectifs susceptibles de justifier la discrimination directe fondée sur l'âge ne doivent être obligatoirement mentionnés dans la législation nationale. Il constate que le vingt-cinquième considérant (« dispositions spécifiques ») et le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive lui-même permettent de soutenir cette interprétation. L'article 6, paragraphe 1, vise avant tout des mesures nationales reflétant des choix de politique sociale et de l'emploi et non pas des décisions individuelles des employeurs.⁷ La justification de mesures prévoyant des différences de traitement fondées sur l'âge doit donc être évaluée au niveau de l'État membre, « dans le cadre du droit national ».

97. L'avocat général estime que la question qui doit être posée dans un cas tel que l'espèce, en ce qui concerne une règle telle que celle en cause qui autorise la mise à la retraite d'office d'un employé âgé de 65 ans ou plus, n'est pas celle de savoir, compte tenu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, si la décision individuelle d'un employeur de mettre un employé à la retraite d'office est justifiée, mais celle de savoir si une règle par laquelle un employeur est autorisé à procéder ainsi en invoquant comme motif le départ à la retraite lorsque l'employé est âgé de 65 ans ou plus est justifiée par un objectif légitime, comme l'article 6, paragraphe 1, le prévoit.

98. L'avocat général rappelle à la Cour les principes relatifs à la justification des objectifs poursuivis par l'Etat. Ces règles ne sont pas exclues dès lors que « les moyens pour réaliser cet objectif d'intérêt général n'apparaissent pas inappropriées et non nécessaires à cet effet ».⁸

99. Ce qui sous-tend ces différentes approches concernant la discrimination fondée sur l'âge est la conviction que la discrimination fondée sur l'âge n'est pas un fléau social aussi grave que d'autres types de discriminations. L'avocat général Mazak déclare

« L'âge n'est pas, par nature, un « motif suspect », du moins pas autant que, par exemple, la race ou le sexe. En principe simples à administrer, claires et transparentes, les différenciations fondées sur l'âge, les limites d'âge et les mesures liées à l'âge sont au contraire courantes en droit et en particulier dans la législation sociale et relative à l'emploi. En même temps, l'âge constitue un critère indéterminé. Le caractère de discrimination fondée sur l'âge d'une différence de traitement peut non seulement dépendre de la question de savoir si elle est fondée directement ou indirectement sur l'âge, mais également de celle de savoir quel âge est concerné. Par conséquent, il peut être

⁶ – Voir l'arrêt *Mangold*, cité dans la note en bas de page 4, paragraphes 59 et 60, et l'arrêt *Palacios de la Villa*, cité dans la note en bas de page 6, paragraphes 64 à 66.

⁷ – Voir aussi, en ce sens, la référence de la Cour au « choix que les autorités nationales concernées peuvent être amenées à faire » dans l'arrêt *Palacios de la Villa*, cité dans la note en bas de page 6, paragraphe 69.

⁸ – Voir l'arrêt *Palacios de la Villa*, cité dans la note en bas de page 6, paragraphe 77; voir aussi, plus explicitement en ce sens, les conclusions de l'avocat général Mazak dans cette affaire au point 74.

beaucoup plus difficile que, par exemple, dans le cas de la différence de traitement fondée sur le sexe de déterminer où les différences de traitement fondées sur l'âge justifiées s'arrêtent et où commence la discrimination injustifiée. Enfin, dans la mesure où les limites d'âge telles que les âges de retraite prévus par le règlement imposent une distinction directement fondée sur l'âge, elles doivent automatiquement être examinées au titre de la discrimination directe telle que définie dans l'article 2 de la directive 2000/78 ». (Point 74);

L'arrêt de la Cour dans l'affaire Heyday

100. C'est récemment que la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire Heyday. Son approche est intéressante dans la mesure où, tout en rejetant l'approche d'Age Concern, elle n'a pas non plus repris intégralement à son compte l'approche du gouvernement du Royaume-Uni ou les conclusions de l'avocat général Mazak.

101. En ce qui concerne la quatrième question, la Cour constate que la Commission interprète l'article 6, paragraphe 1, de la directive comme prévoyant une forme limitée de dérogation au principe de l'égalité de traitement justifiée par des considérations particulières de politique sociale propres à un État membre donné. Les dispositions dudit article 6, paragraphe 1, supposent donc, de l'avis de la Commission, l'adoption d'une mesure nationale spécifique reflétant un ensemble de circonstances et d'objectifs particuliers. La Cour rappelle à sa propre intention qu'une directive lie tout État membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Les États membres sont obligés d'assurer le plein effet de la directive, tout en disposant d'une ample marge d'appréciation quant au choix des moyens (point 41).

