

L'interdiction des discriminations sur critère d'âge en matière d'emploi

Une « révolution culturelle »?

(Document de travail)

Élise Muir

Chargée de recherche à la Fondation pour l'innovation politique

Doctorante en droit social communautaire à l'université de Londres (Queen Mary)

<u>INTRODUCTION</u>	2
I- <u>LA SPÉCIFICITÉ DES DISTINCTIONS FONDÉES SUR L'ÂGE</u>	6
A. La mise en cause récente de la légitimité du critère d'âge	6
B. La complexité du critère d'âge.....	9
II- <u>LES NUANCES DU DROIT PORTANT INTERDICTION DE DISCRIMINER SUR CRITÈRE D'ÂGE</u>	11
A. Les mécanismes communs à toutes les luttes contre les discriminations	11
B. Les nombreuses limites à l'interdiction de discriminer sur critère d'âge.....	14
III- <u>LA TENTATION D'UNE MISE EN ŒUVRE TROP RIGIDE DE L'INTERDICTION ?</u>	16
A. Éliminer les distinctions arbitrairement fondées sur l'âge dans les relations de travail.....	17
B. Permettre l'articulation de l'action publique en fonction de l'âge ?	19
<u>CONCLUSION</u>	23

L'interdiction des discriminations sur critère d'âge en matière d'emploi

Une « révolution culturelle »?

(Document de travail)

Élise Muir*

*Chargée de recherche à la Fondation pour l'innovation politique
Doctorante en droit social communautaire à l'université de Londres (Queen Mary)*

Introduction

Au moment où la touche finale est portée à cette note, la grève des pilotes d'Air France contre la modification de la limite d'âge pour exercer leurs fonctions remet en évidence le caractère sensible de la question de l'âge en matière d'emploi en France¹. Selon Eurostat, le taux d'emploi des 55-64 ans en France en 2007 était de 38,3 % contre 44,7 % dans l'Union européenne à 27². De même, le taux d'emploi des 15-24 ans était alors de 31,5 % contre 35,2 % dans l'Union européenne à 27³. La France fait ainsi toujours figure de mauvais élève au niveau européen. Le gouvernement multiplie pourtant les initiatives visant à promouvoir une meilleure répartition des classes d'âge sur le marché du travail.

Parmi les instruments clés de cet effort : l'interdiction de discriminer sur critère d'âge en matière d'emploi (IDA). Insérée en droit français sous impulsion de l'Union européenne (voir encadré), l'IDA représente une véritable « révolution culturelle⁴ » pour la société française. Tant l'approche par les discriminations que l'application de cette dernière au critère d'âge constituent des innovations majeures.

* emuir@coleurop.be

1. B. Bissuel, « Les pilotes en grève contre la possibilité de travailler jusqu'à 65 ans », *Le Monde*, 14 novembre 2008.

2. Eurostat, « Labour force survey 2007 – Employment rate in the EU27 rose to 65.4% in 2007 », newsrelease, 22 juillet 2008, p. 2.

3. Eurostat, « Taux d'emploi des jeunes de 15 à 24 ans dans l'Union européenne [en 2007] », <http://www.insee.fr/fr/ffc/figure/CMPTEF03135.xls>.

4. Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010,

http://www.travail.gouv.fr/IMG/pdf/Plan_national_d_action_concerte_pour_l_emploi_des_seniors_2006-2010-2.pdf, p. 2.

Chronologie de l'adoption des textes juridiques clés

- 1^{er} mai 1999 : entrée en vigueur du traité d'Amsterdam permettant à la Communauté européenne de légiférer en vue de combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race⁵ ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle⁶.
- 27 novembre 2000 : adoption au niveau européen de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général pour lutter notamment contre les discriminations fondées sur l'âge en matière d'emploi et de travail⁷.
- 16 novembre 2001 : adoption en France de la loi relative à la lutte contre les discriminations (ci-après « loi de 2001 »)⁸, principal instrument de mise en œuvre des exigences de la directive 2000/78, notamment au sein du Code du travail.

Prohiber l'utilisation de critères de distinction arbitraires semble au premier abord faire l'objet d'un large consensus au sein de la société française⁹. Si l'on rejette toute distinction fondée sur l'origine ethnique, par exemple, c'est que l'on considère que cette caractéristique n'affecte pas les qualités intrinsèques de chaque individu. L'interdiction de discriminer permet en ce sens d'éviter que l'intéressé ne soit privé d'une chance ou d'un choix simplement en raison d'une caractéristique étrangère à sa valeur. La lutte contre les différences de traitement illégitimes, ou discriminations, vise ainsi à assurer la protection de « *la dignité humaine et de l'autonomie personnelle*¹⁰ ».

Une analyse plus poussée de l'interdiction des discriminations en matière d'emploi révèle toutefois des enjeux d'une complexité remarquable. Cette interdiction a tout d'abord comme corollaire la limitation de la liberté du chef d'entreprise de choisir ses collaborateurs¹¹ ainsi que celle des autorités d'utiliser certains critères comme leviers de mise en œuvre de leurs politiques. L'IDA rend ainsi « suspecte¹² » l'utilisation de l'âge comme critère de classification tant par les employeurs que par les autorités publiques, ces derniers doivent donc chercher à légitimer leurs décisions soit par référence à d'autres critères, soit en expliquant la nécessité du recours au critère d'âge. En outre, identifier une liste de critères de

5. Cette expression est reprise du texte même du traité instituant la Communauté européenne, le législateur communautaire précise que « l'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories », directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JOUE* L 180, 19 juillet 2000, p. 22), préambule point 6.

6. Article 13(1) du traité instituant la Communauté européenne (*JOUE* C 321E, 29 décembre 2006).

7. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*JOUE* L 303, 2 décembre 2000, p. 16).

8. Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (*JORF* 267, 17 novembre 2001, p. 18311) ; voir aussi loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, titre II, chapitre IV (*JORF*, 18 janvier 2002, p. 1008) et loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (*JORF* 123, 28 mai 2008, p. 8801).

9. V. Guiraudon, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations », *Sociétés contemporaines*, 2004, n° 53, p. 19.

10. Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro, S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law, C-303/06, 31 janvier 2008, point 8.

11. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p. 789.

12. Expression reprise du droit constitutionnel des États-Unis : *id.*, *ibid.*, p. 782 et « Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro, *op. cit.*, point 7.

classification illégitimes, tels la « race » ou l'origine ethnique, équivaut à définir les conditions de déclenchement d'un certain mode d'action publique : la protection contre les discriminations. Cela est en décalage avec la notion d'égalité résultant du droit public français, qui « renvoie à l'idée de citoyen abstrait¹³ » et est caractérisée par le refus de reconnaître des groupes intermédiaires, « minorités » ou « communautés »¹⁴. L'approche française de l'égalité favorise, l'articulation de l'action publique selon des critères socio-économiques¹⁵. C'est pourquoi l'introduction en France d'une approche en termes de discrimination, initialement pensée par rapport aux critères de « race » ou d'origine ethnique, n'a été que tardive, et ses conséquences sont ainsi encore mal connues¹⁶.

En particulier, la question des discriminations était, jusqu'à récemment, abordée à titre principal à travers le droit pénal¹⁷. Il s'agissait ainsi de réprimer des différences de traitement exprimant une atteinte particulièrement grave à une valeur commune ; le droit pénal permettant d'assurer une sanction symbolique¹⁸ des actes délictuels caractérisés par une intention de discriminer¹⁹. La lutte contre les discriminations, à l'inverse, implique « la construction d'un régime juridique comme régulateur social et outil de réparation²⁰ ». Cela se traduit par le recours, le plus souvent, au droit civil et au droit du travail²¹. Dans ce cadre, qui résulte pour l'essentiel en droit français de la loi de 2001, l'intention de discriminer n'est plus nécessaire pour déclencher un régime protecteur, et les modalités de preuve sont simplifiées²². Cela étant dit, en réalité, c'est précisément parce que l'application abstraite de la loi à tous est insuffisante pour assurer une égalité de fait entre individus que la lutte contre les discriminations permet de contribuer à améliorer le fonctionnement de la société française²³.

