

<Chapeau> : La discrimination par l'âge interpelle. Sans susciter l'indifférence, elle laisse subsister le sentiment d'une singularité de l'âge. N'est-il pas vrai que refuser le droit de vote aux moins de 18 ans paraît moins problématique que le refuser aux femmes ? De même, l'exclusion en raison de l'origine ethnique n'est-elle pas perçue très différemment de l'exclusion que constitue la retraite obligatoire ? Ce texte croise deux angles philosophiques. S'appuyant sur la jurisprudence communautaire, il s'agit d'élucider la nature de cette singularité éventuelle de l'âge, et de vérifier si elle implique effectivement une moindre gravité. Il faut ensuite explorer la manière dont une théorie de la justice appréhende la question générale des discriminations sur le marché du travail, avant de faire retour sur la discrimination par l'âge. De quoi outiller le lecteur en vue d'une prise de position délibérément normative sur cette question.

La singularité de l'âge. Réflexions sur la jurisprudence communautaire

Axel Gosseries*

1. La discrimination par l'âge laisse souvent perplexe. Interrogeons-nous sur deux points : Toute différence de traitement basée sur l'âge est-elle injuste ? L'âge est-il un motif de discrimination aussi problématique que le sexe ou l'orientation sexuelle ? Pour nombre d'entre nous, la réponse est négative dans les deux cas. Est-elle pour autant justifiable sous l'angle d'une théorie philosophique de la justice, et est-elle répercutée dans les systèmes juridiques qui règlent notre vie en société ?

Afin de nous éclairer sur ces points, nous prendrons appui sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de discrimination liée à l'âge. La Cour a en effet eu à statuer sur cinq affaires récentes en la matière : *Mangold* (C-144/04), *Lindorfer* (C-227/04 P), *Palacios de la Villa* (C-411/05), *Bartsch* (C-427/06) et *Age Concern England* (C-388/07)¹. Chacune de ces décisions est postérieure à l'adoption par le Conseil d'une directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette directive introduit un régime détaillé relatif à la discrimination par l'âge (art. 6).

Nous lirons ces arrêts, et surtout les conclusions des avocats généraux, à travers le prisme de trois questions. D'abord, le droit communautaire prévoit-il de manière explicite un régime *distinct* pour les différences de traitement liées à l'âge ? Ensuite, le caractère distinct de ce régime signifie-t-il que l'âge serait un motif de traitement différencié *moins problématique* que d'autres motifs tels que le sexe ou l'orientation sexuelle ? Enfin, la Cour nous donne-t-elle des indications quant à la *nature* de la singularité de l'âge ?

Un régime juridique distinct et une jurisprudence récente

2. En matière d'emploi, le traitement distinct de l'âge en droit communautaire se manifeste de deux manières. D'une part, le critère d'âge n'a été traité explicitement qu'après le sexe (directive 76/207/CEE du 9 février 1976) ou la race et l'origine ethnique (directive 2000/43/CE – étonnamment tardive – du 29 juin 2000). Ce n'est que dans la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 qu'apparaît l'âge comme motif suspect, aux côtés de la religion, des convictions, du handicap ou de l'orientation sexuelle. D'autre part, au sein

* Philosophe et juriste. Chercheur qualifié du Fonds de la Recherche Scientifique et professeur à l'université de Louvain. Merci à N. Burgi, F. Dorssemont, Ph. Gosseries, S. Ouardi, J. Rennes et particulièrement D. Martin pour leurs précieuses suggestions.

¹ Deux autres affaires sont pendantes : *Küçükdeveci* (C-555/07, âge minimum pour pouvoir bénéficier d'un délai de préavis) et *Wolf* (C-229/08, âge maximum de recrutement)

même de cette dernière série de critères traités par la directive 2000/78/CE, l'âge occupe une place particulière puisqu'il est possible de justifier un traitement différencié explicitement basé sur l'âge. La directive prévoit en effet que « les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre national, par un objectif légitime » (art. 6, §1). Or, une telle latitude laissée aux Etats membres de l'Union n'existe pas pour les autres critères, qu'ils soient couverts par les directives 2000/78/CE, 2000/43/CE ou 76/207/CEE.

Par raccourci, nous nous limiterons ici à une comparaison entre l'âge d'une part, et le sexe (couvert par la directive 76/207/CEE et non par la directive 2000/78/CE) et l'orientation sexuelle (couverte, comme l'âge, par la directive 2000/78/CE mais différemment régie) d'autre part. S'agissant de l'âge, la Cour a été amenée à s'intéresser à la fois à la légitimité de l'objectif visé par les mesures basées sur l'âge et au caractère proportionnel des *moyens* utilisés. Illustrons à travers ces affaires les implications et les présupposés possibles de ce régime spécifique à l'âge.

