

Document 1 de 1

La Semaine Juridique Social n° 48, 29 Novembre 2011, 1546

## **Impact de la négociation collective sur le principe de non-discrimination en raison de l'âge**

**Commentaire par Emeric Jeansen  
maître de conférences, université Panthéon-Assas (Paris II)**

### **Discrimination**

#### Sommaire

**Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge s'oppose à ce qu'une convention collective stipule qu'à l'intérieur de chaque grade l'échelon de rémunération de base d'un agent contractuel du secteur public est déterminé, lors de son recrutement, en fonction de son âge.**

**Une convention collective peut remplacer un régime de rémunération instaurant une discrimination en fonction de l'âge par un régime de rémunération fondé sur des critères objectifs tout en maintenant, pour une période limitée, certains des effets discriminatoires du régime initial afin d'assurer aux agents en place la transition vers le nouveau régime sans qu'ils aient à subir une perte de revenus.**

CJUE, 8 sept. 2011, aff. C-297/10 et C-298/10, Mme H. et a. c/ Eisenbahn-Bundesamt et a.

### **LA COUR - (...)**

**1.** Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation des articles 21 et 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « charte ») ainsi que du principe de non-discrimination en fonction de l'âge et de la 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 (JO L 303, p. 16).

**2.** Ces demandes ont été présentées dans le cadre de litiges opposant deux agents contractuels du secteur public, Mme H. et M. M., à leurs employeurs respectifs l'Eisenbahn Bundesamt et le Land Berlin au sujet de la fixation du montant de leurs rémunérations (...)

### **Sur les questions préjudicielles**

#### *Observations liminaires*

**46.** Par ses questions préjudicielles, la juridiction de renvoi demande à la Cour d'interpréter le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré en droit primaire à l'article 21 de la charte, tel qu'il a été concrétisé par la directive 2000/78.

**47.** Il y a lieu de rappeler que la Cour a reconnu l'existence d'un principe de non-discrimination en fonction de l'âge qui doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union et qui a été concrétisé par la directive 2000/78 dans le domaine de l'emploi et du travail (voir, en ce sens, arrêt du 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, non encore publié au Recueil, point 21). L'interdiction de toute discrimination fondée, notamment, sur l'âge est incorporée à l'article 21 de la charte qui, à partir du 1er décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités.

**48.** Afin de répondre aux questions posées, il convient de vérifier si les mesures en cause au principal relèvent du champ d'application de la directive 2000/78.

**49.** À cet égard, il ressort tant de l'intitulé et du préambule que du contenu et de la finalité de cette directive que celle-ci tend à établir un cadre général pour assurer à toute personne l'égalité de traitement « en matière d'emploi et de travail », en lui offrant une protection efficace contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à son article 1<sup>er</sup>, au nombre desquels figure l'âge (voir arrêt du 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, non encore publié au Recueil, point 19).

**50.** Il découle de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de cette directive que celle-ci s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics en ce qui concerne, notamment, les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de rémunération.

**51.** Il ressort des informations fournies par la juridiction de renvoi que les mesures en cause au principal régissent le système de rémunération des agents contractuels du secteur public. Ainsi, ces mesures affectent les conditions de rémunération desdits agents, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78.

*Sur la première question dans l'affaire C-297/10 et la question unique dans l'affaire C-298/10*

**52.** Par sa première question dans l'affaire C-297/10 et sa question unique dans l'affaire C-298/10, rédigées dans des termes identiques, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si le principe de non-discrimination en fonction de l'âge consacré à l'article 21 de la charte et concrétisé par la directive 2000/78 et, plus particulièrement, les articles 2 et 6, paragraphe 1, de cette directive doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une mesure prévue pour une convention collective, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que, à l'intérieur de chaque grade, l'échelon de rémunération de base d'un agent contractuel du secteur public est déterminé, lors du recrutement de cet agent, en fonction de l'âge de celui-ci. Cette juridiction se demande en outre si, pour cette interprétation, il doit être tenu compte du droit de négocier des conventions collectives affirmé à l'article 28 de la charte.

