

# La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen

Droits fondamentaux & antidiscrimination

Emploi & affaires sociales



Commission européenne



# La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen

Colm O'Cinneide

**Emploi & affaires sociales**

Droits fondamentaux et antidiscrimination

**Commission européenne**

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances  
Unité D3

Manuscrit terminé en avril 2005

Le contenu du présent rapport ne reflète pas nécessairement l'opinion ou le point de vue de la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant en son nom ne sont responsables de l'utilisation qui pourrait être faite des informations contenues dans cette publication.

Le texte de ce rapport a été rédigé par M. Colm O'Cinneide, membre du **Réseau européen des experts en matière de non-discrimination** (sur les motifs de la race ou de l'origine ethnique, de l'âge, d'un handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle), dirigé par:

**Human european consultancy**

Hooghiemstraplein 155

3514 AZ Utrecht

Nederland

Tél (31-30) 634 14 22

Fax (31-30) 635 21 39

office@humanconsultancy.com

www.humanconsultancy.com

**Migration Policy Group**

Rue Belliard 205, boîte 1

B-1040 Bruxelles

Tél (32-2) 230 59 30

Fax (32-2) 280 09 25

info@migpolgroup.com

www.migpolgroup.com

La présente publication a été commanditée par la Commission européenne dans le cadre du programme d'action de la Communauté européenne visant à lutter contre la discrimination (2001-2006). Ce programme a été établi en vue de soutenir la mise en œuvre efficace de la nouvelle législation d'antidiscrimination de l'Union européenne (UE). Ce programme de six années cible toutes les parties prenantes qui peuvent contribuer à concevoir l'élaboration d'une législation et de politiques d'antidiscrimination appropriées et efficaces dans les 25 États que compte l'Union européenne, dans l'AELE et dans les pays candidats à l'adhésion à l'UE.

Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux, à savoir:

1. une meilleure compréhension des questions liées à la discrimination;
2. le développement de moyens permettant de traiter efficacement la discrimination;
3. la promotion des valeurs qui sous-tendent la lutte contre la discrimination.

Pour plus d'informations à ce sujet, on pourra se rendre au site:

[http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm)

Si vous souhaitez recevoir le bulletin d'information électronique «ESmail» de la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, envoyez un courrier électronique à l'adresse suivante: [empl-esmail@cec.eu.int](mailto:empl-esmail@cec.eu.int) — le bulletin d'information paraît régulièrement en allemand, en anglais et en français.

***Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses  
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne.***

**Un numéro unique gratuit:  
00 800 6 7 8 9 10 11**

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu.int>).

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005

ISBN 92-894-9699-1

© Communautés européennes, 2005

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source.

© Photographie et conception par: Ruben Timman / [www.nowords.nl](http://www.nowords.nl)

*Printed in Belgium*

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

# Table des matières

	<b>Résumé</b>	<b>5</b>
<b>Partie I</b>	<b>L'âge et la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail</b>	<b>9</b>
	Pourquoi la discrimination fondée sur l'âge?	11
	Les dispositions de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail	12
	La nature unique de la discrimination fondée sur l'âge	14
	Le champ d'application de la directive	16
	La mise en œuvre de la directive	18
<b>Partie II</b>	<b>Discrimination directe et discrimination indirecte</b>	<b>19</b>
	La discrimination directe et le problème des modèles de comparaison	21
	L'âge en tant que «facteur substantiel»	23
	Conclure à l'existence d'une discrimination directe	25
	La discrimination indirecte	27
	Le champ d'application de la discrimination indirecte	27
	L'établissement du «désavantage»	28
<b>Partie III</b>	<b>Limitations et dérogations</b>	<b>31</b>
	La justification de la discrimination fondée sur l'âge	33
	Systèmes de mise en œuvre de la directive «ouverts» ou «fermés»	35
	Les exemptions spécifiques	37
	L'âge comme exigence professionnelle essentielle	37
	La justification de la discrimination directe fondée sur l'âge	39
	Les objectifs légitimes	40
	La nécessité et la proportionnalité	40
	L'action positive et la protection des groupes défavorisés	42
	Les âges de la retraite	45
	Les droits relatifs à l'emploi	48
	Pensions et assurances	49
	Pratiques fondées sur l'expérience et l'ancienneté	50
<b>Partie IV</b>	<b>Conclusion</b>	<b>53</b>
	<b>Bibliographie</b>	<b>57</b>
	Publications universitaires et professionnelles	58
	Jurisprudence	61
	Législation	62

Robby | 1957

# Résumé

## Partie I — L'âge et la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

Les différences de traitement entre des personnes ou des groupes différents pour des motifs d'âge se fondent souvent sur des préjugés généralisés ou des stéréotypes superficiels. Lorsque des personnes sont victimes d'une discrimination résultant de ces stéréotypes dégradants, leur droit fondamental au respect de la dignité humaine s'en trouve violé, dans la mesure où elles se voient refuser l'égalité de traitement et de respect. Une telle discrimination empêche également les groupes d'âge défavorisés de participer pleinement au marché du travail.

Pour être efficace, toute stratégie de promotion de l'égalité de traitement par rapport à l'âge doit comporter une phase essentielle consistant à adopter une législation interdisant toute forme injustifiée de discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et prévoyant des recours effectifs pour les victimes d'une telle discrimination. La directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail représente une reconnaissance majeure du problème de la discrimination fondée sur l'âge. Elle reconnaît que tous les travailleurs, des plus jeunes aux plus âgés, ont droit à l'égalité de traitement quel que soit leur âge. Il ne s'agit pas seulement de garantir une égalité formelle mais aussi de lutter contre les désavantages fondés sur l'âge et de faire respecter les droits fondamentaux. Dans le cadre de ces paramètres, la directive applique une approche de la discrimination fondée sur l'âge similaire à celle qu'elle applique aux autres formes de discrimination, interdisant la discrimination directe et indirecte, le harcèlement et les injustices liés à l'âge d'une personne.

Toutefois, la discrimination fondée sur l'âge soulève des problèmes spécifiques, qui distinguent l'âge des autres motifs de discrimination. Il n'existe pas de caractéristiques fixes qui définissent des groupes d'âge particuliers, contrairement aux autres motifs d'égalité en général. De plus, les personnes ne restent pas confinées dans des groupes particuliers et les préjugés envers les personnes d'un âge donné ne restent pas statiques. En outre, les distinctions d'âge fondées sur des préjugés et des stéréotypes injustes ne sont certes pas souhaitables mais d'autres distinctions fondées sur l'âge trouvent leur origine dans des considérations rationnelles qui ne sont pas incompatibles avec la reconnaissance de la dignité personnelle, qui ont des objectifs économiques et sociaux valables et qui sont souvent conçues pour avantager ou protéger des groupes d'âge particuliers.

Les contrôles portant sur la discrimination fondée sur l'âge nécessitent, dès lors, la mise en place d'un cadre permettant d'établir une distinction entre les circonstances où l'utilisation de l'âge (ou de caractéristiques liées à l'âge) est légitime et où elle ne l'est pas. La directive y parvient en permettant spécifiquement l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge lorsque cela se révèle nécessaire en raison d'une exigence professionnelle essentielle, mais elle permet également l'utilisation de critères fondés sur l'âge dans des circonstances qui constitueraient autrement une discrimination directe, lorsqu'il peut être prouvé qu'elle est objectivement nécessaire pour atteindre un objectif légitime et proportionnée au but recherché. La discrimination indirecte fondée sur l'âge peut également être justifiée si elle est objectivement nécessaire et proportionnée. Dans les deux cas, le test de la « justification objective » devra être appliqué de manière rigoureuse afin d'empêcher tout stéréotype injuste, mais il devra aussi être suffisamment souple pour permettre l'utilisation de l'âge et de caractéristiques liées à l'âge lorsqu'elle est appropriée et justifiée, comme l'autorisent les articles 4 et 6 de la directive.

La directive prévoit également des exemptions particulières qui sont très importantes dans le contexte de l'âge. L'article 3, paragraphe 3 et le considérant 13 du préambule exemptent les régimes publics de sécurité sociale des dispositions générales de la directive et donc de l'obligation de justifier les distinctions fondées sur l'âge. En vertu de l'article 6, paragraphe 2, les États membres sont également autorisés à introduire une exemption particulière

pour l'utilisation de critères fondés sur l'âge dans les régimes professionnels de sécurité sociale. L'article 3, paragraphe 4 autorise également spécifiquement les États membres à exempter leurs forces armées des dispositions de la directive relatives à l'âge.

## Partie II — Discrimination directe et discrimination indirecte

Pour établir une plainte initiale pour discrimination directe fondée sur l'âge (avant que se pose la question de la justification), le plaignant doit montrer qu'il a été traité de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'a été, ne l'est ou ne le serait dans une situation comparable. Toutefois, la nature fluctuante de l'âge d'une personne, la nature incertaine et mouvante des «groupes d'âge», les attentes changeantes qui évoluent avec l'âge et les différences de situation sociale et d'attentes qui existent souvent entre les personnes d'âges très proches sont autant d'éléments qui rendent difficile l'application du test de comparaison dans le contexte de l'âge.

La solution la plus simple à ce problème pour la législation nationale consisterait à prévoir qu'il était discriminatoire de soumettre une personne à un préjudice en raison de son âge et d'éviter ainsi de devoir présenter un modèle de comparaison. Une autre possibilité serait de recourir à des modèles de comparaison hypothétiques, comme le permet la directive, pour examiner comment une autre personne dans une situation comparable «serait traitée». La directive permet une approche nuancée et souple de la question du modèle de comparaison et la jurisprudence relative à la discrimination fondée sur le sexe peut donner des indications utiles à cet égard.

Dès qu'un traitement moins favorable peut être démontré, la question clé qui se pose ensuite consiste à savoir si les juridictions seront en mesure de conclure que le traitement moins favorable en question est fondé sur des motifs liés à l'âge. Selon les dispositions de l'article 10, paragraphe 1, si un plaignant peut établir une accusation apparemment fondée que l'âge était un facteur causal substantiel dans la décision de le soumettre à un traitement moins favorable, le défendeur devra alors prouver que l'âge n'était pas un facteur ou que son utilisation était justifiée. Divers facteurs peuvent être pertinents pour convaincre le tribunal qu'il convient de conclure à la discrimination.

Un grand nombre de critères ou de pratiques pourraient en théorie soulever des questions de discrimination indirecte fondée sur l'âge. Cela ne pose pourtant aucun problème juridique ou pratique particulier: si une pratique, une disposition ou un critère peut satisfaire au test de la justification objective, les employeurs n'ont alors rien à craindre de son utilisation. L'âge présente des défis dans l'application du test de discrimination indirecte mais pas plus que le motif du genre.

## Partie III — Limitations et dérogations

En ce qui concerne la question de la justification, les États membres seraient bien avisés de se pencher réellement et de donner des indications appropriées sur la question de savoir quand la discrimination fondée sur l'âge peut être justifiée, sur quelle base elle constitue une qualification professionnelle essentielle, une discrimination directe ou une discrimination indirecte.

Il est difficile de trouver beaucoup de circonstances où une caractéristique aussi générale et peu tranchée que celle de l'âge serait requise comme exigence professionnelle essentielle. Toutefois, une question importante se pose quant à savoir à quel moment il sera possible d'utiliser l'âge comme prête-nom pour une autre qualité ou caractéristique qui constitue une caractéristique professionnelle générale pour un poste particulier ou alors à quel moment l'utilisation de l'âge comme prête-nom pour différencier des personnes satisfera au test de la justification objective. L'utilisation de l'âge comme prête-nom pour des caractéristiques telles que l'incapacité, la mauvaise santé ou l'immaturation sera souvent hautement contestable.

L'utilisation de limites d'âge générales lorsqu'une évaluation individuelle est possible sera également très problématique. Même des objectifs légitimes bien reconnus tels que ceux qui sont cités comme exemples dans l'article 6, paragraphe 1 ne peuvent justifier l'utilisation de limites d'âge qui ne sont pas liées à une justification claire ou qui pourraient être remplacées par des méthodes moins restrictives pour atteindre l'objectif légitime en question. L'utilisation des distinctions fondées sur l'âge pour protéger ou avantager des groupes vulnérables peut être moins problématique dans la mesure où elle constituera souvent une action positive pour lutter contre les désavantages dans un grand nombre de circonstances, mais la portée et le champ d'application de ces mesures peuvent donner lieu à quelques préoccupations dans certains contextes. Elles devront être objectivement justifiées par référence au besoin de protéger des classes particulières de travailleurs ou de combattre des désavantages spécifiques auxquels se trouvent confrontés les travailleurs d'un âge donné.

Une incertitude entoure la question de la retraite. Il est important d'établir une distinction entre les âges d'admissibilité à la retraite, les âges de départ à la retraite imposés par l'État et les âges de départ à la retraite imposés par l'employeur ou par contrat. La question clé qui se pose à bon nombre d'États membres concerne la troisième catégorie et consiste à savoir si les employeurs sont habilités à fixer les âges de départ à la retraite par contrat, par convention collective ou unilatéralement. Selon la directive, l'exigence de départ à la retraite d'un employé à un âge donné peut équivaloir à un traitement moins favorable fondé sur des motifs d'âge et peut, dès lors, être illégitime, à moins qu'il ne puisse être justifié en vertu de l'article 6. Le même principe vaut pour d'autres désavantages tels que la perte de la protection contre le licenciement abusif. Cela signifie que les âges de départ à la retraite doivent être justifiés objectivement et raisonnablement par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour parvenir à cet objectif doivent être appropriés et nécessaires, c'est-à-dire qu'ils doivent satisfaire au test de proportionnalité.

Une question clé qui se pose maintenant consiste à savoir si les États membres sont autorisés à promulguer une exemption générale pour les âges de départ à la retraite qui seront automatiquement considérés comme justifiés ou à savoir s'il existe une autre nécessité de justifier explicitement l'introduction d'un «âge de départ à la retraite par défaut» national, à prouver soit par l'État membre sur une base nationale pour l'ensemble du marché du travail, soit par chaque employeur au cas par cas. Il est probable que les États membres utilisant un âge de départ à la retraite par défaut devront démontrer que cela est objectivement et raisonnablement justifié par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de formation professionnelle, et que la fixation d'un âge par défaut pour atteindre ces objectifs est appropriée et nécessaire.

Alors qu'il peut exister des raisons légitimes liées au marché de l'emploi permettant aux employeurs, dans certaines circonstances, de régler le moment de mettre à la retraite les travailleurs âgés, telles que le besoin de planifier la main-d'œuvre et la possibilité d'ouvrir des postes vacants aux jeunes, on peut se poser la question de savoir si la retraite obligatoire est la méthode la moins restrictive pour parvenir à ces objectifs. Quant aux âges de départ à la retraite introduits par des employeurs individuels, ils devront être mesurés à l'aune de la stricte norme de proportionnalité énoncée à l'article 6 et le résultat sera le fruit d'une analyse au cas par cas.

Le refus ou la restriction des droits relatifs à l'emploi pour les travailleurs qui dépassent un âge donné soulève également de graves questions en vertu de la directive. Il est difficile de concevoir pourquoi des employés devraient se voir refuser le droit de contester des actes de licenciement abusif et d'autres abus des droits relatifs à l'emploi pour les motifs liés à l'âge ou se voir accorder une protection plus limitée au niveau de la législation du travail que les employés appartenant à d'autres tranches d'âge.

Les distinctions fondées sur l'ancienneté et l'expérience devront pareillement répondre à l'exigence du test de la justification objective. Comme pour la législation européenne relative à la discrimination fondée sur le sexe, l'utilisation de telles distinctions ne sera justifiable que si ces distinctions ont un objectif légitime, sont véritablement liées aux besoins du poste en question et proportionnées en nature.

## Conclusion

Globalement, toutes ces questions montrent la nécessité pour les États membres de considérer sérieusement la discrimination fondée sur l'âge et d'être prêts à procéder à une évaluation complète de leurs politiques et de leur législation, qui accompagnerait idéalement la transposition effective de la directive dans leurs systèmes juridiques nationaux.

## Partie I

# L'âge et la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail



Remke | 1988

## Pourquoi la discrimination fondée sur l'âge?

Différencier les personnes en fonction de l'âge constitue une pratique relativement courante dans l'ensemble de l'Union européenne (UE). De telles distinctions peuvent parfois avoir des objectifs socio-économiques utiles et se fondent souvent sur des considérations rationnelles. Cependant, les différences de traitement entre des personnes ou des groupes différents pour des motifs d'âge se fondent aussi souvent sur des préjugés généralisés ou des stéréotypes superficiels. Ces stéréotypes peuvent toucher autant les jeunes que les personnes plus âgées. C'est ainsi, par exemple, que les jeunes sont souvent supposés manquer de maturité, que les personnes âgées sont souvent supposées manquer de souplesse, de motivation et de capacité à assimiler de nouvelles idées<sup>(1)</sup>.

Ces suppositions sont souvent très éloignées de la vérité et s'appuient sur des stéréotypes trompeurs et injustes qui ne reflètent pas la véritable diversité des personnes au sein des groupes d'âge touchés<sup>(2)</sup>. Lorsque des personnes sont victimes d'une discrimination résultant de ces stéréotypes dégradants, leur droit fondamental au respect de leur dignité humaine s'en trouve violé, dans la mesure où elles se voient refuser l'égalité de traitement et de respect<sup>(3)</sup>. Une discrimination fondée sur l'âge injustifiée produit également des effets sociaux négatifs: les groupes d'âge affectés souffrent souvent d'exclusion sociale, de hauts niveaux de pauvreté et de refus d'accès aux biens et services de base, et ces effets engendrent, à leur tour, des frais économiques et de sécurité sociale importants pour la société en général<sup>(4)</sup>.

L'impact négatif des stéréotypes et des préjugés liés à l'âge est particulièrement marqué dans le contexte de l'emploi. L'accès au travail est nécessaire pour les jeunes comme pour les plus âgés, si l'on veut permettre à chacun de se réaliser par le travail et de participer à la vie de la société. Ce principe se retrouve dans les principaux instruments de sauvegarde des droits de l'homme, lesquels reconnaissent l'importance centrale du droit au travail<sup>(5)</sup>, et dans la Charte des droits fondamentaux. Comme l'a reconnu l'agenda de Lisbonne, assurer

(1) Voir Fredman, S., «The Age of Equality», dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*, Oxford, Hart, 2003, p. 21-70, particulièrement les pages 22-35.

(2) L'affaire irlandaise de Byrne/FAS, DEC-E2002-045 constitue un bon exemple d'une affaire impliquant des suppositions discriminatoires et injustes. L'affaire en question concernait une femme âgée de quarante-huit ans qui s'était vu refuser une place pour une formation professionnelle et à qui on avait dit au cours d'un entretien que les étudiants plus âgés réussissaient moins en dessin technique et connaissaient plus de situations conflictuelles par rapport à leurs engagements familiaux. L'*Equality Officer*, responsable des questions d'égalité, enquêtant pour le compte de la requérante, observa qu'aucune preuve objective n'avait été produite pour étayer ces observations et que la personne qui menait l'entretien semblait avoir simplement appliqué une série de suppositions discriminatoires en lui refusant une place.

(3) Voir Fredman, cité ci-dessus à la note 1. Voir également O'Connell, C., «Comparative European Perspectives on Age Discrimination» [«Perspectives comparatives européennes sur la discrimination fondée sur l'âge»], dans Fredman, S., et Spencer, S., p. 195-218, spécialement aux pages 214-215; *Age Matters: A Report on Age Discrimination [Questions relatives à l'âge: un rapport sur la discrimination fondée sur l'âge]*, de la Commission pour les droits de l'homme et l'égalité des chances australienne, Canberra, HREOC, mai 2000; *Discrimination and Age: Human Rights Issues Facing Older Persons in Ontario [La discrimination et l'âge: les questions relatives aux droits de l'homme que rencontrent les personnes âgées dans l'Ontario]*, Toronto, Commission des droits de l'homme de l'Ontario, 2000.

(4) Voir le UK Employers' Forum on Age, *The Cost of Ageism [Le coût de l'âgisme]*, Londres, EFA, 1998, cité dans Meenan, H., «Age Discrimination in the UK» [«La discrimination fondée sur l'âge au Royaume-Uni»], 4, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2000, p. 247-292; Forum économique et social national, *Labour Market Issues for Older Workers*, Dublin, NESF, 2003.

(5) L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies exige l'égalité de traitement et la protection contre la discrimination et garantit des droits tels que le droit à la vie (article 6) et à la protection contre tout traitement cruel ou dégradant (article 7). Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies garantit le droit au travail (article 6), à des conditions de travail favorables (article 7), à un niveau de vie suffisant (article 11), à la jouissance du meilleur état de santé physique et mentale possible (article 12) et à l'éducation (article 13). L'importance de ces principes dans le contexte de l'égalité de traitement par rapport à l'âge a été soulignée dans le plan d'action international sur le vieillissement de l'ONU (1982), les principes pour les personnes âgées de l'ONU (1991) et la convention sur la discrimination (emploi et travail) de l'OIT (OIT 111). Le droit à la vie est garanti par l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la protection contre tout traitement dégradant par l'article 3 et la non-discrimination dans l'application des droits énoncés dans la CEDH par l'article 14.

une diversité d'âge au niveau de la main-d'œuvre offre d'importants avantages socio-économiques car cela permet d'élargir la participation au marché du travail et de lutter contre l'exclusion sociale. Toutefois, une discrimination injustifiée fondée sur l'âge prive souvent les personnes d'une égalité d'accès aux possibilités offertes par le marché de l'emploi. Elle entrave aussi le développement de l'agenda de Lisbonne en empêchant des groupes d'âge particuliers de participer complètement au marché de l'emploi. Alors que l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge peut parfois être rationnelle et nécessaire dans le contexte de l'emploi, le recours à des stéréotypes et à des suppositions injustifiées viole les droits fondamentaux à l'égalité de traitement et porte préjudice à la réalisation d'objectifs sociaux et économiques valables.

Lutter contre une telle discrimination injustifiée fondée sur l'âge dans l'emploi requerra l'utilisation d'une large panoplie d'outils de politique, dont l'éducation, les programmes de formation et l'encouragement des meilleures pratiques. Toutefois, pour être efficace, toute stratégie de promotion de l'égalité de traitement par rapport à l'âge doit comporter une phase fondamentale consistant à adopter une législation interdisant toute forme injustifiée de discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et prévoyant des recours effectifs pour les victimes d'une telle discrimination <sup>(6)</sup>. Cette législation devra également préciser quand l'âge peut être légitimement utilisé pour différencier des personnes et des groupes et quand il ne le peut pas. La directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail exige que tous les États membres de l'UE adoptent une telle législation au plus tard pour le mois de décembre de 2006 et constitue donc le principal instrument juridique pertinent dans le cadre de la stratégie de l'UE en matière d'égalité de traitement par rapport à l'âge <sup>(7)</sup>.

## Les dispositions de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

Les considérants du préambule de la directive reconnaissent l'importance cruciale de la lutte contre la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la façon dont elle peut porter préjudice tant aux droits individuels à l'égalité qu'à d'importants objectifs sociaux. Les considérants 8 et 25 du préambule font référence aux lignes directrices sur l'emploi de l'UE, lesquelles soulignent fortement la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage au marché du travail. La protection contre les discriminations liées à l'âge est considérée comme «un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi» <sup>(8)</sup>. Le préambule fait référence aussi à l'importance des droits fondamentaux à la dignité et à l'égalité et reconnaît qu'une discrimination injustifiée fondée sur des stéréotypes et que des préjugés constituent une violation de ces droits individuels fondamentaux <sup>(9)</sup>.