3. Dans l'affaire *Mangold*, il s'agissait d'examiner la conformité d'une mesure allemande qui *affaiblissait* une garantie du droit du travail à partir de 52 ans en vue de *faciliter* l'embauche de ces travailleurs plus âgés. Un employeur est moins réticent à embaucher s'il peut mettre plus facilement fin au contrat si nécessaire. La mesure autorisait la conclusion d'un contrat de travail sans que le caractère *déterminé* de sa durée ne doive être justifié par une raison objective, alors que cette justification était requise en cas d'engagement d'un travailleur plus jeune. La Cour n'a aucunement remis en cause la légitimité de l'objectif visé. Par contre, tout en rappelant la « large marge d'appréciation » des Etats membres (point 62), elle a estimé, suivant en cela le juge de renvoi, que « cette catégorie *importante* de travailleurs, déterminée *exclusivement* en fonction de l'âge, risque ainsi, durant une partie substantielle de la carrière professionnelle de ces derniers, d'être exclue du bénéfice de la stabilité de l'emploi, laquelle constitue pourtant [...] un élément majeur de la protection des travailleurs » (point 64, nos italiques). Elle conclut donc que cette législation, en l'absence de démonstration indiquant que « la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » (point 65).

Dans cet arrêt, il y a bien sûr le fait que la mise en cause de la garantie sociale porte sur un groupe *important* de personnes. Pourtant, l'objectif visé par la mesure concerne, lui aussi, un nombre important de chômeurs. Nous verrons d'ailleurs que pour les retraites d'office (ou obligatoires)², cas examiné dans les affaires *Palacios* et *Age Concern*, le groupe visé est tout aussi important. La taille du groupe concerné ne nous semble donc pas constituer un critère de jugement suffisant. Par contre, il est possible que ce soit surtout le caractère *mono-critère* (âge) de la mesure (point 64 ci-dessus) qui ait déterminé la conclusion de la Cour³. Pourtant, si l'objectif est d'améliorer le sort d'une catégorie définissable sur base d'un *seul* critère, pourquoi les mesures proposées en vue de l'atteindre devraient-elles définir leurs « bénéficiaires » sur base de *plusieurs* critères?

² Sur ce concept, voyez l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Age Concern*, point 27

³ Ceci rejoint la question de la *systématicité* des différences de traitement, sur laquelle nous reviendrons.

4. L'affaire *Lindorfer* est plus technique et concernait le pourvoi introduit par un fonctionnaire du Conseil de l'Union européenne contre une décision du Tribunal de première instance des Communautés. Le litige portait sur le calcul, par le Statut des fonctionnaires communautaires et ses dispositions d'exécution, du nombre d'annuités de pension accordées à un fonctionnaire européen suite à un transfert de la valeur de rachat de ses droits à pension acquis dans le régime national. Le coefficient de conversion est tel qu'« un fonctionnaire plus âgé bénéficiera d'un nombre d'annuités de pension supplémentaires inférieur – et, partant, en dernière analyse, d'une pension moins élevée – à celui accordé à un fonctionnaire plus jeune » (point 72 des conclusions de l'avocat général Jacobs). Madame Lindorfer y voyait une violation du principe d'égalité de traitement. La Cour a cependant rejeté ce moyen, soulignant qu'« une somme d'argent par laquelle ce fonctionnaire contribue au budget communautaire et une période de temps consacrée au service des institutions communautaires ne constituent pas des valeurs comparables » (point 67). De ce point de vue, il n'y avait donc pas pour la Cour de violation de l'égalité de traitement entre ceux qui auraient intégré tôt le corps des fonctionnaires du Conseil et ceux qui y seraient entrés plus tard.

Par contre, les deux avocats généraux (Jacobs, points 77 à 81 ; Sharpston, points 68 à 72) ont examiné les quatre arguments admis par le Tribunal de première instance pour défendre la compatibilité du traitement différencié en fonction de l'âge de recrutement avec le droit communautaire. Ces arguments renvoyaient par exemple au lien entre l'âge de recrutement comme fonctionnaire européen et la probabilité que les prestations doivent effectivement être versées. En effet, plus jeune est le fonctionnaire, plus élevée est la probabilité qu'il n'atteigne pas l'âge de la pension. Les arguments du Tribunal renvoyaient aussi à la durée probable durant laquelle ces versements interviendront. Pour des raisons trop longues à détailler, les avocats généraux ont tous deux exprimé leurs doutes sur chacun des quatre arguments. Notons par exemple que l'avocate générale Sharpston souligna que la durée probable des versements est fonction de l'espérance de vie à l'âge de la retraite, et non à l'âge du recrutement.

5. Dans l'affaire *Palacios*, c'est la compatibilité d'une mesure de retraite obligatoire avec la directive qui était en jeu. Le droit espagnol avait en effet autorisé l'introduction à certaines conditions de clauses de mise à la retraite d'office dans des conventions collectives. Monsieur Palacios, ayant atteint l'âge de 65 ans, se vit notifier par son employeur la rupture de plein droit de son contrat de travail au motif qu'il avait atteint l'âge de la mise à la retraite d'office prévu par la convention collective. Il faut savoir que la directive prévoit dans son préambule qu'elle « ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite ». La Cour a cependant affirmé clairement que cela n'impliquait pas que la question des retraites se retrouvât hors du champ d'application de la directive. Elle a souligné le fait qu'une retraite d'office à 65 ans « affecte la durée du rapport de travail liant les parties ainsi que, plus généralement, l'exercice par le travailleur concerné de son activité professionnelle, en empêchant la participation future de celui-ci à la vie active » (point 45)