102. La Cour estime ensuite qu'une liste n'est pas obligatoire et fait à ce propos une suggestion intéressante.

« 42. La transposition en droit interne d'une directive n'exige d'ailleurs pas toujours une reprise formelle des prescriptions de cette dernière dans une disposition légale expresse et spécifique. Ainsi, la Cour a jugé que la mise en œuvre d'une directive peut, en fonction du contenu de celle-ci, intervenir dans un État membre par l'intermédiaire des principes généraux ou d'un contexte juridique général, dès lors que ceux-ci sont aptes à garantir effectivement la pleine application de cette directive et que, au cas où une disposition de ladite directive vise à créer des droits pour les particuliers, la situation juridique découlant de ces principes généraux ou de ce contexte juridique général soit suffisamment précise et claire, et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales (voir en ce sens, respectivement, arrêts du 23 mai 1985, Commission/Allemagne, 29/84, Rec.1661, point 23, et du 9 avril 1987, Commission/Italie, 363/85, Rec.1733, point 7). Une directive peut également être mise en œuvre au moyen d'une mesure générale pour autant que celle-ci satisfasse aux mêmes conditions.

43. Conformément à ces principes, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ne saurait être interprété comme imposant aux États membres d'établir, dans leurs mesures de transposition, une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. Au demeurant, il ressort des termes de cette

disposition que les objectifs légitimes et les différences de traitement qui y sont visés n'ont qu'une valeur indicative, ainsi qu'en atteste le recours, par le législateur communautaire, à l'adverbe « notamment ».

44. Par conséquent, il ne saurait être inféré de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 qu'un manque de précision de la réglementation nationale en ce qui concerne les objectifs pouvant être considérés comme légitimes au regard de cette disposition aurait pour effet d'exclure automatiquement que cette réglementation puisse être justifiée au titre de ladite disposition (voir, en ce sens, arrêt *Palacios de la Villa*, précité, point 56).

45. A défaut d'une telle précision, il importe néanmoins que d'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée, permettent l'identification de l'objectif sous-tendant cette dernière aux fins de l'exercice d'un contrôle juridictionnel quant à sa légitimité ainsi qu'au caractère approprié et nécessaire des moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif (arrêt *Palacios de la Villa*, précité, point 57).

46. Il ressort de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 que les objectifs pouvant être considérés comme « légitimes » au sens de cette disposition, et, par voie de conséquence, aptes à justifier qu'il soit dérogé au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, sont des objectifs relevant de la politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. Par leur caractère d'intérêt général, ces objectifs légitimes se distinguent de motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité, sans qu'il soit pour autant possible d'exclure qu'une règle nationale reconnaisse, dans la poursuite desdits objectifs légitimes, un certain degré de flexibilité aux employeurs ».

103. Il est important que l'objectif sous-tendant la mesure concernée puisse être identifié aux fins de l'exercice d'un contrôle juridictionnel quant au caractère approprié et nécessaire des moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif. Cela peut se faire à partir d'autres éléments, tirés du contexte général de la mesure concernée.

104. Les objectifs pouvant être considérés comme légitimes et appropriés pour justifier qu'il soit dérogé au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge sont des objectifs relevant de la politique sociale. Il s'agit d'objectifs tels que la politique menée par l'État en matière d'emploi, de marché de l'emploi ou de formation professionnelle. La Cour insiste sur le fait que ces objectifs légitimes se distinguent de motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur.

105. Dans le contexte de ce qui est susceptible de justifier la discrimination directe fondée sur l'âge, la Cour semble avoir dit pour droit qu'un employeur privé ne peut pas justifier une discrimination directe fondée sur l'âge par des raisons privées, il faut au contraire que la justification repose sur un objectif contenant un élément d'intérêt général. Au Royaume-Uni, cela signifie que tout employeur peut justifier une discrimination fondée sur l'âge, mais uniquement s'il se réfère à une catégorie limitée d'objectifs qui doivent comporter un élément d'intérêt général. Dans les pays qui ont repris dans leurs mesures de transposition le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive, cela signifie que l'employeur devra faire référence à un objectif de

nature comparable à ceux qui figurent sur la liste. A l'instar d'autres types d'interdiction de la discrimination, en particulier l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur le sexe, les coûts à eux seuls ne sauraient justifier la discrimination.