Il conviendrait d'avoir à l'esprit le contenu de ce préambule lorsque l'on interprète la directive et, en particulier, ses dispositions spécifiques relatives à l'âge. Au nombre de ses objectifs essentiels, on trouve la garantie du respect de la dignité humaine en protégeant le droit à l'égalité de traitement et en renforçant la capacité de tous les groupes d'âge à participer à l'emploi et aux activités liées à l'emploi. La directive n'a pas pour objectif unique d'atteindre une plus grande efficacité économique mais elle adopte aussi une approche des questions relatives à l'égalité par

<sup>(6)</sup> L'expérience comparative montre que la législation en matière de discrimination fondée sur l'âge peut être efficace pour réduire les inégalités auxquelles font face les travailleurs âgés: voir Hornstein, Z., (éd.), *Outlawing Age Discrimination: Foreign Lessons, UK Choices*, York, Joseph Rowntree Foundation, juillet 2001.

<sup>(7)</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303/16, du 2.12.2000): <http://europa.eu.int/eur-lex/en/index.html>

<sup>(8)</sup> Considérant 25 du préambule.

<sup>(9)</sup> Voir considérants 4 à 6 du préambule.

rapport à l'âge axée sur les droits, comme elle le fait pour les autres questions d'égalité<sup>(10)</sup>. La discrimination liée à l'âge ne constitue pas une préoccupation secondaire ni une question moins inquiétante que celle des autres motifs d'égalité: elle représente un refus des droits fondamentaux et de la dignité humaine, au même titre que les autres formes de discrimination, chacune d'une manière qui lui est propre.

La directive ne définit pas l'«âge» mais, à la différence de la législation américaine relative à la discrimination fondée sur l'âge, son champ d'application ne se limite pas à la discrimination à l'égard des personnes de plus d'un certain âge. Dès lors, ses dispositions doivent s'appliquer de telle sorte que les victimes de discrimination fondée sur l'âge de tous les groupes d'âge puissent faire valoir leurs droits en vertu de cette directive, sous réserve des limitations nécessaires (voir ci-dessous). Par conséquent, tous les travailleurs, qu'ils soient jeunes ou plus âgés, jouissent de droits à l'égalité par rapport à l'âge et l'on ne devrait pas négliger les implications que peut avoir la directive pour les jeunes travailleurs.

La directive ne se contente pas seulement d'assurer une égalité formelle, à savoir que toutes les personnes occupant des postes similaires soient traitées de manière identique. Le considérant 26 du préambule précise que «l'interdiction de la discrimination doit se faire sans préjudice du maintien ou de l'adoption de mesures destinées à prévenir ou à compenser des désavantages chez un groupe de personnes d'un [...] âge [...] donné», indiquant ainsi que l'action positive visant à aider les groupes défavorisés par des préjugés liés à l'âge seront admissibles, tout comme sont admissibles des mesures similaires pour d'autres groupes défavorisés. La directive veille donc à lutter contre le désavantage lié à l'âge et à assurer le respect des droits fondamentaux, et pas seulement à garantir une similitude de traitement: garantir le même traitement indépendamment de l'âge représentera souvent une étape importante pour assurer une véritable égalité de fond mais un traitement différencié conçu pour compenser un désavantage lié à l'âge se révélera également parfois nécessaire<sup>(11)</sup>.

Dans le cadre des paramètres de cette approche générale, la directive relative à l'égalité de traitement crée un cadre général pour l'interdiction de la discrimination dans l'emploi et le travail fondée sur l'un des quatre motifs que sont l'âge, le handicap, la religion ou l'orientation sexuelle, une interdiction que les États membres sont tenus de mettre en œuvre dans leurs propres systèmes juridiques nationaux. La directive prévoit une disposition spéciale pour le motif de l'âge (voir ci-dessous) mais, dans l'ensemble, ses dispositions générales s'appliquent aux quatre motifs de discrimination et exige que les États membres prennent les mêmes mesures de base pour chacun des quatre motifs<sup>(12)</sup>.

Les discriminations directes et indirectes relatives à chacun des motifs doivent être interdites<sup>(13)</sup>. Le harcèlement fondé sur l'un de ces motifs est considéré comme une forme de discrimination et doit donc également être interdit<sup>(14)</sup>, de même que les comportements consistant à enjoinde à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes<sup>(15)</sup> et les rétorsions liées aux plaintes pour discrimination<sup>(16)</sup>. La charge de la preuve doit

<sup>(10)</sup> Pour une analyse d'une approche de l'égalité fondée sur les droits, voir la discussion dans Fredman, S., «Equality: A New Generation?», 30, *Industrial Law Journal*, 2001, p. 145.

<sup>(11)</sup> Pour une analyse des concepts d'égalité qui sous-tendent la structure et le contenu de la directive, voir Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting On Inequalities in European Equality Law» [«Réflexion sur les inégalités dans la législation européenne relative à l'égalité»], 28(3), *European Law Review*, 2003, p. 349.

<sup>(12)</sup> Pour le contexte de l'article 13 du traité CE et de la directive, voir Bell, M., et Waddington, L., «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-discrimination Treaty Article» [«La Conférence intergouvernementale et les perspectives d'un article du traité portant sur la non-discrimination»], 25, *Industrial Law Journal*, 1996, p. 320-336, Bell, M., «The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?» [«Le nouvel article 13 du traité CE: un bon fondement pour le droit européen antidiscrimination?»], 6, *Maastricht Journal of European Law*, 1999, p. 5-23, McInerney, S., «Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin: A Comment» [«L'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ou raciale: un commentaire»], 25, *European Law Review*, 2000, p. 317-323.

<sup>(13)</sup> Article 2.

<sup>(14)</sup> Article 2, paragraphe 3.

<sup>(15)</sup> Article 2, paragraphe 4.

<sup>(16)</sup> Article 11.

incomber à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de traitement discriminatoire dès lors qu'une personne alléguant une discrimination établit des faits «qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte»<sup>(17)</sup>. Les plaignants doivent pouvoir disposer de procédures judiciaires et/ou administratives afin de pouvoir intenter une action en justice<sup>(18)</sup> et les États membres devront mettre en place un système de recours effectif et prendre des mesures pour mettre la législation et les conventions collectives existantes en conformité avec les exigences imposées par la directive.

La directive précise aussi qu'elle fixe des exigences minimales, qu'elle n'autorise pas d'abaisser une protection existante en matière d'égalité de traitement (non-régression) et qu'elle ne rend pas caduques les dispositions nationales qui offriraient un niveau de protection plus élevé dans ce domaine<sup>(19)</sup>. Les articles 12, 13 et 14 de la directive exigent que les gouvernements favorisent une sensibilisation aux questions, aux propositions et à la protection prévues par la directive et engagent un dialogue avec les parties prenantes et les ONG autour du processus de transposition et de mise en œuvre<sup>(20)</sup>.

Toutes ces mesures doivent être prises en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'âge, comme elles doivent l'être pour les autres motifs de non-discrimination. Par conséquent, le dialogue portant sur la façon de transposer le cadre général de la directive dans le contexte de l'âge devrait impliquer les ONG et les parties prenantes concernées<sup>(21)</sup>, la législation mettant en œuvre les exigences de la directive relatives à la charge de la preuve devrait également s'appliquer aux cas de discrimination liée à l'âge, le harcèlement pour ce motif devrait être interdit, une sensibilisation suffisante à cette interdiction devrait être promue, etc. L'article 16 exige que les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les différences de traitement telles que les limites d'âge dans les lois, réglementations et conventions collectives respectent les multiples exigences de la directive portant création d'un cadre en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>(22)</sup>.

## La nature unique de la discrimination fondée sur l'âge

Toutefois, lors de la mise en œuvre des dispositions générales de la directive, des problèmes particuliers se posent par rapport à la discrimination fondée sur l'âge, ce qui distingue l'âge des autres motifs. Tout d'abord, l'âge d'une personne changera bien évidemment avec le temps, ce qui signifie qu'elle pourra être soumise à différentes formes de stéréotypes et nourrira certainement différentes attentes, visées et relations avec ses employeurs et collègues de travail tout au long de ce processus. Il n'existe pas de caractéristiques fixes définissant des groupes d'âge donnés comme c'est le cas généralement avec les autres motifs de non-discrimination. De plus, les personnes ne restent pas confinées dans des groupes d'âge particuliers et les préjugés fondés sur l'âge envers les personnes d'un âge donné ne restent pas statiques.

<sup>(17)</sup> Article 10.

<sup>(18)</sup> Article 9.

<sup>(19)</sup> Article 8; voir également le considérant 28 du préambule.

<sup>(20)</sup> La directive n'exige pas l'instauration d'un organe indépendant doté de fonctions d'investigation et de soutien, contrairement à la directive relative à l'égalité raciale.

<sup>(21)</sup> Très peu nombreux sont les pays qui ont mis sur pied une campagne visant à informer les citoyens sur leurs droits à l'égalité par rapport à l'âge. Dans bon nombre de pays, la seule information fournie au grand public est celle de la campagne menée par la Commission européenne «Pour la diversité — Contre la discrimination». Sans initiatives nationales, on court un réel danger de voir la connaissance publique de la législation sur la discrimination fondée sur l'âge rester insuffisante. Voir Age Concern, *Addressing Age Barriers [Combattre les barrières liées à l'âge]*, Londres, Age Concern, 2004. Il apparaît aussi qu'il existe une réticence à consulter les organisations non gouvernementales (ONG) sur les questions d'égalité par rapport à l'âge: Chypre, le Danemark, l'Italie et la Slovaquie sont quatre exemples cités par AGE pour montrer que la consultation des ONG était insuffisante: voir *l'Analyse par AGE de l'état de transposition de la directive «Emploi» en décembre 2004*, Bruxelles, AGE, 2004.

<sup>(22)</sup> Aucun des États membres n'a annoncé une telle refonte globale à ce jour.

Cela peut rendre la comparaison du traitement d'une personne par rapport à d'autres difficile. Dans diverses circonstances, il peut être impossible en pratique de comparer différents groupes d'âge (par exemple, comparer les personnes de plus de soixante ans et celles de moins de soixante ans), étant donné la nature fluide et indéterminée des «groupes d'âge». Tout cela rend l'approche standard des cas de discrimination directe, consistant à identifier un modèle de comparaison approprié, plus difficile à appliquer dans le contexte de l'âge que pour les autres motifs de non-discrimination. Ce point sera traité de manière plus approfondie dans la deuxième partie ci-dessous. Cela peut aussi engendrer des complications dans l'application du test de discrimination indirecte: voir également ci-dessous.

De même, comme exposé plus haut, les distinctions d'âge fondées sur des préjugés et des stéréotypes injustes ne sont pas souhaitables mais d'autres distinctions fondées sur l'âge trouvent leur origine dans des considérations rationnelles qui ne sont pas incompatibles avec la reconnaissance de la dignité personnelle, qui ont des objectifs économiques et sociaux valables et qui sont souvent conçues pour protéger ou avantager des groupes d'âge particuliers. À l'article 4, le cadre général de la directive permet une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des quatre motifs lorsque ladite caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle (une «EPE») et déterminante pour un poste particulier. Toutefois, à la différence des autres motifs de non-discrimination, il existe un grand nombre de circonstances où les distinctions fondées sur l'âge peuvent être rationnelles et acceptables compte tenu du contexte global de la directive axé sur les droits mais où la distinction par rapport à l'âge en question ne constituera pas une EPE.

Parfois, ces distinctions peuvent ne pas être fondées directement sur l'âge d'une personne mais sur des caractéristiques qui sont en réalité étroitement liées à l'âge. «Ancienneté», «maturité» et «expérience» sont autant d'exemples de ce type de *caractéristiques liées à l'âge*, dans la mesure où elles ne peuvent souvent être acquises que par des personnes comptant un certain nombre d'années d'expérience dans une activité, ce qui à son tour signifie qu'elles ne seront habituellement acquises que par des personnes ayant atteint un certain âge. Quand l'utilisation de telles caractéristiques liées à l'âge constituera-t-elle effectivement une discrimination directe fondée sur l'âge et quand leur utilisation sera-t-elle justifiée et proportionnée? De même, étant donné qu'un grand nombre de caractéristiques utilisées pour différencier des personnes, telles que l'éducation, la connaissance, l'aptitude à la communication, etc., sont habituellement acquises avec le temps, leur utilisation constituera-t-elle une application de critères apparemment neutres qui désavantagent en réalité les personnes d'un âge particulier et exigera-t-elle donc une justification en vertu des dispositions de la directive relatives à la discrimination indirecte? Ces deux questions seront étudiées de manière plus approfondie dans les deuxième et troisième parties.

De manière identique, là encore contrairement à de nombreux autres motifs de non-discrimination, un cas rationnel où l'âge est *lui-même* traité comme une caractéristique potentiellement légitime et appropriée ne peut se présenter que dans des circonstances assez rares. L'âge est souvent utilisé comme «prête-nom» pour d'autres caractéristiques telles que la maturité, la santé ou la vulnérabilité. Souvent, l'utilisation de l'âge sous cette forme de prête-nom sera très discutable, en particulier lorsque cela signifie que les caractéristiques et capacités personnelles des travailleurs ne sont pas prises en compte: l'utilisation de l'âge comme prête-nom pour des caractéristiques de santé, de capacité d'assimilation de nouvelles informations ou de compétence est particulièrement contestable<sup>(23)</sup>. Toutefois, on pourra rétorquer que, dans d'autres circonstances, l'utilisation de l'âge comme prête-nom sera nécessaire et inévitable, tout particulièrement lorsque l'évaluation des qualités de chaque personne n'est pas possible ou sera trop onéreuse dans les circonstances données. Par exemple, les distinctions fondées sur l'âge peuvent classer toutes les personnes d'un certain groupe d'âge dans la catégorie de celles qui manquent des qualités requises ou qui nécessitent une protection particulière, comme lorsque des personnes n'ayant pas atteint un âge donné se voient interdire de travailler dans certains environnements. Cette

<sup>(23)</sup> Voir Grimley-Evans, J., «Age Discrimination: Implications of the Ageing Process» [«Discrimination fondée sur l'âge: implications du processus du vieillissement»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives* [«L'âge comme question égalitaire: Perspectives juridiques et politiques»], Oxford, Hart, 2003, p. 11-20. Voir également dans le même ouvrage, Schuller, T., «Age Equality in Access to Education» [«L'égalité fondée sur l'âge dans l'accès à l'éducation»], p. 117-144.

règle générale ne prend pas en compte les niveaux différents de maturité des diverses personnes: cependant, évaluer le niveau de maturité de chacune des personnes d'un groupe d'âge concerné peut se révéler impossible, ce qui justifiera l'utilisation de l'âge comme prêle-nom pour établir une règle générale. Souvent, l'âge sera également utilisé comme un indicateur direct d'informations clés, comme lorsque l'âge d'une personne est utilisé pour calculer la durée pendant laquelle cette personne restera en fonction. Ici encore, on verra parfois l'âge utilisé abusivement et de façon préjudiciable mais, encore une fois, cette utilisation peut se révéler nécessaire dans des circonstances particulières.

Les contrôles portant sur la discrimination fondée sur l'âge nécessitent, dès lors, la mise en place d'un cadre permettant d'établir une distinction entre les circonstances où l'utilisation de l'âge (ou de caractéristiques liées à l'âge) constitue un prêle-nom légitime et où elle ne l'est pas. La directive y parvient en exemptant spécifiquement, dans son article 6, l'utilisation des distinctions fondées sur l'âge de son interdiction générale de discrimination *directe* fondée sur les motifs interdits, si l'on peut prouver que l'utilisation de telles distinctions fondées sur l'âge est objectivement nécessaire pour atteindre un objectif légitime et qu'elle est proportionnée à l'objectif recherché. En revanche, la discrimination directe fondée sur les autres motifs de non-discrimination est interdite, sous réserve du motif d'exonération général de l'EPE. L'article 2, paragraphe 2, point b) prévoit que la discrimination indirecte fondée sur l'âge peut également être justifiée si elle est objectivement nécessaire et proportionnée, comme c'est le cas de la discrimination indirecte pour tous les autres motifs couverts par la directive.

Ce test de la «justification objective» doit être appliqué de manière rigoureuse afin d'empêcher tout stéréotype injuste mais possède aussi suffisamment de souplesse pour permettre l'utilisation de l'âge et de caractéristiques liées à l'âge lorsque cela se révèle approprié et justifié. Dans la troisième partie, le présent rapport traitera de la question de savoir quelles exemptions seront justifiées en vertu de ce test. Pour l'heure, il convient de noter que ce dernier doit s'appliquer en référence au cadre global de la directive axé sur les droits, notamment les dispositions de l'article 7 qui autorisent les États membres à adopter des mesures positives en vue de prévenir ou de compenser les désavantages existants liés à l'un des motifs quel qu'il soit.

## Le champ d'application de la directive

Le champ d'application de la directive suscite également des questions propres à l'âge. L'article 3 de la directive définit l'emploi et le travail en termes larges, comme recouvrant l'emploi, le recrutement, la promotion, tous les types et niveaux de formation professionnelle<sup>(24)</sup>, les conditions de travail, la rémunération, le licenciement et l'affiliation à, ou l'engagement dans, des organisations patronales, des syndicats et d'autres organisations professionnelles. L'expérience pratique entre dans le champ d'application, ce qui pourrait couvrir certains types de travail bénévole.

L'article 3, paragraphe 3 et le considérant 13 du préambule précisent que le champ d'application de la directive ne couvre pas les régimes publics de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme dans la législation communautaire ni «aux versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi». Cette restriction du champ d'application de la directive exclut les régimes publics de sécurité sociale des dispositions générales de la directive et donc de l'exigence de prouver le bien-fondé des distinctions fondées sur l'âge. Le considérant 14 du

<sup>(24)</sup> On ne peut dire clairement dans quelle mesure l'apprentissage des adultes, y compris l'enseignement à base communautaire, sera couvert. La formation professionnelle a été définie comme un programme d'enseignement qui prépare les étudiants à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou qui confère aux étudiants l'aptitude particulière à exercer de tels profession, métier ou emploi, et se définit donc par rapport à la nature du cours plutôt qu'au lieu ou à l'institution où il se donne: voir Gravier/Liège, C-293/83, Rec. 1985, p. I-593 et Belgique/Humbel, C-263/86, Rec. 1988, p. I-5365. La directive n'interdit pas la discrimination en ce qui concerne l'enseignement en général [voir article 3, paragraphe 1, points a) et b)].

préambule prévoit ensuite que la directive «ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite». La signification de cette phrase n'est pas claire mais semble confirmer que les âges de la retraite imposés par l'État relatifs au versement de la retraite échappent au champ d'application des dispositions de la directive relatives à l'âge.

L'effet combiné de ces deux exceptions signifie que l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge dans les régimes publics de retraite et de sécurité sociale n'aura pas à être objectivement justifiée en vertu de l'article 6. Cela a été conçu pour garantir une sécurité juridique et pour permettre aux États membres une certaine souplesse dans la conception et la réforme de leurs systèmes de sécurité sociale. Toutefois, cette large exception ne s'applique pas à tous les avantages, notamment aux régimes professionnels de retraite et de sécurité sociale, qui peuvent être offerts par les employeurs (y compris les pouvoirs publics) pour compléter les versements de la sécurité sociale nationale. Elle ne semble pas non plus s'appliquer aux âges de la retraite obligatoires imposés par les employeurs même lorsque la législation nationale autorise les employeurs à adopter de tels régimes de retraite obligatoires, lesquels devront quant à eux être objectivement justifiés comme toute autre forme de distinction fondée sur l'âge <sup>(25)</sup>.

Dès lors, l'autorisation du recours à des limites d'âge par les employeurs dépendra normalement de la possibilité d'apporter une justification objective en vertu de l'article 6, paragraphe 1 (voir la troisième partie ci-dessous). Toutefois, selon l'article 6, paragraphe 2, les États membres sont autorisés à adopter une exemption spéciale aux dispositions de la directive relatives à l'âge afin de permettre aux régimes professionnels de sécurité sociale de fixer des âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité (y compris la fixation d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes de travailleurs) ou d'utiliser, dans le cadre de ces régimes, des critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe. L'article 3, paragraphe 4 autorise également spécifiquement les États membres à exempter leurs forces armées des dispositions de la directive relatives à l'âge.

Il existe d'autres dispositions qui modifient le mode d'application du cadre général de la directive, qui ne sont pas spécifiques à l'âge mais qui ont quand même une importance considérable pour la façon dont les dispositions relatives à l'âge seront appliquées:

- une action positive est autorisée, comme exposé ci-dessus, pour prévenir ou compenser des désavantages existants (article 7, paragraphe 1, considérant 26 du préambule);
- des exigences professionnelles essentielles et déterminantes permettant la discrimination directe sont autorisées mais uniquement si l'objectif est légitime et l'exigence proportionnée (article 4, paragraphe 1, considérant 23 du préambule);
- la directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui (article 2, paragraphe 5);
- la directive «n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée...» (considérant 17 du préambule);
- la directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services (considérant 18 du préambule).

<sup>(25)</sup> Comme mentionné précédemment, la formulation du considérant 14 du préambule n'est pas parfaitement claire lorsqu'elle fait référence à la directive comme «ne portant pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite». En l'absence de toute exemption dans le dispositif de la directive pour les âges de la retraite imposés par l'employeur, il semble probable que le considérant du préambule peut être interprété comme se référant uniquement aux âges de la retraite imposés dans le cadre des régimes publics de sécurité sociale (exemption en vertu de l'article 3, paragraphe 3). Les mesures juridiques nationales qui peuvent autoriser les employeurs à utiliser des âges de la retraite obligatoires devront être justifiées conformément à l'article 6, paragraphe 1: voir la troisième partie ci-dessous et le chapitre 4 «Âges de la retraite», dans *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003.

## La mise en œuvre de la directive

Une disposition particulière est également prévue pour l'âge dans les exigences de mise en œuvre imposées par la directive. Ses dispositions générales devaient être mises en œuvre par les États membres au plus tard le 2 décembre 2003 mais l'article 18 autorise un État membre à disposer de trois années supplémentaires (à savoir jusqu'au 2 décembre 2006) pour mettre en œuvre les dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge «pour tenir compte de conditions particulières». Les «États de l'élargissement» devaient mettre en œuvre les dispositions de la directive pour la date de leur adhésion. La Belgique, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni ont officiellement demandé un report de la date limite de trois ans et ont donc jusqu'au 2 décembre 2006 pour transposer la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi fondée sur l'âge. Le Danemark a bénéficié d'un délai d'une année supplémentaire. Toutefois, la Belgique, le Danemark et les Pays-Bas n'ont pas attendu la fin de ce délai et ont déjà adopté une législation pour lutter contre la discrimination pour des motifs d'âge, rejoignant la majorité des États, tels que l'Espagne et l'Italie, qui n'avaient pas profité de la possibilité de reporter la date limite. Le Luxembourg a récemment mis en œuvre les dispositions de la directive relatives à l'âge. En Lituanie, certaines modifications pour mettre les lois existantes en conformité avec la directive devaient entrer en vigueur au mois de janvier 2005. Malte est également engagée dans le processus d'adaptation de sa législation existante <sup>(26)</sup>.

