

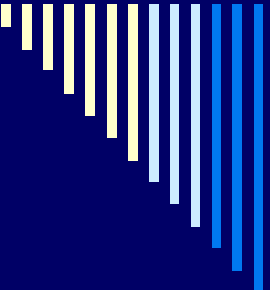
La discrimination fondée sur l'âge dans le contexte d'une population européenne vieillissante

Marie Mercat-Bruns
CNAM/Sciences Po



Plan de l'exposé

- I-Que signifie la discrimination fondée sur l'âge?
 - II-La nature ambivalente de la discrimination fondée sur l'âge: reconnaissance d'un principe général de non discrimination fondé sur l'âge
 - III-Tempéraments à la discrimination fondée sur l'âge soumis à un double contrôle: le test de légitimité et de proportionnalité
-



I- Que signifie la discrimination fondée sur l'âge?

- Comment définir l'âge?
 - Quel âge est visé par la jurisprudence de l'Union européenne relative aux discriminations dans l'emploi?
-



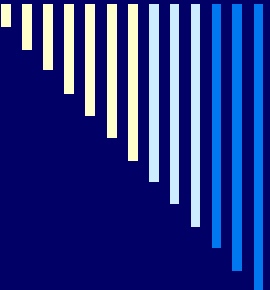
Quelle est la définition de l'âge comme critère discriminatoire?

- Il n'existe pas de définition de l'âge en droit européen:
 - Art. 19 TFUE renvoie directement à la prohibition de la discrimination fondée sur l'âge
 - Art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE
 - Préambule, points 8 et 25 ainsi que l'article 2 et 6 de la Directive 2000/78 mentionnent l'âge sans le définir
 - Le droit national des Etats membres n'est guère plus précis
-



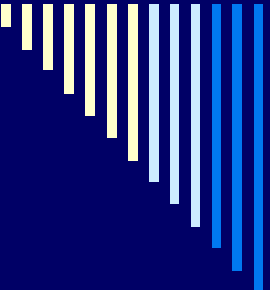
Quel est l'âge auquel renvoie la discrimination fondée sur l'âge?

- C'est une question essentielle pour comprendre comment la jurisprudence européenne s'est construite:
 - Soit le droit mentionne l'âge sans autre précision (UE), soit il mentionne une tranche d'âge spécifique (+40 ans aux US). La définition de l'âge semble évidente: c'est un marqueur biologique du temps qui passe de la naissance à la mort.
 - Pourtant l'âge est souvent confondu avec le vieillissement qui est beaucoup plus complexe.
 - Cela peut expliquer l'émergence de la discrimination fondée et les dimensions **subjectives et objectives** de l'âge comme construit social.
-



L'âge: un indicateur de risques *subjectifs* liés au vieillissement et aux stéréotypes

- Différentes causes du vieillissement:
- *Endogènes* à l'être humain (différentes théories médicales)
- *Exogènes* en ce sens que le corps est soumis à une série d'abus qui peuvent avoir une incidence, selon le contexte.
- Donc la progression du vieillissement varie d'une personne à l'autre et l'âge chronologique est davantage un indicateur des conséquences possibles du vieillissement à certaines étapes de la vie.
- L'âge reflète les risques de dégradation, associés au vieillissement et son incidence sur la santé au travail, par exemple, mais sans effet causal automatique de l'âge.
- Cette complexité du vieillissement permet d'expliquer pourquoi des stéréotypes, de nature *subjective*, sont associés au jeune âge et à l'âge avancé.



L'âge: un critère *objectif* de sélection dans le cadre des politiques de l'emploi, de la santé et de la retraite

- L'âge est souvent utilisé aussi comme critère *objectif* de substitution pour tenir compte notamment de l'ancienneté et permettre l'accès à l'emploi, la formation, une pension de retraite... L'accès aux prestations qu'offrent un système de protection sociale et les politiques de l'emploi est lié à des considérations économiques. L'âge est perçu comme un critère *plus objectif*, pour justifier l'accès ou non à une prestation et cela a un impact sur le coût et la sécurité d'emploi des travailleurs jeunes et plus âgés.
-



A quel âge renvoie la jurisprudence européenne?

