

# La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire : aperçu de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne

par Francis MEYER,

Maître de conférences, Institut du travail, Université de Strasbourg

## PLAN

### I. Le droit à ne pas être discriminé en fonction de l'âge : une obscure clarté

- A. Les conditions à réunir pour qu'il y ait discrimination
- B. Justifications de l'inégalité de traitement
- C. Le contrôle de la proportionnalité

### II. La force du critère de non-discrimination

- A. La non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit très atténué
- B. Le caractère inopérant de la distinction entre discrimination directe et indirecte au regard des dérogations

### III. Les questions en suspens

## Introduction : mise en perspective

**Le critère de l'âge n'est pas un motif de discrimination comme les autres. Le recours au critère de l'âge peut servir à défendre le maintien au travail des seniors, mais aussi à favoriser l'embauche des jeunes. Dans l'absolu, il peut être mis en avant dans pratiquement tous les contentieux puisque tout le monde a un âge, et que l'on peut toujours se comparer à des personnes plus jeunes ou plus âgées que soi.**

Par ailleurs, tous les auteurs se rejoignent sur le constat que la discrimination en fonction de l'âge est une notion en devenir, « une jurisprudence qui n'a pas encore atteint l'âge de maturité » (1), « un chantier des discriminations en raison de l'âge » (2), un domaine dans lequel la CJUE « joue le rôle de funambule » (3) et pratique « la politique des petits pas » (4).

Au plan communautaire, la discrimination en fonction de l'âge a fait l'objet d'une promotion rapide par la CJUE dans un contexte particulier. Le critère de l'âge a été introduit opportunément dans le droit communautaire à un moment où il est devenu très utile pour contrer les pratiques étatiques et conventionnelles visant à écarter les personnes en fin de parcours professionnel, motif pris de la nécessité de susciter l'embauche des jeunes dans un contexte de chômage élevé. Ce sont les fameux objectifs de Lisbonne sur les taux d'emploi de la population en général (70 %) et des seniors en particulier (plus de 50 % dans la fourchette des 55-64 ans) qui constituent la toile de fond de l'analyse du critère d'âge. Il s'agit de mettre ou de conserver le maximum de personnes au travail dans un souci d'efficacité économique et de lutte contre les déficits publics. Les droits fondamentaux viennent appuyer une préoccupation économique, ce qui ne saurait surprendre l'observateur averti, mais qui mérite d'être rappelé.

L'âge comme motif discriminatoire, à peine introduit dans le droit dérivé, a été promu au rang de principe général du droit de l'Union européenne par l'arrêt *Mangold* de 2005 (5) ; ce critère a donc fait l'objet d'une ascension rapide mais il demeure instable car les fondations sont fragiles : d'une part, il ne figurait pas jusqu'à récemment dans beaucoup d'instruments juridiques internationaux et ne fait pas partie des traditions communes aux Etats membres

(1) D. Martin RJS 11/09 p. 734.

(2) J.P. Lhernould « Le chantier des discriminations en raison de l'âge » RJS 7/07 p. 595.

(3) J.P. Lhernould RJS 4/10 p. 258.

(4) M.-C. Amauger-Lattès, I. Desbarats et C. Vincens, SSL 2008 n° 1340.

(5) CJCE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, Dr. Ouv. 2006 p. 362, n. M. Bonnechère.

(6) Comme le signale un auteur, « il ressort d'un examen succinct des législations nationales que la condition de généralité de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge n'est aucunement remplie », F. Michéa « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge - Retour sur la jurisprudence récente de la CJUE », Dr. Soc. novembre 2010 p. 1060 et s.

(6). D'autre part, la Cour de justice a encore manifesté jusqu'à très récemment beaucoup d'indifférence à l'égard de ce critère, dans des arrêts de 1986 et même 2007 (7).