C'est donc en ayant à l'esprit le caractère novateur de l'approche par les discriminations impulsée par le droit européen, et le changement dans la culture juridique française qu'elle implique, que doit être analysée plus spécifiquement la lutte contre les

13. S. Latraverse, « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations – à la lumière de trois directives européennes récentes », Caisse nationale des Allocations familiales – Informations sociales, 2005, 5/125, p. 95.

14. Inspection générale des affaires sociales (IGAS), « Égalité de traitement et lutte contre les discriminations », in *Rapport annuel 2006 relatif à la dimension européenne des politiques sociales*, Rapport thématique 6, 2006, p. 415.

15. S. Latraverse, « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 95.

16. F. Favennec-Héry, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social*, 2007, 1, p. 1.

17. IGAS, « Égalité de traitement et lutte contre les discriminations », in *Rapport annuel 2006 relatif à la dimension européenne des politiques sociales*, *op. cit.*, p. 416. Ce document précise aussi les autres références à la non-discrimination antérieures à la loi de 2001, dans le Code du travail notamment.

18. S. Latraverse, « Le droit français en matière de discriminations », in *L'Organisation internationale pour les migrations, Pour une société plus juste. Le droit international, communautaire et français en matière de discriminations*, 2004, p. 126.

19. IGAS, « Égalité de traitement et lutte contre les discriminations », in *Rapport annuel 2006 relatif à la dimension européenne des politiques sociales*, *op. cit.*, p. 415.

20. S. Latraverse, « Le droit français en matière de discriminations », *op. cit.*, p. 126.

21. *Id.*, *ibid.*, p. 109.

22. *Id.*, *ibid.*, p. 127.

23. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, *op. cit.*, p. 779.

discriminations fondées sur l'âge. Celle-ci est susceptible de modifier l'organisation actuelle du marché du travail en France de façon non négligeable. Les préjugés liés à l'âge et la discrimination qui en résulte sont particulièrement prégnants en France, où 46 % des personnes interrogées considèrent que la discrimination sur critère d'âge est assez voire largement répandue, contre une moyenne de 42 % dans l'Union des 27²⁴. Selon une étude de l'Observatoire des discriminations, l'âge est en effet le premier facteur de discrimination en matière d'emploi, et en particulier en matière d'embauche²⁵. Un candidat de 48-50 ans reçoit trois fois moins de réponses positives qu'un candidat de référence âgé de 28-30 ans, et ce sans tenir compte des offres d'emploi qui précisent un critère d'âge²⁶. Plus généralement, selon une étude commandée par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), les candidats susceptibles d'être victimes de discriminations fondées sur l'âge ont 42,17 % de chances en moins d'être convoqués pour un entretien que les autres candidats²⁷, soit presque deux fois moins de chances que dans le cas d'une discrimination fondée sur l'origine.

L'IDA présente donc la double particularité de poser en des termes nouveaux, spécifiques à l'approche par les discriminations, le problème sensible du caractère illégitime du critère d'âge, longtemps considéré comme naturel en France. Au-delà du simple constat de la révolution culturelle que cette démarche représente, nous tenterons d'ébaucher les grands axes des développements à venir. Nous analyserons dans un premier temps la spécificité des distinctions fondées sur l'âge (I). Le caractère singulier de ce critère suspect permettra dans un deuxième temps de mieux cerner les nuances du droit portant interdiction de discriminer sur critère d'âge (II). Enfin, nous nous interrogerons sur le degré de contrôle qu'il convient d'exercer pour mettre en œuvre cette prohibition. Tant la spécificité du critère d'âge que les nuances du dispositif législatif pertinent conduisent en effet à insister sur les dangers d'une mise en œuvre trop rigide de l'interdiction (III), en particulier lorsque le critère d'âge est un outil de politique publique. Remettre en question tout critère d'âge peut conduire à un arbitraire tout aussi condamnable que celui qui fait l'objet même de la lutte contre les discriminations.

24. Eurobaromètre, « Discrimination in the European Union: Perceptions, Experiences and Attitudes », juillet 2008, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_296_en.pdf, p. 59.

25. Observatoire des discriminations, *Baromètre Adia*, novembre 2006, p. 2.

26. *Id.*, *ibid.*

27. HALDE, « Présentation des tests de discrimination », http://www.halde.fr/IMG/pdf/DP_tests.pdf, 10 juin 2008, p. 7.

I- La spécificité des distinctions fondées sur l'âge

Les critères jugés illégitimes pour justifier une différence de traitement varient en fonction de la perception sociale du critère en cause. Le droit devrait refléter, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, un compromis social²⁸. S'il existe désormais un vaste consensus sur l'illégitimité de distinctions fondées sur l'origine ethnique en matière de rémunération, par exemple, la prise en compte de l'âge d'un candidat au stade du recrutement est en revanche encore répandue²⁹. De la même façon, il était encore fréquent, jusqu'à très récemment, de voir des politiques d'emploi structurées selon des critères d'âge, comme le contrat première embauche ou la contribution Delalande. La perception sociale de ces différences de traitement a toutefois sensiblement évolué depuis le début des années 1990³⁰, aboutissant finalement à faire de l'âge un critère de classification suspect. Cette remise en cause récente de la légitimité du critère d'âge (A) aurait nécessité un état des lieux plus complet de la complexité du critère d'âge (B).

A. La mise en cause récente de la légitimité du critère d'âge

La remise en cause de la légitimité des classifications fondées sur l'âge en France vient bouleverser l'approche classique selon laquelle l'âge est un « *critère fondateur de l'État social*³¹ », sous une impulsion européenne enthousiaste mais ayant probablement sous-estimé certains des enjeux pour des États membres comme la France³², la Belgique ou encore l'Allemagne³³.

La définition du critère d'âge comme suspect et potentiellement constitutif d'une discrimination cristallise tout d'abord une nouvelle approche de la gestion des âges en matière d'emploi, puisque le recours à ce critère a pendant de nombreuses années fait partie

28. Conclusions de l'avocat général M^{me} E. Sharpston, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, 22 mai 2008, points 44-46 et 56.

29. Selon l'Observatoire des discriminations, *Baromètre Adia, op. cit.*, 8 % des annonces de commerciaux précisent un critère d'âge en France.

30. H. Garner-Moyer, « Discrimination et emploi : revue de la littérature », Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES), 2003, p. 4.

31. A.-M. Guillemard, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *Retraite et société*, 2007, 1/51, p. 17.

32. P. Langlois, « Que faire de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge ? », *Droit social*, 2006, 12, p. 156.