**53.** Il convient, dans un premier temps, de rechercher si la réglementation en cause au principal contient une différence de traitement fondée sur l'âge au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2000/78. À cet égard, il y a lieu de rappeler que, aux termes de cette disposition, « on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> » de cette directive. L'article 2, paragraphe 2, sous a), de ladite directive précise que, pour les besoins de l'application de son paragraphe 1, une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre se trouvant dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> de la même directive (...)

**60.** Il convient, dans un second temps, d'examiner si cette différence de traitement est susceptible d'être justifiée au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 (...)

**65.** La Cour a itérativement jugé que les partenaires sociaux au niveau national peuvent, au même titre que les États membres, prévoir des mesures contenant des différences de traitement fondées sur l'âge, conformément à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78. Ils disposent, comme les États membres, d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser (voir arrêts

du 16 octobre 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, Rec. p. I-8531, point 68, et du 12 octobre 2010, Rosenbladt, C-45/09, non encore publié au Recueil, point 41). Dans le cadre de cette marge d'appréciation, il est nécessaire que la différence de traitement fondée sur l'âge soit appropriée et nécessaire à la réalisation de cet objectif.

**66.** La nature des mesures adoptées par voie de convention collective est différente de la nature de celles adoptées unilatéralement par voie législative ou réglementaire par les États membres en ce que les partenaires sociaux, en exerçant leur droit fondamental à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la charte, ont eu soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs (voir, en ce sens, arrêt Rosenbladt, précité, point 67 et jurisprudence citée).

**67.** Lorsque le droit à la négociation collective proclamé à l'article 28 de la charte relève des dispositions du droit de l'Union, il doit, dans le champ d'application dudit droit, être exercé conformément à celui-ci (voir, en ce sens, arrêts du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, dit « Viking Line », C-438/05, Rec. p. I-10779, point 44, et du 18 décembre 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Rec. p. I-11767, point 91).

**68.** Dès lors, lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive (voir, en ce sens, arrêt du 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, point 22).

**69.** Pour apprécier le caractère légitime de l'objectif poursuivi par la mesure en cause au principal et le caractère approprié et nécessaire de cette mesure pour la réalisation dudit objectif, il y a lieu de relever que la juridiction de renvoi et le gouvernement allemand exposent que cette rémunération plus élevée serait justifiée par l'expérience professionnelle plus longue de l'agent et récompenserait sa fidélité à l'entreprise. Par ailleurs, selon une partie de la doctrine et des juges du fond, la rémunération de base plus élevée dont bénéficient les agents plus âgés lors de leur recrutement viendrait en compensation de leurs besoins financiers qui seraient, dans la plupart des cas, plus élevés compte tenu de leur environnement social.

**70.** S'agissant de l'argument invoqué par le gouvernement allemand qui viserait à compenser les besoins financiers plus élevés des agents plus âgés, liés à l'environnement social de ces derniers, il convient, d'une part, de relever qu'il n'est pas démontré qu'il existe une corrélation directe entre l'âge des agents et leurs besoins financiers. Ainsi, un agent jeune peut avoir à supporter des charges de famille importantes alors qu'un agent plus âgé peut être célibataire et sans enfant à charge. D'autre part, la juridiction de renvoi a précisé que la rémunération de base des agents contractuels du secteur public est complétée par une prime dite « locale », dont le montant varie en fonction des charges familiales de l'agent.

**71.** Dans ses observations soumises à la Cour, le gouvernement allemand précise que le critère tiré de l'âge, retenu pour fixer la rémunération de base lors du recrutement, ne serait qu'une façon plus commode de constituer des catégories d'agents en tenant compte, de manière globale, de leur expérience professionnelle. Lors de la mise en place du régime résultant du BAT, il existait une relation directe entre l'âge des agents et les prestations dont ils s'acquittaient. Lorsque le recrutement a lieu après que l'agent a atteint l'âge de 31 ans (ou 35 ans), l'âge de l'agent ne détermine plus, à lui seul, la tranche d'âge de rémunération. Cela serait justifié par le fait que, à partir d'un certain moment, les personnes tardivement recrutées ne disposent pas d'une expérience professionnelle intégralement utile aux fins de l'activité qu'ils exerceront. Cette mesure remplirait donc un objectif légitime et serait appropriée et nécessaire.