*Pour en venir à la jurisprudence récente se rapportant à ce thème, la Cour fait preuve dans les arrêts que l'on va examiner d'un volontarisme qui est le propre des nouveaux convertis. Mais l'ensemble de l'édifice reste marqué par des hésitations que l'on peut imputer à sa volonté de préserver la marge de manœuvre des Etats pour conduire les politiques de l'emploi et à celle de ménager l'autonomie des partenaires sociaux.*

## I. Le droit à ne pas être discriminé en fonction de l'âge : une obscure clarté

Les injonctions juridiques sont complexes, voire contradictoires : il s'agit éviter de discriminer en fonction de l'âge mais, dans le même temps, des atteintes multiples au principe sont prévues. Il faut donc combiner la neutralité de principe d'une disposition eu égard à la question de l'âge avec des actions positives favorisant certains salariés en raison de leur âge.

Toute cette contradiction est résumée dans le 25<sup>e</sup> considérant de la directive : « *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.* » (8).

On peut comprendre qu'avec une telle carte d'orientation, la CJUE ait quelques difficultés à trouver son chemin.

Surtout que les droits nationaux fourmillent de dispositions faisant intervenir le critère de l'âge. On peut dire que, pendant longtemps, le législateur français a lui-même encouragé cette différenciation au travers de la GPEC, de la confection des plans de sauvegarde de l'emploi, des accords de méthodes. D'une manière générale, la gestion des effectifs pratiquée par les entreprises comporte presque toujours une dimension « gestion des âges » (9) et la pyramide des âges est un indicateur-clé pour les directions des relations humaines.

### A. Les conditions à réunir pour qu'il y ait discrimination

La discrimination est une inégalité de traitement qui est dénuée de justification. Dès lors, pour établir si une règle crée une discrimination fondée sur l'âge, il convient tout d'abord de rechercher si cette règle entraîne une inégalité de traitement fondée directement ou indirectement sur l'âge.

L'inégalité de traitement directement fondée sur l'âge existe non seulement lorsqu'une personne est traitée, a été traitée ou serait traitée moins favorablement en raison de l'âge qu'une autre personne se trouvant dans une situation comparable, mais aussi lorsque ce traitement résulte de l'application d'un critère qui est indissociablement lié à l'âge, absolu ou relatif. Ainsi écarter du bénéfice d'une indemnité tous ceux qui sont en état de faire valoir leur droit à la retraite peut paraître comme un critère neutre. En réalité, il est indissociablement associé à un âge (par exemple 60 ans ou bientôt 62).

Toute la difficulté sera de savoir dans quelle hypothèse un critère apparemment neutre est indissociablement lié à l'âge et dans quelle hypothèse il s'agit d'un critère parmi d'autres, qui n'établit pas à lui seul l'existence d'une discrimination.

Exemple d'application : un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2009 considère, sous le visa de la directive 2000/78, que la convention collective qui plafonne l'indemnité de licenciement à douze ans d'ancienneté « *n'a pas pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge* », alors que ce raisonnement avait été admis par la Cour d'appel qui avait ordonné le paiement du différentiel (10).

(7) F. Michéa, article surcité.

(8) Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(9) F. Meyer « Gestion des âges, discrimination et politiques de l'emploi » Dr. Ouv. novembre 2007.

(10) Cass. Soc. 30 avril 2009, p. n°07-43.945.

## B. Justifications de l'inégalité de traitement

### 1) La marge de manœuvre des Etats

Les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures servant à atteindre leurs objectifs dans le domaine de la politique sociale. Cette marge d'appréciation inclut la possibilité de s'abstenir d'examiner chaque cas particulier, quitte à affecter le traitement équitable de celui-ci, ce que l'on verra plus loin.

Cela veut dire concrètement que le droit fondamental de l'individu à ne pas être discriminé en fonction de l'âge est tout relatif et qu'il convient de considérer que certaines justifications générales des Etats mises en balance vont l'emporter (objectif de lutte contre le chômage, de partage de l'emploi...).

### 2) Les limites

Toutefois, la marge d'appréciation dont disposent les États membres dans le domaine de la politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre du principe de non-discrimination fondée sur l'âge.