Il apparaît clairement, au vu de l'expérience des États membres qui ont adopté une législation en matière de discrimination fondée sur l'âge en conformité avec les exigences de la directive, que les affaires de discrimination fondée sur l'âge seront très vraisemblablement courantes dans la majeure partie de l'UE. En Irlande, par exemple, au cours de la période 2000-2003, 17 % des plaintes pour discrimination en matière d'emploi portées devant les tribunaux l'ont été pour discrimination fondée sur le motif de l'âge et cette proportion est restée assez constante <sup>(27)</sup>. Les plaintes couvraient toutes les étapes de l'emploi, des annonces d'emplois vacants au licenciement et aux indemnités de licenciement, en passant par la formation professionnelle et les organes professionnels. Il apparaît donc clairement que l'on pourrait s'attendre à des affaires de discrimination fondée sur l'âge en vertu de la directive assez diversifiées et impliquant toutes les phases et formes d'emploi. La majorité des affaires jugées en Irlande à ce jour concernaient des personnes âgées de quarante à soixante ans. Toutefois, on observe aussi un nombre significatif de plaintes pour discrimination envers de jeunes travailleurs <sup>(28)</sup>. L'expérience récente venant de Belgique et des Pays-Bas <sup>(29)</sup> semble à nouveau suggérer que les affaires de discrimination fondée sur l'âge constitueront une partie substantielle de la jurisprudence issue des dispositions de la directive, et des témoignages anecdotiques en provenance de plusieurs États membres indiquent que la discrimination fondée sur l'âge reste un problème considérable <sup>(30)</sup>.

<sup>(26)</sup> Voir AGE, *Analyse par AGE de l'état de transposition de la directive «Emploi» en décembre 2004*, Bruxelles, AGE, 2004.

<sup>(27)</sup> ODEI/The Equality Tribunal (le tribunal pour l'égalité), *Rapports annuels, 2000-2003* (les chiffres cités portent sur des actions relatives à un seul motif de non-discrimination. Un nombre significatif d'autres plaintes font référence à des motifs multiples: aucune analyse des motifs n'est disponible en ce qui les concerne mais un nombre substantiel d'entre elles impliqueraient encore l'âge).

<sup>(28)</sup> La première décision irlandaise sur le harcèlement fondé sur l'âge, par exemple, concernait une jeune directrice qui était continuellement ridiculisée devant les autres membres du personnel par un collègue masculin plus âgé qui la traitait de «jeune petite idiote»: voir *Named Female Complainant/A Company*, DEC-E2002-014.

<sup>(29)</sup> En 2003, les plaintes pour discrimination fondée sur l'âge représentaient 7,5 % des dossiers du Centre belge pour l'égalité des chances (vingt plaintes). La moitié de celles-ci concernaient des plaintes liées à l'emploi. Voir *Age Concern, Addressing Age Barriers [Combattre les barrières liées à l'âge]*, Londres, Age Concern, 2004.

<sup>(30)</sup> Voir, par exemple, Trimikliniotis, N., *Report on Measures to Combat Discrimination in the 13 Candidate Countries (vt/2002/47): Country Report Cyprus: European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field [Rapport sur les mesures de lutte contre la discrimination dans les 13 pays candidats à l'adhésion (vt/2002/47): Rapport national de Chypre: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination]*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2004.

## Partie II

### Discrimination directe et discrimination indirecte



Ruud | 1951

Après avoir traité des dispositions générales de la directive et de la place de l'âge dans ce cadre général, il est nécessaire d'examiner plus en détail comment la discrimination directe et la discrimination indirecte fondées sur l'âge seront définies en vertu de la directive et quelle preuve sera nécessaire pour établir l'existence de l'une ou l'autre de ces discriminations fondées sur l'âge. La troisième partie examinera alors le champ d'application du motif d'exonération lié à la justification prévu à l'article 6 et les autres exceptions à l'interdiction générale de la discrimination fondée sur l'âge.

## La discrimination directe et le problème des modèles de comparaison

La directive définit la discrimination directe fondée sur l'âge dans son article 2.1.2(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, sur la base du [motif de l'âge]». Par conséquent, la discrimination directe fondée sur le motif de l'âge telle qu'elle est définie dans l'article 2, paragraphe 2, point a) 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, en raison de l'âge.

Le «traitement moins favorable» impliquera que la partie plaignante ait subi un préjudice dont la nature sera similaire aux types de préjudices reconnus dans la législation sur la discrimination fondée sur le genre. La formulation de la directive semble suffisamment large pour inclure un traitement moins favorable pour le motif de l'âge *perçu* d'une personne. L'article 2, paragraphe 3 prévoit que le harcèlement tel qu'il est défini par la directive peut constituer une discrimination, tout comme le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination (article 2, paragraphe 4). Dès lors, les types de conduite qui peuvent donner lieu à une plainte pour discrimination directe sont étendus <sup>(31)</sup>.

Pour constituer une plainte pour discrimination directe qui soit susceptible d'aboutir, une partie plaignante doit montrer qu'elle a été traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. La directive adopte, par conséquent, une «approche par comparaison»: une partie plaignante devra indiquer un «modèle de comparaison» réel ou hypothétique par rapport auquel elle a été traitée moins favorablement en raison de son âge.

Toutefois, comme nous en avons déjà parlé, la nature fluctuante de l'âge d'une personne, la nature incertaine et mouvante des «groupes d'âge», les attentes changeantes qui évoluent avec l'âge et les différences de situation et d'attentes qui existent souvent même entre des personnes d'âges très proches sont autant de facteurs qui rendent le test de comparaison difficile à appliquer dans le contexte de l'âge. Si une juridiction est saisie d'une plainte pour discrimination directe fondée sur l'âge déposée par une personne de soixante-trois ans, proche de l'âge de la retraite, le modèle de comparaison approprié devrait-il avoir soixante et un ans, cinquante-cinq ans, vingt et un ans ou n'importe quel âge? Un travailleur de soixante-trois ans, proche de l'âge de la retraite, peut se retrouver dans une situation totalement différente de celle d'une personne de soixante et un ans sous bien des aspects essentiels et les deux peuvent se trouver dans une situation différente de celle d'une personne âgée de cinquante-cinq ans. De même, un travailleur de dix-huit ans qui vient de commencer à travailler peut nourrir des attentes très différentes de celles d'un employé de vingt-cinq ans ou de trente-cinq ans qui vient d'accéder au monde du travail. Le type de comparaison utilisé dans un cas donné peut donner lieu à des résultats très différents.

<sup>(31)</sup> La jurisprudence prononcée à ce jour par la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement indique qu'un requérant doit, pour déposer une plainte susceptible d'aboutir, avoir subi un préjudice suffisamment *mesurable* («meetbaar») et *réel* («werkelijk»). Voir Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004.

Les faits de l'affaire irlandaise Perry/Commissaire Garda <sup>(32)</sup> illustrent bien ce problème: la requérante prétendait qu'un régime de retraite anticipée volontaire offrait des incitations à la retraite plus importantes aux candidats de moins de soixante ans, ce qui constituait donc une discrimination fondée sur l'âge. La requérante, âgée de soixante-quatre ans, soutenait que l'indemnité de licenciement qui lui était due était sensiblement inférieure à celle qui était due au modèle de comparaison qu'elle avait choisi, une employée âgée de cinquante-neuf ans. L'employeur défendeur soutenait que ces différences n'étaient pas dues à l'âge mais étaient conçues pour compenser le fait que l'employée plus jeune perdait plus d'années d'emploi rémunéré. Comme la personne âgée de cinquante-neuf ans avait plus d'années à travailler avant d'atteindre la date officielle de la retraite, le modèle de comparaison choisi se trouvait dans une situation très différente de celle de la personne âgée de soixante-quatre ans, de sorte qu'une comparaison entre les deux ne pouvait pas en soi démontrer l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge. Ce n'est que parce que le responsable pour l'égalité (*Equality Officer*) statuant sur le cas était disposé à avoir recours au dispositif d'un «modèle de comparaison hypothétique» que cette question a pu être résolue (voir ci-dessous) <sup>(33)</sup>.

Il ne fait aucun doute que les juridictions peuvent, dans la pratique, identifier des modèles de comparaison réels ou hypothétiques à partir des circonstances spécifiques d'un cas particulier. Si un travailleur âgé est remplacé par un employé beaucoup plus jeune ou qu'un jeune employé est obligé d'effectuer des tâches dégradantes alors que les travailleurs âgés de même rang et de même ancienneté ne le sont pas, le modèle de comparaison approprié peut être évident au vu des faits de l'affaire <sup>(34)</sup>. Cependant, lorsqu'il n'existe pas de modèle de comparaison évident, des difficultés peuvent survenir. La législation nationale de mise en œuvre s'est généralement contentée d'intégrer le texte de la directive ou a employé une formulation différente qui n'a pas clarifié la façon dont l'exigence de comparaison devrait être appliquée <sup>(35)</sup>.

La solution la plus simple à ce problème pour la législation nationale consisterait à prévoir qu'il était discriminatoire de soumettre une personne à un préjudice en raison de son âge et d'éviter ainsi de devoir présenter un modèle de comparaison <sup>(36)</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a adopté cette

<sup>(32)</sup> Perry/Commissaire Garda, DEC-E2001-029: voir également Reid, M., «Age Discrimination in Employment: Issues Arising in Practice» [«La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi: questions qui se posent dans la pratique»], conférence donnée à l'Académie de droit européen, Trèves, 2 octobre 2004, disponible sur l'internet à l'adresse [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_899\\_file\\_en.1174.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_899_file_en.1174.pdf) (dernier accès le 17 janvier 2004).

<sup>(33)</sup> Le responsable pour l'égalité (*Equality Officer*) a soutenu qu'il existait une discrimination fondée sur l'âge mais qu'elle n'était pas illégale à ce moment en raison de dispositions transitoires permettant qu'une rémunération liée à l'âge se poursuive encore jusqu'à trois ans après l'entrée en vigueur de la législation irlandaise relative à la non-discrimination. Les modifications législatives subséquentes permettent désormais l'utilisation de distinctions relatives à l'âge dans des programmes de départ volontaire à la retraite et le gouvernement irlandais considère que l'utilisation de ces distinctions d'âge peut être justifiée en vertu de l'article 6 de la directive.

<sup>(34)</sup> Par exemple, dans une affaire irlandaise portant sur la formation professionnelle, la plaignante a montré qu'elle était une étudiante d'âge mûr avec de jeunes enfants et qu'elle était sensiblement plus âgée que tous les autres étudiants de sa classe, qui étaient, par conséquent, traités comme modèles de comparaison pertinents évidents. Voir Minaguchi/Wineport Lakeshore Restaurant, DEC-E2002-020.

<sup>(35)</sup> La définition néerlandaise laisse planer une incertitude quant au fait de savoir si un modèle de comparaison passé ou hypothétique est autorisé ou ne l'est pas. Ni le texte juridique ni l'exposé des motifs ne permettent de déterminer avec précision avec qui doit être comparée une victime alléguée de distinction directe fondée sur l'âge. Voir Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004.

<sup>(36)</sup> Voir Fredman, S., cité ci-dessus, p. 56. Voir également Hepple, B., «Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC» [«La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi: mise en œuvre de la directive 2000/78/CE»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue [«L'âge comme question égalitaire»]*, Oxford, Hart, 2003, p. 71-115, at 82. Cette solution serait, bien entendu, compatible avec le droit communautaire puisque l'article 8, paragraphe 1 permet aux États membres de fournir un niveau plus élevé de protection que celui requis par la directive.

approche dans le contexte de la grossesse (du fait qu'il n'existait pas de modèle de comparaison possible pour une femme enceinte) <sup>(37)</sup>, comme l'ont fait diverses juridictions nationales dans le contexte de la discrimination fondée sur le handicap <sup>(38)</sup>.

Toutefois, la directive elle-même maintient l'exigence de comparaison, comme l'ont fait tous les États qui l'ont mise en œuvre à ce jour. Une autre solution consiste à se concentrer sur la question centrale de savoir si le plaignant a subi un traitement préjudiciable fondé sur l'âge en ayant recours à des modèles de comparaison hypothétiques, c'est-à-dire en demandant comment ce dernier «aurait été traité». Cela permet à la juridiction de déterminer si l'âge était un facteur causal. Une combinaison de plusieurs modèles de comparaison hypothétiques pourrait également être utilisée si nécessaire afin de clarifier si et comment un traitement varierait avec l'âge.

Dans l'affaire Perry, l'affaire irlandaise discutée ci-dessus, le responsable pour l'égalité (*Equality Officer*) a examiné la plainte en considérant l'exemple hypothétique de deux travailleurs bénéficiant du régime de retraite anticipée en question, les deux ayant des états de service identiques mais étant respectivement âgés de soixante ans et un jour et de soixante ans moins un jour (les paiements prévus par le régime étaient destinés à compenser la perte des gains futurs et variaient avec l'âge). L'utilisation des deux modèles de comparaison hypothétiques a permis de découvrir que le régime entraînerait pour le plus jeune travailleur un gain de près de 6 000 livres irlandaises de plus, ce qui n'était manifestement pas proportionné à la différence de deux jours entre leur perte de gains futurs. Le responsable pour l'égalité a conclu que le plaignant âgé de soixante-quatre ans avait subi un traitement discriminatoire. Le recours à plusieurs hypothèses de comparaison permet de se concentrer davantage sur la question de l'existence d'un préjudice et permet d'éviter le danger d'un formalisme excessif qui pourrait traiter l'absence d'un modèle de comparaison réel comme un motif pour refuser un recours.

## L'âge en tant que «facteur substantiel»

Dès qu'un traitement moins favorable peut être démontré, la question clé qui se pose ensuite est celle de savoir à quel moment les juridictions seront en mesure de conclure que le traitement moins favorable en question est fondé sur des motifs d'âge. Dans certaines circonstances, le traitement moins favorable sera manifestement fondé directement sur l'âge.

Toutefois, dans un grand nombre de cas, on ne trouvera pas de référence explicite à l'âge comme motif du traitement moins favorable, mais il se pourrait que d'autres facteurs liés à l'âge soient concernés par la décision de l'employeur. Des caractéristiques telles que l'ancienneté, l'expérience, le niveau de rémunération et la maturité sont liées à l'âge dans la mesure où les travailleurs âgés auront plus de possibilités d'acquérir ces caractéristiques. De la même manière, des caractéristiques telles que les niveaux élevés d'aptitude physique, la connaissance de «la culture des jeunes» et une disponibilité pour voyager à l'étranger durant de longues périodes peuvent être autant de caractéristiques liées à l'âge qui, cette fois, sont généralement plus aisément acquises ou possédées par les jeunes travailleurs. Dans quelle mesure les juridictions devraient-elles être disposées à traiter la prise en compte par un employeur d'un facteur qui est lié ou qui se rapporte totalement ou partiellement à l'âge comme constituant une discrimination directe fondée sur ce motif?

Hepple a soutenu que, lors de l'application de la directive ou des législations nationales, les juridictions devraient appliquer une version semblable au test du «*but for*» utilisée par les juridictions britanniques dans le contexte de discrimination fondée sur le genre <sup>(39)</sup> et se demander si l'âge d'un plaignant était un facteur substantiel dans la décision de le soumettre à un traitement moins favorable ou si cet âge a joué un rôle dans la prise de cette

<sup>(37)</sup> Voir, par exemple, Dekker, C-177/88, Rec. 1990, p. I-394.

<sup>(38)</sup> Voir, par exemple, Clark/Novacold, (1999) 2 All ER 977 (CA).

<sup>(39)</sup> Voir, par exemple, James/Eastleigh Borough Council, (1990) 2 AC 751.

décision <sup>(40)</sup>. La Cour suprême des États-Unis adopte une approche similaire dans sa jurisprudence sur la discrimination fondée sur l'âge <sup>(41)</sup>, comme la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement <sup>(42)</sup>. La Commission néerlandaise a insisté, dans l'application de cette approche, sur le fait que l'âge ne devait pas être la seule raison de la décision en question: si l'âge a été un facteur substantiel ou «a également joué un rôle», cela suffira <sup>(43)</sup>.

Cette approche semble cohérente avec une grande partie de la jurisprudence existante en matière de discrimination fondée sur le genre dans l'ensemble de l'UE. Hepple suggère que ce test signifierait que l'utilisation de facteurs liés à l'âge qui sont «analytiquement séparés» de l'âge, tels que l'ancienneté, l'expérience, les qualifications et les niveaux de rémunération, ne devrait pas être considérée comme constituant une discrimination directe fondée sur l'âge (même si le recours à de tels facteurs peut donner lieu à des questions de discrimination *indirecte* fondée sur l'âge: voir ci-dessous). Cependant, les facteurs qui sont essentiellement des «prête-noms de l'âge» c'est-à-dire qui sont directement liés et agissent comme un prête-nom pour l'âge d'une personne seront considérés comme constituant une discrimination directe dans la mesure où l'âge sera en réalité un «facteur substantiel» dans le processus de décision <sup>(44)</sup>. On peut trouver un exemple de ce dernier cas lorsqu'un employé est renvoyé pour avoir «roulé sa bosse pendant trop longtemps» ou s'est vu refuser une promotion pour motif de «surqualification» alors que la décision était essentiellement fondée sur leur âge <sup>(45)</sup>. Le test du «facteur substantiel» garantirait également que l'utilisation de catégories d'âge (telles que «jeunes» ou «âgés») constituerait une discrimination fondée sur l'âge, ce que précise la législation néerlandaise mettant en œuvre les dispositions de la directive relatives à l'âge <sup>(46)</sup>. Comme d'habitude dans la législation communautaire antidiscrimination, il sera hors de propos de savoir si l'employeur qui se fonde sur l'âge comme facteur substantiel avait ou n'avait pas une intention réelle de créer une discrimination <sup>(47)</sup>.

<sup>(40)</sup> Voir Hepple, cité ci-dessus, en page 82.

<sup>(41)</sup> Voir Hazen Paper/Biggins 507 US 604 (1993).

<sup>(42)</sup> Voir Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004. Voir, en particulier, l'affaire 2004/130 du 11 octobre 2004, où la Commission pour l'égalité de traitement a soutenu que, pour établir une distinction illégale fondée sur un motif interdit, il n'était pas nécessaire que ce motif fût la seule raison de la distinction alléguée puisqu'il suffit que le motif interdit ait joué un rôle.

<sup>(43)</sup> Voir l'avis récent émis par la Commission pour l'égalité de traitement, avis 2004-130, où la Commission fait référence à d'autres avis dans lesquels se reflète cette même position (par exemple, avis 1995-15; 1999-34; 2001-113, RN 2002, 1507, annotés par M. S. A. Vegter et 2004-26).

<sup>(44)</sup> Voir Hepple, en page 82.

<sup>(45)</sup> Voir Sperling/Hoffman La Roche Inc. 924 F Supp. 1396 (1996) (US District Court); Taggart/Time Inc. 924 F2d 43 (1991); Clancy/Preston Trucking Company 967 F. Supp. 806 (D. Del. 1997).

<sup>(46)</sup> Voir Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, décembre 2004. Gijzen note que «la définition que donne la loi sur la discrimination fondée sur l'âge du concept de "distinction directe" mentionne uniquement le mot "distinction" alors que les définitions correspondantes figurant dans la loi générale sur l'égalité de traitement et la loi sur la discrimination fondée sur le handicap utilisent la formulation "distinction entre personnes"... Je suggère que cette légère différence dans la rédaction juridique puisse s'expliquer comme suit. Il ressort explicitement de l'exposé des motifs de la loi sur la discrimination fondée sur l'âge qu'une distinction directe fondée sur l'âge pourra non seulement apparaître si l'âge d'une personne constitue la base même d'une décision donnée mais également lorsque des catégories d'âge sont utilisées dans un processus de décision donné. En fait, une distinction est faite alors entre des groupes de personnes plutôt qu'entre des personnes.»

<sup>(47)</sup> Voir Asscher-Vonk, I.P., «Towards One Concept of Objective Justification» [«Vers un seul concept de justification objective»], dans Loenen, T., et Rodrigues, P.R., *Non-Discrimination Law — Comparative Perspectives [Lois sur la non-discrimination — Perspectives comparatives]*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 39-51, en particulier p. 43.

Les dispositions de la directive relatives à la charge de la preuve seront ici d'une aide précieuse. Conformément à l'article 10, paragraphe 1, si un plaignant peut établir une accusation apparemment fondée que l'âge était un facteur causal substantiel dans la décision de le soumettre à un traitement moins favorable, le défendeur devra alors prouver que l'âge n'était pas un facteur ou que son utilisation était justifiée. Comme dans le cas des autres motifs de non-discrimination, en établissant une accusation apparemment fondée, un plaignant sera en mesure de demander à une juridiction de conclure, à partir de circonstances particulières, que la discrimination fondée sur l'âge était la raison de son traitement moins favorable.

## Conclure à l'existence d'une discrimination directe

La jurisprudence que l'on trouve en Irlande, aux Pays-Bas et en Slovaquie au sujet de la discrimination fondée sur l'âge constitue une bonne indication du moment où un ensemble de faits permettra de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge en tant que facteur substantiel. Dans les affaires où un candidat donné à un poste ou à une promotion est préféré à un autre candidat, le simple fait que les candidats soient d'un âge différent ne suffira pas pour transférer la charge de la preuve à la partie défenderesse<sup>(48)</sup>. Toutefois, lorsqu'un plaignant est d'un âge différent de celui du modèle de comparaison et se révèle être objectivement mieux qualifié<sup>(49)</sup> ou lorsque des circonstances supplémentaires peuvent indiquer la présence de préjugés liés à l'âge, on pourra conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge. Dans d'autres circonstances, divers facteurs peuvent convaincre le tribunal qu'il convient de conclure à l'existence d'une discrimination. Il peut s'agir de certains ou de l'ensemble des facteurs suivants qui s'inspirent du contexte de l'égalité par rapport au genre:

- une différence statistiquement marquée dans les taux de réussite pour des groupes d'âge différents dans des circonstances apparemment similaires<sup>(50)</sup>;
- un manque de motifs justifiant les décisions qui semblent ne pas prendre en compte les considérations pertinentes et lorsque le plaignant est plus âgé et mieux qualifié<sup>(51)</sup>;
- des observations qui indiquent une intention de créer une discrimination<sup>(52)</sup>;
- un manque de transparence ou une procédure arbitraire inexplicite<sup>(53)</sup> peuvent mener à conclure à l'existence d'une discrimination<sup>(54)</sup>;

<sup>(48)</sup> Margetts/Graham Anthony, DEC-E2002-050; Sheehan/DPP, DEC-E2002-047; McCormack/Port de Dublin, DEC-E2002-046.

<sup>(49)</sup> Margetts/Graham Anthony DEC-E2002-050: voir également Reid, M., «Age Discrimination in Employment: Issues Arising in Practice» [«La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi: questions qui se posent dans la pratique»], conférence donnée à l'Académie de droit européen, Trèves, 2 octobre 2004, disponible sur l'internet à l'adresse [http://www.era.int/www/gen/f\\_19096\\_file\\_en.pdf](http://www.era.int/www/gen/f_19096_file_en.pdf) (dernier accès le 17 janvier 2004); Meenan, H., «Age, the Individual and the Law: part 1» [«L'âge, la personne et la loi: partie 1»], 20, *Irish Law Times*, 2002, p. 154-158; Meenan, H., «Age, the Individual and the Law: part 2» [«L'âge, la personne et la loi: partie 2»], 20, *Irish Law Times*, 2002, p. 170-18.

<sup>(50)</sup> Voir O'Mahony/Revenue Commissioners, EDA033.