**72.** Il ressort de ces observations que l'objectif mentionné tant par la juridiction de renvoi que par le gouvernement allemand consiste à vouloir établir un barème de rémunération des agents contractuels du secteur public dans le but de prendre en compte l'expérience professionnelle des agents. Cet objectif doit, en principe, être considéré comme justifiant « objectivement et raisonnablement », « dans le cadre du droit national », une différence de traitement

fondée sur l'âge, au sens de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78. Il y a lieu de rappeler que la Cour a reconnu que le fait de récompenser l'expérience acquise par un travailleur, laquelle met celui-ci en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, constitue, en règle générale un but légitime de politique salariale (voir arrêts du 3 octobre 2006, Cadman, C-17/05, Rec. p. I-9583, point 34, et du 18 juin 2009, Hütter, C-88/08, Rec. p. I-5325, point 47). Il s'ensuit que cet objectif est « légitime » au sens de cette disposition.

**73.** Encore faut-il vérifier, selon les termes mêmes de cette disposition, si, dans le cadre de la large marge d'appréciation reconnue aux partenaires sociaux et rappelée au point 65 du présent arrêt, les moyens mis en oeuvre pour réaliser cet objectif sont « appropriés et nécessaires ».

**74.** La Cour a reconnu que le recours au critère tiré de l'ancienneté est, en règle générale, approprié pour atteindre cet objectif car l'ancienneté va de pair avec l'expérience professionnelle (voir, en ce sens, arrêts du 17 octobre 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, points 24 et 25 ; Cadman, précité, points 34 et 35, ainsi que Hütter, précité, point 47).

**75.** Or, si la mesure en cause au principal permet à l'agent de gravir les échelons dans le grade auquel il appartient en fonction de l'avancement de son âge et donc de son ancienneté dans l'emploi, force est de constater que, lors de son recrutement, le classement initial à un échelon donné dans un grade donné d'un agent n'ayant aucune expérience professionnelle n'est fondé que sur son âge (...)

*Sur les deuxième et troisième questions dans l'affaire C-297/10*

**79.** Par ses deuxième et troisième questions dans l'affaire C-297/10, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi se demande, en substance, si les articles 2 et 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, ainsi que l'article 28 de la charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que les partenaires sociaux disposent d'une marge suffisante pour faire cesser la discrimination en fonction de l'âge en faisant passer les agents contractuels sous un nouveau régime conventionnel de rémunération qui se fonde sur des critères objectifs tout en maintenant, pour assurer la transition vers ledit nouveau régime conventionnel de rémunération, une inégalité de traitement entre employés d'âges différents si la discrimination qui en résulte est justifiée par la préservation des droits acquis, si celle-ci est progressivement réduite et si la seule autre solution envisageable serait de réduire la rémunération des agents plus âgés (...)

**84.** S'agissant de la question de savoir si le TVÜ-Bund instaure une différence de traitement fondée sur l'âge au sens de l'article 2, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/78, il ressort des constatations effectuées par la juridiction de renvoi que le classement des agents dans un échelon intermédiaire individuel assurait à l'agent une rémunération de référence dont le montant était équivalent à celui qu'il percevait dans le cadre du BAT. Or, la rémunération qui était perçue en application du BAT était composée principalement de la rémunération de base qui avait été calculée, lors du recrutement, exclusivement en fonction de l'âge de l'agent. Ainsi que la Cour l'a précisé au point 59 du présent arrêt, le mode de calcul de la rémunération de base instaurait une différence de traitement directement fondée sur le critère tiré de l'âge, au sens des dispositions de l'article 2, paragraphes 1 et 2, sous a), de la directive 2000/78. En prenant comme base de fixation de la rémunération de référence la rémunération perçue antérieurement, le système mis en place par le TVÜ-Bund a perpétué le fait que des agents perçoivent une rémunération moindre que celle perçue par d'autres agents alors qu'ils sont dans des situations comparables, cela uniquement en raison de l'âge qu'ils avaient lors de leur recrutement.