33. Ces deux derniers États ont, comme la France, fait usage de l'âge comme variable d'ajustement du marché du travail pendant de nombreuses années : voir A. Morel, B. Joly et G. Maigne, « Rapport sur la gestion des âges et les politiques de l'emploi dans l'Union européenne », IGAS, mai 2004, 2004-53, p. 11.

intégrante, et dans une certaine mesure « naturelle »³⁴, des politiques d'emploi³⁵. En France, de multiples dispositifs publics datant des années 1980 et du début des années 1990, structurés en fonction des âges³⁶ tels les préretraites et les dispenses de recherche d'emploi, ont nourri ce que A.-M. Guillemard qualifie de « *culture de la sortie précoce* [du marché du travail]³⁷ », et ce aussi bien chez les employeurs que chez les salariés³⁸. Cette tendance, en conjonction avec l'allongement de la durée des études et les difficultés d'insertion des jeunes sur le marché du travail, a conduit à la concentration de l'emploi sur la tranche d'âges médians³⁹. La France connaît ainsi aujourd'hui un taux de chômage élevé chez les jeunes et un taux d'emploi faible pour les seniors, pour lesquels cela est couplé avec un chômage de longue durée⁴⁰. Les différences de traitement fondées sur l'âge sont donc particulièrement notables en France parce qu'elles ont, pendant de nombreuses années, été perçues comme parfaitement légitimes⁴¹. Mettre un terme à l'utilisation de l'âge comme variable d'ajustement du marché du travail suppose donc un changement complet d'approche. Or, une telle évolution, illustrée par l'adoption de la loi de 2001 relative à la lutte contre les discriminations, n'a pas fait l'unanimité parmi les partenaires sociaux en France ni ne s'est imposée comme une évidence dans les travaux préparatoires de ladite loi. M. Mercat-Bruns observe qu'aucun des travaux initiaux du Sénat et de l'Assemblée n'évoquait le critère d'âge, et A. Jolivet rappelle qu'il a par la suite été inséré contre l'avis du gouvernement dans la loi de 2001⁴². Le vieillissement de la population active ainsi qu'un large effort européen de lutte contre les discriminations ont certainement été les principaux catalyseurs de cette évolution⁴³.

Au niveau européen même, la « mise hors la loi » du critère d'âge dans la directive 2000/78 semble avoir été insuffisamment réfléchi⁴⁴. Selon une étude de l'IGAS, l'insertion du critère d'âge dans ce texte communautaire a résulté de l'élan politique qui a

34. Voir A.-M., Guillemard, « Les quinquagénaires sur le marché du travail en Europe : entre fragilisation et relégation », *Retraite et société*, 2002, 3/37., p. 37-38.

35. M.-C. Amauger-Lattes, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, 2007, 1/51.

36. Voir G. Lyon-Caen, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, 2003, 12, p. 1048.

37. A.-M. Guillemard, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *op. cit.*, p. 18-19.

38. Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010, *op. cit.*, p. 2.

39. A.-M. Guillemard, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *op. cit.*, p. 21 et « Les quinquagénaires sur le marché du travail en Europe : entre fragilisation et relégation », *op. cit.*, p. 15.

40. G. Huyez-Levrat, « Le faux consensus sur l'emploi des seniors », rapport de recherche du Centre d'études de l'emploi, mai 2008, p. 37.

41. Sur les stéréotypes à l'encontre des travailleurs âgés, voir H. Garner-Moyer, « Discrimination et emploi : revue de la littérature », *op. cit.*, p. 78-79, et, pour une illustration de la multiplicité des types de recours au critère d'âge, voir J.-J. Dupeyroux, « L'âge en droit social », *Droit social*, 2003, 12, p. 1041-1042.

42. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société*, 2002, 2/36, p. 122-123 ; et A. Jolivet, « Employment and labour market policies for an ageing workforce and initiatives at the workplace. National overview report: France », Observatoire européen des relations industrielles, avril 2007, p. 6.

43. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société*, *op. cit.*, p. 116.

44. P. Langlois, « Que faire de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge ? », *Droit social*, *op. cit.*, p. 156-157.

conduit à l'adoption exceptionnellement rapide des dispositions contre les discriminations liées à la « race » ou à l'origine ethnique, à la religion ou aux convictions, au handicap et à l'orientation sexuelle, dans l'année et demie suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam⁴⁵. V. Guiraudon a même suggéré que la création de la base juridique permettant l'adoption de tels instruments au niveau communautaire était considérée par les États membres « *comme une façon peu coûteuse de paraître “politiquement correct”* »⁴⁶. Un travail considérable de préparation et de pression accompli en amont par le secteur non gouvernemental, l'émoi suscité par l'arrivée au pouvoir du parti de Jörg Haider, en Autriche, ainsi qu'une volonté affichée de contribuer à la création d'une identité européenne sont donc certainement les facteurs clés qui ont contribué à l'adoption exceptionnellement rapide de ces instruments de lutte contre les discriminations⁴⁷. Nous pourrions ajouter à cela l'influence du modèle nord-américain, selon lequel l'âge est un critère « suspect » de classification depuis de nombreuses années⁴⁸ ; cela résulte en particulier, aux États-Unis, du Age Discrimination in Employment Act (ADEA)⁴⁹. Sur ce point, toutefois, la comparaison est d'une portée relative puisque l'ADEA a résulté précisément des réticences à prohiber les classifications fondées sur l'âge dans le même instrument juridique que les autres critères de discrimination⁵⁰, à la différence de ce que fait la directive 2000/78.

Les conséquences de l'affirmation récente du caractère suspect du critère d'âge ont fait l'objet d'une attention insuffisante. On peut d'ailleurs regretter que la France ne se soit pas davantage impliquée dans les négociations qui ont abouti à l'adoption de la directive visant à la prohibition, entre autres, des discriminations fondées sur l'âge⁵¹. Quelles sont donc les interrogations qui auraient dû être plus clairement analysées ?

45. IGAS, « Égalité de traitement et lutte contre les discriminations », in *Rapport annuel 2006 relatif à la dimension européenne des politiques sociales*, *op. cit.*, p. 419.

46. V. Guiraudon, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations », *Sociétés contemporaines*, *op. cit.*, p. 18.

47. *Id.*, *ibid.*, p. 23-24.

48. IGAS, « Égalité de traitement et lutte contre les discriminations », in *Rapport annuel 2006 relatif à la dimension européenne des politiques sociales*, *op. cit.*, p. 423.

49. Age Discrimination in Employment Act of 1967 (United States Code, Title 29, Chapter 14) ; H. C. Eglit, « L'âge dans le monde du travail aux États-Unis », *Retraite et société*, 2007, 1/51.

50. H. C. Eglit, « L'âge dans le monde du travail aux États-Unis », *Retraite et société*, *op. cit.*, p. 43.

51. IGAS, « Égalité de traitement et lutte contre les discriminations », in *Rapport annuel 2006 relatif à la dimension européenne des politiques sociales*, *op. cit.*, p. 424-431.

B. La complexité du critère d'âge

Ces interrogations sont multiples et tiennent à la nature complexe du critère d'âge. Il est possible d'en résumer les grands axes comme suit.

Premièrement, à la différence des autres critères de distinction qualifiés de « suspects », tels l'origine ethnique ou le sexe, l'âge est un critère évolutif⁵². Les effets de l'âge ont des conséquences différentes selon les individus⁵³ et s'inscrivent dans un cycle de vie⁵⁴. Or, l'analyse des discriminations exige, pour mettre en évidence une différence de traitement illégitime, que l'on compare la situation de l'intéressé avec celle d'une personne de référence dans une situation *comparable*. Les questions qui se posent alors sont multiples : quels groupes d'âges comparer et comment définir ces groupes, s'interroge M.-C. Amauger-Lattes⁵⁵ ? Qu'entend-on par *jeune* ou *senior* ? Sont-ils toujours dans des situations réellement comparables ? Les classifications fondées sur l'âge « relatif⁵⁶ » doivent-elles aussi être considérées comme suspectes (par exemple l'exclusion du droit à pension de survie des conjoints jeunes de plus de quinze ans que le travailleur défunt) ? Tous les groupes d'âges méritent-ils le même degré de protection ?