<sup>(51)</sup> En Slovaquie, le tribunal de district à Zvolen, dans son jugement du 11 juin 2003 n° 7C 190/02-309, a considéré qu'une chercheuse comptant plus de vingt années d'expérience dans le domaine de la sylviculture avait été victime d'une discrimination directe fondée sur l'âge lorsqu'elle s'était vue exclue du poste de coordinateur de projet bien qu'elle ait élaboré la proposition du projet initial et qu'elle ait été mentionnée comme coordinatrice du projet dans la documentation du projet. L'employeur décida, sans la consulter, de désigner un autre employé possédant un niveau de qualification inférieur et moins d'expérience comme coordinateur. L'absence de consultation associée à l'absence de motif valable pour la décision et la différence de qualifications et d'expérience ont conduit le tribunal à conclure à l'existence d'une discrimination directe sur la base des faits.

<sup>(52)</sup> Un cabinet d'avocats/un travailleur, tribunal du travail EED011, 21 mai 2001.

<sup>(53)</sup> Voir Minaguchi/Wineport Lakeshore Restaurant, DEC-E2002-020; voir également la décision de la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement dans l'affaire 2004/130 du 11 octobre 2004.

<sup>(54)</sup> Voir également la décision de la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement dans l'affaire 2004/156 du 3 décembre 2004 où un employeur n'a notamment pas réagi comme il se devait aux plaintes pour discrimination fondée sur l'âge déposées par le requérant en omettant de lui indiquer la possibilité de soumettre une plainte pour discrimination dans le cadre de la procédure (interne) de plaintes individuelles.

- une disparité entre les critères de sélection officiels et ceux qui sont apparemment appliqués dans la pratique peut également conduire à la conclusion qu'il existe une discrimination;
- un modèle d'incohérence significative par rapport aux évaluations antérieures de candidats âgés <sup>(55)</sup>;
- une formulation utilisée dans les annonces qui, étant donné sa signification normale et naturelle, indique une intention de se fonder sur l'âge en tant que facteur substantiel <sup>(56)</sup>;
- des questions discriminatoires posées lors de l'entretien: les déclarations ou les questions discriminatoires par rapport à l'âge énoncées au cours de la sélection sont traitées par les tribunaux irlandais comme une discrimination illégale qui justifiera l'octroi d'une indemnité pour discrimination fondée sur l'âge même lorsque la sélection elle-même n'est pas jugée discriminatoire <sup>(57)</sup>.

Inversement, lorsque les critères de sélection se révèlent objectifs et semblent avoir été appliqués assez équitablement dans la pratique ou que des statistiques laissent suggérer que les taux de réussite sont largement similaires dans les différents groupes d'âge, ces éléments peuvent peser contre une déduction ou une conclusion qu'il existe une discrimination fondée sur l'âge <sup>(58)</sup>. Toutefois, le fait que des personnes du même âge que le plaignant n'aient pas été soumis au traitement préjudiciable en question n'empêchera pas en soi de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge s'il existe d'autres facteurs qui pourraient conforter cette conclusion <sup>(59)</sup>. Les circonstances réelles d'un cas doivent également être prises en considération: l'acceptation initiale par les plaignants de dispositifs de départ volontaire, de conditions de travail particulières ou de tout autre traitement apparemment légitime peut néanmoins constituer une discrimination directe fondée sur l'âge si des groupes de travailleurs particuliers sont effectivement contraints d'accepter ce traitement.

Cette approche générale consistant à conclure qu'un traitement moins favorable est fondé sur l'âge a été décrit comme une norme d'examen «de choix rationnel» et ressemble fortement à celle adoptée par la CJCE et les juridictions dans l'ensemble de l'UE dans le contexte de l'égalité par rapport au genre. La même approche en cas de distinction fondée sur l'âge sera très vraisemblablement adoptée par un grand nombre de juridictions nationales et par la CJCE en ce qui concerne l'âge.

<sup>(55)</sup> O'Mahony/Revenue Commissioners, EDA033.

<sup>(56)</sup> Equality Authority/Ryanair, DEC-E/2000/14.

<sup>(57)</sup> O'Mahony/Revenue Commissioners, EDA033. Dans cette affaire, quatre candidats âgés de plus de cinquante ans ont porté plainte pour avoir été traités moins favorablement que de jeunes candidats de même mérite. Le tribunal du travail a trouvé des preuves statistiques suggérant une discrimination fondée sur l'âge mais a été amené à conclure à l'existence d'une discrimination à partir d'une question posée à l'un des candidats concernant le fait de savoir «pourquoi il cherchait une promotion à ce stade de sa carrière». Le tribunal a accepté que le commentaire était directement lié à son âge et jugea que «hormis le fait que la question était offensante et discriminatoire à l'égard de la personne à laquelle elle était posée, elle indiquait aussi que, de manière probablement subconsciente, l'âge des candidats était devenu un élément qui intervenait dans le processus de sélection ... ce qui était la preuve qu'il concernait l'ensemble de l'affaire et pas simplement le [plaignant concerné]».

<sup>(58)</sup> Sheehan/DPP, DEC-E2002-047; McCormack/Port de Dublin, DEC-E2002-046. Voir également Freeman/Superquinn, DEE0211, où le tribunal du travail a jugé qu'une différence de trois ans entre les candidats n'était pas suffisante (associée à une injustice procédurale inexpliquée) pour suggérer une discrimination fondée sur l'âge, alors que, dans l'affaire Reynolds/Limerick Co Council, EDA048, le tribunal jugea qu'une différence de huit ans était suffisamment importante.

<sup>(59)</sup> Dans O'Connell/Consolidated Coin 517 US 308 (1996), la Cour suprême des États-Unis a jugé que, si le plaignant était remplacé par une personne qui appartenait également au groupe d'âge protégé par la législation américaine (quarante ans et plus), cela pouvait encore constituer une discrimination fondée sur l'âge, en dépit du fait que le comparateur se situait dans le groupe d'âge protégé.

## La discrimination indirecte

En vertu de l'article 2, paragraphe 2, point b), il y aura discrimination indirecte fondée sur l'âge a) lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre b) est susceptible d'entraîner pour des personnes «d'un âge donné» c) un «désavantage particulier», par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit d) objectivement justifié.

La même approche générale de la définition de ce qui constitue «une disposition, un critère ou une pratique» qui est actuellement adoptée par les juridictions nationales et la CJCE dans le contexte de la discrimination liée au genre <sup>(60)</sup> sera sans doute adoptée par les juridictions pour l'ensemble des différents motifs de non-discrimination auxquels l'âge ne fera pas exception. Les approches actuelles du moment à partir duquel on peut conclure à l'existence d'une discrimination indirecte, tout particulièrement sur la base de données statistiques, seront sans doute également appliquées dans le contexte de l'âge. Au considérant 15 de son préambule, la directive prévoit que «l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques».

De même, l'approche actuellement adoptée, dans le contexte de la discrimination fondée sur le genre, de l'application du test de la justification s'appliquera probablement aussi dans le contexte de l'âge, avec son utilisation d'une norme de proportionnalité bien développée pour évaluer si l'utilisation d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre susceptible d'entraîner, pour des personnes d'un âge donné, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, peut être justifiée. Par conséquent, la mise en œuvre des dispositions de la directive en ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur l'âge devrait généralement poser quelques problèmes spécifiques au contexte de l'âge. Toutefois, l'application des tests de discrimination indirecte tend à soulever des problèmes complexes voire parfois difficiles pour l'ensemble des motifs de non-discrimination et deux problèmes en particulier pourraient se poser en ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur l'âge.

## Le champ d'application de la discrimination indirecte

Le premier problème concerne le fait que «presque tous les critères ou toutes les pratiques peuvent être potentiellement indirectement discriminatoires» <sup>(61)</sup>, tout particulièrement pour ce qui concerne le motif de l'âge. L'expérience, le «savoir-faire», la formation scolaire, les capacités décisionnelles, la maturité affective et presque tout autre critère neutre qui pourrait être applicable dans le contexte de l'emploi pourraient entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge donné (comme exposé dans la première partie). En ce qui concerne la formation scolaire, la maturité et les capacités décisionnelles, il arrivera fréquemment que les travailleurs plus âgés aient pu bénéficier de plus de possibilités que les jeunes travailleurs pour acquérir les qualités souhaitables. D'autres qualités, telles que les connaissances informatiques ou les aptitudes physiques, ont plus de chances de se retrouver chez de jeunes travailleurs. En général, l'application de pratiquement toute disposition, tout critère ou toute pratique dans les décisions d'emploi aura de fortes chances d'entraîner un désavantage pour un groupe d'âge.

Cela ne pose cependant pas de problèmes pratiques ou juridiques particuliers. Si une pratique, une disposition ou un critère peut satisfaire au test de la justification objective, les employeurs n'ont rien à craindre de son utilisation.

<sup>(60)</sup> Voir, par exemple, *Bilka Kaufhaus*, C-170/84, Rec. 1986, p. I-1607.

<sup>(61)</sup> *Fredman*, cité plus haut, p. 58.

Des facteurs de coûts, par exemple, peuvent justifier le licenciement préférentiel de travailleurs mieux payés dans le cadre de programmes de licenciement même si cela doit vraisemblablement avoir un impact disparate sur les travailleurs plus âgés. Pour citer un autre exemple, les tendances du marché ont été acceptées comme une justification suffisante pour offrir une rémunération plus élevée à une jeune avocate qu'à un homologue masculin plus âgé effectuant un travail identique, dans l'affaire irlandaise de Glen/Ulster Bank <sup>(62)</sup>. Le défendeur devait recruter d'urgence un spécialiste expérimenté pour réaliser un projet particulier; de telles qualifications étaient fortement recherchées et, de manière réaliste, le défendeur n'avait pas eu d'autre choix que de payer au plaignant le prix spécifié par le jeune travailleur dans ces circonstances. En fait, l'existence du test de la justification objective joue un rôle précieux dans la mesure où il permet d'assurer que les critères utilisés dans les décisions d'emploi sont appropriés par rapport au poste en question et écarte les critères non pertinents <sup>(63)</sup>. Seuls ceux qui ne peuvent être justifiés ou qui sont appliqués de façon injuste seront considérés comme constituant une discrimination illégale.

Cela aura un impact tout particulier sur l'introduction d'exigences professionnelles inutiles, telles qu'exiger des connaissances informatiques lorsque aucune spécialisation n'est réellement requise ou sur l'exclusion de certains candidats de tout examen sérieux pour un poste sur la base de motifs indirectement discriminatoires. C'est ainsi, par exemple, qu'une récente affaire irlandaise portait sur le cas d'un candidat qui avait été rejeté, sans entretien, en raison de sa «surqualification». Le plaignant concédait qu'un candidat surqualifié pourrait manquer de motivation pour le poste en question mais prétendait qu'il aurait dû être testé à l'entretien plutôt que d'être l'objet d'une supposition superficielle de l'employeur. Le plaignant est parvenu à établir l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur l'âge: la pratique consistant à ne pas convoquer des personnes surqualifiées à un entretien a été jugée comme constituant une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs âgés qui ne pouvait être justifiée <sup>(64)</sup>.

## L'établissement du «désavantage»

Des problèmes plus complexes se posent en ce qui concerne l'exigence voulant qu'une disposition, une pratique ou un critère neutre doive entraîner un désavantage pour des personnes «d'un âge donné». Comme le fait remarquer Hepple, cette formulation implique que, si deux ou plusieurs personnes d'un âge donné subissent un désavantage, cela constituera une discrimination indirecte, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'un *groupe d'âge* donné a subi un désavantage. On ne peut dire clairement quel sera l'effet de cette disposition. La discrimination indirecte concerne surtout les désavantages qui sont imposés à des *groupes* donnés plutôt qu'à des *personnes* (qui sont concernées par la discrimination directe): dans un grand nombre de cas, il peut se révéler difficile de démontrer que les «personnes d'un âge donné» ont été soumises à un désavantage déterminé sans analyser l'impact du critère apparemment neutre en question sur le groupe d'âge auquel elles appartiennent.

Toutefois, étant donné la fluidité et la diversité des groupes d'âge, il peut se révéler très difficile dans la pratique de définir le groupe d'âge concerné dans des affaires de discrimination indirecte fondée sur l'âge. Les personnes «d'un âge donné» peuvent varier énormément en termes de qualifications, de compétences, d'aptitudes, d'aspirations, de situation financière et d'autres caractéristiques. Par exemple, si un plaignant prétend que l'exigence que les candidats à un poste possèdent une compétence particulière entraîne un désavantage pour les personnes de son âge particulier, le groupe d'âge en question devrait-il être défini comme a) toutes les personnes qui sont de son âge chronologique réel, b) toutes les personnes qui sont d'un âge similaire, c) toutes les personnes d'un âge identique/similaire qui sont des candidats potentiels pour l'emploi en question, d) toutes les personnes d'un âge identique/similaire qui possèdent le même acquis de formation, e) toutes les personnes d'un âge identique/similaire qui résident dans une zone géographique donnée ou f) un autre groupe?

<sup>(62)</sup> Glen/Ulster Bank, DEC-E2004-020.

<sup>(63)</sup> Fredman, p. 58-59.

<sup>(64)</sup> Noonan/Accountancy Connections, DEC-E2004-042.

Les mêmes problèmes existent sous différentes formes pour l'ensemble des motifs de non-discrimination, mais le fait qu'il existe des variations considérables au sein des groupes d'âge rend ces problèmes plus complexes. Des résultats très différents peuvent résulter selon le type de groupe d'âge choisi et varieront d'un contexte à l'autre <sup>(65)</sup>. Pour des raisons similaires, il peut se révéler difficile de sélectionner un groupe d'âge de comparaison afin de prouver l'existence d'un désavantage. Comme dans le cas de la discrimination directe, la nature fluctuante des groupes d'âge et les comparaisons toujours mouvantes qui peuvent être faites entre différents groupes d'âge présentent des difficultés au niveau de l'identification de modèles de comparaison appropriés <sup>(66)</sup>.

Toutefois, ces difficultés ne sont pas insurmontables. La directive exige seulement que le «préjudice» soit démontré, évitant la nécessité de démontrer l'existence d'un désavantage substantiel qui pourrait être très difficile à prouver dans le contexte de l'âge. Par sa référence à «un âge donné», elle accorde aussi une grande flexibilité aux juridictions pour définir quels sont les groupes pertinents dans un contexte donné. Cela signifie que la définition du groupe d'âge approprié peut être calibrée selon la nécessité pour déterminer l'impact d'une disposition ou d'un critère particulier et devrait empêcher de s'appuyer excessivement sur des catégories chronologiques strictes qui peuvent être trop formalistes et trop étroites pour refléter la nature fluctuante des groupes d'âge. Le développement de la jurisprudence dans le contexte de la discrimination fondée sur le genre peut fournir des indications pour déterminer ceux qui seraient censés constituer les groupes pertinents, tout particulièrement lorsque des critères apparemment neutres ont été contestés au motif qu'ils entraînent un désavantage pour les membres d'un sexe particulier d'un âge donné. L'âge pose des défis dans l'application du test de la discrimination indirecte mais la plupart de ces problèmes se posent aussi en ce qui concerne les questions d'égalité liée au genre.

<sup>(65)</sup> Par exemple, le refus de convoquer des candidats «surqualifiés» à un entretien peut désavantager les travailleurs âgés dans des circonstances normales: voir Noonan/Accountancy Connections, DEC-E2004-042, mentionné plus haut. Toutefois, la mise en œuvre de la même pratique dans des secteurs particuliers de la technologie de l'information pourrait en réalité désavantager les *jeunes travailleurs* étant donné la rapidité de promotion pour des diplômés récemment engagés dans des secteurs particuliers de la technologie de l'information.

<sup>(66)</sup> Ces difficultés peuvent avoir contribué à la réticence de la Cour suprême des États-Unis à confirmer que la législation américaine en matière de discrimination fondée sur l'âge possède une dimension «d'impact disparate»: voir Hazen Paper/Biggins, 507 US 604 (1993), en particulier les points de vue sceptiques exprimés par Kennedy, J., dans son opinion convergente. Toutefois, il conviendrait de rappeler que la législation des États-Unis s'écarte considérablement du cadre de la directive de l'UE.



# Partie III

## Limitations et dérogations

Wilma | 1958

Les limitations et dérogations à l'interdiction générale de la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et le travail de la directive soulève d'importantes questions d'ordre juridique. Comme exposé dans la première partie du présent rapport, la législation relative à la discrimination fondée sur l'âge doit faire la distinction entre l'utilisation des distinctions relatives à l'âge qui sont fondées sur des stéréotypes injustes et dévalorisants et celles qui sont rationnelles, nécessaires, qui ont d'importants objectifs sociaux et économiques et qui ne violent pas les principes fondamentaux de la dignité humaine. L'âge peut être utilisé comme prête-nom pour d'autres caractéristiques telles que la santé ou l'expérience ou peut servir d'indicateur direct d'informations au sujet des personnes, comme la date de leur retraite. On peut également prétendre qu'il constitue une exigence professionnelle essentielle pour un poste donné. Il arrivera parfois que l'utilisation de l'âge pour distinguer les personnes de cette façon soit légitime et nécessaire; d'autres fois, en revanche, l'âge constituera une dénégation de l'égalité et de la dignité. Souvent, l'âge d'une personne ne constituera pas un indicateur exact de ses capacités et de ses compétences et l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge repose fréquemment sur des stéréotypes et des suppositions qui ont tendance à ignorer la diversité des personnes au sein de groupes d'âge donnés. Dès lors, une approche de la discrimination fondée sur l'âge axée sur les droits devrait exiger que l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge trouve une justification claire et, en particulier, que leur utilisation soit objectivement nécessaire pour atteindre un objectif légitime et soit également proportionnée dans les circonstances particulières de l'espèce.

La directive adopte cette approche dans sa définition des limitations à l'interdiction générale de la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et le travail <sup>(67)</sup>. Elle ne spécifie pas exactement quelles distinctions fondées sur l'âge peuvent être utilisées par les employeurs. Il existe actuellement un très large éventail de différences de traitement fondées sur l'âge dans le domaine de l'emploi dans l'ensemble de l'UE. Certaines d'entre elles, telles que la protection des jeunes travailleurs contre l'exploitation, ne prêtent généralement pas à controverse. D'autres, telles que les âges de départ à la retraite obligatoire et l'utilisation de l'ancienneté dans les décisions de licenciement, soulèvent des questions importantes en termes d'égalité, d'économie et de finances. Compte tenu de cette diversité des approches et des attitudes partout dans l'UE, la directive ne pouvait pas exposer en détail chaque distinction fondée sur l'âge qui était légitime. Elle crée plutôt un cadre d'évaluation de la légitimité et de la justification de l'utilisation des distinctions fondées sur l'âge tout en permettant aussi aux États membres d'introduire certaines exemptions spécifiques, s'ils le souhaitent, dans certains domaines étroitement définis.

## La justification de la discrimination fondée sur l'âge

Selon la directive, les distinctions fondées sur l'âge seront considérées comme justifiées dans trois circonstances:

- a) lorsque le fait d'être d'un âge donné constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour un poste donné (article 4);
- b) lorsqu'une personne est soumise à ce qui constituerait autrement une discrimination directe fondée sur l'âge mais où un État membre a prévu que l'utilisation d'une distinction fondée sur l'âge est proportionnée et nécessaire «dans le cadre du droit national» pour atteindre un large éventail d'objectifs légitimes, notamment des «objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle» (article 6, paragraphe 1). Dans son article 6, paragraphe 1, la directive donne également des exemples spécifiques du type d'objectif légitime et de différences de traitement justifiées dans ce type de circonstances;
- c) lorsqu'une personne est soumise à ce qui constituerait autrement une discrimination indirecte fondée sur l'âge mais où l'application de la disposition, de la pratique ou du critère en question est justifiée comme objectivement nécessaire et proportionnée [article 2, paragraphe 2, point b)].

<sup>(67)</sup> Voir le considérant 25 du préambule selon lequel «... 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».

Dans ces trois circonstances, il conviendra de montrer que toute distinction fondée sur l'âge répond bien aux trois exigences suivantes: il faut qu'elle soit a) objectivement nécessaire b) pour atteindre un objectif légitime et c) qu'elle ait été appliquée de façon proportionnée. Comme exposé plus haut, les dispositions de la directive relatives à l'âge sont exceptionnelles dans le sens où elles permettent de justifier une discrimination directe fondée sur l'âge. Pour les autres motifs de la législation communautaire antidiscrimination, le test de la justification objective ne peut s'appliquer que dans le cadre de l'utilisation d'un motif interdit comme exigence professionnelle essentielle ou dans celui de la discrimination indirecte.

Dans sa transposition des dispositions de la directive en droit national <sup>(68)</sup>, le gouvernement néerlandais a estimé que comme la discrimination fondée sur l'âge, qu'elle soit directe ou indirecte, peut être «objectivement justifiée» et que l'on applique le même test pour déterminer si l'âge constitue une exigence professionnelle essentielle, toute distinction entre ces trois circonstances est superflue et inutile <sup>(69)</sup>. Cette approche est quelque peu discutable: dans ces trois circonstances, la justification objective selon le test de proportionnalité doit être prouvée, mais ce qui doit être prouvé variera selon le cas. Pour que l'âge puisse être considéré comme une exigence professionnelle essentielle, il faudra démontrer qu'il est nécessaire d'être d'un âge donné pour exercer une fonction donnée. Pour que la discrimination directe fondée sur l'âge soit justifiée, il faudra prouver que l'utilisation de l'âge comme «facteur substantiel» dans la prise de décision (voir la deuxième partie) est proportionnée et nécessaire. Enfin, pour ce qui concerne la discrimination indirecte, l'utilisation d'une disposition, d'une pratique ou d'un critère neutre qui désavantage des personnes d'un âge donné devra être justifiée. Par conséquent, il existe de bonnes raisons de maintenir les trois circonstances distinctes et séparées où on peut prouver qu'il existe une justification comme le fait le texte de la directive <sup>(70)</sup>.

<sup>(68)</sup> Voir «Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid)» [«Loi du 17 décembre 2003 concernant l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle (loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge dans l'emploi)»], Staatsblad 2004, 30: mentionnée ci-après comme étant la loi sur la discrimination fondée sur l'âge.

<sup>(69)</sup> L'article 1, paragraphe 1 de la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge énonce la définition de la *distinction* («*onderscheid*»): «Dans cette loi, on entendra par distinction une distinction fondée sur l'âge ou sur d'autres caractéristiques ou comportements donnant lieu à une discrimination fondée sur l'âge.» L'article 7, paragraphe 1 prévoit alors que «l'interdiction de la distinction ne s'applique pas si la distinction... se justifie objectivement d'une autre manière par un objectif légitime et que les moyens pour y parvenir sont appropriés et nécessaires». Par conséquent, contrairement à l'approche conventionnelle adoptée dans la législation relative à l'égalité de traitement néerlandaise, aucune distinction n'est faite ici entre une distinction directe et une distinction indirecte. Voir le «Memorie van Toelichting bij de Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid)», Tweede Kamer, 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 17 [«Exposé des motifs de la loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle (loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière d'emploi)»], deuxième chambre du Parlement, 2001-2002, 28 170, n° 3, p. 17. Pour un commentaire détaillé et complet sur cette question de Marianne Gijzen, voir Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004.