C'est le *but légitime attesté par des facteurs objectifs* qui permettra aux Etats ou aux entreprises de légitimer la mesure incriminée. Et là, il faut bien reconnaître que les Etats membres qui interviennent dans les procès à côté de l'Etat poursuivi font preuve d'une belle solidarité (un peu suspecte) pour estimer que les mesures nationales sont justifiées et compatibles avec la directive, car ils savent que leur tour viendra d'être mis sur la sellette et qu'ils auront besoin de l'appui de leurs pairs.

Quitte à mettre en avant des arguments parfois choquants, en tout cas révélateurs de l'essence profonde de la mesure. Ainsi l'invocation par les Etats d'une nécessaire flexibilité du marché du travail ou la priorité accordée à l'emploi des jeunes, alors même qu'il s'agit en fait d'une mise en concurrence entre jeunes salariés avec un maintien dans la précarité ou encore d'arguments compassionnels fortement teintés d'hypocrisie à propos des seniors. Deux exemples : dans l'affaire *Kucukdeveci* (11), s'agissant de la non-prise en compte par la législation allemande des périodes de

travail accomplies avant 25 ans, il s'agirait pour le gouvernement allemand « *de décharger partiellement les employeurs des délais de préavis prolongés pour les travailleurs de moins de 25 ans* ». Selon cette thèse, « *un préavis plus court pour les jeunes faciliterait l'embauche de ces derniers en accroissant la flexibilité de la main-d'œuvre et en réduisant son coût* ». La Cour a l'air de recevoir dans un premier temps cet argument, même si ensuite elle refuse la mesure parce qu'elle frappe tous les salariés, quel que soit leur âge, au moment du licenciement.

Autre exemple dans l'affaire *Rosenbladt* (12) : pour justifier la légalité des clauses-couperet dans les conventions collectives qui mettent fin au contrat sans que cela soit qualifié de licenciement ou de démission, l'Etat allemand fait valoir que « *la cessation automatique du contrat de travail aurait également le mérite de ne pas contraindre les employeurs à licencier les salariés en établissant qu'ils ne sont plus aptes au travail, ce qui pourrait s'avérer humiliant pour ceux ayant un âge avancé* ».

On ne peut qu'être consterné par la franche trivialité de cet argumentaire.

En réalité, l'examen attentif des motifs justificatifs montre que les arguments avancés sont souvent d'ordre factuel : « *la mesure est légitime parce que beaucoup d'Etats la pratiquent... parce que la plupart des salariés qui ont une retraite pleine veulent partir... parce qu'ils ont un revenu de remplacement convenable... parce que les syndicats sont en majorité d'accord avec la mesure...* ». Or si l'on s'inscrit dans la logique du droit, de la distinction fondatrice entre le « sein » et le « sollen » (13), c'est-à-dire entre ce qui est et ce qui devrait être, une telle approche n'est pas recevable : ce n'est pas parce que les Etats pratiquent massivement des mesures que celles-ci sont fondées. Sauf à répéter l'argumentation soutenue par les Etats quand une salariée a invoqué pour la première fois en 1976 la discrimination en fonction du sexe : les Etats ont répondu en chœur qu'ils la pratiquaient régulièrement depuis 1957 et qu'on ne pouvait les forcer brutalement à respecter une règle qu'ils avaient ignorée jusque-là (14).

En dernier lieu il faut indiquer que les objectifs invoqués par les Etats peuvent par ailleurs ne pas tous

(11) CJUE 19 janvier 2010 - C-555/07, Dr. Ouv. 2010 p. 457, n. M. Bonnechère : Mme Küçükdeveci était employée depuis l'âge de 18 ans par la société Swedex. La société licencie cette salariée et calcule le délai de préavis comme si la salariée avait une ancienneté de trois ans alors qu'elle était à son service depuis dix ans, au motif que les années de travail antérieures à l'âge de 25 ans n'ont pas à être prises en compte.