La Cour a considéré comme légitime l'*objectif* de la mesure de mise à la retraite d'office, s'agissant « d'une politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations » (point 53). Sa position sur le caractère « approprié et nécessaire » du *moyen* utilisé (la retraite d'office) est tout à fait intéressante lorsqu'elle est lue au regard de l'arrêt *Mangold*. En effet, dans l'affaire *Palacios*, la Cour ne va pas mettre en cause ces moyens. Et elle va ajouter en particulier que « ladite mesure ne saurait être regardée comme portant une atteinte excessive aux prétentions légitimes des travailleurs mis à la retraite d'office du fait qu'ils ont atteint la limite d'âge

prévue, des lors que la réglementation pertinente se fonde non seulement sur un âge déterminé, mais prend également en considération la circonstance que les intéressés bénéficient au terme de leur carrière professionnelle d'une compensation financière au moyen de l'octroi d'une pension de retraite [...] dont le niveau ne saurait être considéré comme déraisonnable » (point 73).

Or, tant dans l'affaire *Mangold* que dans l'affaire *Palacios*, la mesure visée est *mono-critère* (âge). Dans les deux cas, elle concerne aussi une catégorie *importante* de personnes. En outre, il est exact que dans le présent cas de retraite d'office, l'exclusion du marché du travail est contrebalancée par l'octroi d'une pension dont il est d'ailleurs précisé que son niveau n'est pas déraisonnable. Cependant, dans l'affaire *Mangold*, la fragilisation de la protection des travailleurs âgés est elle aussi contrebalancée par une meilleure insertion – certes espérée et non garantie – sur le marché du travail. Au vu de ces trois parallèles, la différence de conclusion entre les deux cas témoigne donc d'un revirement de jurisprudence allant dans le sens d'une plus grande latitude laissée aux Etats.

6. Enfin, l'affaire *Bartsch* concernait une ressortissante allemande qui s'était vue refuser par l'employeur de son défunt mari une pension de veuve, au motif que l'écart d'âge entre eux était supérieur à 15 ans. L'affaire a donné lieu à une décision d'une portée limitée, en particulier en raison de questions d'applicabilité dans le temps de la directive 2000/78. Néanmoins, dans ses conclusions, l'avocate générale Sharpston, outre qu'elle y discute de la question de l'existence d'un principe général d'égalité de traitement en matière d'âge, a également précisé que les clauses d'âge *relatif* rentraient elles aussi en principe dans le champ de la directive. Examinant la compatibilité avec la directive de la clause conditionnant le droit à la pension du conjoint survivant en cas de décès du travailleur au non-dépassement d'un écart d'âge de 15 ans entre les deux conjoints, elle conclut deux choses. D'une part, l'*objectif* visé pourrait être considéré comme légitime, s'agissant de limiter les coûts d'un régime de pension sur base du principe selon lequel « plus les survivants sont jeunes par rapport aux travailleurs auxquels une pension professionnelle a été accordée, plus longue sera la période durant laquelle l'employeur devra, en moyenne, servir la pension à son conjoint survivant » (point 117). D'autre part, l'exigence de *proportionnalité de la mesure* ne lui semble par contre pas satisfaite, en particulier parce qu'un barème dégressif plutôt qu'une simple exclusion via un écart d'âge « couperet » permettrait d'atteindre le même objectif de limitation des coûts (point 121) et surtout parce qu'en termes de longueur des prestations à assurer pour la pension de survie, l'âge du conjoint survivant lui-même apparaît beaucoup plus pertinent que l'écart d'âge avec le conjoint défunt (point 122)⁴.

L'âge : moins problématique que le sexe ou l'orientation sexuelle?

7. La Cour de Justice se positionne ainsi graduellement sur la discrimination par l'âge au fil des questions qui lui sont soumises. Peut-on considérer qu'à travers leurs travaux, la Cour et les avocats généraux confirment l'hypothèse selon laquelle la discrimination par l'âge serait moins problématique que la discrimination sexuelle ou basée sur l'orientation sexuelle ? S'il est vrai que la discrimination homme-femme fut traitée par une directive spécifique dès 1976 alors que ce ne fut le cas pour l'âge qu'en 2000, il faut souligner que cette postériorité est partagée non seulement par les autres motifs suspects couverts par la directive 2000/78, mais

⁴ Dans le même sens : Concl. de Sharpston dans l'affaire *Lindorfer*, point 72. Notons aussi l'affaire *Age Concern*, qui concernait non pas un régime impératif de retraite d'office mais la possibilité pour l'employeur de licencier un travailleur sur ce seul motif d'âge (65 ans ou plus). La position de la Cour sur ce type de mesures n'y diffère pas de celle défendue dans l'arrêt *Palacios*.

aussi par la race et l'origine ethnique que couvre la directive 2000/43. Par contre, il est vrai que pour ce qui concerne la discrimination directe, la directive 2000/78 est en principe moins stricte pour l'âge que pour l'orientation sexuelle - ou pour le sexe tel qu'il est traité par la directive 76/207.⁵ En outre, la portée d'une règle, si stricte soit-elle, s'évalue à l'aune des critères proposés, mais aussi en fonction de la marge laissée aux Etats (et donc en creux à la Cour) pour évaluer si ces critères sont effectivement satisfaits. A cet égard, un arrêt comme *Mangold* et des conclusions comme celles sous *Lindorfer* vont clairement assez loin dans le contrôle effectué par la Cour, même si les arrêts subséquents ont probablement élargi à nouveau la marge d'appréciation laissée aux Etats.