<sup>(70)</sup> Dans son commentaire sur les propositions législatives du gouvernement néerlandais, la Commission pour l'égalité de traitement a conseillé au gouvernement de conserver la distinction conventionnelle entre la distinction directe et indirecte, selon le principe que le type de distinction en question aura un impact sur la façon dont le cas sera traité et sur la charge de la preuve. Commentaar van de Commissie Gelijke Behandeling inzake het voorstel voor een Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (2001) [Commentaire de la Commission pour l'égalité de traitement portant sur le projet d'une loi relative à l'égalité de traitement fondée sur l'âge (2001)] disponible sur l'internet à l'adresse [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl). Dans la littérature universitaire, l'absence du schisme conventionnel entre distinction directe et indirecte a également été critiquée. Voir Gijzen, M., citée ci-dessus.

La Grapperhaus universitaire néerlandaise a également soutenu que le test de la justification objective pour ce qui concerne la discrimination directe fondée sur l'âge figurant à l'article 6 se différencie du test à appliquer dans les deux autres circonstances. Elle soutient qu'en plus des trois éléments standards du test de la justification objective que sont l'objectif légitime, la nécessité et la proportionnalité, une quatrième exigence est également imposée par la directive, dans le sens où une exception à l'interdiction de la discrimination directe fondée sur l'âge doit être *explicitement* prévue dans la législation nationale. Elle laisse entendre que cette exigence supplémentaire est introduite par le texte de l'article 6, paragraphe 1, lequel fait référence à toute distinction fondée directement sur l'âge qui doit être objectivement justifiée «dans le cadre du droit national». La Grapperhaus suggère donc que la législation nationale de mise en œuvre reconnaisse spécifiquement et définisse toutes les formes admissibles de discrimination directe fondée sur l'âge avant qu'elles puissent être considérées comme justifiées en vertu de l'article 6 <sup>(71)</sup>.

Cette interprétation est en désaccord avec le point de vue standard relatif à l'article 6, paragraphe 1 qui considère que la référence dans le texte au «cadre du droit national» requiert simplement que la législation nationale de mise en œuvre définisse, dans le droit national, quand une discrimination directe fondée sur l'âge peut être objectivement justifiée conformément à la directive. Ce second point de vue semble avoir plus de chances d'être accepté compte tenu des termes utilisés dans l'article 6, paragraphe 1 et peut constituer une interprétation plus pratique, étant donné le large éventail de distinctions possibles fondées sur l'âge qui peuvent nécessiter une justification dans la loi et qui peuvent se révéler impossibles à codifier avec précision. Toutefois, c'est à la Cour de justice des Communautés européennes qu'il appartient, en fin de compte, de résoudre ce problème.

## Systemes de mise en œuvre de la directive «ouverts» ou «fermés»

On peut néanmoins trouver certains avantages dans une législation nationale qui énonce explicitement les circonstances particulières dans lesquelles les distinctions fondées sur l'âge seront considérées comme justifiées dans le droit national. Il n'existe aucune raison pour laquelle une législation nationale ne pourrait pas spécifier quand l'âge constituera une circonstance professionnelle essentielle, par exemple, ou quand la discrimination directe fondée sur l'âge sera jugée comme étant objectivement justifiée. Toute définition explicite des cas où la discrimination fondée sur l'âge sera considérée comme étant justifiée devrait, bien sûr, être conforme aux exigences de la directive et pouvoir être contestée devant la CJCE si nécessaire. Cependant, de telles définitions explicites pourraient donner certaines orientations aux employeurs et aux travailleurs. De même, il n'existe pas d'obligation pour les États membres d'utiliser pleinement toutes les possibilités autorisées par la directive pour justifier la discrimination fondée sur l'âge. Par conséquent, un État membre pourrait choisir de limiter ces possibilités à des circonstances explicites particulières, limitant ainsi l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge potentiellement injustes et offrant une plus grande sécurité juridique.

L'expression «approche de structure fermée» est utilisée pour décrire les mesures de mise en œuvre qui précisent explicitement les circonstances dans lesquelles la discrimination fondée sur l'âge peut être justifiée. La législation irlandaise a adopté une approche «fermée», fixant dans sa loi de 1998 sur l'égalité de traitement dans l'emploi et

<sup>(71)</sup> Ce résumé des points de vue de Grapperhaus se fonde sur le compte rendu donné par Marianne Gijzen dans le Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004. Voir également Grapperhaus, F. B. J., «Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep» [«L'interdiction de la distinction fondée sur l'âge dans l'emploi et le travail»], *Ondernemingsrecht 2002-12*, p. 356-363, tout particulièrement les pages 359-361.

dans sa loi de 2004 sur l'égalité les circonstances dans lesquelles les distinctions fondées sur l'âge seront considérées comme justifiées en droit, à savoir notamment les circonstances suivantes:

- l'interdiction d'un emploi aux personnes qui sont encore en âge d'obligation scolaire (actuellement seize ans);
- le respect de deux lois protégeant les jeunes dans l'emploi;
- la fixation d'un âge de recrutement minimal (n'excédant pas dix-huit ans);
- la fixation d'un âge de recrutement maximal qui tienne compte des coûts et du temps nécessaires pour former une personne à la fonction ou la nécessité d'une période effective minimale avant l'âge de la retraite;
- les différences de rémunération ou de conditions d'emploi sur la base de l'ancienneté relative ou de la durée de service;
- les exigences professionnelles essentielles et déterminantes;
- le respect des diverses lois qui limitent l'âge concernant les divers permis de transports publics (contrôleurs aériens, pilotes de l'aviation commerciale, conducteurs de train, chauffeurs de camion ou de bus, etc.);
- tout emploi dans les forces armées et formes d'emploi dans la police, les prisons ou les services d'urgence;
- l'accès à certains emplois dans les ménages privés;
- la formation professionnelle: des offres de places préférentielles pour les étudiants plus âgés que la moyenne.

En revanche, une «approche ouverte» est adoptée lorsqu'un État membre choisit d'introduire dans sa législation nationale un test de la justification objective générale identique à celui utilisé selon la directive. La législation belge interdit toute discrimination qui n'est pas «objectivement et raisonnablement justifiée»; la législation finlandaise en matière de discrimination fondée sur l'âge autorise l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge pour un «objectif justifié»<sup>(72)</sup>: un grand nombre d'autres États de l'UE ont simplement choisi de reprendre la formulation de la directive, en particulier celle de l'article 6, paragraphe 1, en y apportant quelques modifications mineures<sup>(73)</sup>.

Les «approches semi-ouvertes» combinent des éléments des deux approches, en introduisant habituellement un test général de la justification objective mais en mentionnant explicitement les circonstances particulières où la discrimination fondée sur l'âge est considérée comme justifiée. Par exemple, la loi néerlandaise relative à la discrimination fondée sur l'âge contient un test général de la «justification objective» (comme discuté précédemment) mais prévoit aussi que le licenciement pour raison d'âge de travailleurs ayant atteint l'âge statutaire de la retraite, soixante-cinq ans, est considéré comme objectivement justifié, comme l'est l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge dans les programmes gouvernementaux visant à promouvoir la participation de groupes d'âge donnés au marché du travail<sup>(74)</sup>. Le Royaume-Uni envisage de combiner une possibilité de justification générale pour la discrimination directe et indirecte fondée sur l'âge avec une disposition explicite permettant aux employeurs de licencier des travailleurs pour motif d'âge à un âge de départ à la retraite par défaut de soixante-cinq ans, à moins qu'un autre accord ne soit conclu entre l'employeur et le travailleur<sup>(75)</sup>.

L'approche «ouverte» permet plus de flexibilité alors que l'approche «fermée» permet plus de précision: l'approche «semi-ouverte» tente de combiner les avantages des deux formules. On peut adopter n'importe laquelle des trois

<sup>(72)</sup> S. 7(1) (3) de la loi sur la non-discrimination [yhdenvertaisuuslaki (21/2004)].

<sup>(73)</sup> Ainsi, par exemple, la loi chypriote sur l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail [N.58 (1)/2004] reproduit presque mot pour mot la formulation de la directive. Voir Trimikliniotis, N., *Report on Measures to Combat Discrimination in the 13 Candidate Countries (vt/2002/47): Country Report Cyprus*: European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field [Rapport sur les mesures de lutte contre la discrimination dans les 13 pays candidats à l'adhésion (vt/2002/47: Rapport national de Chypre: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination)], Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2004. Le code du travail polonais parle de «justifiabilité»: voir Filipek, P., et Pamula, M., (2004) *Report on Measures to Combat Discrimination: 2004 Poland Report*: European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field [Rapport sur les mesures destinées à lutter contre la discrimination: Rapport polonais 2004: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination], Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2004.

<sup>(74)</sup> Article 7 de la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge.

<sup>(75)</sup> Voir DTI, «Age Discrimination: Treatment of Retirement Age» [«La discrimination fondée sur l'âge: traitement de l'âge de la retraite»], décembre 2004.

approches, en ayant à l'esprit que la législation nationale doit, dans tous les cas, être conforme à la directive. Il existe toutefois un danger au niveau des mesures nationales de mise en œuvre, particulièrement dans le cas des «approches ouvertes», qu'aucun examen ne soit réalisé pour savoir quelles sont les distinctions fondées sur l'âge que les États membres souhaitent préserver et quelles sont celles qui sont inutiles. Il apparaît que de nombreux États ont, à ce jour, peu analysé les aspects techniques et politiques de la discrimination fondée sur l'âge ou les questions à considérer pour décider quelles distinctions devraient être justifiables dans le droit national. On ne trouve souvent aucune indication claire dans la législation ou dans les indications jointes de ce qui constitue un objectif légitime ni de la norme à appliquer dans l'analyse de la proportionnalité. Un grand nombre d'États semblent satisfaits de laisser ces questions aux juridictions européennes et nationales, mais le manque de lignes directrices administratives ou législatives appropriées aux États-Unis, au Canada et en Australie dans le contexte de la discrimination fondée sur l'âge a souvent abouti à une insécurité juridique, à l'élaboration ad hoc de règles juridiques, à un manque de principes clairs et à une dissuasion des plaignants d'intenter une action en justice.

AGE, la plate-forme européenne des personnes âgées, a affirmé que son «point de vue était que les décideurs politiques doivent décider clairement ce qui constitue une justification objective et raisonnable pour leur territoire, dans le contexte des dispositions de la directive, en tenant compte de leurs contextes nationaux politiques et culturels plus larges et en consultant les parties prenantes du secteur industriel et les organisations qui représentent les intérêts des personnes de tous âges qui sont exposées à la discrimination. Ils doivent également fixer clairement les domaines d'action positive pour permettre à des actions ciblées de soutenir l'insertion dans l'emploi et la formation de groupes de travailleurs qui sont actuellement exclus en raison de la discrimination fondée sur l'âge ou pour d'autres raisons»<sup>(76)</sup>. Il est manifestement nécessaire d'accorder une plus grande attention à la portée appropriée des limitations à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge énoncée par la directive.

## Les exemptions spécifiques

Comme exposé brièvement dans la première partie, la directive permet également aux États d'introduire des exemptions spécifiques en vertu de l'article 6, paragraphe 2 (adhésion ou admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité) et de l'article 3, paragraphe 4 (forces armées). Dans les deux cas, l'État membre doit explicitement spécifier qu'il fait usage de cette exception. Une fois encore, les États membres ont généralement choisi d'avoir recours aux deux exceptions, ici aussi sans avoir procédé à une analyse approfondie de leur portée.

Étant donné le manque d'analyse approfondie de ces questions, une analyse succincte de certains des points essentiels de préoccupation peut être utile.

## L'âge comme exigence professionnelle essentielle

L'article 4 autorise les États membres à prévoir qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination illégale lorsque le fait d'être d'un âge donné est une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour le poste en question et que l'exigence est proportionnée dans les circonstances de l'espèce. En général, les juridictions nationales et européennes ont adopté une approche stricte de ce test en exigeant que la qualité en question soit nécessaire à la bonne exécution de la fonction en question et qu'aucune autre méthode d'exécution du travail ne soit possible<sup>(77)</sup>.

<sup>(76)</sup> Analyse par AGE de l'état de transposition de la directive «Emploi» en décembre 2004, Bruxelles, AGE, 2004.

<sup>(77)</sup> Voir, par exemple, *Etam plc/Rowan*, 1989 IRLR 150, une affaire concernant un homme postulant pour un travail dans un magasin de vêtements féminins. Lorsque la réorganisation des responsabilités existantes au sein de la main-d'œuvre pourrait supprimer la nécessité que le poste soit pourvu par une personne d'un sexe particulier alors le test de l'EPE n'est pas satisfait.

En ce qui concerne l'âge, il est difficile de trouver de nombreuses circonstances où une caractéristique aussi générale et peu tranchée que celle de l'âge serait requise comme «exigence professionnelle essentielle». Dans le document consultatif du gouvernement du Royaume-Uni portant sur la mise en œuvre de la directive, il était énoncé qu'il y avait «très peu de cas où l'âge constitue véritablement une exigence... La consultation à ce jour n'a identifié que le métier de comédien comme métier où cette flexibilité est nécessaire. Mais il pourrait y en avoir d'autres — par exemple, l'activité de mannequin pour des vêtements destinés à des groupes d'âge spécifiques» <sup>(78)</sup>. Le groupe consultatif sur l'âge du Royaume-Uni a estimé de la même façon que l'âge ne constituait une EPE que dans des circonstances exceptionnelles <sup>(79)</sup>.

Une question liée à ce problème est celle de savoir quand il sera possible d'utiliser l'âge comme prête-nom pour une autre qualité ou caractéristique qui constitue une EPE pour un emploi particulier. Ainsi, par exemple, en cas de poste à pourvoir par un homme physiquement apte, l'employeur peut-il exclure toute personne dépassant la trentaine en partant du principe que leur âge implique que ces personnes manquent automatiquement du niveau de condition physique requis?

L'utilisation de l'âge sous forme de prête-nom pour des caractéristiques telles que l'incapacité, la mauvaise santé ou le manque de maturité ne devrait pas être autorisée dans des circonstances normales: l'âge ne représente pas un indicateur suffisamment précis de telles caractéristiques pour qu'il soit possible de l'utiliser normalement comme substitut d'une «réelle» EPE <sup>(80)</sup>. En particulier, l'utilisation de stéréotypes qui assimilent automatiquement le fait d'être plus âgé à une diminution de l'efficacité professionnelle ou qui supposent que les travailleurs plus jeunes manquent des compétences et de l'expertise nécessaires doivent être considérées avec beaucoup de suspicion <sup>(81)</sup>. Même lorsque l'âge peut être statistiquement lié à des tendances telles qu'un état de santé plus mauvais, les écarts individuels par rapport à cette tendance statistique sont souvent si importants qu'ils permettent d'assurer que l'âge constitue souvent un prête-nom inadéquat pour une personne donnée <sup>(82)</sup>.

On peut trouver cependant des circonstances où l'évaluation individuelle des travailleurs est impossible ou excessivement onéreuse et où l'âge d'une personne peut d'une certaine façon être lié à la possession d'une EPE ou d'une caractéristique qui convient au poste en question. Dans ces cas, la discrimination fondée sur l'âge peut servir de formule rapide pour distinguer entre différents groupes de travailleurs, lorsque l'évaluation individuelle est irréalisable. Par exemple, exiger que des pilotes partent à la retraite à un âge comparativement plus jeune peut être considéré comme nécessaire et proportionné pour atteindre l'objectif légitime de la protection de la sécurité publique, s'il existe de nombreuses preuves de détérioration de l'acuité visuelle et du niveau de réaction avec l'âge et qu'il est impossible de procéder à des tests individuels afin de déterminer quels pilotes sont vulnérables à ce

<sup>(78)</sup> Département du commerce et de l'industrie, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphes 9.13-9.15.

<sup>(79)</sup> Groupe consultatif sur l'âge, *Response to the Issues Paper [Réponse aux points du document]*, AAG/o4, Londres, département de l'emploi et des pensions, 2001.

<sup>(80)</sup> Dans l'application de leurs versions du test de la justification objective, deux questions sont généralement posées par les tribunaux australiens et canadiens: a) les caractéristiques qui sont citées pour justifier l'acte de discrimination constituent-elles des motifs légitimes et justifiables pour distinguer deux personnes et b) l'âge est-il un prête-nom efficace et fiable pour les caractéristiques concernées ou est-il un outil de différenciation nécessaire pour déterminer si une personne possède ces caractéristiques? Voir *Law/Canada* (ministre de l'emploi et de l'immigration), (1989)1 SCR 143, *Qantas/Christie*, (1998) 152 ALR 1295.

<sup>(81)</sup> Voir, par exemple, la décision canadienne dans l'affaire *O'Brien/Ontario Hydro*, (1981) 2 CHRR D/504, où un homme de quarante ans s'est vu refuser un apprentissage: le Conseil d'enquête a jugé que l'argument de l'employeur selon lequel l'âge était un critère pertinent pour déterminer si une personne conviendrait aux conditions d'un travail particulier était une discrimination fondée sur l'âge injustifiée.

<sup>(82)</sup> Voir le *Carnegie Third Age Programme* (1993), «*Life, Work and Livelihood in the Third Age: A Summary of the Report of the Carnegie Inquiry*» [«Vie, travail et moyens d'existence au troisième âge: un résumé du rapport de l'enquête Carnegie»], Londres, Carnegie Third Age, 1993. Voir aussi *Action on Age, Report of the Consultation on Age Discrimination in Employment [Action sur l'âge: rapport de la consultation sur la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi]*, Londres, DfEE, 1998.

titre <sup>(83)</sup>. Toutefois, il conviendra de prouver que l'utilisation de ces limites d'âge est clairement nécessaire. Même un objectif légitime de poids comme la sécurité publique ne peut justifier l'utilisation radicale des limites d'âge lorsqu'une évaluation individuelle est possible <sup>(84)</sup>.

## La justification de la discrimination directe fondée sur l'âge

L'article 6, paragraphe 1 stipule que:

«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 maximal pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.»

La directive énumère donc des exemples d'objectifs légitimes qui peuvent justifier la discrimination directe fondée sur l'âge et des types de traitement différencié qui peuvent être pratiqués pour atteindre ces objectifs dans les limites de la proportionnalité. Les objectifs légitimes spécifiés ainsi que les exemples de traitement différencié devraient être considérés comme des lignes directrices générales et non comme des catégories spécifiques d'exemptions automatiques <sup>(85)</sup>. Même les distinctions d'âge qui relèvent du champ d'application de ces exemples doivent satisfaire au test de la justification objective.

<sup>(83)</sup> Ce test en deux phases a été appliqué dans l'affaire canadienne de MacDonald/Unité scolaire administrative régionale n° 1, (1992) 16 CHRR D/409, qui a soutenu une politique à l'échelle de l'État portant sur la retraite obligatoire des chauffeurs de bus scolaires à soixante-cinq ans selon le principe qu'il n'était pas possible de recourir à une méthode adéquate d'évaluation personnelle, compte tenu du nombre de chauffeurs impliqués. En revanche, en Israël, les pilotes de ligne sont soumis à un examen plus fréquent plutôt qu'à une règle de retraite obligatoire.

<sup>(84)</sup> Voir la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Western Airlines/Criswell n° 83-1545, où la Cour a insisté sur le fait que les employeurs seraient tenus de démontrer que l'utilisation d'une limite d'âge était «nécessaire» et que l'évaluation individuelle était impossible même lorsqu'il était question de sécurité publique.

<sup>(85)</sup> Critique par Eurolink Age et d'autres ONG du texte de la directive centrée sur la formulation très large et très vague des exemples d'objectifs légitimes énumérés dans l'article 6, paragraphe 1, tels que «les objectifs légitimes de politique de l'emploi», du marché du travail et de la formation professionnelle. Leur souci était que l'inclusion de tels exemples larges et ouverts dans le texte pourrait encourager une approche floue au test de la justification objective par les gouvernements et les juridictions nationales. Voir la preuve d'Eurolink présentée à la commission parlementaire sur l'Union européenne de la chambre des Lords britannique, «EU Proposals to Combat Discrimination» [«Propositions de l'UE pour combattre la discrimination»], document HL 68, 16 mai 2000. Voir aussi Meenan, H., «Age Equality after the Employment Directive» [«L'égalité fondée sur l'âge après la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi»], 10, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, p. 9-38; voir González Ortega, S., «La Discriminación por Razón de la Edad» [«La discrimination pour motif de l'âge»], 59, *Temas Laborales*, 2001, p. 93-124.

## Les objectifs légitimes

Tout employeur qui tente de satisfaire à un test de la «justification objective» devra commencer par prouver l'existence d'un objectif légitime pour ce qui le concerne. Lorsque l'on applique l'approche standard utilisée dans l'évaluation de la légitimité d'un objectif dans des affaires portant sur les droits de l'homme et la discrimination fondée sur le sexe, l'objectif cité pour justifier l'utilisation d'une distinction fondée sur l'âge ne doit pas être discriminatoire en soi.

Outre les exemples d'objectifs légitimes contenus dans l'article 6, paragraphe 1, le document de consultation britannique fixe d'autres exemples potentiels de ce qui constituerait un objectif légitime:

- a) santé, sécurité sociale et sécurité — par exemple, la protection des jeunes travailleurs;
- b) facilitation de la programmation de l'emploi — par exemple, lorsqu'une entreprise compte un certain nombre de personnes approchant de l'âge de la retraite en même temps;
- c) les exigences particulières relatives au poste en question — par exemple, les contrôleurs de trafic aérien qui doivent suivre une formation théorique et pratique de dix-huit mois au College of Air Traffic Control (Collège de contrôle du trafic aérien), suivie d'une autre formation sur le lieu de travail;
- d) l'encouragement et la récompense de la fidélité;
- e) la nécessité d'une durée raisonnable d'emploi avant la retraite — par exemple, un employeur qui a justifié à titre exceptionnel un âge de départ à la retraite de soixante-cinq ans pourrait refuser d'employer quelqu'un qui n'est qu'à quelques mois de l'âge de soixante-cinq ans si le besoin, le coût et la durée de la formation impliquent que le candidat ne serait pas assez productif à ce moment.»<sup>(86)</sup>

Le document de consultation britannique affirmait aussi que, comme les circonstances factuelles changeaient, la validité de l'objectif légitime initialement avancé pouvait également changer. Cela signifie que les employeurs qui invoquent les distinctions fondées sur l'âge en raison d'un objectif particulier devront réexaminer régulièrement la situation afin d'évaluer si leurs objectifs sont encore pertinents et valables<sup>(87)</sup>. En outre, en accord avec la législation relative à toutes les formes de discrimination, l'employeur doit manifestement être subjectivement convaincu de la validité de l'objectif légitime en question<sup>(88)</sup>. Enfin, moins l'objectif légitime concerné est pressant et immédiat, plus le degré de contrôle de la justification objective d'une distinction fondée sur l'âge est grand: un régime discriminatoire justifié par des motifs de sécurité publique exigera généralement une justification moins précise qu'une discrimination fondée sur des raisons économiques<sup>(89)</sup>.

## La nécessité et la proportionnalité

Outre le fait qu'ils doivent prouver l'existence d'un objectif légitime lorsqu'ils utilisent une distinction fondée sur l'âge, les employeurs devront satisfaire au test de proportionnalité en montrant que l'utilisation de l'âge était «nécessaire et appropriée». Quand ce principe s'appliquera-t-il?

Fondamentalement, les limites d'âge qui ne sont pas liées à une justification claire peuvent facilement prêter le flanc à la critique, de même que les limites d'âge qui pourraient être remplacées par des méthodes moins restrictives pour atteindre l'objectif légitime en question. Les limites d'âge minimal à des fonctions professionnelles particulières telles que celles de juges pourraient, par exemple, être remplacées par l'exigence

<sup>(86)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphe 3.15.

<sup>(87)</sup> Le même principe s'appliquera à l'évaluation de la proportionnalité de l'utilisation d'une distinction fondée sur l'âge: des circonstances changeantes peuvent modifier la position.