Deuxièmement, au sein de l'entreprise, rendre suspecte l'utilisation du critère d'âge revient à exiger de l'employeur que, au lieu de faire référence à l'âge, il motive ses décisions en référence à des critères légitimes de distinction, telles les qualifications ou les compétences. Se pose alors la question du caractère acceptable, au regard de la loi, de justifications liées à l'ancienneté dans l'entreprise, aux perspectives de carrière ou aux craintes relatives aux capacités physiques et à l'adaptabilité, qui, bien que renvoyant indirectement à l'âge, peuvent sembler tout à fait légitimes à nombre d'employeurs⁵⁷. La réponse à cette interrogation a des conséquences importantes sur l'effort de lutte contre les discriminations, fourni, d'une part, au niveau national – en particulier par rapport aux seniors –, et, d'autre part, par les acteurs locaux. Entreprises, service public de l'emploi mais aussi salariés et syndicats, qui continuent d'avoir recours à l'âge comme critère de

52. M. Brisse, « La jurisprudence européenne sur les discriminations fondées sur l'âge », *Retraite et société*, 2007, 2/51, p. 286.

53. T. Burke, « Un éclairage du droit québécois », *Retraite et société*, 2007, 2/51, p. 77.

54. L. M. Friedman, « ADEA and ADA Assessed », in J. J. Donohue III, *Foundations of Employment Discrimination Law*, New York, Foundation Press, seconde édition, 2003, p. 494.

55. M.-C. Amauger-Lattes, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, *op. cit.*, p. 27.

56. Conclusions de l'avocat général M^{me} E. Sharpston, *op. cit.*, points 96-99.

57. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société*, *op. cit.*, p. 127.

classification en matière d'emploi⁵⁸, peuvent en effet être réticents à remettre en question l'ensemble de leurs pratiques faisant appel directement ou indirectement à l'âge.

Troisièmement, il semble délicat, sinon inapproprié, de remettre en question tout recours aux classifications par l'âge en matière d'emploi pour structurer les politiques publiques. Le recours direct à l'âge pour interdire le travail des enfants ou pour déterminer l'âge du départ à la retraite, par exemple, semble difficilement contestable⁵⁹. Plus délicate est la question des politiques ayant comme objectif spécifique de pallier les difficultés d'accès à l'emploi de certaines classes d'âge : alors que le critère d'âge a longtemps été déclencheur de la *sortie* du marché du travail des seniors, on peut par exemple s'interroger aujourd'hui sur la nécessité du recours au critère d'âge pour structurer des mesures de *maintien* et de *retour* à l'emploi. Dans cette hypothèse, le recours aux différences de traitement fondées sur l'âge peut sembler légitime, voire indispensable, du point de vue de l'objectif socio-économique d'augmentation du taux d'emploi des classes d'âge défavorisées⁶⁰. Avec le risque, néanmoins, de laisser perdurer les préjugés et la stigmatisation à l'encontre des travailleurs selon leur âge⁶¹. Réconcilier le principe de non-discrimination et la nécessité d'adopter des politiques actives au profit de certaines classes d'âge est une tâche difficile et constitue un problème central en France comme en Europe⁶². On pourrait s'interroger sur l'assimilation de ces situations à la notion de discrimination ou d'action positive, utilisée en particulier en matière d'égalité des sexes ou d'origine ethnique. Ce parallèle connaît toutefois des limites dès lors que les mesures publiques visent à favoriser l'insertion d'une certaine classe d'âge sur le marché de l'emploi en *diminuant* le niveau de protection accordé par le droit du travail à cette dernière⁶³, comme c'était le cas du contrat première embauche.

Ces incertitudes soulèvent un quatrième point délicat, relatif à la finalité précise de la lutte contre les discriminations sur critère d'âge. Alors que, comme souligné en introduction, la lutte contre les discriminations est traditionnellement au service de la dignité et de l'autonomie personnelle, la question de l'accès à - et du maintien dans - l'emploi de toutes les classes d'âge constitue un enjeu économique majeur. L'augmentation du taux d'emploi des seniors est d'ailleurs l'un des objectifs de la stratégie de Lisbonne, qui vise à faire de

58. G. Huyez-Levrat, « Le faux consensus sur l'emploi des seniors », *op. cit.*, p. 5.

59. A.-M. Guillemard, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *op. cit.*, p. 16.

60. M.-C. Amauger-Lattes, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société, op. cit.*, introduction.

61. Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, « La lutte contre les barrières de l'âge dans l'emploi », Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997, p. 27.

62. A. Morel, B. Joly et G. Maigne, « Rapport sur la gestion des âges et les politiques de l'emploi dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 31.

63. Voir M.-C. Amauger-Lattes, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société, op. cit.*, p. 27.

l'économie européenne la plus compétitive du monde. Cela se traduit en particulier par l'insertion du thème de la lutte contre les discriminations dans le cadre plus large de l'« activation⁶⁴ » des populations en marge du marché du travail. L'enjeu est ainsi à la fois d'accompagner le vieillissement de la population active⁶⁵ et de promouvoir la compétitivité des entreprises, en les invitant à prendre en compte les compétences réelles des candidats quel que soit leur âge⁶⁶. Or, les perspectives sont différentes si l'on part du principe que les seniors *souhaitent* être maintenus dans l'emploi, auquel cas il convient de protéger leur autonomie décisionnelle, ou s'il est estimé que cela est *nécessaire* pour des raisons de politique publique. D'où la difficulté de définir un dispositif juridique adéquat.

II- Les nuances du droit portant interdiction de discriminer sur critère d'âge

Comme le souligne P. Schuck, si l'âge est radicalement différent des autres critères dits « suspects », le dispositif mis en place pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge devrait tenir compte de ses spécificités⁶⁷. Or, le cadre législatif existant, qui résulte tant d'instruments de droit communautaire que d'instruments de droit français, présente une surprenante combinaison de techniques juridiques. D'une part, au niveau tant européen que français, le législateur affiche sa volonté de traiter l'âge comme un critère suspect parmi d'autres en faisant usage des mécanismes communs à toute lutte contre les discriminations (A). D'autre part, l'IDA est assortie de nombreuses limites (B), de telle sorte que le dispositif législatif relatif à la discrimination fondée sur l'âge est en réalité très singulier.

A. Les mécanismes communs à toutes les luttes contre les discriminations

À l'échelle européenne, l'âge est en premier lieu présenté comme un critère de distinction suspect, au même titre que la religion ou les convictions, le handicap et l'orientation sexuelle. Ces critères sont en effet couverts par le même texte législatif, à savoir la directive 2000/78. L'ensemble des techniques juridiques propres à la lutte contre les discriminations s'applique donc à l'âge comme aux autres critères suspects.

64. G. Huyez-Levrat, « Le faux consensus sur l'emploi des seniors », *op. cit.*, p. 40.

65. M.-C. Amauger-Lattes, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, *op. cit.*, introduction.

66. H. Garner-Moyer, « Discrimination et emploi : revue de la littérature », *op. cit.*, p. 17.

67. P. Schuck, « The Graying of Civil Rights Law », *Yale Law Journal*, 1979, 89, p. 38.

Est prohibé l'usage de critères qui ont pour effet direct ou indirect d'établir une différence de traitement en fonction de l'âge. Doivent en effet disparaître non seulement les discriminations directes, mais aussi les discriminations indirectes, c'est-à-dire les dispositions, critères ou pratiques apparemment neutres mais susceptibles d'entraîner un désavantage particulier pour une ou des personnes d'un âge donné. Cette interdiction de discrimination porte sur le domaine de l'emploi et du travail entendu comme couvrant le secteur tant public que privé et comprenant un ensemble d'actes allant de l'embauche à l'affiliation à une organisation de travailleurs. Précisons que, la directive étant adressée aux États, les législateurs et administrations nationaux doivent aussi respecter l'interdiction de discriminer. Comme pour l'ensemble des critères suspects, la directive 2000/78 permet toutefois à la législation des États de déroger à l'interdiction pour des raisons de sécurité publique, de défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales, de protection de la santé et de protection des droits et libertés d'autrui. Les différences de traitement susceptibles de constituer des discriminations *indirectes* peuvent aussi être justifiées par la poursuite d'un autre objectif légitime. En outre, les États membres peuvent permettre qu'une différence de traitement fondée sur l'un des critères suspects soit légitime si elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante (ce qui sera probablement rare dans le cas du critère d'âge⁶⁸). Cela étant, même s'il existe la possibilité de déroger à l'interdiction ou de justifier la différence de traitement fondée sur l'âge, l'utilisation de ce critère devra se révéler nécessaire et appropriée. Enfin, la directive prévoit un ensemble de dispositions permettant sa mise en œuvre. Le mécanisme central étant l'aménagement de la charge de la preuve au profit de la personne qui s'estime lésée.