On peut aussi se demander si ces cinq affaires confirment l'existence d'un principe général de droit communautaire interdisant toute discrimination fondée sur l'âge. La Cour a reconnu un tel principe dans l'arrêt *Mangold* (point 75) sans cependant revenir explicitement sur la question par la suite. Dans l'affaire *Bartsch*, l'avocate générale Sharpston a montré - de manière convaincante à nos yeux⁶ - qu'il y avait du sens à reconnaître la préexistence d'un tel principe général par rapport à la directive 2000/78. Elle a souligné que si en 1960, « un Etat membre avait permis la libre circulation des travailleurs originaires d'autres Etats membres à l'exception des travailleurs dont l'âge se situait entre 28 et 29 ans et entre 52 et 53 ans [...] une telle règle (improbable) serait certainement tombée sous le coup du principe général de l'égalité de traitement [...] » (point 58).

8. Cela étant, la Cour elle-même ne s'est pas prononcée explicitement sur la *gravité* relative du recours à l'âge comme base de traitement différencié, relativement à d'autres motifs. Les avocats généraux ont par contre été plus explicites. Ainsi, dans l'affaire *Lindorfer*, l'avocat général Jacobs a affirmé que « l'égalité de traitement sans référence au sexe est à présent considérée comme un principe fondamental et supérieur, devant être observé et appliqué dans toute la mesure du possible, tandis que l'idée d'un traitement égal sans référence à l'âge fait l'objet de nombreuses atténuations et exceptions, telles que les limites d'âge de différentes sortes, souvent juridiquement contraignantes, et qui sont considérées non seulement comme acceptables, mais comme effectivement *souhaitables* et parfois *fondamentales* » (point 85, nos italiques). L'avocate générale Sharpston réinterprètera les propos de l'avocat général Jacobs comme suit : « il n'est pas approprié - *ni même possible* - d'appliquer l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge en l'espèce aussi rigoureusement que l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe » (point 67, nos italiques). Ajoutons que l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a indiqué dans une affaire *Maruko* (C-267-06), qui ne concernait pas des questions relatives à l'âge, que le droit à la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle revêt un « caractère essentiel » qui lui donne une « dimension différente » de celle du principe de non-discrimination en fonction de l'âge (point 78 et note 82).

Ne faut-il pas alors conclure à une moindre gravité du recours au critère d'âge par rapport à celui du sexe par exemple? Dans l'affaire *Age Concern*, l'avocat général Mazak affirme d'abord dans ses conclusions que « l'âge n'est pas, par nature, un "motif suspect", du moins *pas autant que*, par exemple, la race et le sexe » (point 74, nos italiques). Il ajoute néanmoins

⁵ Une discrimination est *directe* si elle recourt explicitement à un des critères suspects. Il y a par contre discrimination *indirecte* si une mesure apparemment neutre conduit *de facto* à un traitement différencié sous l'angle d'un des critères suspects, et si ce traitement différencié n'est pas justifiable (voy. Directive 2000/78, art. 2 al. 2-b).

⁶ Pour un point de vue critique : D. Martin, « De Mangold à Bartsch : heurts et malheurs du principe d'égalité en droit communautaire », *Journal de Tribunaux du Travail*, 30 nov. 2008, n° 1021, pp. 425-429.

peu après un point particulièrement explicite, qui compare l'âge non plus au sexe mais aux autres motifs couverts par la directive 2000/78 : « [...] les possibilités de justification des différences de traitement fondées sur l'âge dans le cadre de la directive 2000/78 sont plus étendues que celles des différences de traitement fondées sur les autres motifs mentionnés par l'article 1^{er} de ladite directive. Toutefois, cette constatation ne doit pas être interprétée comme positionnant la discrimination fondée sur l'âge au dernier rang de la "hiérarchie" apparente des motifs de discrimination prévus par la directive 2000/78. Elle constitue plutôt une expression des différences matérielles entre ces différents motifs de discrimination et de leurs différents modes de fonctionnement en tant que critères juridiques. Il s'agit *non pas d'une question de valeur ou d'importance*, mais de la question de savoir comment délimiter de manière adéquate la portée de l'interdiction de la discrimination ». (point 76, nos italiques).

