

Si les trois arrêts rendus en une semaine par la Cour européenne permettent de confirmer le statut du principe de non-discrimination du fait de l'âge, des questions demeurent quant à la nature et à l'intensité du contrôle communautaire sur les mesures nationales établissant des différences de traitement fondées sur l'âge.

# Non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit de l'UE

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université Jean-Monnet, CERCRID

**S**i la directive 2000/78 interdit une série de discriminations dans les relations d'emploi, c'est pour l'instant le critère de l'âge qui suscite le plus de recours préjudiciels. La raison tient aux difficultés d'interprétation de l'article 6.1 de la directive qui prévoit une justification générale des différences de traitement fondées sur l'âge, « 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 pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». Les raisons d'une telle exception s'expliquent aisément. Les droits nationaux fourmillent de dispositions faisant intervenir l'âge : pour protéger le travail des enfants, pour réglementer la mise à la retraite, pour limiter l'accès à certains emplois au-delà d'un certain âge, pour obliger le départ à la retraite à partir d'un certain âge, pour favoriser l'emploi des jeunes, l'emploi des seniors, pour récompenser l'ancienneté des salariés dans l'entreprise, etc.

Alors que, dans les autres cas de discrimination, la mise en évidence d'une différence de traitement fondée sur un critère discriminatoire est souvent difficile, cette première étape ne pose ici pas de difficulté, les différences de traitement étant la plupart du temps explicitement fondées sur l'âge. La multitude de ces dispositions peut expliquer l'importance de ce contentieux, les juges nationaux étant appelés à déterminer si ces différences peuvent être ou non admises au regard de la directive.

Pour l'heure, les arrêts de la Cour européenne se suivent et ne se ressemblent pas et l'on cherche toujours une cohérence dans l'approche communautaire des discriminations du fait de l'âge. Si les trois arrêts rendus, en grande chambre, en une

semaine, permettent de confirmer le statut du principe de non-discrimination du fait de l'âge, des questions demeurent quant à la nature et à l'intensité du contrôle communautaire sur les mesures nationales fondées sur l'âge.

## 1 UN CALCUL DISCRIMINATOIRE DES DURÉES DE PRÉAVIS

Le plus attendu des trois arrêts était certainement l'arrêt Küçükdeveci, qui confirme l'existence et la portée d'un principe général du droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge (CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07). Est en cause un dispositif allemand, datant de 1926, relatif au calcul de la durée du préavis de licenciement, excluant la prise en compte des périodes d'emploi accomplies par les salariés avant qu'ils n'aient atteint l'âge de 25 ans. Madame Küçükdeveci est licenciée en 2007 et la durée de son préavis a été calculée sans prendre en compte les sept années de travail qu'elle avait accomplies, au sein de l'entreprise, entre 18 et 25 ans.

### ► Un objectif légitime

Comme toujours dans ce type de contentieux, une fois constatée que la mesure litigieuse établit une différence de traitement fondée sur l'âge, la Cour examine si les objectifs avancés pour justifier cette différence sont légitimes et si les moyens adoptés pour y parvenir sont proportionnés.

Plusieurs objectifs étaient avancés pour justifier cette mesure. Son but serait de renforcer la protection des travailleurs en fonction du temps passé dans l'entreprise et de faciliter l'embauche des jeunes en accroissant la flexibilité de la gestion du personnel. Selon la juridiction de renvoi, ●●●

●●● la mesure reflète l'appréciation du législateur selon laquelle les jeunes travailleurs réagissent généralement plus aisément et plus rapidement à la perte de leur emploi et qu'il peut donc être exigé d'eux une flexibilité plus grande.

Pour la Cour de Justice, ces objectifs relèvent d'une politique en matière d'emploi et de marché du travail et sont donc légitimes. L'avocat général, dans ses conclusions, avait pourtant adopté une position différente. Selon lui, l'affirmation selon

laquelle une telle mesure a un effet positif sur l'emploi des jeunes est simplement théorique. Par ailleurs, l'instauration de courts délais de préavis ne serait pas de nature à favoriser l'insertion professionnelle des jeunes travailleurs. L'objectif principal de la mesure serait donc d'accorder plus de flexibilité à l'employeur, ce qui ne pourrait être considéré comme un objectif légitime au sens de l'article 6.1 de la directive, l'objectif légitime devant avoir un caractère d'intérêt général.