(12) CJUE 12 octobre 2010, C- 45/09 : Mme Rosenbladt a été employée selon un contrat de travail à temps partiel. Ce contrat stipule que, conformément à un article de la convention collective, il prend fin au terme du mois civil à partir duquel la salariée peut prétendre à une pension de

retraite, soit au plus tard au terme du mois au cours duquel elle atteint l'âge de 65 ans.

(13) Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant – LGDJ, traduit par C. Eisenman.

(14) C'est dans l'arrêt du 8 avril 1976, affaire 43-75, *Defrenne/Sabena*, et notamment dans son considérant 34, teinté d'ironie, que la CJUE refuse de différer l'application du texte parce « *qu'admettre le contraire risquerait d'ériger la violation du droit en règle d'interprétation, position que la Cour ne saurait prendre sans se mettre en contradiction avec la mission qui lui est assignée par l'article L. 164 du traité* ».

être légitimes, certains franchement orientés vers la flexibilisation du marché du travail, du moment que l'on peut retrouver dans les justifications au moins un motif légitime (15).

## C. Le contrôle de la proportionnalité

Il convient de vérifier si le principe de proportionnalité tolère que, pour atteindre cet objectif légitime, on ne met pas en œuvre des moyens excessifs ou qui ne sont pas en phase avec le résultat à atteindre. En d'autres termes, il convient de vérifier si la mesure est « appropriée et nécessaire » pour atteindre son objectif de politique sociale et si elle ne porte pas une atteinte excessive aux prétentions légitimes des autres travailleurs non touchés par la mesure.

### 1) Le caractère approprié

Le moyen utilisé par le législateur national est « approprié » au sens de l'article 6 s'il est *propre* à atteindre l'objectif légitime visé (16). Eu égard à cette prérogative d'appréciation des États membres, le rôle de la Cour se limite à assurer que les mesures prises n'apparaissent pas déraisonnables (17) ou – en d'autres termes – que les mesures prises ne soient pas manifestement inappropriées pour atteindre l'objectif poursuivi.

Ainsi, une indemnité de licenciement peut être réservée à *tous* les travailleurs qui ont travaillé un temps donné au service d'un seul et même employeur car, pour eux, indépendamment de leur âge, la transition vers un nouvel emploi peut justifier un accompagnement financier (arrêt *Andersen* (18)). Elle peut donc être appropriée. Par contre, on ne peut écarter par principe ceux qui remplissent les mêmes conditions et qui sont en plus en situation de partir à la retraite, car ils peuvent avoir la volonté de continuer à rechercher un emploi et, si on les écarte, c'est alors justement en raison de leur âge (de partir à la retraite).

### 2) La nécessité

Une disposition est « nécessaire » si l'objectif légitime recherché n'aurait pas pu être atteint par un moyen plus modéré, tout aussi approprié.

Ce qui pose problème, c'est que les États se fondent souvent sur une appréciation globale sans tenir compte de la volonté ou de la capacité réelle des individus : il

serait ainsi nécessaire d'écartier les pilotes d'avion ou les dentistes (arrêt *Petersen* (19)) à partir d'un certain âge sans s'interroger sur leur capacité de travail réelle. On s'appuie sur la volonté *présumée* d'une catégorie ou sur les aptitudes *supposées* d'un individu à un âge déterminé pour en tirer un motif de privation de l'emploi qu'ils occupaient. Cette manière de faire est évidemment inappropriée et génère des inégalités de fait conséquentes. Elle jette par ailleurs une lumière crue sur la faiblesse des raisonnements sous-jacents : le basculement dans un âge déterminé priverait du jour au lendemain l'individu des facultés qu'il possédait la veille. L'exploit du commandant Sullenberger, senior patenté, qui a réussi à maîtriser son avion en détresse et à se frayer un chemin dans le ciel de New York pour se poser en mode planant sur le fleuve Hudson à la suite d'une panne des deux moteurs, montre que les facultés d'adaptation et de réaction ne sont pas forcément altérées avec l'âge chez tous les seniors et qu'elles ne s'éteignent pas du jour au lendemain.