<sup>(88)</sup> Ibid.

<sup>(89)</sup> Voir Ontario Human Rights Commission/Etobicoke, (1982) 132 DLR (3<sup>e</sup>) 14 (SCC).

d'une durée de formation minimale <sup>(90)</sup>. Si des distinctions fondées sur l'âge sont utilisées pour le recrutement à des postes particuliers, les probabilités de les trouver objectivement justifiées seront minces si des postes similaires sont pourvus sans recourir à de telles distinctions. À Chypre, le commissaire à l'administration a soutenu qu'une limite d'âge maximal de soixante ans posée comme condition préalable à la désignation des membres de la Commission au service éducatif constituait une discrimination dans la mesure où aucune limite d'âge n'est fixée pour la nomination dans d'autres commissions de nature similaire <sup>(91)</sup>.

Comme il en va de l'exigence professionnelle essentielle, l'utilisation de l'âge comme prête-nom pour d'autres caractéristiques devrait n'être généralement admise que lorsque l'évaluation individuelle est impraticable, comme discuté plus haut. La santé d'une personne, son expérience, sa maturité, sa capacité d'apprentissage, ses aptitudes, sa volonté de travailler peuvent souvent être vérifiées par des procédures de vérification normales, des évaluations individuelles et de bonnes spécifications de fonction. Une secrétaire de cinquante ans, par exemple, pourrait être censée avoir certains types d'expériences que ne posséderait généralement pas une secrétaire de vingt ans mais ce seul élément ne devrait pas justifier une sélection automatique de la candidate la plus âgée sans une évaluation des mérites de celle de vingt ans. Le recours à un âge d'entrée maximal dans la police, en usage dans bon nombre d'États membres, peut, par exemple, être extrêmement contestable <sup>(92)</sup>. Dans une affaire néerlandaise, un certain nombre d'arbitres ont contesté avec succès les limites d'âge de quarante-sept et quarante-neuf ans imposées par l'Association royale de football néerlandaise (KNVB) sur la base du fait qu'une évaluation individuelle de la capacité de chaque arbitre pour la fonction d'arbitre était parfaitement possible et que fixer une limite d'âge constituait une violation du principe de proportionnalité <sup>(93)</sup>.

Les limites d'âge peuvent se révéler nécessaires dans des industries particulières afin d'assurer un renouvellement des travailleurs et d'encourager des recrutements dans une profession: la Cour suprême des Pays-Bas a approuvé l'imposition d'un âge de départ à la retraite obligatoire aux pilotes de lignes aériennes pour cette raison <sup>(94)</sup>. Les limites d'âge en vue d'assurer aux employeurs un retour raisonnable en termes de formation et de recrutement se révèlent raisonnables, comme l'indique le texte de l'article 6, paragraphe 1, point c), et semblent peut-être même faciliter une bonne planification de l'emploi (par exemple, pour compenser une forte proportion de la main-d'œuvre proche du départ à la retraite) lorsqu'elles sont proportionnées. Toutefois, l'utilisation de limites d'âge qui sont destinées à simplifier l'évolution du profil d'âge de l'entreprise ou qui rétrécissent de manière déraisonnable l'éventail d'âges des nouvelles embauches peut rencontrer de grandes difficultés à apporter la preuve d'une justification objective. Assurer qu'une diversité des groupes d'âge est représentée dans une main-d'œuvre

<sup>(90)</sup> Les limites d'âge *maximal* pour des juges ont pu aisément être justifiées comme nécessaires pour maintenir une indépendance judiciaire dans la mesure où aucun test individuel des compétences ne pouvait être réalisé pour des juges sans mettre en péril la perception de leur indépendance.

<sup>(91)</sup> Dossier du commissaire à l'administration n° A.K.I.25/2004, 8.11.2004.

<sup>(92)</sup> En Slovénie, par exemple, les candidats à des fonctions de police ne peuvent être âgés de plus de trente ans. Loi de police, *Journal officiel de la République de Slovénie* n° 49/1998 (66/1998-corr.), 93/2001, 56/2002. *Zakon o policiji, Uradni list Republike Slovenije številka 49/1998 (66/1998-corr), 93/2001, 56/2002.*

<sup>(93)</sup> Voir cour d'appel d'Amsterdam [Hof Amsterdam], 13.1.2000, *JAR* 2000, 42.

<sup>(94)</sup> Cour suprême des Pays-Bas, 8 octobre 2004 — Nr. C03/077HR — 16 pilotes/Martinair Holland NV et la Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers: cette affaire concernait une contestation d'une politique de retraite obligatoire fixée à l'âge de cinquante-six ans pour des pilotes employés auprès de Martinair au motif que cela violait l'article 1 de la Constitution et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). (L'affaire était antérieure à l'entrée en vigueur de la directive et de la législation de mise en œuvre néerlandaise.) Les motifs invoqués pour justifier la mise à la retraite obligatoire des pilotes à cinquante-six ans consistait à garantir une «circulation», se fondant sur l'idée que toute carrière de pilote (débutant par un enseignement très coûteux et se terminant par une retraite précoce) se structure en fonction de l'espoir qu'il sera possible pour tous les pilotes d'atteindre le niveau d'ancienneté le plus élevé avant la retraite. Le tribunal cantonal comme le tribunal de district ont tous deux jugé que ce motif constituait une «justification objective». La Cour suprême a confirmé ce jugement et rejeté la plainte des requérants. Voir aussi Cour suprême des Pays-Bas, 8 octobre 2004, Nr. C03/133HR, Requérant/Koninklijke Luchtvaartmaatschappij NV (Compagnie aérienne nationale des Pays-Bas) et l'Association des pilotes du trafic aérien néerlandais.

particulière peut constituer un objectif légitime, reflétant de la sorte certains aspects de l'agenda global de promotion de l'égalité. Cependant, il peut se révéler très difficile de démontrer que l'exclusion ou le traitement préférentiel de certains candidats sur la base de l'âge était proportionnée, en particulier si d'autres méthodes pour attirer une diversité plus large de candidats n'avaient pas été tentées d'abord.

## L'action positive et la protection des groupes défavorisés

Bon nombre de distinctions fondées sur l'âge dans l'emploi sont destinées à compenser des désavantages spécifiques subis par les membres de groupes d'âge donnés. La directive telle qu'elle est discutée dans la première partie n'adopte pas un modèle strict d'égalité formelle où tout le monde est traité de façon identique. L'article 7 de la directive autorise les États à maintenir des mesures spécifiques pour compenser ou prévenir un désavantage, ce qui signifie que l'utilisation proportionnée des distinctions d'âge pour compenser un désavantage devrait être considérée comme objectivement justifiée si ces mesures résultent de «mesures spécifiques... introduites ou adoptées par un État membre». Ces mesures viseront très souvent à renforcer l'égalité et la dignité humaine et la directive devrait être appliquée et interprétée de manière à permettre une telle action positive <sup>(95)</sup>.

Cette conclusion est confortée par l'article 6, paragraphe 1, point a) qui précise clairement que la directive reconnaît que la promotion de l'insertion professionnelle et la protection des groupes vulnérables constituent un objectif légitime. On retrouve couramment dans l'ensemble de l'UE des mesures spéciales en matière d'emploi destinées à intégrer des groupes particuliers dans la population active. C'est ainsi que le gouvernement du Royaume-Uni, par exemple, a introduit des programmes de «nouvelle donne» («New Deal») qui ont été limités aux moins de vingt-six ans et plus de cinquante ans et qui visent à intégrer les groupes défavorisés et socialement exclus dans la population active avant que les effets démoralisants du chômage de longue durée ne s'installent. Ces programmes ont recours à des distinctions d'âge, avec des limites d'âge supérieures fixées pour l'apprentissage, des bourses d'étude ou l'accès au Jobcentre Plus et aux conseils et formations du «New Deal» <sup>(96)</sup>.

L'utilisation des limites d'âge dans ces programmes peut priver certaines personnes d'avantages ou de soutien du seul fait de l'âge: cependant, étant donné la réalité des limitations des ressources, les programmes publics doivent être à même de cibler des éléments spécifiques de la population afin d'obtenir un impact maximal. Tous les travailleurs appartenant aux groupes sélectionnés pour bénéficier d'un soutien positif ne seront pas forcément défavorisés sur la base de l'âge mais définir le groupe sur la base de l'âge peut se révéler nécessaire pour mener un travail d'action positive lorsqu'il n'y a pas d'autre méthode raisonnable pour cibler le groupe approprié. Dès lors, le recours à des distinctions fondées sur l'âge dans de tels programmes devrait normalement être considéré comme

<sup>(95)</sup> La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Law/Canada* (ministre de l'emploi et de l'immigration), (1999)1 S.C.R. 497 a examiné la constitutionnalité des distinctions d'âge pour déterminer l'admissibilité aux pensions des survivants selon le plan de retraite canadien. La requérante n'avait pas droit à une pension de survivant au moment du décès de son mari parce qu'elle avait trente ans et que l'âge minimal pour pouvoir bénéficier d'une telle pension était de quarante-cinq ans. La plainte portait sur le fait que la législation en question soumettait la plaignante à un traitement différencié pour motif d'âge. La Cour a estimé que le but de la clause d'égalité de la s.15(1) de la charte consistait à empêcher la violation de la dignité humaine et de la liberté en imposant un désavantage, un stéréotype ou un préjugé. En conséquence, pour analyser si un acte était discriminatoire, il était nécessaire d'examiner si la loi avait un effet dégradant pour la dignité de la partie plaignante. La cour a examiné le but des dispositions, estimant qu'il s'agissait d'aider les veufs et les veuves plus âgés à répondre aux besoins de base sur le long terme. La cour a également estimé en général que la législation ne créait pas de stéréotype, d'exclusion ni de dévaluation à l'encontre des adultes de moins de quarante-cinq ans. Comme le but poursuivi par la loi consistait à mieux répondre aux besoins d'un groupe plus défavorisé, la législation ne portait pas atteinte à la dignité de la plaignante et il n'y avait donc pas de discrimination.

<sup>(96)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphes 3.21-3.23. Voir Hepple, p. 95.

objectivement justifié à moins que ne puisse être remise en question la proportionnalité de la mesure par rapport au préjudice social qu'elle est censée combattre<sup>(97)</sup>.

Des arguments similaires s'appliquent lorsque des limites d'âge sont utilisées pour protéger des groupes défavorisés, comme dans le cas des restrictions de fonctions imposées à de jeunes personnes par la directive 94/33/CE relative aux jeunes: en l'absence de tout mode d'évaluation des compétences et de la maturité de chaque personne, les limites d'âge sont objectivement nécessaires dans la mesure où elles fixent un point limite bien défini qui peut effectivement être appliqué dans l'ensemble du secteur industriel ou sur tout le territoire national<sup>(98)</sup>. Le texte de l'article 6, paragraphe 1, point a) énonce clairement que de telles mesures sont potentiellement objectivement justifiables.

Une question plus complexe concerne les désavantages de l'âge que rencontrent les jeunes travailleurs dans plusieurs dispositifs nationaux de salaire minimal dans la mesure où ils se voient souvent attribuer un barème beaucoup plus faible voire sont totalement exclus. Le gouvernement britannique a soutenu que ce traitement différencié pouvait se justifier comme étant nécessaire pour promouvoir les intérêts des jeunes travailleurs, lesquels pourraient autrement se trouver confrontés à l'exclusion du marché du travail en raison de leur coût relatif par rapport à leur manque d'expérience et leurs besoins de formation. Pour démontrer la justification objective, il serait nécessaire d'apporter la preuve incontestable que ces craintes étaient fondées sur des évaluations réelles. Hepple laisse entendre que le gouvernement britannique a en partie fondé sa position sur l'avis de la UK Low Pay Commission, laquelle irait d'une certaine manière dans le sens d'une preuve de la justification<sup>(99)</sup>.

L'assouplissement des restrictions portant sur les contrats à durée déterminée à l'égard des travailleurs âgés de cinquante-deux ans et plus en vue d'encourager un emploi plus important des travailleurs âgés, comme cela a été progressivement mis en œuvre en Allemagne depuis 1996, nécessitera également une justification objective. Alors que ces mesures pourraient être justifiées comme étant nécessaires pour compenser les désavantages dont souffrent les travailleurs plus âgés en restant sur le marché du travail, on peut réellement se demander s'il est possible de prouver que l'affaiblissement des droits au travail des personnes âgées est proportionné en l'espèce, en particulier maintenant que la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi est interdite en vertu de la directive et qu'il peut exister d'autres stratégies pour encourager un emploi plus important des travailleurs âgés<sup>(100)</sup>.

Les États membres peuvent aussi prévoir une protection spéciale pour les travailleurs plus âgés dans les décisions de licenciement. En Slovénie, l'article 100 de la loi sur les droits relatifs à l'emploi fixe les critères de décision de licenciement et l'âge est l'un des facteurs que les employeurs sont obligés de prendre en compte à cet égard. Cette disposition est considérée comme un exemple de discrimination positive dans la mesure où les travailleurs

<sup>(97)</sup> On notera que l'utilisation par l'État de distinctions fondées sur l'âge dans les crédits d'impôts, les aides à l'emploi, les incitations pour les employeurs et d'autres incitations financières pour encourager l'intégration des travailleurs ne sera pas soumise au champ d'application de la directive dans la mesure où ces distinctions seront considérées comme faisant partie des régimes publics de sécurité sociale (article 3, paragraphe 3). Voir département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphe 3.21.

<sup>(98)</sup> Il peut se révéler nécessaire d'inclure une clause d'exonération vis-à-vis de la conformité aux exigences statutaires dans la législation afin de protéger les employeurs qui mettent en œuvre ces restrictions: voir département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphe 3.23.

<sup>(99)</sup> Voir Hepple, p. 95.

<sup>(100)</sup> Pour une discussion approfondie de l'impact potentiel de la directive sur les approches politiques allemandes de la mise en œuvre de la Stratégie européenne pour l'emploi, voir dans Skidmore, P., «The European Employment Strategy and Labour Law: A German Case Study» [«La Stratégie européenne pour l'emploi et la législation du travail: une étude de cas allemande»], 29(1), *European Law Review*, 2004, p. 52-73. Un recours préjudiciel a déjà été introduit auprès de la Cour de justice des Communautés européennes par l'Arbeitsgericht München en ce qui concerne le traitement différencié des travailleurs âgés de cinquante-deux ans et plus: voir C-144/04, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/c\\_146/c\\_14620040529en00010001.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/c_146/c_14620040529en00010001.pdf)

âgés ont moins de chances de trouver un nouvel emploi <sup>(101)</sup>. Aux Pays-Bas, des indemnités de licenciement plus importantes sont également proposées aux travailleurs âgés <sup>(102)</sup>, comme c'est le cas au Royaume-Uni et dans bon nombre d'autres États membres actuellement.

Toutefois, dans le droit irlandais, les versements de montants forfaitaires plus importants dont pouvaient disposer les travailleurs plus âgés ont été abolis en 2003 et en Slovaquie, l'âge d'un employé ne peut être pris en compte dans les décisions de licenciement <sup>(103)</sup>. Le Royaume-Uni envisage de réviser son approche antérieure consistant à favoriser les travailleurs âgés pour les indemnités de licenciement en se fondant en partie sur le fait que les désavantages subis par les travailleurs âgés que cette mesure visait à combattre à l'origine, tels que la pauvreté et la discrimination fondée sur l'âge, touchent désormais aussi de plus en plus de jeunes travailleurs ou ne sont plus aussi pesants qu'ils ne l'étaient jadis <sup>(104)</sup>.

Cette diversité des approches indique la complexité des questions de discrimination fondée sur l'âge qui entourent le licenciement: il convient également de remarquer que bon nombre d'autres facteurs qui concernent la décision de licenciement peuvent avoir un effet discriminatoire indirect (voir la discussion sur l'ancienneté ci-dessous). L'octroi aux travailleurs âgés d'une plus grande protection lors de licenciements peut être vue comme une stratégie d'action positive, en particulier dans certains États membres où des facteurs historiques et économiques peuvent faire que les travailleurs plus âgés se trouvent dans une situation beaucoup plus vulnérable que les jeunes travailleurs. Dès lors, pourvu qu'il soit proportionné, un tel traitement préférentiel pourrait être qualifié de raisonnablement justifié. L'article 6, paragraphe 1, point a) conforte cette interprétation, avec sa référence aux «conditions de licenciement et de rémunération» comme exemple de mesures appropriées pour protéger les travailleurs âgés. Cependant, des conditions sociales changeantes, similaires à celles soulignées dans le document consultatif du Royaume-Uni, peuvent remettre en question la proportionnalité de telles mesures et les exposer davantage, avec le temps, aux contestations juridiques.

La position adoptée par la directive est plus complexe lorsque des *employeurs* mettent en œuvre des pratiques qui impliquent une différenciation fondée sur l'âge mais qui sont conçues pour bénéficier aux travailleurs âgés, en particulier ceux qui sont proches de l'âge de la retraite. Ce type de pratique peut comprendre des cours de préretraite, des versements supplémentaires, des vacances supplémentaires et des adaptations par rapport à la charge de travail. Lorsqu'il s'agit d'aider les travailleurs âgés à se préparer à la retraite, cela peut être considéré comme une sorte d'action positive et les juridictions canadiennes l'ont traité comme tel <sup>(105)</sup>. Toutefois, l'article 7 de la directive ne se réfère qu'à l'action positive qui est «maintenue et adoptée» par les *États membres*: cela signifie-t-il que les politiques volontaires d'actions positives adoptées par les employeurs mais qui ne sont pas

<sup>(101)</sup> En Slovaquie aussi, les employés âgés de plus de cinquante-cinq ans (ou de cinquante et un ans pour les femmes) ne peuvent être licenciés sans leur consentement. Cependant, cette disposition, qui a été introduite dans la législation slovaque en vue d'accorder une protection spéciale à certaines catégories d'employés, produit un impact mitigé, certains employeurs tentant d'inciter les travailleurs à partir à la retraite en les soumettant à un mauvais traitement.

<sup>(102)</sup> Voir Gijzen, M., dans le Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004.

<sup>(103)</sup> Section 63, paragraphe 1, point b) et section 76 du code du travail slovaque.

<sup>(104)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphe 6.5.

<sup>(105)</sup> Dans l'affaire canadienne *Broadley/Steel Co of Canada Inc.*, (1991) 15 CHRR D/408, des postes vacants étendus pour des travailleurs âgés de soixante et un ans ou plus ont été jugés comme étant une discrimination justifiable selon le principe que la transition vers le statut de retraité constituait un changement psychologique et financier majeur et que les postes vacants étendus constituaient une mesure proportionnée pour soulager l'épreuve que pouvait causer une transition brusque.

explicitement autorisées par la législation nationale ne relèveront pas de l'article 7 <sup>(106)</sup>? Si tel est le cas, de telles politiques seront-elles alors considérées comme objectivement justifiées ou seront-elles plutôt considérées comme discriminatoires? Alors que les juridictions canadiennes ont considéré ces politiques comme justifiées, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a pris l'optique opposée: dans l'affaire 2004/150 du 15 novembre 2004, la Commission a soutenu que la politique d'un employeur consistant à réduire progressivement les heures de travail et à octroyer des jours de congé à des employés de cinquante-sept ans ou plus n'était pas objectivement justifiée <sup>(107)</sup>.

Tout cela dépendra en grande partie de la nature des prestations en question et du fait de savoir si elles sont proportionnées: «la préparation à la retraite» ne devrait pas pouvoir devenir un objectif légitime justifiant un traitement préférentiel des travailleurs âgés, sans se soucier de savoir si la mesure en question a un quelconque lien avec une assistance à la transition vers la retraite. Cependant, ce serait également problématique si une insistance excessive sur la réalisation d'une égalité formelle devait empêcher les employeurs d'introduire des dispositions spéciales à l'intention de travailleurs âgés qui partent à la retraite.

## Les âges de la retraite

Une grande incertitude plane sur la question des âges de la retraite et sur la question de savoir dans quelle mesure les dispositions de la directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge nécessitent une modification des pratiques nationales existantes. Le terme d'«âge de la retraite» est en soi source de confusion du fait des diverses terminologies en usage dans l'ensemble de l'Union européenne.

Il importe de distinguer les âges donnant droit à la retraite, les âges de la retraite imposés par l'État et les âges de la retraite imposés par l'employeur ou par contrat. *L'âge qui donne droit à la retraite* est l'âge fixé par un État membre auquel les personnes commencent à avoir droit à une pension d'État (qui est distinct de l'âge auquel les personnes cessent de travailler pour partir à la retraite). L'article 3, paragraphe 3 exclut spécifiquement du champ d'application de la directive les systèmes publics de sécurité sociale, de sorte que les règles relatives aux pensions d'État fondées sur l'âge ne relèvent pas de son champ d'application. L'article 6, paragraphe 2 autorise également l'utilisation de critères d'âge pour l'adhésion ou l'admissibilité aux régimes professionnels de sécurité sociale dont les prestations de retraite: ainsi donc, les États membres peuvent choisir d'exempter l'utilisation des âges donnant droit à la retraite dans les accords relatifs aux régimes professionnels de retraite (voir ci-dessous).

Certains États imposent également des *âges de retraite obligatoires* fixes à tous les citoyens ou à certaines catégories de citoyens. À Chypre, tous les fonctionnaires publics peuvent prendre leur retraite à cinquante-cinq ans s'ils le souhaitent mais sont obligés de prendre leur retraite à soixante ans <sup>(108)</sup>. La directive est ambiguë à l'égard de ce type d'âge de retraite obligatoire. Le considérant 14 du préambule stipule que «la présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite» mais l'on ne trouve nulle autre référence dans le texte même de la directive à une exemption automatique pour toute forme d'âge de la retraite. Les âges de la retraite obligatoires imposés par l'État peuvent être exemptés en vertu de l'article 3, paragraphe 3 s'ils peuvent être classés comme faisant partie des régimes publics de sécurité sociale. Autrement, ils nécessitent une justification en vertu de l'article 6, paragraphe 1.

<sup>(106)</sup> On notera que le gouvernement britannique envisage de permettre aux employeurs de prendre des mesures d'action positive limitées pour remédier à la sous-représentation de certains groupes d'âge: voir le département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphes 9.16-9.22.

<sup>(107)</sup> De la même manière, dans l'affaire 2004-118 du 24 septembre 2004, la Commission a estimé que l'octroi de jours de vacances supplémentaires aux travailleurs de quarante-cinq ans ou plus qui comptaient plus de dix années de service auprès de l'employeur et l'octroi d'une réduction des heures de travail aux employés de soixante ans et plus étaient des mesures injustifiées.

<sup>(108)</sup> Voir également en Espagne, la loi du 30/1984 sur la réforme de la fonction publique, article 33, qui impose un âge de la retraite obligatoire de soixante-cinq ans pour la fonction publique, avec certaines exceptions.

La question essentielle qui se pose à bon nombre d'États membres a trait à la troisième catégorie et consiste à savoir si les employeurs sont habilités à fixer les âges de la retraite par contrat, convention collective ou unilatéralement. Les employeurs peuvent se voir octroyer par la législation le droit de fixer les âges de la retraite: c'est le cas, par exemple, en Estonie, où l'article 120 de la loi sur les services publics prévoit qu'en général, un employeur a le droit de mettre un terme au contrat de travail d'un travailleur si celui-ci atteint l'âge de soixante-cinq ans. De façon alternative, les employeurs peuvent être en mesure de fixer les âges de la retraite du fait que la législation prive les travailleurs plus âgés que cet âge de toute protection contre le licenciement abusif. À Chypre, en vertu de la s.4 de la loi sur le licenciement abusif, le droit à la protection contre le licenciement abusif est perdu dès l'âge de la retraite, comme c'est le cas actuellement au Royaume-Uni. D'autres pays, dont la France, prévoient que la protection contre le licenciement abusif est perdue lorsque les droits à la retraite sont pleinement acquis <sup>(109)</sup>.