**85.** Cette différence de traitement est susceptible de se perpétuer dans le cadre du TVöD puisque, selon les indications fournies par la juridiction de renvoi, le reclassement définitif a été réalisé à partir de l'échelon intermédiaire individuel attribué à chaque agent dans le cadre du TVÜ-Bund.

**86.** Il ressort de ces considérations que tant dans le cadre du TVÜ-Bund que dans celui du TVöD, parmi les agents ayant été affectés par le passage du système de rémunération résultant du BAT à celui résultant du TVöD, certains

perçoivent une rémunération moindre que celle perçue par d'autres alors qu'ils sont dans des situations comparables, uniquement en raison de leur âge lors de leur recrutement, ce qui constitue une discrimination directe fondée sur l'âge, au sens de l'article 2 de la directive 2000/78.

**87.** Il convient donc d'examiner si cette différence de traitement fondée sur l'âge est susceptible d'être justifiée au regard de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive.

**88.** À cet effet, il y a lieu de rechercher, au regard des principes énoncés aux points 61 et 65 du présent arrêt, si la différence de traitement fondée sur l'âge contenue dans le TVÜ-Bund et, par voie de conséquence, dans le TVöD est une mesure qui poursuit un objectif légitime et qui est appropriée et nécessaire à la réalisation de cet objectif.

**89.** S'agissant de l'objectif poursuivi par les partenaires sociaux lors de la négociation du TVöD et du TVÜ-Bund, il ressort tant de la décision de renvoi que des observations du gouvernement allemand, que le reclassement des agents dans le nouveau régime conventionnel de rémunération a été effectué en s'assurant que les agents préserveraient leurs droits acquis et verraient leur rémunération antérieure maintenue.

**90.** À cet égard, dans le contexte d'une restriction à la liberté d'établissement, la Cour a jugé que la protection des droits acquis par une catégorie de personne constitue une raison impérieuse d'intérêt général justifiant cette restriction, à condition toutefois que la mesure restrictive n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette protection (voir, en ce sens, arrêt du 6 décembre 2007, Commission/Allemagne, C-456/05, Rec. p. I-10517, points 63 et 65).

**91.** Il apparaît, s'agissant des dispositions des conventions collectives en cause au principal, que les partenaires sociaux ont eu pour objectif de remplacer un régime conventionnel de rémunération fondé, en grande partie, sur l'âge et, à ce titre, discriminatoire, par un nouveau régime fondé sur des critères objectifs. Selon les informations fournies à la Cour par le gouvernement allemand, si le passage du système institué par le BAT à celui résultant du TVöD s'était effectué sans mesures transitoires, 55 % des agents contractuels de l'État fédéral auraient subi une perte moyenne mensuelle de revenus de 80 euros. Afin de pallier cet inconvénient, les partenaires sociaux ont prévu le maintien des rémunérations antérieures. Selon le gouvernement allemand, l'élaboration d'un régime transitoire tendant à la protection des avantages acquis a fait partie intégrante du compromis trouvé entre les partenaires sociaux lors de la conclusion du TVöD.

**92.** À cet égard, la Cour a jugé que le fait de laisser aux partenaires sociaux le soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs offre une flexibilité non négligeable, chacune des parties pouvant, le cas échéant, dénoncer l'accord (voir arrêts précités Palacios de la Villa, point 74, et Rosenbladt, point 67). Il apparaît donc que le maintien des rémunérations antérieures et, par voie de conséquence, celui d'un régime discriminatoire en fonction de l'âge ont eu pour objectif d'éviter des pertes de rémunérations et étaient déterminants pour permettre aux partenaires sociaux de réaliser le passage du système institué par le BAT à celui résultant du TVöD. Le régime transitoire du TVÜ-Bund doit, par conséquent, être considéré comme poursuivant un objectif légitime, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

**93.** Encore faut-il vérifier, selon les termes mêmes de cette disposition, si les moyens mis en oeuvre pour réaliser ces objectifs sont appropriés et nécessaires.