En France, à l'exception de l'interdiction de l'utilisation exclusive de l'âge comme une cause illégitime de licenciement⁶⁹, la première interdiction de portée générale des discriminations fondées sur l'âge résulte de la loi de 2001. Cette loi est l'instrument principal de transposition des prescriptions minimales de la directive 2000/78. Elle fait donc écho aux dispositions décrites ci-dessus et aborde aussi l'âge comme un critère suspect au même titre que les autres. L'interdiction des discriminations à la fois directes et indirectes constitue une évolution notable pour le droit français. Ce dernier n'est en effet pas accoutumé, on l'a dit, à aborder les discriminations non intentionnelles, ni à simplifier les modalités de preuve⁷⁰,

68. M.-C. Amauger-Lattes, « La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, *op. cit.*, p. 27.

69. H. Garner-Moyer, « Discrimination et emploi : revue de la littérature », *op. cit.*, p. 85.

70. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société*, *op. cit.*, p. 129-130.

puisque, traditionnellement, le droit français abordait la question à titre principal sous l'angle du droit pénal, qui requiert une plus grande rigueur en la matière.

Pourtant, le législateur français est allé au-delà des exigences de la directive 2000/78, et ce à deux égards. En effet, le droit français pousse plus loin encore que la directive l'assimilation du critère d'âge aux autres critères suspects. En premier lieu, la discrimination sur critère d'âge, comme celles qui sont fondées sur d'autres critères suspects, est en droit français susceptible de constituer un délit pénal⁷¹. En d'autres termes, une discrimination fondée sur l'âge peut être considérée comme néfaste non seulement pour la victime, mais aussi pour la société dans son ensemble. En second lieu, le droit français⁷², comme celui de plusieurs autres États européens⁷³, a donné compétence à un organisme indépendant – la HALDE – pour lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité en matière de discriminations liées à l'âge comme à d'autres critères. Cet organisme soutient la démarche de personnes qui s'estiment lésées, contribue à la résolution de conflits par le biais de recommandations ou de médiations ainsi que *via* l'obtention d'indemnisations ; il est aussi en mesure de proposer des transactions pénales. Par ailleurs, la HALDE peut faire des observations dans le cadre d'une procédure judiciaire, transmettre certaines informations au procureur ou adresser des avis ou recommandations aux autorités publiques. Elle peut procéder à des études, mobiliser différents partenaires, former et informer sur la lutte contre les discriminations. Elle dispose enfin de certains pouvoirs d'investigation.

Tant les États membres de l'Union que les législateurs communautaires et français ont donc *a priori* affiché une volonté ferme d'aborder la question de la lutte contre les discriminations sur critère d'âge de la même façon que la lutte contre les discriminations fondées sur d'autres critères suspects. Pourtant, une analyse plus détaillée du dispositif mis en place révèle une prudence singulière de la part du législateur dans la façon d'aborder l'IDA.

71. Articles 225-1 et suivants et article 432-7 du Code pénal.

72. Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (*JORF* 304, 31 décembre 2004, p. 22567) ; décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (*JORF* 55, 6 mars 2005, p. 3862) ; et loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (*JORF* 79, 2 avril 2006, p. 4950), titre II, section 2.

73. Voir en particulier M. Bell, I. Chopin et F. Palmer, « Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'Union », http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/07compan_fr.pdf, juillet 2007, p. 108-113.

B. Les nombreuses limites à l'interdiction de discriminer sur critère d'âge

Plusieurs dispositions au niveau tant communautaire que national précisent les limites de l'IDA et font ainsi de l'âge un critère soumis à un régime particulièrement flexible en comparaison des autres critères suspects.

La directive 2000/78, tout d'abord, envisage la possibilité de doubler la période accordée aux États membres pour procéder à la transposition de ses dispositions, afin de tenir compte des difficultés spécifiques que leur mise en œuvre peut poser dans certains États. Le législateur communautaire a en outre été prudent, insistant, dans l'article 6 de la directive 2000/78, sur la possibilité de justifier l'utilisation du critère d'âge⁷⁴ (voir encadré). Or, et ceci n'existe que concernant le critère d'âge, la possibilité d'avoir recours à une liste ouverte de justifications permet de légitimer non seulement une différence de traitement ayant un effet indirect sur une classe d'âge, mais aussi une différence de traitement fondée *directement* sur l'âge. L'article 6 fournit des exemples de justifications et indique des différences de traitement fondées sur l'âge considérées comme légitimes. Enfin, le champ de l'IDA est limité à plusieurs égards. Elle ne s'applique pas aux versements effectués par les régimes publics ou assimilés (par exemple, les régimes de Sécurité sociale ou de protection sociale). Les États peuvent aussi exclure du champ de l'IDA les limites d'âge en matière d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, ou d'intégration au sein des forces armées.

Directive 2000/78, article 6(1), « Justification des différences de traitement fondées sur l'âge »
« [...] les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.
Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre :

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ;
- c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. »

74. M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, 2002, 12, p. 1118-9.

Le contenu de la directive 2000/78 trahit donc une certaine inquiétude quant à une interdiction trop générale du recours au critère d'âge. Mais, même ainsi, le cadre défini est à certains égards plus contraignant que ceux qui sont en vigueur en Amérique du Nord. Aux États-Unis, par exemple, au niveau fédéral, l'IDA ne bénéficie qu'aux personnes de 40 ans ou plus et ne pèse que sur les moyens et gros employeurs⁷⁵. En outre – à la différence de ce qui existe dans l'Union européenne –, aux États-Unis ne sont soumis à l'IDA que les employeurs et autres intermédiaires de l'emploi, et non les législateurs des entités fédérées. En effet, l'ADEA est adressé aux employeurs et autres intermédiaires de l'emploi, et il n'existe pas de protection constitutionnelle contre les discriminations liées à l'âge aux États-Unis⁷⁶ ; la directive 2000/78, en revanche, vise à l'élimination de toutes discriminations non seulement de la part des employeurs, mais aussi de la part des autorités publiques nationales. La solution retenue dans l'Union européenne se révèle donc en ce sens comparativement ambitieuse.

En France, État membre de l'Union qui n'a pas souhaité bénéficier des délais de transposition supplémentaires permis par la directive, le Code du travail prévoit aussi un article L. 1133-2, consacré à l'âge (voir encadré). Il donne des illustrations plus précises que la directive de l'objet des politiques de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle qui permettront en France de légitimer l'utilisation du critère d'âge. En outre, le droit français reprend deux des exemples concrets de mesures dont la raison d'être est jugée légitime, cités dans la directive – dont « *l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés* »⁷⁷, qui est toutefois formulé dans des termes différents de ceux de la directive. Cela pourra nécessiter des éclaircissements si la disposition est interprétée de sorte à aller au-delà de ce que la directive permet⁷⁸. Selon M. Mercat-Bruns, cette liste n'a pas fait l'objet de discussions spécifiques au Parlement, mais vise à « *accorder des droits ou [à] répartir des avantages selon des tranches d'âge au gré des orientations des politiques sociales qui peuvent vouloir privilégier l'une ou l'autre cohorte d'âge* »⁷⁹. Il s'agit donc de laisser une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées de la gestion du marché du travail lorsqu'elles structurent des politiques d'emploi en fonction de l'âge. Cela étant, bien que ces justifications soient légitimes, l'utilisation du critère d'âge devra tout de même être

75. ADEA, *op. cit.* ; H. C. Eglit, « L'âge dans le monde du travail aux États-Unis », *Retraite et société, op. cit.*, p. 43.