9. Ce débat sur la hiérarchisation des motifs « suspects » nous semble devoir être lu à partir d'une double question. D'une part, faut-il voir une hiérarchie de valeurs dans le fait qu'une différence de traitement fondée sur l'âge soit plus difficilement considérée par le droit communautaire comme une discrimination – donc juridiquement inacceptable – que si elle est fondée par exemple sur l'orientation sexuelle? D'autre part, une fois qu'un traitement différencié est considéré comme une discrimination, le système juridique considère-t-il cette dernière comme moins problématique si elle est fondée sur l'âge plutôt que sur un autre critère?

Seul l'avocat général Mazak répond en réalité à la *seconde* question lorsqu'il suggère qu'une fois qualifié de discrimination, un traitement différencié basé sur l'âge ne serait pas moins grave qu'une discrimination fondée sur un des autres critères visés par la directive 2000/78 (point 76). Par contre, les avocats généraux Jacobs, Sharpston et Mazak (point 74) répondent tous ci-dessus à la *première* question, en affirmant nettement que le système juridique reconnaît un degré de gravité moindre au motif d'âge. Il n'y a peut-être pas de hiérarchie entre les *discriminations*⁷ – à savoir entre les types de traitements différenciés jugés juridiquement inacceptables. Par contre, le régime juridique communautaire traduit clairement une hiérarchie entre les différents motifs suspects de *traitement différencié*. Est-ce que les affaires examinées nous éclairent pour autant sur les *raisons* possibles d'un tel jugement de valeur en ce qui concerne l'âge?

Quelle singularité de l'âge?

10. Pourquoi le régime juridique applicable à l'âge diffère-t-il de celui régissant les autres motifs de traitement différencié tels que le sexe ou l'orientation sexuelle? La Cour ne s'est pas prononcée explicitement sur ce point. Néanmoins, l'avocat général Jacobs, dans l'affaire *Lindorfer*, a avancé un argument qui, à l'analyse, s'avère éclairant quant à l'une des spécificités de l'âge :

« Le sexe constitue par essence un critère binaire, tandis que l'âge est un point sur une échelle. La discrimination en raison du sexe basée sur des tables actuarielles représente dès lors une forme de discrimination extrêmement brutale, impliquant des généralisations très grossières, tandis que la discrimination en raison de l'âge peut être graduée et peut reposer sur des généralisations plus fines » (point 84).

11. Avant d'identifier à la fois ce qui nous semble central dans cet extrait et ce qui y fait défaut, écartons d'abord une lecture possible de cet extrait qui nous semblerait

⁷ Une question dont l'importance *juridique* semble d'ailleurs très limitée

problématique. L'on pourrait en effet le lire à la lumière d'une considération fréquente, bien formulée par l'avocat général Mazak dans l'affaire *Age Concern* : « Dans un monde parfait, tout le monde serait jugé individuellement [...]. Malheureusement, la justice parfaite en ce sens doit rester hors de la portée de la loi en ce monde. [...] la loi généralise et classe par catégories [...] » (points 68-70). Une lecture du point 84 précité sous cet angle, juridiquement possible a priori, nous semblerait à la fois problématique sur le plan des principes et peu éclairante quant à la spécificité de l'âge. Pourquoi?

La justice exige-t-elle réellement que l'on pose un jugement le plus individualisé possible plutôt que d'avoir recours à des généralisations ? Considérons une analogie avec le secteur de l'assurance. Plus on segmente les groupes d'assurés et plus on différencie les primes, plus on réduit les transferts nets, c'est-à-dire la solidarité entre assurés. Ceci n'est pas problématique pour des critères de segmentation qui relèvent de certains types de *choix* des personnes (ex : s'adonner ou non au ski hors piste). Par contre, une segmentation basée sur des critères qui relèvent des *circonstances* des personnes réduit la solidarité entre assurés d'une façon beaucoup plus problématique. Une plus grande segmentation basée sur les caractéristiques génétiques des assurés dans le domaine de l'assurance-santé (qu'elle soit publique ou privée) illustre ce danger.

Ceci nous indique que contrairement à l'idée défendue par l'avocat général Mazak, une plus grande individualisation n'est pas toujours synonyme de plus de justice. Le recours à des catégories n'est donc pas qu'une question de contrainte, liée à la nécessité pour le droit de fonctionner sur base de règles générales. Ce recours à des catégories est aussi un facteur de solidarité intra-catégorie. Et si la solidarité intra-catégorie est plus aisée à garantir que la solidarité inter-catégorie, le fait que l'âge puisse faire l'objet d'une décomposition en plus de deux catégories n'est pas – sous cet angle – nécessairement une garantie d'une plus grande justice.