Pour en revenir aux arrêts de la CJUE, dans l'affaire *Rosenbladt* précitée (clause-couperet), les juges du fond qui ont posé la question préjudicielle étaient fort sceptiques quant à l'efficacité des objectifs poursuivis par les clauses s'appliquant automatiquement aux contrats en cours à 60 ans : ils font remarquer que de telles clauses sont depuis longtemps utilisées, « *sans pour autant avoir eu la moindre incidence sur le niveau de l'emploi en Allemagne* ». En outre, ils font observer que cette disposition « *n'interdit pas à l'employeur d'engager des personnes âgées de plus de 65 ans, pas plus qu'elle n'exige de l'employeur le remplacement d'un salarié ayant atteint l'âge de 65 ans par un travailleur plus jeune* ».

Néanmoins pour contrer ces arguments, la CJUE va faire valoir « *que la clause de cessation automatique des contrats de travail en cause au principal est le fruit d'un accord négocié entre les représentants des employés et ceux des employeurs qui ont ainsi exercé leur droit de négociation collective reconnu en tant que droit fondamental. Le fait de laisser ainsi aux partenaires sociaux le soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs offre une flexibilité non négligeable, chacune des parties pouvant, le cas échéant, dénoncer l'accord* ».

(15) Conclusions avocat général, aff. C-45/09 n° 118.

(16) Arrêt *Mangold*.

(17) Arrêt *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05.

(18) CJUE 12 octobre 2010 - C-499/08 : À la suite de son licenciement, M. Andersen a réclamé le paiement de l'indemnité de licenciement. Son employeur a refusé de verser l'indemnité de licenciement, en considérant que M. Andersen n'y avait pas droit au motif que, au moment de la résiliation de sa relation de travail, il avait déjà atteint l'âge de 63 ans et

qu'il pouvait, dès lors, faire valoir son droit à une pension de vieillesse.

(19) CJUE 12 janvier 2010 - C-341/08 : Mme Petersen a atteint l'âge de 68 ans. Elle était autorisée à dispenser des soins dentaires conventionnés depuis le 1<sup>er</sup> avril 1974. La commission d'autorisation des dentistes du district de Westphalie-Lippe ne lui renouvelle pas l'autorisation de dispenser des soins conventionnés du fait du franchissement de ce seuil d'âge.

On ne peut qu'acquiescer à ce raisonnement qui privilégie l'autonomie des partenaires sociaux et qui prône la régulation sociale au plus près des acteurs qui savent peut être mieux que d'autres ce qui est bon pour eux. On ne peut toutefois s'empêcher de faire la relation avec ce qui a été jugé dans les affaires *Viking* et *Laval* (20). On aurait aimé que cette même manière de raisonner tienne à l'écart la libre prestation de services et ne vienne pas bouleverser les règles internes de la négociation collective en Suède, justement emprunte d'autonomie et de responsabilité.

### 3) La limitation imposée aux autres travailleurs ne doit pas être démesurée

Même si l'on considère une disposition comme appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi par le législateur interne, il faut encore vérifier si cette disposition n'entraîne pas une limitation démesurée des attentes légitimes des autres travailleurs (arrêt *Wolf* (21)).

Même si elles sont appropriées et nécessaires à la réalisation des buts légitimement poursuivis, de telles mesures *ne doivent pas causer des inconvénients démesurés par rapport aux buts visés*. En d'autres termes, il convient de concilier, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles de l'objectif de politique sociale poursuivi au niveau national et l'État membre est tenu de « *trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence* ».

Les intérêts des travailleurs « minoritaires » ne doivent pas être sacrifiés au profit des tendances « dominantes », telles que partir à la retraite lorsqu'on remplit les conditions légales, lorsqu'on a une retraite pleine, lorsque l'on bénéficie d'un revenu décent.... Il est important de relever, dans ce contexte, que toute personne a le droit de travailler et d'exercer sa profession (22). Ce droit fondamental européen vaut aussi pour les États membres lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union, comme la directive 2000/78 (23).