- Référence à tous les âges: jeunes ou plus âgés. L'âge d'un individu ou une cohorte.
- Par exemple, dans la jurisprudence européenne:
 - CJCE aff. C-341/08 *Petersen*: travailleurs âgés
 - CJCE aff. C-88/08 *Hutter*: jeunes travailleurs
- Les arrêts peuvent désigner une différence d'âge CJCE C-427/06 *Barstch*: différence d'âge entre un bénéficiaire décédé d'une pension de retraite et sa veuve



L'âge: un critère suspect?

- Le critère de l'âge comme celui de la race ou du sexe peut-il être considéré comme suspect, qui mériterait un contrôle judiciaire rigoureux au regard du principe d'égalité et de la non discrimination?
- La Cour Suprême américaine a considéré que l'âge n'est pas un critère suspect donc n'est **pas au même rang** que le sexe ou la race (Arrêt *Murgia*).
- En droit européen, l'âge est considéré de façon **ambivalente, équivalent aux autres critères et pourtant différent**.



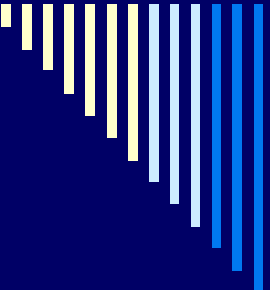
L'âge: un critère suspect?

- En effet, d'un côté, la directive 2000/78 interdit la discrimination fondée sur l'âge comme tout autre critère:
- **Article 1:** *“La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement. »*
- **Article 2:** *“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 1er. »*



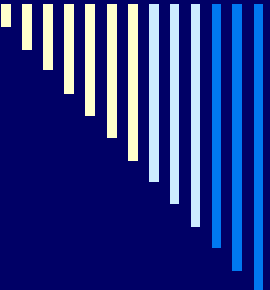
L'âge: un critère suspect?

- D'un autre côté, il existe des limites importantes aux contours de la discrimination fondée sur l'âge:
- Art. 4 de la directive 2000/78: exigence professionnelle essentielle et déterminante d'interprétation stricte:
- *...Les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. CJUE Wolf aff. C-229/08; CJUE Prigge aff. C-447/09*
- Art. 6 of 2000/78 Directive porte sur l'âge:
- *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. Palacios C-411/05; Fuchs C-159/10*



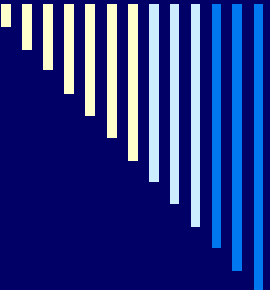
II-La nature ambivalente de la discrimination fondée sur l'âge: la reconnaissance d'un principe général de non discrimination fondé sur l'âge

- **La nature ambivalente de la non discrimination fondée sur l'âge expliquerait la nécessité des juges d'asseoir sa légitimité par rapport aux autres critères:**
- *« il y a lieu de rappeler, d'une part, que la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, d'autre part, que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement » (Aff. C-144/04 - Werner Mangold, pts 74 à 76*
- *« Dans ces conditions, il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe. »*
- **Aff. C-555/07 Küçükdeveci, pts 50 et 51**



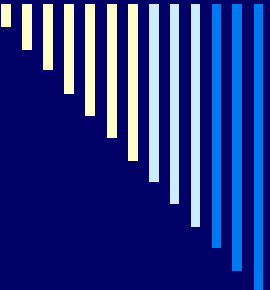
Reconnaissance du principe général de non discrimination fondée sur l'âge par la CJUE et certaines juridictions nationales:

- *« Le droit communautaire et, notamment, l'article 6, § 1, de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui autorise, sans restrictions, à moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail antérieur à durée indéterminée conclu avec le même employeur, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans. »*
- *Il incombe à la juridiction nationale d'assurer le plein effet du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale, et ce alors même que le délai de transposition de ladite directive n'est pas encore expiré.... C-144/04 - Werner Mangold v Rüdiger Helm, pt 78*
- **Dans les affaires plus récentes Hennig C-297/10 et Prigge C-447/09, la Cour affirme plus explicitement que le fondement du principe de non discrimination fondé sur l'âge est consacré à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux ayant la même valeur que les traités.**
- **Le principe de non discrimination fondé sur l'âge a aussi été cité par les juridictions françaises (Soc. 11 mai 2010 n° 08-43681)**