**94.** À cet égard, la juridiction de renvoi fait valoir que le seul moyen permettant d'éviter une réduction des rémunérations des agents était le classement à un échelon intermédiaire individuel assurant une rémunération correspondant à celle précédemment perçue.

**95.** Il y a lieu de relever que le système de reclassement des agents mis en oeuvre par le TVöD et le TVÜ-Bund ne concerne que les agents déjà en place.

**96.** Par ailleurs, à la suite du reclassement définitif, la rémunération des agents évoluera en fonction des seuls

critères prévus par le TVöD, au rang desquels l'âge ne figure pas. Il en résulte que les effets discriminatoires ont vocation à disparaître au fur et à mesure de l'évolution de la rémunération des agents.

**97.** Par son caractère transitoire et limité dans le temps, cette situation se distingue de celle ayant donné lieu à l'arrêt du 1er mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a. (C-236/09, non encore publié au Recueil, point 32), dans lequel la Cour a jugé qu'une possibilité de déroger, sans limitation dans le temps, au principe de non-discrimination en raison du sexe, était contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes.

**98.** Il apparaît donc qu'il n'était pas déraisonnable, pour les partenaires sociaux, d'adopter les mesures transitoires mises en place par le TVÜ-Bund et que celles-ci sont appropriées pour éviter une perte de revenus aux agents contractuels de l'État fédéral et qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, compte tenu de la large marge d'appréciation reconnue aux partenaires sociaux dans le domaine de la fixation des rémunérations (...)

**Par ces motifs, (...) dit pour droit :**

1) Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge consacré à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et concrétisé par la 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, et, plus particulièrement, les articles 2 et 6, paragraphe 1, de cette directive doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une mesure prévue par une convention collective, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que, à l'intérieur de chaque grade, l'échelon de rémunération de base d'un agent contractuel du secteur public est déterminé, lors du recrutement de cet agent, en fonction de l'âge de celui-ci. À cet égard, le fait que le droit de l'Union s'oppose à ladite mesure et que celle-ci figure dans une convention collective ne porte pas atteinte au droit de négocier et de conclure des conventions collectives reconnu à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

2) Les articles 2 et 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ainsi que l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une mesure prévue par une convention collective, telle que celle en cause au principal dans l'affaire C-297/10, qui remplace un régime de rémunération instaurant une discrimination en fonction de l'âge par un régime de rémunération fondé sur des critères objectifs, tout en maintenant, pour une période transitoire et limitée dans le temps, certains des effets discriminatoires du premier de ces régimes afin d'assurer aux agents en place la transition vers le nouveau régime sans qu'ils aient à subir une perte de revenus.

**Note :**

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne expose, en son article 21, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Déclinaison en est donnée, dans les relations de travail, avec la 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 (*JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16*) qui étend notamment l'interdiction de discrimination aux « conditions d'emploi et de travail, y compris aux conditions de rémunération » (*dir. 2000/78/CE, 27 nov 2000, art. 3, § 1, c*). Ce principe général du droit européen peut entrer en conflit avec l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaissant le droit de négocier des accords collectifs. La liberté contractuelle dans l'élaboration des normes professionnelles qui en résulte est-elle limitée par l'interdiction de prévoir des normes discriminatoires ? Avec cet arrêt du 8 septembre 2011, la Cour de justice, interrogée sur la licéité et les conditions de révision d'un accord collectif contenant une grille de rémunération dans laquelle l'âge est un élément déterminant du montant du salaire, tente de concilier ces deux règles.