La Cour de Justice ne suit pas l'avocat général dans son analyse de la légitimité de l'objectif poursuivi. Le rattachement d'une mesure à un ob-

jectif général de politique sociale paraît suffisant. L'arrêt confirme la volonté de la Cour d'opérer un contrôle très léger sur les objectifs avancés par les États membres pour justifier de mesures apparemment discriminatoires, le contrôle portant essentiellement sur la capacité des mesures en cause à atteindre ses objectifs.

#### ► Une mesure disproportionnée

Pour la Cour, au regard de l'objectif de flexibilité, la réglementation ne contribue pas à sa réalisation car elle s'applique à tous les salariés entrés dans l'entreprise avant l'âge de 25 ans, quel que soit leur âge au moment de leur licenciement. Par ailleurs, la mesure ne peut être considérée comme apte à réaliser l'objectif de renforcement de la protection des travailleurs en fonction du temps passé dans l'entreprise, car l'allongement du délai de préavis est retardé pour les salariés qui ont entre 18 et 25 ans. Un autre aspect est mis en lumière par la Cour : la réglementation touche les jeunes de manière inégale car elle va frapper davantage ceux qui s'engagent tôt dans vie active et non ceux qui commencent à travailler tard, après une longue formation. L'exclusion des années travaillées en dessous de 25 ans pour le calcul du délai de préavis constitue donc bien une discrimination fondée sur l'âge interdite par la directive 2000/78.

#### ► Un principe général de non-discrimination fondé sur l'âge

Au-delà des enseignements de l'arrêt quant à l'appréciation des exceptions autorisées par la directive, tout son intérêt est de se prononcer sur les conséquences de la reconnaissance de cette discrimination. Que doit faire le juge allemand face à une réglementation nationale clairement contraire au droit communautaire ? Le problème ici est celui de la portée des directives dont la Cour a toujours refusé qu'elles puissent avoir un effet direct horizontal. Si les dispositions suffisamment précises d'une directive peuvent être invoquées à l'encontre de l'État, elles ne peuvent l'être à l'encontre d'un particulier.

L'obligation d'interprétation conforme qui pèse sur les juges nationaux permet souvent de dépasser cette limite. Mais elle ne permet pas au juge une interprétation *contra legem*. Ainsi, dans cette affaire, l'obligation d'interprétation conforme ne pouvait aller jusqu'à ne pas appliquer la disposition très claire du droit allemand. La solution consiste dès lors à ne pas appréhender la situation au regard de la directive, mais au regard d'un principe général du droit de l'Union interdisant toute discrimination fondée sur l'âge, principe qui est, lui, d'application directe.

La Cour avait déjà eu l'occasion, dans le célèbre arrêt *Mangold* (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04), d'admettre l'existence d'un tel principe, afin de laisser inappliquée une disposition discriminatoire alors même que le délai de transposition de la directive n'avait pas expiré. Cependant, l'arrêt *Mangold* avait été vivement critiqué et la portée et l'existence même de ce principe étaient discutées. L'arrêt *Kücükdeveci* confirme explicitement que la solution de l'arrêt *Mangold* n'avait pas vocation à rester isolée.

Pour fonder sa décision, la Cour reprend le même raisonnement que dans l'arrêt *Mangold*. Elle estime que la directive 2000/78 ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, lequel trouve sa source dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres. La directive ne fait donc que concrétiser le principe de non-discrimination en fonction de l'âge qui doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union. La référence de la Cour aux instruments internationaux et aux traditions constitutionnelles communes avait pu être critiquée car ceux-ci ne traitent généralement pas de la discrimination du fait de l'âge. La Cour ajoute un autre élément plus convaincant qu'elle ne pouvait pas utiliser à l'époque de l'arrêt *Mangold* : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour a déjà pu faire référence à la charte, mais l'arrêt *Kücükdeveci* montre ici une première application de la charte depuis que le Traité de Lisbonne lui a finalement reconnu la même valeur juridique

La Cour européenne fait une première application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis que le traité de Lisbonne lui a reconnu la même valeur juridique que les traités

que les traités. La Cour va donc faire référence à la charte qui interdit, notamment, les discriminations fondées sur l'âge.