106. Une question restée sans réponse dans cet arrêt est celle de savoir si un critère général unique de justification de la discrimination directe fondée sur l'âge est envisageable. Certes, dans une affaire concernant le Royaume-Uni, un cabinet d'avocats a été en mesure de justifier l'âge de départ à la retraite d'un associé en faisant référence au désir de garantir une atmosphère « collégiale » au sein du cabinet (dans la mesure où il ne serait pas nécessaire de congédier un partenaire ayant atteint un certain âge sur la base de l'évaluation de ses capacités à poursuivre son activité). Il n'est pas certain que cet objectif comporte l'élément nécessaire d'intérêt général.

107. La Cour de justice des Communautés européennes a donné la réponse suivante à la quatrième question :

« 52. Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la quatrième question posée que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une mesure nationale qui, à l'instar de l'article 3 du règlement, ne contient pas une énumération précise des objectifs justifiant qu'il puisse être dérogé au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. Toutefois, *ledit article 6, paragraphe 1, n'ouvre la possibilité de déroger à ce principe que pour les seules mesures justifiées par des objectifs légitimes de politique sociale tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle.* Il appartient au juge national de vérifier si la réglementation en cause au principal répond à un tel objectif légitime et si l'autorité législative ou réglementaire nationale pouvait légitimement estimer, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les États membres en matière de politique sociale, que les moyens choisis étaient appropriés et nécessaires à la réalisation de cet objectif ».

108. Les mots en italique qui apparaissent dans le dispositif de l'arrêt permettent d'interpréter cet article en ce sens que seuls les objectifs de politique sociale constituent des objectifs légitimes justifiés.

109. La cinquième question, la question de savoir s'il existe une différence en matière de critères de justification, soulève un point dont l'importance va au-delà de l'affaire en cause. Tout d'abord, la Cour rejette l'argument avancé par Age Concern selon lequel les critères de justification de la discrimination directe fondée sur l'âge sont plus stricts. En termes concrets, cela signifie que les critères sont les mêmes que ceux qui s'appliquent à la discrimination indirecte. D'ailleurs, la position de la Cour sur ce point rejoint largement l'approche de la Commission. La Cour s'exprime ainsi:

« 58. Force est de constater que les champs d'application respectifs des articles 2, paragraphe 2, sous b), et 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ne se recouvrent pas parfaitement.

59. En effet, l'article 2 définit le concept de discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en ce qui concerne

l'emploi et le travail. Il opère une distinction, en son paragraphe 2, entre, d'une part, les discriminations directement fondées sur ces motifs et, d'autre part, celles dites « indirectes », qui, bien que reposant sur une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre, sont susceptibles d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes en raison de leur religion, de leurs convictions, de leur handicap, de leur âge ou de leur orientation sexuelle par rapport à d'autres personnes. Seules les dispositions, critères ou pratiques susceptibles de constituer des discriminations indirectes peuvent, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, échapper à la qualification de discrimination, tel étant le cas, aux termes du point i), s'il s'agit d' «une disposition, d'un critère ou d'une pratique ... objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». Pour les différences de traitement constituant des discriminations directes, l'article 2, paragraphe 1, de cette directive ne prévoit en effet aucune dérogation.

60. Pour sa part, l'article 6 de la directive 2000/78 instaure un régime dérogatoire propre aux différences de traitement fondées sur l'âge, en raison de la particularité reconnue à l'âge parmi les motifs de discrimination prohibés par celle-ci. Le vingt-cinquième considérant de cette directive souligne en effet qu'il est « 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 ».

110. Il est intéressant que l'article 6, paragraphe 1, soit explicitement considéré comme une dérogation et non pas simplement comme une définition du concept de discrimination fondée sur l'âge. La raison invoquée, « en raison de la particularité reconnue à l'âge parmi les motifs de discrimination » est opaque. Peut-être s'agit-il d'une référence au traitement différent réservé à l'âge dans le préambule, mais il est plus probable que ce soit plutôt une référence aux discussions entre les avocats généraux. Entretemps, l'âge se voit reconnaître une « spécificité » dont les autres motifs peuvent visiblement se dispenser. La Cour de justice poursuit :

« 61. Ainsi qu'il a été rappelé au point 35 du présent arrêt, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 autorise les *États membres* à prévoir, nonobstant l'article 2, paragraphe 2, de celle-ci, que certaines 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 ». Le second alinéa dudit article 6, paragraphe 1, énumère plusieurs exemples de différences de traitement revêtant des caractéristiques telles que celles mentionnées au premier alinéa de la même disposition, qui, en principe, peuvent être considérées comme « objectivement et raisonnablement justifiées » par un objectif légitime ». (Mots en italique soulignés par l'auteur).