76. *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

77. Code du travail, article L. 1133-2(1).

78. La distinction entre « conditions spéciales d'accès à l'emploi » au sens du droit communautaire et « interdiction de l'accès à l'emploi » au sens du droit français pourrait conduire à des interrogations sur la conformité de la loi française avec la directive.

79. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société, op. cit.*, p. 119-122.

appropriée et nécessaire pour atteindre ces objectifs. Si une mesure est articulée en fonction d'un critère d'âge, c'est donc au juge, au stade de l'analyse de la proportionnalité de l'utilisation du critère d'âge, qu'il reviendra de décider de la compatibilité de la mesure avec l'IDA⁸⁰.

Code du travail, article L. 1133-2

Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Ces différences peuvent notamment consister en :

1° l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;

2° la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Ainsi, tant le législateur communautaire que le législateur français ont-ils souhaité combiner une affirmation du principe de l'IDA avec une possibilité particulièrement étendue de justifier le recours au critère d'âge. Le dispositif juridique qui résulte de ce processus législatif est donc remarquablement flexible, ce qui renvoie au juge et aux autorités chargées de résoudre des litiges le rôle de délimiter en pratique l'IDA.

III- La tentation d'une mise en œuvre trop rigide de l'interdiction ?

C'est au stade de la mise en œuvre de l'IDA que se cristallisent les incertitudes liées à la spécificité de ce critère suspect et aux nuances du cadre juridique pertinent. Se pose la question de savoir s'il convient de s'attaquer de front à toutes distinctions fondées sur l'âge en matière d'emploi ou si une certaine marge de manœuvre doit être accordée aux décideurs. Si une certaine marge de manœuvre doit en effet être accordée aux décideurs pour l'utilisation de critères d'âge, celle-là doit-elle uniquement bénéficier aux autorités responsables des politiques d'emploi ou aussi aux employeurs ? Or, la flexibilité du cadre juridique exposé ci-dessus rend la tâche particulièrement difficile pour les organes chargés de la mise en œuvre de l'interdiction, à savoir le judiciaire et la HALDE, en France. À ce jour, alors que le dispositif législatif est encore balbutiant, on observe un effort louable en vue d'éliminer les distinctions arbitrairement fondées sur l'âge dans les relations de travail (A) ainsi qu'une hésitation sur la

80. *Id., ibid.*, p. 120.

possibilité d'avoir recours à l'âge pour articuler l'action publique. Face à ces hésitations, rappelons que, dès lors que les autorités publiques jugent utile le recours à l'âge, il semble que le judiciaire doive leur reconnaître une grande marge de manœuvre pour permettre l'articulation de l'action publique en fonction de l'âge (B).

A. Éliminer les distinctions arbitrairement fondées sur l'âge dans les relations de travail

L'insertion en droit français de l'IDA en matière d'emploi a abouti à plusieurs initiatives visant à la suppression de toute une série de distinctions arbitrairement fondées sur l'âge.

Dans le secteur public, la loi de 2001 modifie la loi dite Le Pors portant droits et obligations des fonctionnaires⁸¹ afin d'affirmer le principe de l'interdiction de discriminer entre fonctionnaires sur critère d'âge. De la même façon, les statuts des entreprises publiques doivent être épurés d'une multitude de classifications fondées sur l'âge. Tel est le cas des limites d'âge pour le recrutement d'agents statutaires au sein d'EDF, de GDF, de la RATP et de la SNCF, par exemple⁸². Dans le secteur privé, les partenaires sociaux se sont notamment emparés de la question dans le cadre de l'Accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi (ANI relatif à l'emploi des seniors)⁸³. Cet accord a conduit à l'adoption d'un plan national d'action concerté dans lequel les signataires s'engagent à éliminer la discrimination à l'emploi lors du recrutement, affirment la mobilisation des branches et des entreprises et demandent spécifiquement à l'ANPE, à l'Association pour l'emploi des cadres (APEC), aux cabinets de recrutement et aux entreprises d'intérim de ne pas discriminer sur critère d'âge⁸⁴.

Cette dynamique à l'échelle nationale a été accompagnée de l'émergence de litiges dans lesquels une partie s'estimait victime d'une discrimination fondée sur l'âge. Les cas les plus manifestes sont relatifs à des exigences d'âge à l'embauche⁸⁵. Les cabinets de

81. Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires article 6, al. 2 (*JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174).

82. HALDE, délibérations n° 2006-60 à 66, 3 avril 2006 ; HALDE, « Rapport annuel 2007 », p. 19.

83. Conclu le 13 octobre 2005 et signé le 9 mars 2006.

84. Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010, *op. cit.*, action 18.

85. « Première condamnation pour discrimination à l'embauche sur critère d'âge », *L'Expansion.com*, 13 février 2007 ; HALDE, « Rapport annuel 2006 », p. 83-84.

recrutement et le secteur public se sont ainsi vu adresser des recommandations⁸⁶, et des indemnités ont été recommandées pour les victimes⁸⁷ à la suite des premières délibérations de la HALDE. Bien que cette autorité ne soit pas un organe judiciaire, son rôle dans la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité nécessite que l'on se penche sur la façon dont elle aborde l'IDA. Les offres d'emploi faisant mention de critères d'âge ont fait l'objet d'une attention particulière de la HALDE, selon laquelle ce type d'annonce tomberait en droit français dans le champ du droit pénal⁸⁸. La HALDE a donc choisi soit d'informer le procureur de la République des faits constitutifs selon elle de délit⁸⁹, soit de donner mandat à son président pour engager une transaction pénale⁹⁰. La HALDE a donc dans ces situations retenu une approche très ferme, bien que peu de suites aient été données à ces démarches devant le judiciaire⁹¹.

Au-delà des mentions d'âge explicites qui sont facilement identifiables et dans une large mesure injustifiées, il existe une multitude de pratiques susceptibles de constituer des discriminations indirectes fondées sur l'âge. Tel est le cas des références à l'expérience, au potentiel de développement de carrière ou encore à l'ancienneté et à l'adaptabilité. L'autorité chargée de résoudre un conflit sur ce point se doit donc de mettre en balance la liberté de décision de l'employeur en matière économique et le droit fondamental de l'individu à ne pas être victime de différences de traitement arbitrairement fondées sur son âge.

Dans une affaire relative au refus d'une mutation sur un poste spécifique de professeur des universités, le Conseil d'État a considéré qu'une politique d'embauche selon laquelle « *il apparaît particulièrement souhaitable de recruter quelqu'un en état de garantir un temps d'investissement suffisamment long* » n'est pas de nature à établir que la décision en cause serait fondée sur un critère d'âge⁹². On observe ainsi la nécessité pour la personne qui se dit victime de démontrer le caractère suspect du critère de sélection utilisé par l'employeur, afin d'établir une présomption de discrimination⁹³.

Dans son rapport de 2006, la HALDE indique son intention de donner au principe de non-discrimination en fonction de l'âge toute la portée qui lui revient et fait référence à une méthode d'enquête spécifique permettant d'établir une présomption de discrimination :

86. HALDE, délibération n° 2006-53, 27 mars 2006 (et HALDE, « Rapport annuel 2007 »), point 1.2.2, ainsi que la délibération n° 2007-199, 2 juillet 2007.

87. HALDE, délibération n° 2008-39, 3 mars 2008.

88. HALDE, « Rapport annuel 2006 », p. 84.

89. HALDE, délibération n° 2005-14, 20 juin 2005 ; et HALDE, communiqué de presse, 19 septembre 2006, http://www.halde.fr/IMG/pdf/Communique_HALDE_19_sept_06.pdf.