Mais, pour le moment, il ressort de la jurisprudence communautaire que les intérêts des travailleurs sont parfois sacrifiés et mis en balance avec d'autres intérêts qui les dépassent. La Cour reconnaît que des motifs de politique d'emploi et de marché du travail peuvent justifier que des travailleurs qui ont atteint une limite

d'âge prévue soient en quelque sorte « mis à la retraite d'office ». Et que les partenaires sociaux peuvent, au nom de l'autonomie de la négociation, décider à la place des salariés à quel âge le contrat pouvait être légitimement rompu (arrêt *Rosenblatt*).

Or la perte de la possibilité de s'opposer à la mise à la retraite peut affecter lourdement les intérêts d'un travailleur licencié. « *Tel est le cas lorsque, pour le travailleur concerné, la transition vers la retraite s'accompagne d'une minoration au titre de la retraite anticipée ou d'autres pertes importantes affectant le montant maximal de la retraite qu'il pourrait atteindre. Dans un tel cas, l'intérêt qu'il y a, pour l'employé, à continuer à travailler est d'une importance particulière. En effet, plus longtemps durera l'occupation du travailleur et plus, normalement, le montant de sa pension de vieillesse s'accroîtra et plus faible sera la minoration au titre de la retraite anticipée dont il devra éventuellement s'accommoder* » (24).

La question est de savoir à partir de quel seuil les travailleurs doivent s'accommoder d'une perte de leurs droits au nom de la politique de l'emploi des gouvernements.

Dans l'affaire *Rosenblatt*, la Cour conclut que la mesure « *n'a pas pour effet automatique de contraindre les personnes visées à se retirer définitivement du marché du travail. Cette mesure ne s'oppose pas à ce qu'un travailleur qui le souhaiterait, par exemple pour des raisons financières, poursuive son activité professionnelle au-delà de l'âge de départ à la retraite. Elle ne prive pas de la protection contre les discriminations fondées sur l'âge les salariés ayant atteint l'âge de la retraite lorsque ces derniers souhaitent demeurer actifs et cherchent un nouvel emploi* ». Autrement dit, le salarié évincé mais courageux peut tenter de retrouver un emploi à 65 ans !

On ne peut qu'être très perplexe par rapport à ces arguments qui laissent accroire qu'un salarié évincé à 65 ans par une rupture automatique de son contrat retrouvera du travail en faisant valoir utilement sur le marché du travail le principe de non-discrimination en fonction de l'âge.

(20) CJUE 11 déc. 2007, C 438/05 ; CJUE 18 déc. 2007, C 341/05. V. M. Bonnechère « La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2008 p. 552, et S. Laulom « Les arrêts Viking et Laval : et après ? », Dr. Ouv. 2010 p. 570.

(21) CJUE 12 janvier 2010 - C-229/08, Dr. Ouv. 2010 p. 457, n. M. Bonnechère : M. Wolf s'est porté candidat à un emploi du service technique des pompiers. La ville de Frankfurt am Main l'a informé qu'elle ne pouvait prendre en compte sa candidature en raison du fait qu'il dépassait la limite d'âge de 30 ans.

(22) Article 15, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(23) Article 51, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux.

(24) Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 6 mai 2010, affaire C-499/08 *Ole Andersen*, point 73.

## II. La force du critère de non-discrimination

### A. La non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit très atténué

Depuis l'arrêt *Mangold*, on sait que le principe de non-discrimination doit être considéré comme un principe général de l'Union européenne, principe repris récemment par la Cour de cassation dans deux arrêts relatifs à la mise à la retraite d'une employée de l'Opéra de Paris (24 bis) et d'un pilote d'avion (24 ter).

Le fait d'élever la discrimination en fonction de l'âge au rang de principe général est de nature à dynamiser l'interprétation du droit puisqu'il permet de déborder le champ d'application matériel, d'anticiper sur la transposition d'une directive, de neutraliser l'effet direct. Mais on va voir que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge occupe une place tout à fait particulière car l'indétermination qui entoure les conditions de sa mise en œuvre entrave grandement son effectivité.