« 62. Or, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 permet aux États membres d'instaurer dans leur droit national des dispositions prévoyant des différences de traitement fondées sur l'âge relevant notamment de la catégorie des discriminations

directes, telle que définie à l'article 2, paragraphe 2, sous a), de cette directive. C'est d'ailleurs dans cette mesure, en particulier, que ledit article 6, paragraphe 1, doit être interprété comme s'appliquant, aux termes de son premier alinéa, « nonobstant l'article 2, paragraphe 2 » de ladite directive. Cette faculté, en tant qu'elle constitue une exception au principe de l'interdiction des discriminations, est toutefois strictement encadrée par les conditions prévues à ce même article 6, paragraphe 1 ».

111. Il convient d'insister sur le fait que la justification de la discrimination directe fondée sur l'âge est strictement encadrée. L'approche là aussi semble partir de l'analyse que l'article considéré n'est pas une définition de la discrimination fondée sur l'âge, mais qu'il représente plutôt une dérogation au principe de l'égalité de traitement. Conformément aux conclusions de l'avocat général Sharpston qui estime que la directive fixe des règles d'application du principe général de l'égalité de traitement, cet article peut être considéré comme une dérogation à l'application du principe général. En ce qui concerne les affaires opposant des personnes dans les pays qui ont repris dans leur législation nationale le libellé de l'article 6, paragraphe 1, cela signifie que la liste des objectifs légitimes ne saurait élargie à discrétion. Des objectifs tels que la protection de la santé ou la garantie de la sécurité peuvent s'avérer légitimes dans le sens restrictif de dérogation, tandis que des objectifs tels que l'efficacité ou la promotion de la morale ne seront pas considérés comme légitimes, dans la mesure où ils représentent les intérêts individuels de l'employeur.

112. En ce qui concerne la différence entre les critères de justification, la Cour poursuit :

« 63. Il ressort de la décision de renvoi que le litige au principal porte sur la légalité de dispositions nationales régissant les conditions de licenciement pour cause d'âge de la retraite. Dans la mesure où elles instaurent des conditions de licenciement moins favorables à l'égard des travailleurs ayant atteint l'âge de la retraite, ces dispositions prévoient une forme de discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78.

64. En revanche, l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, lequel concerne exclusivement les discriminations indirectes, n'apparaît pas nécessaire pour la solution du litige au principal.

65. Toutefois, la juridiction de renvoi s'interrogeant sur l'existence d'une différence dans l'application des critères énoncés à l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, par rapport à celle des critères figurant à son article 6, paragraphe 1, il convient de souligner que cette dernière disposition donne aux États membres la possibilité de prévoir, dans le cadre du droit national, que certaines formes de différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas des discriminations au sens de cette directive lorsqu'elles sont « objectivement et raisonnablement » justifiées. Tout en constatant que le terme « raisonnablement » ne figure pas à l'article 2, paragraphe 2, sous b), il convient de relever qu'il ne saurait être envisagé qu'une différence de traitement puisse être justifiée par un objectif légitime, atteint par des moyens appropriés et nécessaires, mais que cette justification ne soit pas raisonnable. Dès lors, il n'y a pas lieu d'attacher une signification particulière à la circonstance que ledit terme n'a été employé qu'à l'article 6, paragraphe 1, de cette même directive. ***Il importe cependant de souligner que cette dernière***

disposition s'adresse aux États membres et leur impose, nonobstant la large marge d'appréciation dont ils disposent en matière de politique sociale, la charge d'établir la légitimité de l'objectif poursuivi à concurrence d'un seuil probatoire élevé ». (Souligné par l'auteur)

113. Par conséquent, un employeur privé peut invoquer la justification d'une mesure introduisant une discrimination indirecte fondée sur l'âge. L'État, quant à lui, peut soit invoquer la justification fragmentaire d'une mesure introduisant une discrimination indirecte fondée sur l'âge (article 2, paragraphe 2), soit une dérogation au principe de non-discrimination de l'article 6, paragraphe 1, en ce qui concerne une catégorie de mesures introduisant une discrimination indirecte. Néanmoins, et sans préjudice de la large marge d'appréciation existante dans le choix des objectifs de politique sociale (pour l'État), la charge d'établir la légitimité de l'objectif de politique sociale se situe à un niveau élevé. C'est la première fois que la Cour se prononce sur les critères applicables en matière de charge d'établir la légitimité d'un objectif. En règle générale, le pouvoir discrétionnaire de l'État ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel très poussé.