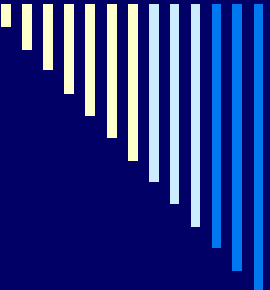
III-Tempéraments à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge mais contrôle judiciaire de légitimité et proportionnalité: l'art.6, directive 2000/78

- Pt 25 du Préambule
- **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...**
- Art. 6 :
- Les 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, ... 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.
- Exemples de différences de traitement:
- a) **la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, ...**
- 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 ...d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.**



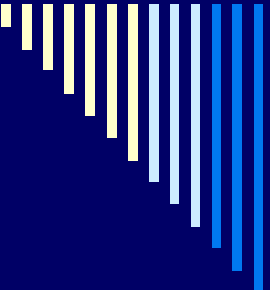
III-Tempéraments à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge soumise à un contrôle judiciaire de légitimité et proportionnalité: selon l'article 6 (Directive 2000/78)

- Une jurisprudence européenne abondante: les arrêts *Mangold*, *Palacios*, *Age Concern England*, *Hutter*, *Petersen*, *Rosenbladt*, *Andersen*, *Georgiev*, *Fuchs* et *Hennig* nous fournissent des indications essentielles sur ces justifications légitimes et proportionnées fondées sur l'âge, parmi les différences de traitement nationales dans le cadre de politiques selon l'article 6 of the 2000/78 Directive.
- La CJUE propose une grille d'analyse en deux temps:
- L'article 6 §1 de la directive pose deux conditions pour que l'une de ces différences de traitement soient justifiées: d'une part, l'existence d'un objectif ou d'une finalité légitime et, d'autre part, le caractère approprié et nécessaire de la mesure, c'est-à-dire qu'elle soit *proportionnée au regard de l'objectif poursuivi*.



Première étape du contrôle juridictionnel: que signifie un « objectif légitime de politique sociale »?

- Dans les arrêts *Mangold* (pt 63) et *Palacios*, la CJUE a affirmé que « les États membres disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi. »
- L'arrêt *Hutter* confirme l'étendue des actions publiques qui peuvent être menées.
- Ces mesures soumises au contrôle des juges ne sont pas forcément dans la sphère publique; elles peuvent s'étendre à des ruptures dans le secteur privé, conformément à une législation nationale qui impose une mise à la retraite obligatoire mise en oeuvre par des dispositions législatives ou conventionnelles. (Arrêts *Palacios and Age concern England*).



Que signifie donc une politique ayant un objectif légitime et cette appréciation peut-elle évoluer avec le temps et les considérations économiques?

- La difficulté réside dans le fait que la légitimité des politiques peut évoluer avec le contexte économique. La mise à la retraite instaurée dans l'arrêt *Palacios* était justifiée par la mauvaise conjoncture économique.
- L'influence du contexte économique est une vraie question comme l'illustre l'arrêt *Petersen* dans lequel le gouvernement entendait supprimer le refus d'autorisation d'exercer des dentistes dans le secteur public au moment où le litige a été porté à la CJUE. Autrement dit, à quel moment doit-on apprécier la légitimité de la politique sociale? Est-ce au moment de son adoption ou lorsque l'affaire est portée devant la Cour? Pour une réponse un peu plus nuancée: CJUE 21 juillet 2011, aff. 159/10 *Fuchs*



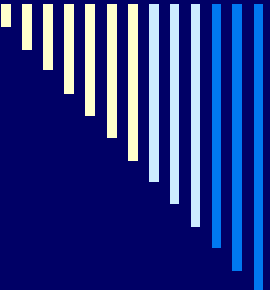
Que signifie une politique sociale ayant un objectif légitime?

- Les objectifs légitimes ne sont pas ceux de l'employeur, par exemple, des objectifs individuels de réduire des coûts ou augmenter la compétitivité de l'entreprise (V. *Age Concern England*), même si les politiques peuvent tenir compte de la nécessité d'une certaine souplesse dans l'intérêt des entreprises.
- Dans l'arrêt *Hutter*, la Cour a aussi reconnu la marge de manoeuvre nécessaire des Etats membres dans le choix des mesures publiques nécessaires afin de promouvoir l'emploi et les politiques sociales (en l'espèce, il s'agissait de promouvoir l'apprentissage). Les lois nationales peuvent dresser une liste des politiques légitimes. Par exemple, la France a modifié sa liste dans la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pour se conformer à la directive de 2000/78.