12. Une autre interprétation du considérant de l'avocat général Jacobs est possible et plus judicieuse à notre sens. Partons de l'idée de « critère binaire » qui caractériserait le sexe, mais pas l'âge. En réalité, chaque critère d'âge est lui aussi - à strictement parler - binaire, puisqu'il sépare ceux qui ne l'ont pas atteint de ceux qui l'ont atteint ou dépassé. Par contre, la caractéristique de « point sur une échelle », rend possible le choix d'âges *différents* pour différentes politiques, voire pour différentes mesures au sein d'une même politique. L'âge minimum en matière de droit au travail ne doit pas être le même que l'âge de la majorité politique, sexuelle ou pénale, ou celui permettant d'accéder à un régime de retraite. **Un individu ne va donc pas nécessairement être exclu ou favorisé sur base du même critère d'âge dans l'ensemble des dimensions de son existence.**

Ce qui fait le caractère moins « brutal » du critère d'âge, ce n'est d'ailleurs pas seulement la non-superposition dans l'ensemble des dimensions de l'existence d'un critère d'âge *identique* – telle l'exclusion des moins de 40 ans du marché du travail, de l'accès au crédit, de l'accès au logement, etc. C'est aussi le fait que, **selon les domaines, la différence de traitement favorisera tantôt les plus jeunes et tantôt les plus âgés**. Dans le cas de la discrimination sexuelle, le *même* critère est systématiquement utilisé dans différents domaines de l'existence (accès à l'emploi, accès aux positions de pouvoir,...), et il l'est généralement au détriment de la *même* des deux catégories concernées (les femmes). C'est cette double différence qui fait que le risque de discrimination *systématique* est plus marqué dans le cas du sexe que dans celui de l'âge.

13. L'avocat général Jacobs a donc souligné à juste titre une caractéristique qui différencie l'âge du sexe. Il en existe cependant une autre, plus centrale encore à notre sens. En effet, on conviendra que d'autres motifs « suspects » ne se déclinent pas non plus de manière binaire. Pensons à la race, à la conviction religieuse, ou à l'orientation sexuelle. Sauf à re-caractériser ces cas à travers une approche binaire (« une race, religion ou sexualité majoritaire et/ou dominante vs. toutes les autres »), le caractère non-binaire de l'âge ne suffit donc pas à rendre compte de l'intuition selon laquelle l'âge constituerait un motif moins problématique de traitement différencié.

Quelle est alors cette autre caractéristique plus fondamentale ? Il ne s'agit pas du fait que « l'âge est un point sur une échelle », mais plutôt de l'idée selon laquelle « chacun de nous change d'âge au cours de son existence ». Ces deux idées sont indépendantes l'une de l'autre, comme le montre l'analogie suivante. On pourrait envisager le sexe de manière plus scalaire qu'on ne le fait. Il n'en découlerait pas pour autant que nous changerions de sexe au cours de notre existence. Mais surtout, imaginons une société où pour l'ensemble de nos pratiques, nous aurions recours à un seul et même critère d'âge (ex : 30 ans), et où le traitement différencié se ferait systématiquement dans la même direction (ex : exclure les + de 30 ans). Une telle différence de traitement resterait malgré tout moins problématique pour l'âge que s'il s'agissait de sexe. Pourquoi ? Parce que chacun d'entre nous, au cours de sa vie, serait amené à faire partie successivement de la catégorie avantagée et de la catégorie désavantagée (ou inversement).

Différencier sur base de l'âge peut donc – si certaines conditions sont satisfaites – ne conduire à aucun traitement différencié si l'on considère les vies complètes des personnes. Ce serait donc un traitement différencié qui ne différencie qu'à un instant donné, mais pas nécessairement si l'on adopte une approche qui se préoccupe d'égalité sur l'ensemble des existences. C'est une « discrimination non-discriminatoire » en ce sens. Ce qui est central, ce n'est donc pas le caractère *non-binaire* (ou scalaire) de l'âge (et la non-systématicité de différenciation qu'il rend possible) mais plutôt son caractère *changeant*, associé au fait qu'à espérance de vie identique, chacun de nous passera par l'ensemble des classes d'âges concernées⁸. La discrimination par l'âge nous invite dès lors à nous demander si le principe d'égalité de traitement peut se satisfaire d'une égalité *sur les vies complètes*.

L'âge, l'égalitarisme et les politiques anti-discrimination

14. Elargissons à présent la perspective. Comment penser les discriminations sur le marché du travail à partir d'une théorie philosophique de la justice⁹? Choisissons l'égalitarisme libéral de Dworkin¹⁰ – à ne pas confondre avec la vulgate égalitariste souvent véhiculée dans le débat public¹¹. Dworkin mobilise une distinction *circonstances/choix* qui, bien que difficile à manier tant en théorie qu'en pratique¹², permet de laisser une place, au cœur de l'égalitarisme, à la liberté et à la responsabilité. En effet, pour un dworkinien tout désavantage résultant pour une personne de ses « circonstances » doit être compensé par

⁸ Mazak dans ses conclusions sous *Age Concern*, considère l'âge comme un critère « fluid » (point 74, version anglaise). En contexte, cela ne semble cependant pas renvoyer à l'idée discutée ici.

⁹ Pour une présentation des principales théories philosophiques de la justice: C. Arnsperger & Ph. Van Parijs, *Ethique économique et sociale*, Paris : La Découverte, 2000, 123 p.

¹⁰ R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge/London : Harvard University Press, 2000, 511 p.