Selon la directive, l'exigence qu'un employé parte à la retraite à un âge donné équivaut à un traitement moins favorable pour motif d'âge et est, par conséquent, illégal à moins qu'il ne puisse être justifié en vertu de l'article 6 (ou est considéré comme constituant une exigence professionnelle essentielle en vertu des dispositions de l'article 4, à condition de pouvoir un jour prouver qu'une telle mesure constitue une action positive pour combattre un désavantage). Il en va de même pour les autres désavantages, tels que la perte de protection contre le licenciement abusif. Cela revient à dire que les âges de la retraite doivent être justifiés objectivement et raisonnablement par un objectif légitime et que les moyens pour l'atteindre doivent être appropriés et nécessaires (article 6, paragraphe 1) ou alors que l'exigence en question peut répondre aux strictes exigences de l'épreuve d'exigence professionnelle essentielle (voir plus haut). Une question essentielle qui se pose maintenant consiste à savoir si les États membres sont autorisés à promulguer une exemption générale pour les âges de la retraite qui seront automatiquement considérés comme justifiés aux fins de l'article 6, paragraphe 1 ou s'il faut encore justifier explicitement l'introduction d'un «âge national de la retraite par défaut» dont la preuve doit être apportée soit par l'État membre sur une base nationale sur l'ensemble du marché de l'emploi, soit par chaque employeur au cas par cas.

Plusieurs États membres ont choisi d'introduire des âges de la retraite par défaut et ont prévu, dans leur législation nationale de mise en œuvre, qu'il ne faudra pas prouver que le recours à cet âge par défaut est justifié objectivement. Ainsi, l'article 7, paragraphe 1, point b) de la loi néerlandaise sur la discrimination fondée sur l'âge prévoit, par exemple, que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge ne s'appliquera plus dès qu'un travailleur atteindra l'âge de la retraite statutaire de soixante-cinq ans ou un âge plus avancé si l'âge de la retraite a été fixé par une loi ou un décret ou a été convenu d'un commun accord par les parties concernées. Le gouvernement du Royaume-Uni a récemment fait part de son intention d'établir un «âge de la retraite par défaut» à soixante-cinq ans, permettant ainsi aux employeurs de licencier des travailleurs à cet âge en raison de l'âge mais exigeant qu'ils a) prennent en considération les demandes de poursuite du travail, b) soient prêts à justifier tout âge de la retraite plus bas et c) puissent garder des travailleurs au-delà de cet âge <sup>(110)</sup>.

Par contraste, il est intéressant de noter que la loi irlandaise de 1998 sur l'égalité dans l'emploi ne protégeait à l'origine que les personnes âgées de dix-huit à soixante-cinq ans (soixante-cinq ans étant l'âge de la retraite habituel en Irlande). Toutefois, la loi de 2004 sur l'égalité a complètement supprimé la limite supérieure et fixé à présent la limite inférieure à seize ans (l'âge jusqu'auquel on est soumis à l'obligation scolaire à temps plein) <sup>(111)</sup>.

<sup>(109)</sup> Voir article L122-14-13 du code du travail français. Dans certains États membres, les travailleurs conservent la totalité des droits relatifs à l'emploi pendant la durée de leur service, comme c'est le cas en Pologne et en Slovaquie, indépendamment de leur âge.

<sup>(110)</sup> Voir la déclaration de Patricia Hewitt, secrétaire d'État au commerce et à l'industrie, au Parlement du Royaume-Uni, «Age Discrimination: Treatment of Retirement Age» [«La discrimination fondée sur l'âge: le traitement de l'âge de la retraite»], Hansard, HC vol. 428, 127WS (14 décembre 2004).

<sup>(111)</sup> Le récent projet de loi de 2004 sur la pension de retraite du service public prévoit que, moyennant certaines exceptions, les recrues des services publics, après avril 2004, «ne seront pas obligées de prendre leur retraite en raison de leur âge».

Par conséquent, il apparaît qu'en Irlande les employeurs devront justifier l'utilisation des âges de la retraite obligatoires au cas par cas alors que la législation du Royaume-Uni, celle de la France et celle des Pays-Bas ont pour effet ostensible de supprimer la nécessité pour les employeurs d'apporter la moindre justification. On est loin de pouvoir affirmer avec certitude que ce procédé suffira pour satisfaire à la rigoureuse norme de justification imposée par l'article 6, paragraphe 1. Les États membres qui utilisent le procédé par défaut devront, pour le moins, démontrer qu'il est objectivement et raisonnablement justifié 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. Alors qu'il peut exister des raisons légitimes en termes de marché de l'emploi de permettre aux employeurs, dans certaines circonstances, de régler le calendrier de départ à la retraite des travailleurs plus âgés, comme le besoin de planifier la main-d'œuvre et la possibilité d'ouvrir des postes vacants pour les jeunes <sup>(112)</sup>, il est contestable que le fait de permettre aux employeurs d'utiliser des âges de la retraite obligatoires soit la méthode la moins restrictive pour atteindre ces objectifs.

La retraite obligatoire implique le choix d'une date chronologique arbitraire (habituellement le soixante-cinquième anniversaire). Cette formule ne tient pas compte des situations largement différentes dans lesquelles les personnes peuvent se trouver à cette date <sup>(113)</sup>. Le refus de l'accès à l'emploi peut empêcher la personne de se réaliser sur le plan personnel et constituer une intrusion paternaliste dans la vie privée, violant le principe de la dignité humaine. L'argument peut-être le plus irréfutable contre les âges de la retraite obligatoires est que les employeurs pourraient en théorie atteindre le même degré de sécurité et de planification en fixant des termes contractuels individuels, en encourageant la retraite anticipée lorsque cela se révèle nécessaire et en utilisant de bonnes techniques de gestion des performances plutôt qu'en recourant à l'outil sans finesse de l'âge de la retraite obligatoire.

Une autre source de justification de la retraite obligatoire consiste à invoquer la nécessité de libérer des postes occupés par des personnes plus âgées afin de créer de la place pour les jeunes. Toutefois, bien que cela puisse se justifier dans le contexte de formes spécifiques d'emploi <sup>(114)</sup>, on peut contester l'idée qu'une telle justification puisse porter sur l'ensemble du marché du travail, en particulier depuis qu'il a été démontré que des niveaux relativement élevés d'emploi des personnes âgées correspondent à des niveaux plus élevés, et non plus faibles, d'emploi des jeunes <sup>(115)</sup>. Les États membres doivent accorder une attention minutieuse à l'ensemble des questions et arguments en jeu. Les États membres qui introduisent des âges par défaut devraient avoir à l'esprit que l'article 8, paragraphe 2 de la directive interdit toute régression dans la mise en œuvre de son contenu par rapport aux niveaux de protection existants: par conséquent, si l'introduction d'un âge par défaut devait priver les travailleurs des droits à l'emploi dont ils bénéficiaient précédemment, alors cette formule ne saurait constituer une mesure admissible <sup>(116)</sup>.

Si un État membre n'introduit pas un âge de la retraite par défaut ou ne justifie pas son utilisation ou si un employeur choisit d'introduire un âge de la retraite obligatoire à un âge inférieur à celui spécifié par la législation nationale, chaque employeur devra individuellement justifier l'imposition de ce désavantage comme étant conforme à l'article 6, paragraphe 1 (et également que l'utilisation d'un tel âge de la retraite obligatoire est autorisée par les dispositions de la législation nationale qui spécifient quand la discrimination directe fondée sur l'âge sera justifiée). En ce qui concerne la preuve d'une justification des âges de la retraite au niveau de l'entreprise

<sup>(112)</sup> Confirmé comme tel par la Cour suprême canadienne dans l'affaire McKinney/University of Guelph [1990] 3 SCR 229.

<sup>(113)</sup> Voir la Commission des droits de l'homme de l'Ontario, note ci-dessus, en p. 4.

<sup>(114)</sup> Voir la décision de la Cour suprême néerlandaise dans l'affaire Martinair Holland mentionnée ci-dessus.

<sup>(115)</sup> Voir Fredman, S., «The age of Equality» [«L'âge de l'égalité»], cité ci-dessus, plus spécialement en page 47.

<sup>(116)</sup> Voir Crasnow, R., *Scope, Retirement Age and Regression [Champ d'application, âge de la retraite et régression]*, document de séminaire, 11 septembre 2003, distribué par Age Concern England. Voir aussi Rubinstein, M., «Golden Threads amongst the Silver — Principles for Age Discrimination Law» [«Fils d'or parmi l'argent — Les principes de la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge»], 2002, conférence annuelle de l'Association de la législation du travail, disponible à l'adresse <http://www.michaelrubenstein.co.uk/pdfs/AnnualLectureNOV2002.pdf> (dernier accès le 14 janvier 2004).

individuelle, on compte un éventail similaire d'arguments pour et contre l'utilisation des âges par défaut nationaux. Les arguments particuliers en faveur de l'utilisation d'un âge obligatoire qui sont présentés par un employeur donné devront être mesurés à l'aune de la stricte norme de proportionnalité établie dans l'article 6 et le résultat dépendra d'une analyse au cas par cas <sup>(117)</sup>. L'utilisation d'âges de la retraite obligatoires automatiques dans des conventions collectives et des contrats de travail qui ne peut être justifiée par référence à des considérations spécifiques propres à certains types d'emploi et qui ne sont pas autorisés par la législation nationale conforme aux exigences de la directive peut s'efforcer de répondre aux exigences de la norme de proportionnalité <sup>(118)</sup>.

## Les droits relatifs à l'emploi

Le refus ou la restriction des droits relatifs à l'emploi pour des travailleurs dépassant un certain âge pose également de graves questions aux termes de la directive dans la mesure où il s'agit d'une discrimination directe fondée sur l'âge qui requiert ici encore une justification objective. Hepple a soutenu que les justifications traditionnelles pour exclure les travailleurs âgés de la protection contre le licenciement abusif se fondaient sur certaines des préoccupations qui sous-tendent les âges de la retraite obligatoires, en particulier le désir d'encourager des travailleurs âgés à laisser la place à du sang neuf. Il affirme cependant aussi que, comme la législation nationale sur les âges de la retraite permet maintenant aux travailleurs de continuer à travailler au-delà de la date de la retraite, la restriction des droits à l'emploi ne peut être objectivement justifiée dans la mesure où elle laisse les travailleurs âgés sans protection suffisante contre d'autres formes de licenciement abusif hormis l'âge <sup>(119)</sup>.

Le gouvernement du Royaume-Uni est arrivé à une conclusion similaire, estimant que priver les travailleurs âgés de leurs droits à l'emploi était disproportionné et inutile <sup>(120)</sup>. Cette logique semble convaincante: il est difficile de comprendre pourquoi un employé peut légalement continuer à travailler au-delà de l'âge de la retraite mais se voit refuser le droit de contester des actes de licenciement abusif et d'autres abus des droits liés à l'emploi. Il est possible d'assurer un renouvellement des effectifs en utilisant des âges de la retraite obligatoires, de sorte que le refus ou la restriction des droits relatifs à l'emploi ne semblerait pas être la «mesure la moins importune» pour atteindre cet objectif et ne résisterait donc très vraisemblablement pas au test de proportionnalité.

De la même façon, d'autres restrictions des droits à l'emploi des jeunes travailleurs ou des travailleurs âgés doivent être examinées attentivement. À moins que ces restrictions ne puissent être clairement et objectivement justifiées par référence au besoin de protéger certaines catégories de travailleurs ou de combattre des désavantages spécifiques subis par des travailleurs d'un âge donné, le refus de droits fondamentaux aura peu de chance de satisfaire au test de la justification objective <sup>(121)</sup>. Avec l'introduction de la législation relative à la discrimination fondée sur l'âge, il peut être de plus en plus difficile de soutenir que les désavantages et la discrimination dont sont victimes les jeunes travailleurs et les travailleurs âgés exigent un abaissement de leurs droits à l'emploi, dans

<sup>(117)</sup> Pour un exemple de contexte spécifique où un âge de la retraite obligatoire pourrait être justifié, voir la note de bas de page 89 ci-dessus pour une discussion sur la façon dont la nécessité de préserver l'indépendance judiciaire pourrait justifier l'imposition d'un âge limite maximal.

Voir également la discussion des limites d'âge imposées dans l'intérêt de la santé et de la sécurité, ci-dessus.

<sup>(118)</sup> Voir, par exemple, la décision de la Cour suprême d'Espagne (division sociale) rendue le 9 mars 2004, annulant les clauses de conventions collectives forçant les travailleurs à partir à la retraite à l'âge de soixante-cinq ans parce qu'il n'y avait pas de disposition nationale permettant une telle retraite obligatoire et que, dans les circonstances données, la justification des différences de traitement fondées sur l'âge «par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle» était insuffisante. Dans son argument juridique, la Cour suprême a largement recouru aux considérations et aux articles de la directive.

<sup>(119)</sup> Hepple, cité ci-dessus, p. 94.

<sup>(120)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphes 5.2-5.3.

<sup>(121)</sup> Voir la discussion dans Skidmore, P., «The European Employment Strategy and Labour Law: a German Case Study» [«La stratégie européenne pour l'emploi et la législation du travail: une étude de cas allemande»], 29(1), *European Law Review*, 2004, p. 52-73, également cité ci-dessus.

la mesure où la conception et la mise en œuvre de la législation devraient être l'outil approprié pour combattre cette discrimination plutôt que pour réduire les droits des personnes concernées.

## Pensions et assurances

L'article 3, paragraphe 3 de la directive prévoit qu'elle «ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale». Comme nous l'avons vu précédemment, cette disposition exempte tous les régimes publics de sécurité sociale du champ d'application de la directive. Les avantages financiers octroyés aux employeurs pour l'embauche de travailleurs plus jeunes ou plus âgés, les incitations directes offertes à certaines catégories d'âge de travailleurs afin qu'ils réintègrent le marché du travail, les différences fondées sur l'âge au niveau des prestations de chômage et des indemnités accordées aux demandeurs d'emploi et les autres subventions publiques qui donnent lieu à des questions d'inégalité fondée sur l'âge semblent donc tous exemptés, y compris les allocations publiques de sécurité sociale <sup>(122)</sup>.

Cependant, les pensions et assurances professionnelles liées à l'emploi relèvent du champ d'application de la directive. Cela est conforme aux autres dispositions du droit européen: une pension professionnelle, par exemple, a été considérée comme faisant partie de la rémunération d'un employé aux fins d'assurer l'égalité de rémunération entre les sexes <sup>(123)</sup>. Toutefois, l'article 6, paragraphe 2 de la directive stipule que les États membres peuvent prévoir que «la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe», ne constituent pas une discrimination fondée sur l'âge. Cela signifie que les États membres peuvent choisir d'exempter l'utilisation, par des régimes professionnels, de distinctions fondées sur l'âge qui régissent l'adhésion ou l'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité et l'utilisation de critères d'âge dans les calculs actuariels relevant de ces régimes.

Cette mesure a été prévue pour permettre aux assureurs professionnels et fournisseurs de pensions de continuer à utiliser des critères d'âge dans l'offre de conditions d'entrée, la réglementation des coûts parmi les différents groupes d'âge et dans l'évaluation des primes <sup>(124)</sup>. L'exception doit être prévue en termes restrictifs et les États membres doivent l'invoquer expressément. Ils sont nombreux à l'avoir fait, notamment les Pays-Bas dans l'article 8 de la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge. Si un État n'agit pas de la sorte, l'utilisation de critères d'âge doit alors être objectivement justifiée comme c'est le cas pour toute autre forme de distinction fondée sur l'âge en matière de travail.

Il convient de remarquer aussi que l'utilisation de distinctions fondées sur l'âge dans des régimes professionnels peut toujours être contestée sur la base de la discrimination fondée sur le sexe, même si un État membre a eu recours à cette exception. Comme l'utilisation de critères d'âge pour l'adhésion et l'admissibilité à des prestations

<sup>(122)</sup> En Estonie, par exemple, la loi sur l'assurance de pension d'État prévoit des niveaux différents de pension d'invalidité pour divers groupes d'âge.

<sup>(123)</sup> Voir Fischer/Voorhuis Hengelo BV, C-128/93, Rec. 1994, p. I-4583.

<sup>(124)</sup> De la même façon, la législation australienne antidiscrimination des territoires et de l'État exempte les distinctions fondées sur l'âge dans l'assurance, à condition que des données statistiques ou actuarielles fiables soutiennent cette différenciation. La section 37 de la loi fédérale relative à la discrimination fondée sur l'âge prévoit que, pour autant que les données actuarielles et statistiques d'appui soient raisonnables, les conditions discriminatoires pour motifs d'âge sont autorisées en ce qui concerne les modalités des politiques. Lorsqu'il n'existe pas de données (et qu'elles ne peuvent être obtenues facilement), des modalités discriminatoires raisonnables peuvent être proposées «en tenant compte de tous les autres facteurs concernés». La récente législation belge qui s'étend à la fourniture des biens et services ne connaît pas d'extension explicite similaire, ce qui lui a attiré certaines critiques, certaines compagnies d'assurances étant inquiètes du fait que le motif d'exonération générale de justification contenue dans la législation n'offrait qu'une sécurité juridique insuffisante dans ce domaine.

et de critères actuariels fondés sur l'âge peut soulever de graves problèmes de discrimination indirecte liée au genre, l'article 6, paragraphe 2 prévoit au mieux une protection limitée par rapport au champ d'application de la législation antidiscrimination. En particulier, il est probable qu'un grand nombre de critères fondés sur l'âge nécessiteront une justification dans la mesure où ils auront un effet discriminatoire indirect sur les femmes ou sur les hommes.

## Pratiques fondées sur l'expérience et l'ancienneté

Les pratiques d'emploi qui ont pour effet une discrimination indirecte fondée sur l'âge devront également recevoir une justification objective, comme discuté dans la deuxième partie<sup>(125)</sup>. Cela peut avoir un impact particulier sur les distinctions fondées sur l'ancienneté (longueur de la durée de service) telles que celle du choix de licencier le «dernier entré, premier sorti» et des barèmes de rémunération qui varient selon la durée de service. Ces distinctions peuvent être indirectement discriminatoires dans la mesure où elles désavantageront souvent les plus jeunes travailleurs, à moins qu'elles ne puissent être objectivement justifiées. D'une façon qui est tout sauf claire, l'article 6, paragraphe 1, point b) semble inclure des différences de traitement fondées sur des conditions minimales d'ancienneté comme exemple du type de pratique de discrimination directe autorisée en vertu de la directive. Indépendamment du fait qu'elles sont classées comme discrimination potentiellement indirecte ou directe, les pratiques fondées sur l'ancienneté devront être objectivement justifiées.

La CJCE a déjà eu à se prononcer sur le caractère justifiable de l'ancienneté par rapport à la discrimination fondée sur le genre et sa jurisprudence offre à cet égard de précieuses indications. Dans l'affaire Danfoss<sup>(126)</sup>, la CJCE a jugé qu'il était généralement admissible de procéder à des augmentations de salaire sur la base de la durée du service sans qu'il soit nécessaire de prouver sa pertinence par rapport aux performances des obligations spécifiques concernées, en se fondant sur le principe que l'ancienneté va souvent de pair avec une expérience utile et appropriée. Une approche plus rigoureuse de l'ancienneté a toutefois été adoptée dans l'affaire Nimz/Freie und Hanestadt Hamburg<sup>(127)</sup> où la CJCE a estimé que récompenser l'ancienneté peut équivaloir à une discrimination indirecte fondée sur le sexe parce que les femmes ont tendance à avoir des modèles de travail différents de ceux des hommes. Par conséquent, les variations fondées sur l'ancienneté doivent être justifiées objectivement par référence à l'expérience spécifique acquise par le travail proprement dit au poste d'emploi en question. On peut s'attendre à une approche similaire dans le contexte de la discrimination fondée sur l'âge.

Il existe de bonnes raisons pour maintenir la possibilité de procéder à des distinctions fondées sur l'ancienneté<sup>(128)</sup>. Récompenser la fidélité et encourager les travailleurs expérimentés à rester chez un employeur peuvent se justifier s'il s'agit de pratiques qui sont requises pour de bonnes raisons commerciales. L'article 6, paragraphe 1, point b) se réfère spécifiquement au caractère acceptable de la justification de conditions minimales d'expérience professionnelle ou d'ancienneté de service pour accéder à l'emploi et aux avantages qui y sont liés. Toutefois, lorsque les distinctions fondées sur l'ancienneté ne sont pas fondées sur ces objectifs économiques légitimes mais reflètent un présupposé administratif incontesté voulant qu'un service plus long soit assorti de récompenses plus importantes, il se peut bien qu'elles ne parviennent pas à satisfaire à la justification. L'utilisation de l'expérience comme critère ne sera également justifiable que si elle est vraiment liée aux besoins du poste en question ou si elle est nécessaire dans des circonstances particulières et que son utilisation est proportionnée. Certains postes

<sup>(125)</sup> Rubinstein, M., «Golden Threads amongs the Silver — Principles for Age Discrimination Law» [«Fils d'or parmi l'argent — Les principes de la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge»], conférence annuelle de l'Association de la législation du travail, 2002.

<sup>(126)</sup> Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening (agissant pour Danfoss), C-109/88, Rec. 1990, p. I-3979.

<sup>(127)</sup> Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, Rec. 1991, p. I-297.

<sup>(128)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters* [Égalité et diversité: des questions d'âge], Londres, DTI, 2003, paragraphes 9.3-9.5. On notera qu'un puissant soutien s'est manifesté en faveur du maintien des avantages salariaux fondés sur l'ancienneté parmi les partenaires sociaux.

n'exigent pas ou très peu d'expérience et souvent il ne sera pas proportionné ou nécessaire de lier les incitations économiques et les récompenses au niveau d'expérience de la personne.

Le recours à l'ancienneté pour encourager et récompenser la fidélité est mentionné dans le document consultatif du Royaume-Uni, lequel propose de «créer une disposition spécifique pour que les employeurs soient en mesure de justifier des conditions d'ancienneté par rapport aux objectifs ... [consistant à] encourager et récompenser la loyauté»<sup>(129)</sup>. De même, le document souligne que la durée du service peut constituer un facteur justifiable dans le calcul des indemnités de licenciement selon le principe que de tels versements ne récompensent pas seulement l'ancienneté mais également «le dévouement passé» envers les employeurs en question<sup>(130)</sup>. D'autres États se sont contentés de supposer que les distinctions d'ancienneté sont justifiables par essence, indépendamment de l'objectif légitime exact recherché. La loi irlandaise de 2004 sur l'égalité autorise désormais un employeur à fixer des taux différentiels d'indemnités de licenciement fondés sur l'ancienneté et l'on y trouve aussi des exceptions spécifiques pour les différences fondées sur l'ancienneté en matière de rémunération ou de conditions de travail. Plusieurs autres États membres ont introduit des dispositions équivalentes. Aux Pays-Bas, le principe du «dernier entré, premier sorti» peut être utilisé dans des décisions de licenciement, un principe qui est favorable aux travailleurs âgés (et est indirectement discriminatoire à l'égard des jeunes travailleurs)<sup>(131)</sup>. L'exposé des motifs de la loi sur la discrimination fondée sur l'âge stipule explicitement que l'utilisation de ce principe peut être objectivement justifiée en vertu de la loi<sup>(132)</sup>.