114. La Cour aborde ensuite l'ordre dans lequel les questions de la justification doivent être abordées.

« 66. Sans qu'il soit besoin, en l'occurrence, de se prononcer sur la question de savoir si ce seuil probatoire est plus élevé que celui applicable dans le cadre de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, force est de relever que, si une disposition, un critère ou une pratique ne constitue pas, en raison d'une justification objective au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de cette directive, une discrimination au sens de celle-ci, il n'est, par suite, pas nécessaire d'avoir recours à l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, lequel, ainsi qu'il ressort du point 62 du présent arrêt, a notamment pour vocation de permettre la justification de certaines différences de traitement qui, sans cette dernière disposition, constitueraient de telles discriminations ».

115. La Cour propose que, en présence d'une mesure introduisant une discrimination et exigeant une justification, vous examiniez dans un premier temps cette mesure à la lumière de l'article 2, paragraphe 2, sous b) et que, seulement dans le cas où cette mesure ne serait pas justifiée, vous examiniez si elle pourrait être justifiée au titre de l'article 6, paragraphe 1. En revanche, si cette mesure constitue une discrimination directe, elle doit être examinée à la lumière de l'article 6, paragraphe 1. Toutefois, dans la mesure où la Cour a dit pour droit qu'il n'existait pas de différence entre les critères de justification applicables à la discrimination directe fondée sur l'âge et ceux applicables à la discrimination indirecte fondée sur l'âge, l'ordre dans lequel ces questions sont examinées importe peu. Il ne fait aucun doute que les mêmes critères s'appliquent tant en ce qui concerne la discrimination indirecte (en général) fondée sur l'âge que la discrimination directe.

116. La phrase « à concurrence d'un seuil probatoire élevé » se retrouve dans le dispositif de l'arrêt. Il est intéressant de comparer les conclusions de l'avocat général sur ce point et la réponse apportée par la Cour. Cela peut éclairer utilement la position de la Cour. L'avocat général avait proposé de donner la réponse suivante à la question concernant les âges de la retraite : « une règle telle que celle en cause dans l'affaire au principal qui permet aux employeurs de licencier les employés âgés

de 65 ans et plus lorsque le motif du licenciement est le départ à la retraite peut en principe être justifiée conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 si elle est objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et au marché du travail et dès lors que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif d'intérêt général n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires à cet effet ».

117. Dans sa réponse, la Cour, quant à elle, insiste sur le seuil probatoire élevé requis :

« 3. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 donne la possibilité aux États membres de prévoir, dans le cadre du droit national, certaines formes de différences de traitement fondées sur l'âge lorsqu'elles sont « objectivement et raisonnablement » justifiées par un objectif légitime, tel que la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle, et que les moyens pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Il impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence d'un seuil probatoire élevé. Il n'y a pas lieu d'attacher une signification particulière à la circonstance que le terme « raisonnablement », employé à l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive, ne figure pas à l'article 2, paragraphe 2, sous b), de celle-ci ».

Conclusion

118. Il est difficile de ne pas aboutir à la conclusion que les discriminations fondées sur l'âge sont considérées comme un fléau social moins grave que celles fondées sur d'autres motifs énoncés à l'article 13. A mon sens, il est dangereux d'envisager les caractéristiques, quelles qu'elles soient, uniquement en fonction de la nécessité de ne les protéger que lorsqu'elles ne sont pas « pertinentes » pour le processus de décision « correct ». Il convient de se rendre compte que ce type d'analyse est dicté par des valeurs. Prenons l'exemple des discriminations fondées sur la race. A certaines époques de l'histoire de nombreuses nations européennes, tel pays s'est vu confronté à une réelle menace émanant d'un groupe ethnique particulier. Une analyse de gestion du risque amènerait à conclure que l'appartenance ethnique d'une personne est un facteur pertinent pour la prise de décision. Ce n'est que parce qu'il existe un principe selon lequel les caractéristiques ethniques doivent être considérées comme non pertinentes que, dans certains pays, elles n'entrent pas en ligne de compte dans le processus de prise de décision « correct ». Toutefois, leur caractère non pertinent fait partie de la définition de ce que l'on entend par processus de décision « correct ».