### ► La portée du principe

La portée du principe reconnu par la Cour doit être précisée. Si les droits nationaux doivent se conformer aux principes généraux du droit communautaire, c'est à condition qu'ils entrent dans son champ d'application et la reconnaissance d'une valeur juridique à la charte ne modifie pas cette répartition des compétences nationale et européenne. La Cour va donc examiner si l'affaire se situe bien dans le champ d'application de l'Union, ce qui est une condition à l'application du principe de non-discrimination du fait de l'âge. Ici, ce rattachement ne posait pas de difficulté. Les conditions de licenciement, en cause dans cette affaire, entrent dans le champ d'application de la directive 2000/78 et donc du droit communautaire. La Cour peut donc conclure : « *c'est sur le fondement du principe général du droit de l'Union interdisant toute discrimination fondée sur l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, qu'il convient de rechercher si le droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal.* » C'est ensuite au regard de cette directive, que la Cour va examiner l'existence d'une discrimination. Concrètement, la reconnaissance de ce principe général permet ainsi d'assurer un effet direct horizontal aux dispositions de la directive 2000/78 et permet au juge national d'écarter des dispositions nationales qui seraient contraires à ce principe.

L'arrêt ne concerne que les discriminations du fait de l'âge, mais le raisonnement suivi par la Cour montre que ce sont l'ensemble des discriminations interdites par les directives 2000/78 et 2000/43, c'est-à-dire les discriminations basées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap et l'orientation sexuelle, qui ont vocation à accéder à cette qualification.

Les deux autres arrêts de la CJUE, rendus le 12 janvier, apportent un nouvel éclairage sur les justifications possibles des différences fondées sur l'âge.

## 2 UNE LIMITE D'ÂGE POUR ACCÉDER À L'EMPLOI DE POMPIER

L'arrêt Wolf concerne une limite d'âge de 30 ans pour accéder aux emplois au sein du service technique intermédiaire des pompiers (CJUE, 12 janv. 2010, aff. C-229/08, Wolf).

Curieusement, alors même que la juridiction de renvoi ne l'envisageait pas, la Cour ne va pas analyser cette limite d'âge au regard de l'article 6.1 de la directive mais de son article 4.1. Celui-ci reconnaît une autre possibilité générale de déroger

à l'interdiction des discriminations interdites par la directive (religion ou convictions, handicap, âge et orientation sexuelle). Les États membres peuvent prévoir « *qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1 ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

La Cour va donc examiner successivement si l'aptitude physique est bien une caractéristique liée à l'âge, si elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, si l'objectif poursuivi est légitime et enfin si la mesure est proportionnée.

- Concernant le premier point, la Cour s'appuie sur les observations du gouvernement allemand. Il ressort des données scientifiques qui résultent d'études menées dans le cadre de la médecine du travail et du sport, que les capacités respiratoires, la musculature et l'endurance diminuent avec l'âge. Statistiquement, peu de fonctionnaires âgés de plus de 45 ans auraient les capacités physiques suffisantes pour exercer leur activité dans le domaine de la lutte contre les incendies. Dans celui des secours aux personnes, ce serait l'âge de 50 ans qui constituerait un seuil. La nécessité de disposer de la pleine capacité physique à exercer la profession de pompier est bien liée à l'âge des membres de ce service.

- Concernant le second point, les activités de pompier sont caractérisées par leur caractère physique. Le fait de disposer de capacités physiques particulièrement importantes peut donc être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4.1.

C'est en se fondant sur le préambule de la directive que la Cour conclut ensuite à la légitimité de l'objectif poursuivi par cette réglementation. En effet, selon le considérant 18 de la directive, celle-ci ne saurait avoir pour effet d'astreindre les services de secours à embaucher 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. Or, c'est ce même objectif d'un bon fonctionnement du service (qui suppose donc des qualités physiques importantes) qui est poursuivi par l'instauration d'une limite d'âge. ●●●

**La reconnaissance du principe général du droit de l'Union interdisant toute discrimination fondée sur l'âge permet d'assurer un effet direct horizontal aux dispositions de la directive 2000/78 et permet au juge national d'écarter les dispositions nationales contraires à ce principe**

**Une mesure défavorisant une catégorie définie par l'âge (les seniors) peut être admise si elle permet de favoriser une autre catégorie toujours définie par l'âge (les plus jeunes)**

••• • La Cour conclut enfin à la proportionnalité de la mesure litigieuse. En effet, le fonctionnement du service des pompiers requiert que les fonctionnaires soient, dans leur majorité,

en mesure d'accomplir les tâches exigeantes sur le plan physique et qu'ils soient âgés de moins de 45 ou de 50 ans. L'affectation des fonctionnaires ayant dépassé ces âges à des tâches moins exigeantes sur le plan physique nécessite que ceux-ci soient remplacés par de jeunes fonctionnaires. Or, l'âge auquel le fonctionnaire est recruté détermine le temps pendant lequel il sera en mesure d'accomplir les tâches exigeantes sur le plan physique. Le fonctionnaire recruté avant l'âge de 30 ans, alors qu'il devra suivre une formation de deux ans, pourra être affecté à ces tâches pendant une durée

minimale de 15 à 20 ans. En revanche, s'il est recruté à l'âge de 40 ans, cette durée ne sera que de 5 à 10 ans au maximum. Un recrutement à un âge avancé aurait pour conséquence qu'un trop grand nombre de fonctionnaires ne pourraient être affectés aux tâches les plus exigeantes sur le plan physique. La mesure est donc proportionnée car elle permet de garantir une structure des âges équilibrée au sein du corps des pompiers.