90. HALDE, délibération n° 2008-53, 31 mars 2008.

91. A.-M. Guillemard, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *op. cit.*, p. 13.

92. Conseil d'État, 4^e sous-section jugeant seule, n° 310768, 25 juin 2008 (Inédit au recueil Lebon).

93. Voir aussi Conseil d'État statuant au contentieux n° 270811, 8 juin 2005 (Inédit au recueil Lebon).

« Cette méthode s'appuie systématiquement sur l'analyse statistique de l'âge moyen des salariés de la société mise en cause (ou de certains de ses services) et l'étude exhaustive des recrutements antérieurs⁹⁴. » Certaines délibérations de la HALDE font d'ailleurs état d'une analyse détaillée de la situation en cause⁹⁵.

La HALDE souhaite ainsi contribuer à la création d'« un corps de doctrine qui a vocation à inspirer non seulement les acteurs du droit, mais aussi les acteurs du monde social et économique⁹⁶ ». L'approche retenue par la HALDE pour s'engager activement dans la lutte contre les discriminations sur critère d'âge ne doit cependant pas être confondue avec l'état du droit et de la jurisprudence, laquelle est encore hésitante sur le degré de fermeté avec lequel contrôler la mise en œuvre l'IDA⁹⁷.

B. Permettre l'articulation de l'action publique en fonction de l'âge ?

Ces évolutions louables vers l'élimination des distinctions arbitrairement fondées sur l'âge et plus ou moins facilement identifiables n'empêchent pas que l'âge demeure un critère important dans le déclenchement et l'articulation de l'action publique.

L'ordonnance 2005-901 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique⁹⁸, par exemple, vise notamment à faciliter l'accès à celle-ci aux jeunes entre 16 et 25 ans révolus sans diplômes ni qualifications et crée à cet effet des conditions d'accès spécifiques à la fonction publique pour ces jeunes. De la même façon, les partenaires sociaux ont prévu d'adapter le recours aux contrats à durée déterminée pour les personnes âgées de 57 ans ou plus (CDD senior) au sein même de l'ANI relatif à l'emploi des seniors. Ces types de contrat ont donc pour objet de favoriser l'insertion d'une certaine classe d'âge sur le marché du travail. Parmi les instruments visant à éliminer les discriminations fondées sur l'âge, tant les autorités publiques que les partenaires sociaux continuent donc d'utiliser l'âge comme un critère de déclenchement de l'action publique⁹⁹. Or, cela n'est possible au regard de l'IDA que si la mesure est justifiée par un objectif légitime et si elle est appropriée et nécessaire pour atteindre cet objectif. Si le dispositif juridique exposé ci-dessous illustre le type

94. HALDE, « Rapport annuel 2006 », p. 84.

95. HALDE, délibération n° 2007-306, 26 novembre 2007.

96. HALDE, « Rapport annuel 2006 », p. 82.

97. F. Favennec-Héry, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social, op. cit.*, p. 7.

98. Ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État (*JORF* 179, 3 août 2005, p. 12720).

99. A.-M. Guillemand, « Pourquoi l'âge est-il en France le premier facteur de discrimination dans l'emploi ? », *op. cit.*, p. 21.

d'objectifs susceptibles d'être considérés comme légitimes, il laisse planer un grand doute sur l'analyse du caractère approprié et nécessaire de la mesure. Ce doute apparaît clairement si l'on compare les solutions retenues par les différentes autorités chargées de contrôler la mise en œuvre de l'IDA au niveau tant européen que national.

Dans son premier arrêt sur les discriminations fondées sur l'âge, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) s'est prononcée contre le critère d'âge qui était en cause dans l'arrêt Mangold¹⁰⁰. Il s'agissait d'une disposition du droit allemand autorisant la conclusion d'un nombre illimité de contrats de travail à durée déterminée¹⁰¹ avec les travailleurs ayant atteint l'âge de 52 ans. La mesure avait certes comme objectif légitime de chercher à favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, mais l'usage du critère d'âge comme déclencheur exclusif du mécanisme était considéré comme non nécessaire et inapproprié. Selon la CJCE, cela avait pour effet de faire peser un risque d'exclusion du bénéfice des contrats à durée indéterminée sur toute personne âgée de 52 ans ou plus, quelle que soit sa situation réelle sur le marché du travail.

C'est donc sur le caractère nécessaire et approprié du recours au critère d'âge que la Cour a porté son attention. Sans préciser la nature des amendements que devra adopter le législateur national pour rendre la mesure compatible avec le droit communautaire, la CJCE a laissé entendre que le critère d'âge utilisé comme déclencheur d'un instrument de politique d'emploi doit être combiné avec un critère lié aux difficultés réelles de l'intéressé sur le marché du travail. Or, l'exigence de coupler le critère d'âge avec d'autres conditions relatives à la situation de l'individu sur le marché du travail a pour double effet de relativiser le poids du critère d'âge comme déclencheur de conditions de travail moins protectrices et de réduire le champ d'application du dispositif¹⁰² – donc d'en rendre l'utilisation plus difficile. L'approche retenue par la CJCE dans l'arrêt Mangold pousse donc le législateur national à rendre plus complexe l'utilisation du mécanisme de soutien à l'emploi de certaines tranches d'âge.

La HALDE a indiqué dans son rapport de 2006 qu'elle souhaitait s'inscrire dans la continuité de l'approche retenue par la CJCE dans l'affaire Mangold¹⁰³. Ainsi la HALDE a-t-elle par exemple recommandé la modification du dispositif instaurant le contrat de

100. CJCE, Werner Mangold c. Rüdiger Helm, C-144/04, 22 novembre 2005 (Rec. 2005 p. I-09981).

101. À moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail à durée indéterminée antérieur conclu avec le même employeur.

102. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats et C. Vicens, « Étude sur l'évolution des dispositions concernant les seniors ainsi que les critères d'âge et d'ancienneté dans quelques accords de branche », Conseil d'orientation des retraites, octobre 2007, p. 106-108.

103. HALDE, « Rapport annuel 2006 », p. 83.

professionnalisation, qui, bien qu'ouvert à tous, permet, dans le cas des jeunes de moins de 26 ans et sous certaines conditions, une rémunération inférieure au salaire minimum de croissance (SMIC). La HALDE a souhaité attirer l'attention des ministres concernés afin que « *les conditions de mise en œuvre du contrat de professionnalisation soient fondées sur des critères liés à leur niveau de qualification et à leur expérience professionnelle, en tenant compte de leurs difficultés d'intégration sur le marché du travail, permettant ainsi une définition claire du public cible, de manière à cesser le recours systématique au contrat de professionnalisation, en fonction du seul critère de l'âge*¹⁰⁴ ».

La solution retenue par la CJCE dans l'arrêt Mangold peut faire craindre une mise en œuvre trop rigide de l'IDA. Le législateur ou les partenaires sociaux sont bien souvent mieux placés que le judiciaire pour décider de la nécessité du recours au critère d'âge. Les critiques ainsi soulevées à l'encontre de l'arrêt Mangold¹⁰⁵ laissent aujourd'hui planer un certain doute sur le degré de contrôle que le judiciaire opérera, à l'avenir, à l'encontre de critères d'âge jugés non seulement justifiés, mais aussi appropriés et nécessaires par les autorités publiques chargées de la gestion du marché du travail.