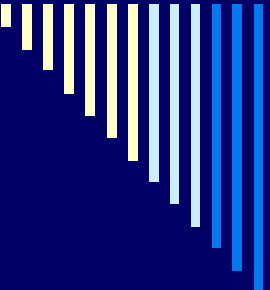
Que signifie une politique ayant un objectif légitime?

- Exemples de politiques destinées aux travailleurs jeunes ou âgés **ayant un objectif légitime** »:
- **Standard d'appréciation judiciaire plutôt souple de la légitimité** d'une politique sociale d'un Etat membre. *Kücükdeveci C-555/07; Andersen C-499/08, Rosenbladt C-45/09, Georgiev C-250/09; Fuchs aff. C- 159/10, Hennigs C-297/10*
- Dans l'arrêt *Georgiev* par exemple:
- Pt 45: « **la formation et l'emploi des enseignants ainsi que l'application d'une politique concrète du marché de l'emploi permettant de tenir compte de la situation particulière du personnel de la discipline concernée,...** peuvent répondre à la volonté de répartir de manière optimale les postes de professeurs entre les générations, notamment par l'engagement de jeunes professeurs. Or.... la Cour a déjà jugé que **la promotion de l'embauche constitue incontestablement un objectif légitime de politique sociale** ou de l'emploi des Etats membres (*Palacios* pt 65) notamment lorsqu'il s'agit de favoriser l'accès des jeunes à l'exercice d'une profession (arrêt *Petersen* pt 68). **Ainsi, la promotion de l'embauche dans l'enseignement supérieur par l'offre de postes de professeurs à des personnes plus jeunes est susceptible de constituer un tel objectif légitime.** »
- On retrouve cette même indulgence dans la jurisprudence française (Soc.17 nov. 2010)



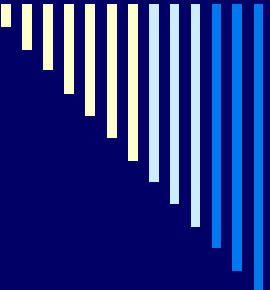
Deuxième étape du contrôle juridictionnel, le caractère proportionnel de la mesure: quels sont les moyens considérés comme “appropriés et nécessaires” d’une politique sociale?

- Dans *Mangold*, le renouvellement indéfini des contrats à durée déterminée exclusivement à destination des travailleurs âgés de plus de 52 ans est considéré comme une mesure allant au-delà de ce qui était nécessaire pour promouvoir l’emploi des travailleurs âgés.
- Dans *Palacio*, la volonté d’adopter une politique de mise à la retraite a été considérée comme appropriée au regard des objectifs des politiques de l’emploi et pouvait être dévolue aux partenaires sociaux et le paiement d’une pension n’est **pas considéré comme “inappropriée ou pas nécessaires”** pour promouvoir cette politique sans focaliser uniquement sur l’âge du bénéficiaire. Que révèle la forme négative de la Cour dans le deuxième exemple?
- Plus récemment dans les décisions *Andersen, Rosenbladt, Georgiev, Fuchs et Hennigs*, la Cour semble distinguer, à l’intérieur même de son contrôle de proportionnalité entre ce qui est approprié et ce qui est nécessaire pour détecter les moyens qui semblent peu raisonnables, excessifs ou incohérents au regard de telle ou telle politique sociale légitime fondée sur l’âge.



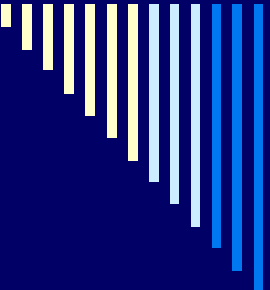
Les tempéraments à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge et le contrôle de proportionnalité: quels moyens sont considérés *appropriés*?