## 1. La validité de l'accord contenant une prescription fondée sur l'âge

La caractérisation d'une discrimination par la Cour de justice suppose que trois conditions soient remplies. Est d'abord recherchée l'existence d'une différence de traitement. En cas de réponse positive, la poursuite d'un objectif légitime est une cause justificative si les moyens utilisés pour l'atteindre sont appropriés et légitimes. Semblable contrôle est opéré par la Cour de cassation qui recherche, en présence d'une différence de traitement, si celle-ci repose « sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (not. *Cass. soc.*, 1er juill. 2009, n° 07-42.675 : *JurisData* n° 2009-048964 ; *JCP S* 2009, 1451, note E. Jeansen). L'utilisation d'un vocabulaire différent par les deux juridictions ne doit pas cacher une communauté de méthode dans le contrôle de licéité.

**L'existence d'une différence de traitement.** - La recherche d'une différence de traitement nous apparaît sujette à arbitraire. Elle ne dépend que du choix prétorien du périmètre des situations comparables. Concernant la convention collective prévoyant que les règles d'avancement sont établies en fonction de l'âge, aucune différence de traitement n'est à signaler entre salariés du même âge. En revanche, deux salariés d'âge différent, embauchés à la même date, sont traités différemment malgré leur situation comparable. L'argument défendu par les signataires du texte litigieux selon lequel les salariés d'âge différent ne sont pas dans une situation comparable en raison « des besoins plus élevés des agents plus âgés » (*arrêt commenté*, pt. 70) n'est pas retenu par la Cour de justice. La différence de traitement est ainsi caractérisée.

Poser le principe selon lequel la prise en compte d'un motif interdit par l'article 1er de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 (la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) fait présumer l'existence d'une discrimination, licite si elle poursuit un objectif légitime, serait plus conforme à l'exigence de sécurité juridique. La difficulté résiderait exclusivement dans la détermination d'une liste limitative de ces motifs. Celle établie par le législateur européen dans la directive précitée ne vise ni la discrimination en fonction du sexe ni celle fondée sur le statut des salariés (contrat à durée déterminée ou indéterminée) par ailleurs combattues. La liste établie par la loi française à l'article L. 1132-1 du Code du travail est également apparue trop restrictive puisque la Cour de cassation l'a étendue en prenant en compte l'appartenance à une catégorie professionnelle (*S. Pereira, Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective : JCP S* 2011, 1436).

**La justification par la poursuite d'un objectif légitime.** - La différence de traitement fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle (*dir. 2000/78, préc.*, art. 6, § 1). Cette obligation de justification vaut que la différence de traitement soit établie par une source publique (législative, réglementaire ou administrative) ou professionnelle (conventionnelle). Dès lors, l'équilibre contractuel ne justifie jamais, à lui seul, une différence de traitement. Cet avis est partagé par les juridictions interne et européenne. L'affirmation de l'arrêt Hennigs selon laquelle « la nature des mesures adoptées par voie de convention collective est différente de la nature de celles adoptées unilatéralement par voie législative ou réglementaire par les États membres en ce que les partenaires sociaux, en exerçant leur droit fondamental à la négociation collective reconnu à l'article 28 de la Charte, ont eu soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs » (*arrêt commenté*, pt. 66) ne modifie pas l'analyse. Le contrôle de la convention collective litigieuse, opéré par le juge européen, n'est pas différent de celui mené en présence d'une disposition législative. Dans les deux cas, la Cour de justice vérifie que les intérêts poursuivis sont légitimes ; elle ne présume pas ce caractère. En témoigne également l'absence de justification avancée par la Cour de justice qui, après avoir caractérisée la discrimination, affirme que « le fait que le droit de l'Union s'oppose à ladite mesure et que celle-ci figure dans une convention collective ne porte pas atteinte au droit de négocier et de conclure des conventions collectives reconnu à l'article 28 de la charte » (*arrêt commenté*, pt. 78).