Dans ses arrêts ultérieurs mettant en jeu des critères d'âge, la CJCE a soit éludé la question¹⁰⁶, soit alloué aux autorités en cause une grande marge de manœuvre pour l'utilisation de critères d'âge. Exemple de ce second cas : une loi nationale autorisant l'insertion de clauses de mise à la retraite d'office dans des conventions collectives à partir d'un certain âge¹⁰⁷. La Cour a considéré qu'en l'espèce il n'« *apparaît pas déraisonnable pour les autorités d'un État membre d'estimer qu'une mesure telle que celle en cause au principal puisse être appropriée et nécessaire*¹⁰⁸ ». Cela peut être interprété comme le signe que les États et les partenaires sociaux disposent, en dépit de la solution retenue dans l'arrêt Mangold, « *d'un pouvoir discrétionnaire relativement étendu*¹⁰⁹ » quant aux méthodes à retenir, dont l'utilisation de critères d'âge, pour atteindre des objectifs légitimes de politique sociale et d'emploi.

104. HALDE, délibération n° 2008-26, 11 février 2008, point 50.

105. Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, C-13/05, 16 mars 2006, points 46-56 ; conclusions de l'avocat général M. J. Mazák, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, 15 février 2007, points 73-77 ; R. Herzog, et L. Gerken, « Stop the European Court of Justice », *EU Observer*, 10 septembre 2008.

106. CJCE, *Lindorfer c. Conseil*, C-227/04 P, 11 septembre 2008 (Rec. 2007 p. I-6767) ; et CJCE, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, 23 septembre 2008 (non encore publié au recueil).

107. CJCE, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, 16 octobre 2007 (Rec. 2007 p. I-8531).

108. CJCE, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, 16 octobre 2007 (Rec. 2007 p. I-8531), point 72.

109. Conclusions de l'avocat général M. J. Mazák, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing*, C-388/07, 23 septembre 2008, point 87.

Les hautes juridictions françaises ont, quant à elles, à ce jour adopté une approche plus nuancée que celle retenue par la CJCE dans l'arrêt Mangold. Le Conseil constitutionnel, dans un arrêt relatif au contrat première embauche, dont on sait qu'il ne s'appliquait qu'aux jeunes en deçà de l'âge de 26 ans, a semblé désireux d'accorder au législateur une grande marge de manœuvre dans l'évaluation de la nécessité du recours au critère d'âge¹¹⁰. Le Conseil d'État a de son côté conclu à la compatibilité d'une limite d'âge avec le principe de non-discrimination, dans un arrêt¹¹¹ qui a attiré l'attention des autorités communautaires¹¹². Il s'agissait de se prononcer sur la conformité des dispositions du Code de l'aviation civile qui prévoient qu'une partie du personnel navigant de l'aéronautique ne peut exercer aucune activité en qualité de personnel de cabine dans le transport aérien public au-delà de 55 ans avec l'IDA. Le Conseil d'État a considéré que cette limite d'âge était justifiée par l'objectif légitime de vouloir assurer le bon fonctionnement de la navigation aérienne ainsi que la protection des travailleurs. En outre, le recours au critère d'âge a été jugé nécessaire et approprié pour poursuivre cet objectif. Le Conseil d'État a précisé que cette limite d'âge s'appliquait à la plus grande partie du personnel avant même d'être inscrite dans le code, faisant écho à celle qui est retenue dans d'autres États membres, et que le seul fait que, à la différence du personnel navigant commercial, les pilotes puissent rester en activité jusqu'à 60 ans ne suffisait pas à démontrer le caractère disproportionné de la limite d'âge retenue en l'espèce¹¹³. Or, le Conseil d'État a conclu à la compatibilité de cette limite d'âge avec l'IDA sans demander conseil à la CJCE sur l'interprétation à retenir de la directive communautaire. Le commissaire du gouvernement lui suggérait pourtant de le faire en raison des incertitudes soulevées par l'affaire Mangold¹¹⁴. En outre, le droit communautaire exige, en principe, que de telles questions d'interprétation soient portées devant la CJCE¹¹⁵.

On voit donc la complexité de l'analyse du caractère nécessaire et approprié du recours au critère d'âge pour structurer des politiques d'emploi. Si dans un premier temps la CJCE a adopté une approche visant à l'élimination aussi large que possible de toutes les

110. Conseil constitutionnel, décision n° 2006-535, 30 mars 2006 (NOR : CSCL0609210S) ; P. Rodière, « Âge et discriminations dans l'accès à l'emploi », *Semaine sociale Lamy*, 26 décembre 2006, Suppl. au n° 1266, p. 9-10.

111. Conseil d'État, n° 278105, 25 avril 2006 (publié au recueil Lebon). Voir aussi Conseil d'État statuant au contentieux n° 268130, 1 mars 2006 (publié au recueil Lebon).

112. Commission européenne, « 24^e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire » (COM(2007)398, 17 juillet 2007), p. 1-12 ; CJCE, « Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire », *Reflète*, 2007, 1, p. 15-16.

113. Suggérant le contraire : X. Vincent, « La cessation des fonctions de pilote du transport aérien public en raison de l'âge et la mise à la retraite », *Droit social*, 2007, 6, p. 761.

114. Conclusions de la commissaire du gouvernement M^{me} Prada-Bordenave, Association Avenir Navigants et autres, n° 278105, 29 mars 2006.

115. Article 234, dernier alinéa du traité instituant la Communauté européenne ; voir R. Mehdi, *Institutions européennes*, Hachette supérieur, HU Droit, 2007, p. 288.

distinctions fondées sur l'âge, ses arrêts ultérieurs ainsi que les solutions retenues par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État pourraient suggérer que le judiciaire n'exercera qu'un contrôle restreint de l'évaluation faite par les autorités chargées du caractère nécessaire et approprié du critère d'âge.

Or, cela est souhaitable non seulement parce que l'interdiction de discriminer est accompagnée d'exceptions en ce sens, mais encore, et peut-être surtout, parce que cette souplesse juridique reflète la singularité du critère d'âge. Comme l'a rappelé l'avocat général Geelhoed, le législateur et les autres forces politiques et sociales ont la charge de faire des « *choix pénibles [...] dans l'arbitrage des intérêts en présence comme le droit des travailleurs [...] âgés face à la souplesse de fonctionnement du marché du travail ou à l'augmentation du taux de participation des classes d'âges plus âgées*¹¹⁶ ». Le judiciaire doit donc faire preuve de la plus grande prudence lorsqu'il contrôle ce type de choix. S'il n'est pas aisé de définir les limites de l'IDA de façon abstraite, il n'en est pas moins évident que législateur et les autres forces politiques et sociales doivent dans une large mesure se voir reconnaître la responsabilité d'y répondre¹¹⁷.

Conclusion

L'interdiction de discriminer sur critère d'âge pose un principe clair, dont l'objet louable est d'éliminer les différences de traitement arbitrairement fondées sur l'âge. La lutte contre ces discriminations est ainsi devenue un thème populaire. Sa traduction en termes juridiques et sa mise en œuvre concrète révèlent toutefois une grande complexité.

Le débat soulève des questions de nature économique, tout d'abord, propres à la gestion d'entreprise et à celle du marché du travail. Il s'inscrit ensuite dans un contexte d'évolution de la nature du travail, en particulier du travail manuel et physiquement pénible vers le travail de bureau. Le débat, enfin, traduit une modification de la relation entre âge et capacité de travail, qui explique aussi le changement d'attitude par rapport à la participation de différentes classes d'âge au marché du travail.

L'âge est donc un critère de distinction dont les dimensions économiques, sociologiques mais aussi physiologiques sont multiples. D'où le constat d'un droit et d'une jurisprudence « à tiroirs » et en constante évolution. Si cette complexité peut donner un

116. Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, C-13/05, 16 mars 2006, point 55.

117. G. Lyon-Caen, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit social*, *op. cit.*, p. 1049.

sentiment d'insécurité, il faut, plus que jamais, se référer à l'esprit d'origine de l'IDA, qui est de garantir que l'âge ne soit pas un facteur d'injustice.