La multiplication des exceptions prévues par la directive (articles 2, 4, 6) et leur grand périmètre d'application aboutissent au fait que la force du principe de non-discrimination est fortement atténuée : il faudrait dire clairement que certaines discriminations sont autorisées. Ce que fait d'ailleurs "presque" le Code du travail qui comporte un chapitre 3 intitulé « *Différences de traitement autorisées* ». De par leur nature et leur ampleur, ces exceptions détricotent en quelque sorte l'article 2 portant sur le concept de discrimination. En cela, cette directive, est, à l'instar de celle sur l'aménagement du temps, schizophrénique, comme l'avait noté en son temps Laurent Vogel pour la directive *temps de travail* (25). Cette caractéristique va bien

évidemment autoriser des lectures diverses, contrastées, voire contradictoires, suivant que l'on met l'accent sur le verre à demi plein (l'interdiction de principe de discriminer) ou sur celui à demi vide (les justifications des différences de traitement en fonction de l'âge).

### B. Le caractère inopérant de la distinction entre discrimination directe et indirecte au regard des dérogations

Un des intérêts de la délimitation opérée entre discrimination directe et discrimination indirecte réside dans des possibilités de justification différentes lorsque l'inégalité de traitement en cause est liée directement ou lorsqu'elle est liée indirectement au motif discriminatoire.

En principe, une discrimination directe ne peut habituellement pas être justifiée alors que la discrimination indirecte souffre des exceptions. Or, concernant le critère d'âge, la Cour admet les justifications y compris pour les discriminations directes, à savoir la prise en compte d'objectifs légitimes de politique sociale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive. Il en résulte que les finalités éventuelles qui peuvent être invoquées pour justifier une inégalité de traitement directement fondée sur l'âge présentent certes un éventail moins large que celles qui permettent de justifier une inégalité de traitement indirecte, mais que les exigences en matière de proportionnalité sont par ailleurs pour l'essentiel identiques.

A la différence des autres motifs de discrimination, la directive ouvre la faculté de justifier d'une discrimination fondée sur l'âge alors que « *en principe, pourtant, le droit de l'Union européenne ne consent pas au rachat des discriminations directes* » (26).

## III. Les questions en suspens

La discrimination en fonction de l'âge est en principe interdite mais de nombreuses dérogations sont admises et les conditions de mise en œuvre des dérogations restent floues. La question qui se pose est de savoir comment ces dérogations sont encadrées par le droit communautaire, comment elles s'articulent entre le niveau légal et le niveau conventionnel ? Le fait de confier aux partenaires sociaux la faculté de prévoir des limites d'âge est-il compatible avec la directive ? Dans quelle mesure les partenaires sociaux peuvent-ils directement y recourir en vertu de l'article 18 de la directive qui autorise les Etats « *à confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en*

*œuvre de la présente directive pour ce qui est des dispositions relevant des accords collectifs* » ?

C'est l'objet de l'une des questions préjudicielles dans l'affaire *Rosenbladt* de savoir si les partenaires sociaux peuvent convenir par convention d'une clause d'âge de retraite alors que la loi ne le prévoit pas expressément.

La réponse de l'avocat général est une réponse "à tiroir" : l'habilitation nationale doit exister mais peut être expresse ou figurer dans une ou plusieurs lois. Elle n'a pas besoin d'expliciter pourquoi une limite d'âge n'est pas, dans un cas précis, une discrimination puisque le

(24 bis) Soc. 11 mai 2010, p. n° 08-43.681, Dr. Ouv. 2011 p. 25.

(24 ter) P. 08-45.307.

(25) Laurent Vogel, « Les surprises de la directive communautaire concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail », *L'Année sociale*, Bruxelles, 1996.

(26) F. Michéa, p. 1066 article surcité note 6.

juge peut prendre en compte des éléments du contexte général ou l'exposé des motifs de la loi.