La Cour conclut donc à la possibilité de maintenir une limite d'âge de 30 ans pour l'accès à l'emploi de pompiers. On peut noter ici que l'effort de justification de la mesure est important et que cette dérogation à l'interdiction des discriminations ne devrait pouvoir être que rarement invoquée. Le préambule de la directive ne les admet d'ailleurs que dans « des circonstances très limitées » et il prévoit également que ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission. Il ne semble pourtant pas que cette obligation ait été remplie en l'espèce.

### 3 LA DÉFINITION D'UN ÂGE MAXIMUM POUR EXERCER LA PROFESSION DE DENTISTE

Le troisième arrêt concerne un dispositif autrichien instituant une limite d'âge de 68 ans au-delà duquel il n'est plus possible d'exercer la profession de dentiste conventionné (CJUE, 12 janv. 2010, aff. C-341/08, Petersen).

La Cour relève que plusieurs objectifs étaient poursuivis par cette limite d'âge. Le premier était relatif à la protection de la santé des patients bé-

néficiant du régime légal d'assurance maladie. Peut-on admettre la légitimité d'un tel objectif, sachant alors que la mesure est fondée sur une supposition, la baisse des capacités à partir d'un certain âge, sans que l'on tienne compte des capacités réelles des intéressés ?

La première difficulté ici est que l'article 6.1 de la directive n'évoque comme objectif légitime que des objectifs de politique sociale tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle (v. CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, Ageing). Or, l'objectif de protection de la santé publique ne semble pas entrer dans ce champ. La Cour va néanmoins considérer que l'objectif poursuivi est bien légitime au regard de la directive en se fondant, non sur l'article 6.1, mais sur l'article 2.5 de la directive, selon lequel « la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires [...] à la protection de la santé ». Pour la Cour, au regard de la large marge de manœuvre dont disposent les États membres dans ce domaine, « un État membre peut estimer nécessaire de fixer une limite d'âge à l'exercice d'une profession médicale telle que celle de dentiste, afin de protéger la santé des patients ». Cet objectif peut également justifier des mesures destinées à assurer l'équilibre financier du système national de santé.

Néanmoins, la limite d'âge ne frappe que les dentistes conventionnés. Cette exception remet donc en cause la cohérence de la mesure. Si l'on peut admettre que la limite d'âge entend protéger la santé des patients, elle devrait concerner tous les patients et non pas uniquement ceux soignés par des médecins conventionnés. La limite d'âge qui concerne uniquement ces derniers ne peut donc être analysée comme étant nécessaire à la protection de la santé au sens de l'article 2.5 de la directive. En revanche, la Cour admet qu'une telle mesure peut être admise dès lors qu'elle aurait pour objectif de prévenir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale, car l'exception n'a pas de conséquence financière.

Un autre objectif était également avancé. La limite d'âge vise à répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné. Il s'agit ici clairement d'un objectif qui relève des politiques de l'emploi et donc de l'article 6.1 de la directive. La Cour estime cet objectif légitime et proportionné : « il n'apparaît pas déraisonnable pour les autorités d'un État membre d'estimer que l'application d'une limite d'âge, laquelle conduit à la sortie du marché du travail des praticiens les plus âgés, puisse permettre de favoriser l'emploi des professionnels plus jeunes », et la Cour de relever que l'âge de 68 ans paraît suffisamment avancé pour servir de terme à l'autorisation d'exercer. La Cour pose néanmoins une limite : « lorsque le nombre de dentistes

*conventionnés présents sur le marché du travail concerné n'est pas excédentaire par rapport aux besoins des patients, l'entrée dans celui-ci de nouveaux professionnels, et notamment de jeunes, est normalement possible, indépendamment de la présence des dentistes ayant dépassé un certain âge, en l'occurrence celui de 68 ans. Dans ce cas l'instauration d'une limite d'âge pourrait n'être ni appropriée ni nécessaire pour atteindre l'objectif recherché.* » Une spécificité des discriminations du fait de l'âge apparaît ici : une mesure défavorisant une catégorie définie par l'âge (ici les seniors) peut être admise si elle permet de favoriser une autre catégorie toujours définie par l'âge (les plus jeunes).