¹¹ Voy. A. Gosseries, "Pourquoi la droite caricature-t-elle l'égalitarisme?", *Le Soir*, 6 juillet 2007, p. 18

¹² Voy. critique récente et approfondie: J.-F. de Spitz, *Abolir le hasard ? Responsabilité individuelle et justice sociale*, Paris : Vrin, 2008, 382 p.

l'ensemble de la société (ex : handicap congénital). Par contre, tout désavantage résultant pour une personne de ses *choix* n'implique pas une telle obligation de la part de l'ensemble de la société. Ce second principe implique, pour reprendre un exemple précité, qu'un pratiquant malchanceux de sport dangereux, ne peut attendre de la société dans son ensemble une couverture des frais liés à son hospitalisation. On prévoira, par exemple, l'imposition à ce type de sportifs d'une assurance obligatoire dont les primes seront évidemment fonction du risque encouru. L'égalitarisme se donne ainsi les moyens de penser quelles pourraient être des limites justes à la solidarité.

15. La liste de critères (ou « motifs suspects ») d'une législation anti-discrimination ne devrait-elle pas alors *inclure* toutes les variables relevant de nos *circonstances* et *exclure* celles relevant de nos *choix* ? Le sexe, la race, l'origine ethnique, la date de naissance (l'âge), la langue maternelle ou le handicap congénital relèvent clairement de nos circonstances. Par contre, des éléments tels que la conviction philosophique ou le handicap résultant de la pratique du ski hors piste tombent sans doute pour un Dworkinien dans la catégorie des choix.

Pourtant, les législations anti-discrimination ne distinguent pas par exemple les types de handicap en fonction de leur cause (congénitale ou non), ou la langue selon qu'elle soit apprise de nos parents ou non (langue maternelle). De plus, nulle législation anti-discrimination ne semble interdire à un employeur de préférer un candidat en raison de son intelligence plus élevée, alors même que cette dernière est largement indépendante de notre volonté. La directive 2000/78 précise ainsi qu'elle « n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable [...] pour remplir les fonctions essentielles du poste [...] soit recrutée [...] sans préjudice de l'obligation de prévoir des *aménagements raisonnables* pour les personnes handicapées » (cons. 17, nos italiques). Enfin, la conviction philosophique est souvent considérée comme un motif suspect de traitement différencié, alors même qu'elle est fréquemment le fruit d'un choix éclairé. Qu'implique un tel décalage des législations anti-discrimination par rapport à la distinction *choix-circonstance* ? Si l'on considère cette dernière comme importante, cela peut conduire à en appeler à modifier de telles lois. Juger à l'identique la langue et la langue maternelle est à cet égard problématique. Cependant, cela nous invite aussi à affiner notre compréhension de l'égalitarisme lui-même et son articulation à la lutte contre les discriminations. En voici deux illustrations.

Primo, l'inclusion parmi les motifs suspects d'un critère comme la conviction philosophique répond sans doute à l'intuition selon laquelle pour bien des emplois, cette variable est sans pertinence pour la productivité du travailleur. Cette inclusion peut cependant aussi être lue comme l'acceptation de la nécessité de garantir la priorité de certaines libertés *fondamentales* qui, par définition, nous conduisent à effectuer des choix. Dans d'autres cas, l'inclusion dans la liste des motifs suspects de variables relevant clairement des choix des personnes peut aussi traduire, plutôt qu'une priorité des libertés de base, la volonté d'adjoindre à l'égalitarisme une composante *suffisantiste* : garantir la couverture des besoins de base, quelle que soit la raison pour laquelle les personnes ne sont pas en mesure d'y pourvoir¹³. Ceci pourrait justifier que pour certaines politiques, l'on ne différencie pas les victimes d'un handicap en fonction de sa cause (choix ou circonstance). L'apparente *sur-inclusivité* des listes de "motifs suspects" (au regard de « choix/circonstance ») peut donc être justifiée par l'adjonction d'une composante libérale (priorité des certaines libertés de base) et/ou suffisantiste (garantie des besoins de base sans égard aux raisons qui rendent un individu incapable d'y pourvoir).

¹³ Sur le suffisantisme : P. Casal, "Why Sufficiency Is Not Enough", *Ethics*, 117, 2007, pp. 296-326.

Secundo, la liste des « motifs suspects » peut sembler simultanément *sous-inclusive*, le cas précité de l'intelligence étant illustratif. Un égalitariste ne se préoccupe pas uniquement d'accès à l'emploi mais aussi de l'accès égal à un ensemble d'opportunités de bien-être (de « ressources » pour Dworkin). Dès lors, un arbitrage s'impose entre des politiques visant une inclusion maximale sur le marché du travail de l'ensemble des individus *et* une préservation de la capacité du marché de l'emploi à produire de la richesse qui – notamment via la taxation – peut, elle aussi, bénéficier ultimement au plus défavorisé. Veiller le plus possible à garantir à tous un accès à l'emploi (source de revenu, mais aussi d'insertion sociale) ne peut se faire au détriment de la productivité d'une économie, si c'est au point de ne plus être en mesure d'honorer le droit à un revenu pour ceux qui sont incapables de travailler. La possibilité laissée par le droit de traiter différemment des candidats sur base d'un critère circonstanciel comme l'intelligence, de même que l'idée d'« aménagements raisonnables » traduisent la nécessité de cet arbitrage. Une législation anti-discrimination doit donc être comprise en référence à l'objectif plus large d'amélioration du sort du plus défavorisé en raison de ses circonstances, une amélioration qu'il n'est pas toujours possible de garantir via un accès *au travail*. Soulignons qu'il ne s'agit pas ici de sacrifier la justice sur l'autel de l'efficacité, mais d'arbitrer entre deux moyens complémentaires (accès à l'emploi et accès au revenu) en vue d'atteindre un seul objectif de *justice* (égalisation dworkinienne). C'est ainsi que l'on peut justifier l'apparente *sous-inclusivité* des listes de "motifs suspects" qui n'incluent pas l'intelligence.