Avec un tel champ de possibilités, l'avocat général estime que la juridiction nationale « *parviendra, compte tenu des indications ci-dessus, à identifier une habilitation nationale législative spécifique des partenaires sociaux à convenir par convention collective de la prise en compte d'une limite d'âge* ».

Reste la question de la mise en œuvre de la directive par les partenaires sociaux. Il faut évidemment une demande de leur part, la juridiction devant vérifier si cela a été fait. Il faut ensuite que les Etats puissent garantir le résultat imposé par la directive.

Mais les partenaires sociaux peuvent-ils décider quelles sont les différences de traitement qui ne constituent pas des discriminations, au nom et à la place des Etats ? Sont-ils porteur de l'intérêt général ou seulement d'un intérêt catégoriel socio-professionnel ?

L'avocat général fait une distinction subtile entre la fixation d'un motif légitime et l'invocation d'un motif légitime : le législateur peut fixer abstraitement des objectifs légitimes et les moyens de les réaliser et les partenaires sociaux peuvent ensuite les invoquer, mais il faut au minimum que la loi dise quelles différences de traitement ne constituent pas une discrimination et ne se contente pas de recopier les exceptions prévues par la directive. Si ces préalables sont respectés, il serait possible que les partenaires sociaux identifient des mesures qualifiées de non-discriminatoires, sous réserve pour eux de justifier qu'elles sont bien nécessaires et adaptées au secteur professionnel en cause, que leur proportionnalité soit régulièrement vérifiée et qu'elles puissent être soumises à un contrôle juridictionnel.

Dans tous les cas, la CJUE exercerait un double contrôle : d'abord sur la compatibilité du cadre légal avec l'article 6 de la directive, d'autre part sur la conformité des différentes limites d'âge contenues dans les conventions collectives.

(27) Yann Leroy « La discrimination fondée sur l'âge » RJS 12/10 p. 799-805.

(28) A. Supiot, *L'esprit de philadelphie – la justice sociale face au marché total*, Le Seuil, 2010, p. 184.

## Conclusion

L'analyse des positions de la Cour de justice concernant la discrimination fondée sur l'âge aboutit à conclure, provisoirement, qu'il s'agit « *d'un principe encore fragile* » (27), comme l'écrit un auteur dans un article récent. Il y a aujourd'hui discussion sur le motif de l'âge à propos des seniors, mais demain on pourrait avoir des litiges de même nature sur la légitimité de l'ordre social édifié par les classifications des conventions collectives, sur la pertinence de la liaison entre expérience et ancienneté, sur la faible rétribution des jeunes au travail...

En interrogeant la discrimination du fait de l'âge, c'est en réalité toute la rationalité du droit qui est questionnée. Car le droit est certes une technique, mais il est aussi porteur de valeurs sous-jacentes d'ordre économique, moral et social (28) qui donnent *in fine* sens à la technique juridique, comme l'a montré le professeur A. Supiot.

La question de l'âge se prête particulièrement à ce dévoilement car elle peut être potentiellement présente dans toutes les affaires. On cherche donc à l'inclure dans la rationalité juridique en donnant aux seniors des armes pour se défendre tout en préservant les intérêts plus globaux du monde socio-professionnel et du législateur national. Cette approche a un inconvénient, mis en exergue par Alain Supiot mais aussi par le professeur Marc Rigaux (29), qui est de « *distribuer des droits comme on distribue des armes, et ensuite que le meilleur gagne* ». Or, dit le premier, « *pour que chacun puisse jouir de ces droits, il faut que ces droits minuscules s'inscrivent dans un droit majuscule* ». C'est ce droit que tente d'écrire la Cour de justice, mais pour le moment les salariés qui cherchent à faire valoir leurs droits fondamentaux se heurtent à des justifications qui les dépassent. Autrement dit, l'intérêt public ou socio-professionnel leur impose une définition du bien commun qui n'est pas forcément le leur. Les voies et moyens de l'articulation entre les droits subjectifs et le droit objectif restent à trouver.

**Francis Meyer**

(29) Marc Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, Bruylant, 2009.