Toutefois, dans l'affaire irlandaise McGarr/Ministère des finances<sup>(133)</sup>, le responsable pour l'égalité (*Equality Officer*) a estimé que l'exception explicite de l'ancienneté dans la législation irlandaise devait être interprétée de manière stricte et ne pouvait être étendue de façon à permettre des exigences d'ancienneté en vue d'une promotion et de versements spéciaux qui ne seraient pas objectivement justifiés. De la même façon, dans l'affaire néerlandaise 2004/141 du 29 octobre 2004, une réglementation en matière de pension qui conditionnait le versement à une exigence de longueur de service a été jugée comme constituant une discrimination indirecte non justifiée.

Ces premières affaires démontrent clairement que les distinctions fondées sur l'ancienneté peuvent ne pas résister à la contestation à moins qu'elles ne soient clairement conçues pour atteindre un objectif légitime tel que l'encouragement de la fidélité des employés. Outre le fait qu'elles remplissent des objectifs légitimes, les distinctions fondées sur l'ancienneté devront répondre à l'exigence de proportionnalité. Un accent excessif sur la récompense de la fidélité comme faire de la durée de service une condition préalable à la promotion ou accorder automatiquement la préférence sur la base de l'ancienneté indépendamment des mérites des différents candidats a de fortes chances d'être considéré comme disproportionné. Cela signifie que les États membres qui ne réévaluent pas rigoureusement quand et comment des distinctions fondées sur l'ancienneté/l'expérience peuvent être utilisées peuvent encourir le risque d'encourager une importante insécurité juridique et de voir un traitement favorable pour motif d'ancienneté bien établi donner lieu à des constatations de discrimination fondée sur l'âge.

<sup>(129)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphe 9.5.

<sup>(130)</sup> Département du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni, *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003, paragraphes 6.12-6.13.

<sup>(131)</sup> À Chypre, par exemple, les lois de 1967-1994 sur le licenciement qui régissent les questions relatives à ce problème ne prévoient pas la prise en compte de l'ancienneté et de l'âge dans le choix des travailleurs à licencier. Toutefois, il existe une jurisprudence abondante prouvant que le principe du «premier entré, dernier sorti» est accepté par les tribunaux et est utilisé comme critère pour déterminer si le travailleur ou les travailleurs approprié(s) a/ont été sélectionné(s) pour le licenciement bien que, dans d'autres cas, la Cour ait statué que l'ancienneté *seule* ne pouvait justifier la sélection d'un travailleur pour le licenciement. Voir Charalambous/Famagusta General Agency Ltd, 490/95.

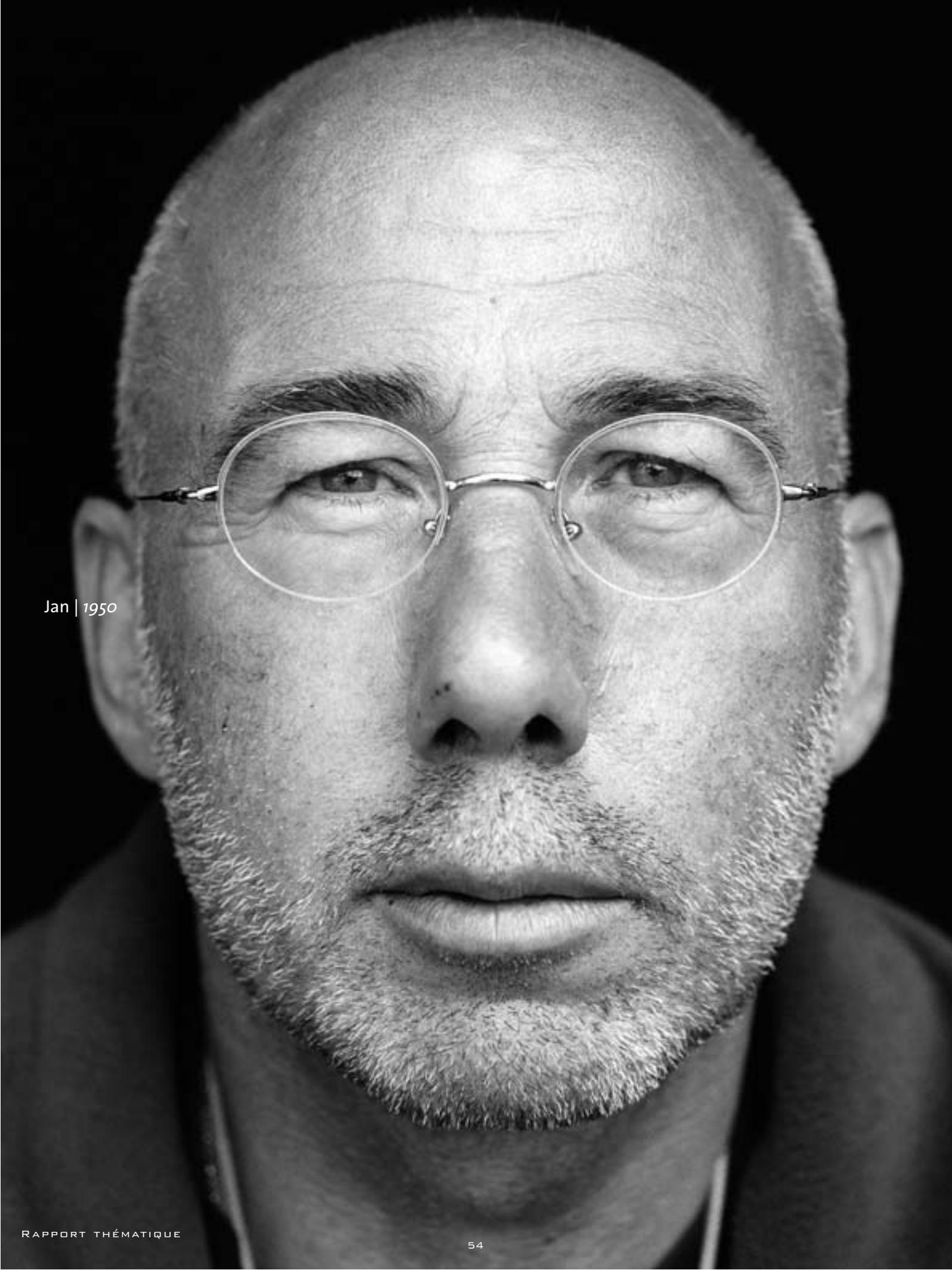
<sup>(132)</sup> Voir Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004.

<sup>(133)</sup> McGarr/Ministère des finances, DEC-E2003-036.



# Partie IV

## Conclusion



Jan | 1950

Les différences de traitement entre des personnes ou des groupes différents pour des motifs d'âge se fondent souvent sur des préjugés généralisés ou des stéréotypes superficiels. Lorsque des personnes sont victimes d'une discrimination résultant de ces stéréotypes dégradants, leur droit fondamental au respect de la dignité humaine s'en trouve violé dans la mesure où elles se voient refuser l'égalité de traitement et de respect. Une telle discrimination empêche également les groupes d'âge défavorisés de participer pleinement au marché du travail. La directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail introduit une interdiction générale de la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi tout en reconnaissant que certaines distinctions fondées sur ce motif peuvent avoir des objectifs sociaux et économiques valables et sont souvent conçus pour avantager et protéger des groupes d'âge particuliers.

En transposant la directive, les États membres doivent prendre suffisamment en compte la façon dont il convient d'identifier les modèles de comparaison appropriés pour l'établissement d'une discrimination directe et indirecte et quel devrait être leur rôle dans l'analyse juridique; comment et quand l'âge constituera un facteur substantiel dans une décision et indiquera ainsi que la décision constitue une discrimination directe fondée sur l'âge; et quand la présence d'un préjugé lié à l'âge sera déduite des pratiques des employeurs. Il convient également de prendre sérieusement en compte quand la discrimination fondée sur l'âge peut être justifiée, que ce soit selon le principe qu'elle constitue une qualification professionnelle essentielle, une discrimination directe ou une discrimination indirecte. L'utilisation de l'âge comme prête-nom pour d'autres caractéristiques sera souvent très contestable, de même que l'utilisation de limites d'âge lorsque l'évaluation individuelle est possible et la privation de droits relatifs à l'emploi pour des travailleurs jeunes et âgés. Le recours à des distinctions fondées sur l'âge pour protéger ou avantager des groupes vulnérables sera souvent moins problématique, mais les distinctions liées à l'ancienneté et l'utilisation d'âges de la retraite obligatoires par les employeurs et les États membres peuvent soulever un certain nombre de questions et de préoccupations sérieuses.

Par conséquent, en mettant en œuvre les dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, les États membres doivent prendre sérieusement en compte les défis que cela représente. Les considérations énoncées dans le présent rapport indiquent la nécessité pour les États membres d'être prêts à procéder à la révision complète de leurs politiques et de leur législation qui doit accompagner la transposition effective de la directive dans leurs systèmes juridiques nationaux.



Abramo | 1985

# Bibliographie

## Publications universitaires et professionnelles

Age Advisory Group (Royaume-Uni), *Response to the Issues Paper [Réponse aux points du document]*, AAG/o4, Londres, Department of Works and Pensions, 2001.

Age Concern, *Addressing Age Barriers [Combattre les barrières liées à l'âge]*, Londres, Age Concern, 2004.

AGE, *Analyse par AGE de l'état de transposition de la directive «Emploi» en décembre 2004*, Bruxelles, AGE, 2004.

Asscher-Vonk, I. P., «Towards One Concept of Objective Justification» [«Vers un seul concept de justification objective], dans Loenen, T., et Rodrigues, P. R., *Non-Discrimination Law — Comparative Perspectives [Lois sur la non-discrimination — Perspectives comparatives]*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 39-51.

Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Age Matters: A Report on Age Discrimination [Questions relatives à l'âge: un rapport sur la discrimination fondée sur l'âge]*, Canberra, HREOC, mai 2000.

Bell, M., «The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?» [«Le nouvel article 13 du traité CE: un bon fondement pour le droit européen antidiscrimination?»], 6, *Maastricht Journal of European Law*, 1999, p. 5-23.

Bell, M., et Waddington, L., «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-discrimination Treaty Article» [«La Conférence intergouvernementale et les perspectives d'un article du traité portant sur la non-discrimination»], 25, *Industrial Law Journal*, 1996, p. 320-336.

Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting On Inequalities in European Equality Law» [«Réflexion sur les inégalités dans la législation européenne relative à l'égalité»], 28(3), *European Law Review*, 2003, p. 349-364.

Carnegie Third Age Programme, «Life, Work and Livelihood in the Third Age: A Summary of the Report of the Carnegie Inquiry» [«Vie, travail et moyens d'existence au troisième âge: un résumé du rapport de l'enquête Carnegie»], Londres, Carnegie Third Age, 1993.

Commentaar van de Commissie Gelijke Behandeling inzake het voorstel voor een Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (2001) [Commentaire de la Commission pour l'égalité de traitement sur le projet d'une loi relative à l'égalité de traitement fondée sur l'âge], disponible à l'adresse <http://www.cgb.nl>.

Crasnow, R., *Scope, Retirement Age and Regression [Champ d'application, âge de la retraite et régression]*, document de séminaire, 11 septembre 2003, distribué par Age Concern England.

Department for Education and Employment (Royaume-Uni), «Action on Age: Report of the Consultation on Age Discrimination in Employment» [«Action sur l'âge: rapport de la consultation sur la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi»], Londres, DfEE, 1998.

Department of Trade and Industry (Royaume-Uni), *Equality and Diversity: Age Matters [Égalité et diversité: des questions d'âge]*, Londres, DTI, 2003.

Employers' Forum on Age (Royaume-Uni), *The Cost of Ageism [Le coût de l'âgisme]*, Londres, EFA, 1998.

Eurolink, Evidence to the UK House of Lords Select Committee on the European Union, «EU Proposals to Combat Discrimination», [Preuve présentée à la commission parlementaire sur l'Union européenne de la chambre des Lords britannique, «Propositions de l'UE pour combattre la discrimination»], document HL 68, 16 mai 2000.

Filipek, P., et Pamula, M., *Report on Measures to Combat Discrimination: 2004 Poland Report: European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field [Rapport sur les mesures destinées à lutter contre la discrimination: Rapport polonais 2004: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination]*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2004.

Fredman, S., «Equality: A New Generation?» [«Égalité: une nouvelle génération»], 30, *Industrial Law Journal*, 2001, p. 145-168.

Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives [L'âge comme question égalitaire: perspectives juridiques et politiques]*, Oxford, Hart, 2003.

Fredman, S., «The Age of Equality» [«L'âge de l'égalité»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives [L'âge comme question égalitaire: perspectives juridiques et politiques]*, Oxford, Hart, 2003, p. 21-70.

Gijzen, M., Rapport de base néerlandais pour le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Transposition de la directive relative à l'égalité raciale (directive 2000/43) et de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78) dans le droit néerlandais*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, décembre 2004.

González Ortega, S., «La Discriminación por Razón de la Edad» [«La discrimination pour motif de l'âge»], 59, *Temas Laborales*, 2001, p. 93-124.

Grapperhaus, F. B. J., «Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep» [«L'interdiction de la distinction fondée sur l'âge dans l'emploi et le travail»], *Ondernemingsrecht 2002-12*, 2002, p. 356-363.

Grimley-Evans, J., «Age Discrimination: Implications of the Ageing Process» [«Discrimination fondée sur l'âge: implications du processus du vieillissement»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives [L'âge comme question égalitaire: perspectives juridiques et politiques]*, Oxford, Hart, 2003, p. 11-20.

Hepple, B., «Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC» [«La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi: mise en œuvre de la directive 2000/78/CE»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue [L'âge comme question égalitaire]*, Oxford, Hart, 2003, p. 71-115.

Hornstein, Z., (éd.), *Outlawing Age Discrimination: Foreign Lessons, UK Choices [Interdiction juridique de la discrimination fondée sur l'âge: leçons de l'étranger, les choix britanniques]*, York, Joseph Rowntree Foundation, juillet 2001.

Kuras, G., «Verbot der Diskriminierung wegen des Alters» [«Interdiction de la discrimination fondée sur l'âge»], *Recht der Arbeit, Sonderbeilage zu Heft 5*, 2003, p. 11-21.

McInerney, S., «Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin: A Comment» [«L'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ou raciale: un commentaire»], 25, *European Law Review*, 2000, p. 317-323.

Meenan, H., «Age Discrimination in the UK» [«La discrimination au Royaume-Uni»], 4, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2000, p. 247-292.

Meenan, H., «Age, the Individual and the Law: part 1» [«L'âge, la personne et la loi: partie 1»], 20, *Irish Law Times*, 2002, p. 154-158.

Meenan, H., «Age, the Individual and the Law: part 2» [«L'âge, la personne et la loi: partie 2»], 20, *Irish Law Times*, 2002, p. 170-18.

Meenan, H., «Age Equality after the Employment Directive» [«L'égalité fondée sur l'âge après la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi»], 10, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, p. 9-38.

Memorie van Toelichting bij de Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsopleiding (Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid), Tweede Kamer, 2001-2002, 28 170, nr. 3 [«Exposé des motifs de la loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle (loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière d'emploi)»], deuxième chambre du Parlement, 2001-2002, 28 170, n° 3.

National Economic and Social Forum [Forum économique et social national] (Irlande), *Labour Market Issues for Older Workers [Questions de marché de l'emploi qui se posent aux travailleurs âgés]*, Dublin, NESF, 2003.

O'Conneide, C., «Comparative European Perspectives on Age Discrimination» [«Perspectives comparatives européennes sur la discrimination fondée sur l'âge»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives [L'âge comme question égalitaire: perspectives juridiques et politiques]*, Oxford, Hart, 2003, p. 195-218.

Office of the Director of Equality Investigations/The Equality Tribunal [Office du directeur des enquêtes en matière d'égalité/le tribunal pour l'égalité], 2003, Rapports annuels, 2000-2003, Dublin, ODEI.

Ontario Human Rights Commission, *Discrimination and Age: Human Rights Issues Facing Older Persons in Ontario [La discrimination et l'âge: les questions relatives aux droits de l'homme que rencontrent les personnes âgées dans l'Ontario]*, Toronto, Ontario Human Rights Commission, 2000.

Ontario Human Rights Commission, *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians [Le temps de l'action: progrès en matière de droits de l'homme pour les personnes âgées de l'Ontario]*, Ontario Human Rights Commission, Rapport de consultation, Toronto, OHRC, 2000.

Reid, M., «Age Discrimination in Employment: Issues Arising in Practice» [«La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi: questions qui se posent dans la pratique»], conférence donnée à l'Académie de droit européen, Trèves, 2 octobre 2004, disponible à l'adresse [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_899\\_file\\_en.1174.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_899_file_en.1174.pdf) (dernier accès le 17 janvier 2004).

Rubinstein, M., «Golden Threads amongst the Silver — Principles for Age Discrimination Law» [«Fils d'or parmi l'argent — Les principes de la loi relative à la discrimination fondée sur l'âge»], conférence annuelle de l'Association de la législation du travail, 2002.

Schuller, T., «Age Equality in Access to Education» [«L'égalité fondée sur l'âge dans l'accès à l'éducation»], dans Fredman, S., et Spencer, S., *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives [L'âge comme question égalitaire: perspectives juridiques et politiques]*, Oxford, Hart, 2003, p. 117-144.

Skidmore, P., «The European Employment Strategy and Labour Law: a German Case Study» [«La Stratégie européenne pour l'emploi et la législation du travail: une étude de cas allemand»], 29(1), *European Law Review*, 2004, p. 52-57.

Trimikliniotis, N., *Report on Measures to Combat Discrimination in the 13 Candidate Countries (vt/2002/47): Country Report Cyprus: European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field [Rapport sur les mesures de lutte contre la discrimination dans les treize pays candidats à l'adhésion (vt/2002/47): Rapport national de Chypre: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination]*, Pays-Bas, Human european consultancy et Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2004.

## Jurisprudence

### Australie

*Qantas/Christie*, (1998) 152 ALR 1295

### Canada

*Broadley/Steel Co of Canada Inc.*, (1991) 15 CHRR D/408

*Gosselin/Québec*, (2002) 4 S.C.R. 429

*Law/Canada (ministre de l'emploi et de l'immigration)*, (1999) 1 SCR 497

*MacDonald/Unité scolaire administrative régionale n° 1*, (1992) 16 CHRR D/409

*McKinney/University of Guelph*, (1990) 3 SCR 229

*O'Brien/Ontario Hydro*, (1981) 2 CHRR D/504

*Ontario Human Rights Commission/Etobicoke*, (1982) 132 DLR (3<sup>e</sup>) 14 (SCC)

*Stoffman/Vancouver General Hospital*, (1990) 3 SCR 483

### Chypre

*Charalambous/Famagusta General Agency Ltd*, 490/95

### Cour de justice des Communautés européennes

*Gravier/Liège*, C-293/83, Rec. 1985, p. I-593

*Bilka Kaufhaus*, C-170/84, Rec. 1986, p. I-1607

*Belgique/Humbel*, C-263/86, Rec. 1988, p. I-5365

*Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening (agissant pour Danfoss)*, C-109/88, Rec. 1990, p. I-3979

*Dekker*, C-177/88, Rec. 1990, p. I-394

*Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-184/89, Rec. 1991, p. I-297

*Fischer/Voorhuis Hengelo BV*, C-128/93, Rec. 1994, p. I-4583

### Irlande

*Byrne/FAS*, DEC-E2002-045

*Equality Authority/Ryanair*, DEC-E/2000/14

*Etam plc/Rowan*, 1989 IRLR 150

*Firm of Solicitors/a Worker, Labour Court*, EED011, 21 mai 2001

*Freeman/Superquinn*, DEE0211

*Glen/Ulster Bank*, DEC-E2004-020

*Margetts/Graham Anthony*, DEC-E2002-050

*McGarr/Ministère des finances*, DEC-E2003-036

*McCormack/Port de Dublin*, DEC-E2002-046

*Minaguchi/Wineport Lakeshore Restaurant*, DEC-E2002-020

*Named Female Complainant/A Company*, DEC-E2002-014

*Noonan/Accountancy Connections*, DEC-E2004-042

*O'Mahony/Revenue Commissioners*, EDA033

*O'Byrne/Ministère de l'entreprise publique*, DEC-E2002-040

*Perry/Commissaire Garda*, DEC-E2001-029

*Reynolds/Limerick Co Council*, EDA048

*Sheehan/DPP*, DEC-E2002-047

### Pays-Bas

Commissie Gelijke Behandeling [Commission pour l'égalité de traitement], 2004-118 du 24 septembre 2004

Commissie Gelijke Behandeling [Commission pour l'égalité de traitement], affaire 2004/130 du 11 octobre 2004

Commissie Gelijke Behandeling [Commission pour l'égalité de traitement], affaire 2004/156 du 3 décembre 2004

Hof Amsterdam [Cour d'appel d'Amsterdam], 13.1.2000, JAR 2000, 42

Hoge Raad [Cour suprême des Pays-Bas], 8 octobre 2004 — Nr. C03/077HR — *16 pilotes/Martinair Holland NV et la Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers*

Hoge Raad [Cour suprême des Pays-Bas], 8 octobre 2004, Nr. C03/133HR, *Requérant/Koninklijke Luchtvaartmaatschappij NV (Compagnie aérienne nationale des Pays-Bas) et l'Association des pilotes du trafic aérien néerlandais*

### **Slovaquie**

Tribunal de district, Zvolen, jugement du 11 juin 2003 n° 7C 190/02-309

### **Royaume-Uni**

*Clark/Novacold*, (1999) 2 All ER 977 (CA)

*James/Eastleigh Borough Council*, (1990) 2 AC 751

### **États-Unis**

*Clancy/Preston Trucking Company*, 967 F. Supp. 806 (D. Del. 1997)

*Hazen Paper/Biggins*, 507 US 604 (1993)

*O'Connell/Consolidated Coin*, 517 US 308 (1996)

*Sperling/Hoffman La Roche Inc.*, 924 F Supp. 1396 (1996)

*Taggart/Time Inc.*, 924 F2d 43 1991 (1991)

*Western Airlines/Criswell*, 472 U.S. 400 (1985)

## Législation

### **Européenne**

Directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303/16, du 2.12.2000): <http://europa.eu.int/eur-lex/en/index.html>

### **Chypre**

Loi sur l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail [N.58 (1)/2004], Chypre

### **Finlande**

*Yhdenvertaisuuslaki* (21/2004) [loi sur la non-discrimination (21/2004)], Finlande

### **France**

Article L122-14-13 du code du travail

### **Irlande**

Employment Equality Act [loi sur l'égalité dans l'emploi], 1998, Irlande

### **Pays-Bas**

Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid) [«Loi du 17 décembre 2003 concernant l'égalité de traitement fondée sur l'âge en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle (loi sur l'égalité de traitement fondée sur l'âge dans l'emploi)»], Pays-Bas

Commission européenne

**La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen**

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2005 — 62 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 92-894-9699-1



## **VENTE ET ABONNEMENTS**

Les publications payantes éditées par l'Office des publications sont disponibles auprès de ses bureaux de vente répartis partout dans le monde. Passez commande auprès d'un de ces bureaux, dont vous pouvez vous procurer la liste:

- en consultant le site internet de l'Office (<http://publications.eu.int>),
- en la demandant par télécopie au (352) 29 29-42758.