16. C'est ce même type de travail qu'il appartient à une théorie de la justice d'effectuer par rapport au critère d'âge. Ce dernier est clairement une circonstance. Mais il présente des spécificités. *D'abord*, certains critères fondés sur l'âge sont pertinents – comme l'est l'intelligence – sur le plan de la productivité au travail. Ne pensons pas ici aux corrélations souvent simplistes entre âge et productivité individuelle. Envisageons plutôt l'idée d'une structure d'âge équilibrée dans une entreprise. Cette dernière permet un bon transfert entre travailleurs d'âge et d'ancienneté différents, des connaissances informelles propres à l'activité spécifique de l'entreprise. *Ensuite*, nous avons vu que l'âge, notamment par son caractère de « point sur une échelle », ne donne pas lieu à une superposition de désavantages *systématique* dans différentes sphères de l'existence, comme ce peut être le cas pour le genre et l'origine ethnique. La discrimination par l'âge n'est pas moins pratiquée dans les faits que les autres. Elle l'est d'ailleurs souvent de manière non voilée. Néanmoins, elle s'effectue sur des âges différents (18 ans, 65 ans, etc) et avec des orientations différentes (au bénéfice tantôt de ceux qui l'ont atteint, tantôt de ceux qui l'ont dépassé) en fonction des contextes. *Enfin*, nous avons insisté sur le caractère *changeant* de l'âge. Si certaines conditions sont satisfaites, la discrimination par l'âge peut ainsi ne conduire à aucun traitement différencié *sur les vies complètes*. L'imposition d'un âge de la retraite obligatoire peut donc constituer une forme de *partage* du travail entre cohortes de naissance. Un tel effet distributif nous semble indéniable, même si son ampleur est difficile à évaluer.

Ne faut-il pas dès lors conclure de ces trois considérations que, dans la mesure où elle inclurait l'âge, une liste de « motifs suspects » serait *sur-inclusive*, et ce malgré le fait que l'âge soit clairement une circonstance? Trois arguments pourraient être invoqués ici en vue du maintien du critère d'âge comme « motif suspect ». La *première* pointe le fait qu'une exclusion explicitement fondée sur l'âge peut avoir un effet stigmatisant sur les membres de la catégorie concernée. Pourtant, si l'on renonce à recourir au critère d'âge comme outil de distribution de l'accès au travail, deux effets sont possibles. Soit la distribution de l'accès à l'emploi en deviendra plus inégalitaire, soit elle se fera sur base d'autres critères dont l'effet ne serait pas nécessairement moins stigmatisant. La *seconde* raison possible de considérer

l'âge comme suspect consiste à contester l'idée selon laquelle une égalité *sur les vies complètes* serait suffisante. Cette critique est valide lorsqu'il s'agit par exemple de couverture des besoins de base, qui nous semble devoir être garantie *en continu*. Imposer une limite d'âge au RMI et à ses substituts ne serait pas spécialement *inégalitaire* si l'on considère les vies complètes. Cela n'en serait pas moins injuste sous un angle *suffisantiste*. Néanmoins, ceci n'implique pas à notre sens qu'un accès à *l'emploi* doive lui aussi être garanti sur toute la vie. La *troisième* raison possible d'un maintien de l'âge comme « motif suspect », consiste à montrer que, pour une série de raisons telles que des fluctuations du taux de chômage à travers le temps, des différences d'espérance de vie ou des modifications de règles basées sur l'âge, **une discrimination fondée sur l'âge conduira souvent, dans les faits, à un traitement différencié sur les vies complètes**¹⁴. Cette dernière raison, bien que la moins principielle, nous semble la plus sérieuse pour considérer comme problématique le recours au critère d'âge en matière d'accès à l'emploi.

S'il est donc justifié que le régime de l'âge soit *plus souple* – vu la caractéristique de « *point sur une échelle* » et le caractère *changeant* de l'âge –, son *inclusion dans la liste des "motifs suspects"* n'en reste pas moins tout à fait justifiée elle aussi, car le critère d'âge n'est *pas toujours* pertinent du point de vue de la productivité au travail ou parce que le caractère *changeant* de l'âge ne garantit *pas toujours* une égalité sur les vies complètes.

¹⁴ Voy. aussi A. Gosseries, « Discrimination par l'âge », in Bourdeau, V. & Merrill, R. (eds.), *DicoPo*, Dictionnaire de théorie politique (www.dicopo.org), 2007.