## 4 CONCLUSIONS

Les arrêts de la Cour se suivent et les interrogations demeurent. L'arrêt Küçükdeveci a le mérite de clore le débat ouvert par l'arrêt Mangold : l'interdiction des discriminations du fait de l'âge est bien un principe général du droit de l'Union européenne. Dans le champ d'application du droit communautaire, les juges nationaux doivent donc laisser inappliquée toute disposition qui serait contraire à ce principe. Cette reconnaissance renforce évidemment la portée des règles de non-discrimination.

Concernant les objectifs admis par la Cour pour justifier des différences de traitement, il est clair que les États membres disposent d'une grande liberté. D'une part, il n'est pas nécessaire que cet objectif soit précisé dans la réglementation litigieuse, l'objectif pouvant être tiré du contexte général de la mesure. D'autre part, la Cour admet largement la légitimité des objectifs de politique sociale et elle a de plus, dans l'arrêt Petersen, admis également la légitimité des objectifs liés à la protection de la santé publique. La Cour contrôle en revanche de manière plus stricte la cohérence de la mesure (*v. arrêt Petersen et également l'arrêt Hütter, CJUE, 18 juin 2009, aff. C-88/08*) et la proportionnalité de la mesure. Mais l'intensité du contrôle de proportionnalité demeure incertaine. Alors que les mesures liées à l'âge de la retraite ont été plutôt examinées avec bienveillance par la Cour, certains arrêts semblent mettre en œuvre un contrôle plus strict. L'arrêt Wolf fait apparaître une autre source de complexité : la possibilité de se fonder également sur l'article 4.1 pour examiner la licéité des limites d'âge. Néanmoins, cette justification ne devrait que rarement pouvoir intervenir. L'âge est, en effet, une caractéristique trop générale et poser des limites d'âge peut renvoyer à des stéréotypes que précisément l'interdiction des discriminations du fait de l'âge est censée combattre. L'évaluation des capacités physiques ou intellectuelles doit

d'abord être individuelle et un critère d'âge ne doit pouvoir être admis que dans des cas exceptionnels.

En France, l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge a pu conduire à remettre en cause les limites d'âges très nombreuses qui existaient dans l'accès à la fonction publique. Les juges français ont par ailleurs déjà eu à connaître de litiges relatifs aux discriminations du fait de l'âge. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 avril 2009 (*n° 07-43.945, Bull. civ. V, n° 118*) a considéré que le plafonnement d'une indemnité de licenciement en raison de l'ancienneté ne constitue pas une discrimination indirecte du fait de l'âge. L'arrêt, rendu au visa de l'article L. 1132-1 du Code du travail, « interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 », montre la volonté de la Cour de se situer dans la lignée de la jurisprudence européenne. La HALDE a rendu également plusieurs délibérations relatives aux discriminations du fait de l'âge et semble vouloir opérer un contrôle strict sur les objectifs et la proportionnalité de mesures instituant des différences de traitement fondées sur l'âge. Le Conseil d'État a rendu quelques décisions relatives à cette question et jusqu'à présent a toujours admis les conditions d'âge (*v. CE, 25 avr. 2006, n° 278105, qui admet la limite d'âge fixée à 55 ans pour le personnel navigant commercial à bord des avions ; ou CE, 19 mai 2006, n° 274692 qui admet les mises à la retraite d'office, selon le statut alors en vigueur de la SNCF, dès lors que les agents remplissent les conditions d'âge et de durée de service*). Le contrôle opéré par le Conseil d'État dans ces arrêts paraît très en deçà de celui exigé par la Cour européenne. Le fait, par exemple, que la limite d'âge du personnel navigant commercial était plus précoce que celle des pilotes n'a pas été pris en compte, alors même que l'on pouvait considérer que cette différence remettait en cause la cohérence du dispositif contesté. Si les arrêts de la Cour de Justice laissent encore un certain nombre de questions sans réponse, ils devraient amener les juridictions nationales à un contrôle plus strict des mesures fondées sur l'âge. ■

**Si les arrêts de la Cour de Justice laissent encore un certain nombre de questions sans réponse, ils devraient amener les juridictions nationales à un contrôle plus strict des mesures fondées sur l'âge**