L'arrêt apporte tout de même un enseignement intéressant la légitimité des objectifs visés : « le fait de récompenser l'expérience acquise par un travailleur [...] constitue en règle générale un but légitime de politique sociale » (*arrêt commenté*, pt. 72). Le raisonnement de la Cour de cassation est conforme au droit européen puisque, au titre des motifs légitimes, sont visées « notamment, les spécificités des conditions d'exercice des fonctions des uns et des autres » (*Cass.*

*soc. 8 juin 2011 : JCP S 2011, 1321, note J. Daniel*), dont l'expérience est une composante.

**La justification par l'emploi de moyens appropriés et nécessaires.** - La vérification que les mesures prises sont appropriées et nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi doit être conduite en deux temps : d'abord la recherche du caractère approprié du moyen utilisé, c'est-à-dire l'existence d'un lien entre l'objectif poursuivi et les moyens mis en oeuvre, ensuite la recherche du caractère nécessaire de la mesure, c'est-à-dire la proportionnalité des moyens utilisés avec la réalisation de l'objectif poursuivi. Sur ce point non plus, aucune différence de méthode n'apparaît selon que la différence de traitement résulte d'une source négociée ou unilatérale.

En l'espèce, la Cour retient que la prise en compte de l'âge comme élément déterminant le montant du salaire dépasse ce qui est nécessaire et approprié pour prendre en compte l'expérience des salariés. La discrimination est caractérisée.

## 2. La révision de l'accord contenant une prescription fondée sur l'âge

Conscients de la présence d'une discrimination dans la convention litigieuse, les partenaires sociaux ont engagé sa révision. À titre transitoire, les rémunérations acquises sont préservées. Il en résulte que la différence de traitement prohibée au stade de l'exécution de l'accord est maintenue pour la durée de la mise en oeuvre de l'accord de révision. Une discrimination est-elle à ce titre caractérisée ?

Au stade de la révision, la présence de la mesure litigieuse dans un accord collectif a un impact sur la caractérisation de la discrimination. L'objectif consistant à préserver les droits acquis des salariés est reconnu comme légitime lorsqu'il est poursuivi par les partenaires sociaux : le maintien d'un système discriminatoire est déterminant « pour permettre aux partenaires sociaux de réaliser le passage du système institué par » l'ancien accord au nouveau (*arrêt commenté, pt. 92*). En outre, le maintien de la rémunération antérieure est un moyen « approprié pour éviter une perte de revenus » qui « ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif » (*arrêt commenté, pt. 98*). Par l'ensemble des précisions apportées, la Cour de justice semble limiter son propos aux révisions d'accord collectif ; la législation qui maintiendrait une discrimination, même pour une durée limitée, devrait certainement être considérée comme contraire au droit européen.

L'enseignement à tirer de l'arrêt commenté est que la tolérance, annoncée par l'arrêt du 12 octobre 2010 (*CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09*) et reprise par cet arrêt, concernant le contrôle de licéité des accords collectifs contenant une différence de traitement reposant sur un motif interdit, n'a aucun effet au stade de la conclusion ou de l'exécution de l'accord. Elle trouve application avec la révision des accords collectifs. Partenaires sociaux, engagez au plus vite la révision des accords collectifs contenant des différences de traitement entre salariés placés dans des situations comparables, vos initiatives sont encouragées par le juge européen !

**Discrimination. - Discrimination fondée sur l'âge. - Droit européen. - Convention collective prévoyant une différence d'échelon et de rémunération en fonction de l'âge. - Discrimination injustifiée. - Maintien de l'accord le temps de sa révision**

**Droit social européen. - Discrimination. - Convention collective prévoyant une différence d'échelon et de rémunération en fonction de l'âge. - Discrimination fondée sur l'âge injustifiée. - Maintien de l'accord le temps de sa révision**

**Conventions et accords collectifs. - Contenu. - Différence de traitement en fonction de l'âge en matière d'échelon et de rémunération. - Discrimination injustifiée contraire au droit européen. - Maintien de l'accord le temps de sa révision**

**Textes :** Dir. 2000/78, 27 nov. 2000.

**Encyclopédies :** Travail Traité, Fasc. 92-10, par Bernard Teyssié

© LexisNexis SA