- Cette exigence du caractère « approprié » des moyens mis en œuvre (CJUE *Georgiev* pt 52):
- « Ces appréciations sont également pertinentes s'agissant de l'exercice d'une activité telle que celle de professeur d'université. En effet, dans la mesure où les postes de professeurs d'université sont, en général, en nombre limité et sont réservés aux personnes ayant atteint les qualifications les plus élevées dans le domaine concerné, et dès lors qu'un poste vacant doit être disponible pour pouvoir procéder à l'engagement d'un professeur, il y a lieu de considérer qu'un État membre peut estimer approprié de fixer une limite d'âge pour atteindre des objectifs de politique de l'emploi.. » (*tels que la promotion de l'embauche d'enseignants plus jeunes*).
- Marge de manœuvre des Etats sur la nature des éléments de preuve requis pour prouver le caractère approprié de la mesure (CJUE *Fuchs*, pt 80, 82)



Les tempéraments à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge et le contrôle de proportionnalité: quels moyens sont **nécessaires**? *Georgiev* (pts 54 et 55);

- *Quant à la limite d'âge retenue par la législation nationale en cause au principal, à savoir 68 ans, il ressort du dossier qu'elle est de cinq ans supérieure à l'âge légal auquel les hommes peuvent normalement acquérir un droit à pension et être mis à la retraite dans l'État membre concerné. Elle permet ainsi aux professeurs d'université, qui se voient offrir de travailler jusqu'à 68 ans, de poursuivre leur carrière pendant une durée relativement longue. **Une telle mesure ne saurait être regardée comme portant une atteinte excessive** aux prétentions légitimes des travailleurs mis à la retraite d'office du fait qu'ils ont atteint la limite d'âge prévue, dès lors que la réglementation pertinente ne se fonde pas seulement sur un âge déterminé, mais **prend également en considération la circonstance que les intéressés bénéficient, au terme de leur carrière professionnelle, d'une compensation financière** au moyen de l'octroi d'une pension de retraite, telle que celle prévue par le régime national en cause au principal (*Palacios*, pt 73).*
- *Il s'ensuit que **la fixation d'une telle limite d'âge pour la cessation du contrat de travail n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre des objectifs de politique de l'emploi** pour autant que ladite législation nationale répond à ces objectifs de manière **cohérente et systématique.***



Les tempéraments à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge et le contrôle de proportionnalité: quels moyens sont nécessaires?

- Dans *Hennig*, la Cour réitère **cette nécessité de cohérence et d'absence d'excès** dans le choix de la mesure en fonction d'un objectif légitime.
- Pt 74: **Le recours au critère tiré de l'ancienneté est, en règle générale, approprié** pour atteindre cet objectif car l'ancienneté va de pair avec l'expérience professionnelle (Cadman, pts 34 et 35;Hütter, pt 47).
- Pt 75: Or, si la mesure en cause au principal permet à l'agent de gravir les échelons dans le grade auquel il appartient en fonction de l'avancement de son âge et donc de son ancienneté dans l'emploi, force est de constater que, lors de son recrutement, **le classement initial à un échelon donné dans un grade donné d'un agent n'ayant aucune expérience professionnelle n'est fondé que sur son âge.**
- Ainsi, un agent sans aucune expérience professionnelle, engagé à l'âge de 30 ans dans un emploi classé dans l'un des grades III à X percevra, dès son recrutement, une rémunération de base équivalente à celle perçue par un agent ayant le même âge, occupant le même emploi, mais ayant été engagé à l'âge de 21 ans et justifiant d'une ancienneté et d'une expérience professionnelle dans son emploi de neuf années...
- Pt 77 **La détermination en fonction de l'âge de l'échelon de rémunération de base d'un agent contractuel du secteur public lors du recrutement va au-delà de ce qui est nécessaire et approprié** pour atteindre l'objectif légitime invoquéconsistant à **prendre en compte l'expérience professionnelle** acquise par l'agent **antérieurement à son recrutement.**



CONCLUSION

- - L'art. 6, directive 2000/78 offre une **grille de lecture** pour les juges et donne à la CJUE une certaine capacité pour déterminer quelles politiques sont considérées comme légitimes et proportionnées dans les Etats membres.
- - Eclairage juridictionnelle également sur les **risques de préjugés** liés à l'âge CJUE *Petersen, Wolf et Prigge* dans le cadre de l'application de l'article 4 sur les exigences professionnelles essentielles et déterminantes.
- **La CJUE n'a pas encore donné d'indications sur l'application de la notion de discrimination indirecte appliquée à l'âge** (V. la jurisprudence française restrictive, Soc. 30 avril 2009; Soc. 19 octobre 2010).
- En outre, la poursuite de la vie professionnelle avec le **recul de l'âge de la retraite et le maintien dans l'emploi au-delà de cet âge pour certains, augmente le risque de discrimination** fondée sur l'âge (en ce sens, Soc. 29 juin 2011)