119. L'analyse des conclusions des deux avocats généraux qui précède revient à consolider l'utilisation par les employeurs des facteurs liés à l'âge plutôt qu'à remettre en cause l'utilisation de l'âge en tant que caractéristique pertinente. D'autre part, les difficultés rencontrées dans les affaires de discriminations fondées sur l'âge pour trouver des éléments de comparaison significatifs ne permettent pas de conclure que l'égalité de traitement en matière d'âge saurait être moins bien garantie au motif que l'âge serait un motif « moins suspect » que les autres motifs de discrimination. Cela signifie uniquement que les tribunaux et les juridictions saisis devront, à l'instar de ce qui s'est fait dans certaines affaires irlandaises, examiner le

contexte dans lequel les différences fondées sur l'âge sont considérées comme permettant une comparaison pertinente.

120. Tandis qu'il ne fait aucun doute que nous évoluons tous du berceau à la tombe, le fait d'être traité de manière moins favorable au simple motif d'occuper une position particulière sur l'axe de temps sape indéniablement la dignité de la personne. Voir résilier son contrat de travail (contre sa volonté) uniquement pour avoir atteint un certain âge constitue un exemple parfait de la façon dont la discrimination fondée sur l'âge sape la dignité de la personne.

121. Deux points ressortent de la manière dont ont été jugées les affaires jusqu'à ce jour :

- (a) la marge existante pour justifier la discrimination directe fondée sur l'âge est limitée par le fait que l'objectif légitime retenu doit relever de l'intérêt général ;
- (b) en ce qui concerne les objectifs de politique sociale utilisés pour justifier l'adoption par les États membres de mesures introduisant des discriminations fondées sur l'âge, l'État doit établir la légitimité de cet objectif à concurrence d'un seuil probatoire élevé. Cela signifie vraisemblablement que l'État devra établir que l'objectif est justifié par référence à certains faits dûment prouvés.

122. Cela signifie tout d'abord la reconnaissance importante du fait que les objectifs susceptibles de justifier l'utilisation de l'âge comme motif de traitement moins favorable doivent correspondre aux besoins de l'ensemble de la société. Cela signifie que le jugement de valeur qui sous-tend la décision de considérer l'âge comme un critère pertinent dans le processus de prise de décision doit intervenir au niveau de l'État et doit tenir compte des besoins de la société d'un État membre donné. Ensuite, le fait que l'État doit justifier les objectifs dont il estime qu'ils sont susceptibles de justifier les discriminations fondées sur l'âge à concurrence d'un seuil probatoire élevé signifie que les États membres devront formuler explicitement la base sur laquelle ils adoptent ces objectifs particuliers. Si, par exemple, comme dans l'affaire **Palacios**, la base pour l'adoption de la mesure sociale est un vaste consensus entre les partenaires sociaux sur ces objectifs, la légitimité de ces objectifs sera établie. Dans les pays qui se sont dotés d'un modèle de relations entre partenaires sociaux qui ne favorise pas le dialogue et les accords de ce type (par exemple les pays anglo-saxons), vouloir imposer un objectif sans qu'il soit suffisamment prouvé qu'il a fait l'objet d'une consultation et qu'il est nécessaire fera douter que le seuil probatoire élevé requis ait été respecté.

123. Certes, la législation concernant les discriminations fondées sur l'âge a été conçue dans un monde contraint par l'étau de la récession. Ces circonstances expliquent qu'elle se développe avec un minimum de dispositions réglementaires, les gouvernements ne souhaitant pas imposer une réglementation trop contraignante à des employeurs qui se battent dans un contexte économique difficile. Si tel est bien le cas, c'est précisément dans ce contexte qu'un groupe de travailleurs rendu vulnérable en raison de son âge (comme les travailleurs âgés de 65 ans et plus au Royaume-Uni) a besoin de la protection garantie par la législation relative à l'égalité de traitement.

124. Enfin, après l'entrée en vigueur de la directive relative à l'accès et à la fourniture de biens et services, le concept de justification des discriminations fondées sur l'âge refait surface. Dans ce domaine, les critères en matière de respect de la dignité de la personne sont plus exigeants et il n'est pas exclu que l'approche « nuancée » retenue dans le contexte de l'emploi soit plus difficile à accepter dans cet autre domaine.

DECLAN O'DEMPSEY

(dod@cloisters.com)

21 avril 2009, Cloisters, London, UK