

2

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ÂGE DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

Célia ZIMBILE*

aspirante du F.R.S.-FNRS à l'Université de Liège

Sommaire

Introduction	78
Section 1	
Rappel succinct des règles de répartition de la charge de la preuve	80
Section 2	
La justification des distinctions fondées sur l'âge	82
Section 3	
La justification des distinctions multiples	97
Conclusion	102

* Au moment de la rédaction de cette contribution, Célia Zimbile était assistante à l'Université de Liège et avocate au barreau de Liège-Huy.

Introduction

1. La protection des travailleurs contre les discriminations sur la base de leur âge est relativement récente. Au niveau européen, l'âge est considéré comme un critère protégé depuis l'adoption 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 (ci-après, « la directive » ou « la directive 2000/78/CE »)¹. La directive protège le critère de l'âge en ne distinguant pas entre les traitements défavorables subis par les personnes âgées et ceux subis par les personnes jeunes². En droit belge, l'âge est protégé depuis l'adoption de la loi du 25 février 2003³ qui sera suivie par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (ci-après, « la loi » ou « la loi du 10 mai 2007 »)⁴.

Avant cela, il n'existait pas de principe d'égalité sur la base de l'âge : seuls les travailleurs âgés étaient protégés contre la discrimination dans le processus d'embauche, en vertu de la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi⁵. Dans le cadre du recrutement et de la sélection du personnel, elle faisait interdiction à l'employeur de fixer une limite d'âge maximale à partir de laquelle un candidat ne peut plus poser sa candidature ou ne serait plus pris en considération pour l'entrée en service, à moins que cette limite d'âge soit imposée par une disposition légale⁶. En dehors de cette protection spécifique, on constate que de nombreux barèmes de rémunération étaient échelonnés en fonction de l'âge⁷ ou de la qualité de jeune travailleur⁸, ce qui témoigne d'une pratique sectorielle répandue et acceptée⁹.

Le critère de l'âge se distingue des autres critères protégés sur au moins deux points. Premièrement, il n'est pas une caractéristique immuable : il change chaque année¹⁰. Un travailleur est donc amené, au cours de sa vie, à bénéficier des avantages, mais également à subir les inconvénients liés à son

¹ S. FREDMAN, *Discrimination law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 165.

² C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 391.

³ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

⁴ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁵ P. JOASSART, « La prohibition de la discrimination et les barèmes liés à l'âge : *summum ius, summa injuria* ? », *J.T.T.*, 2008, p. 233.

⁶ Art. 2 à 11 de la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, abrogés par l'article 50 de loi du 10 mai 2007 précitée.

⁷ P. JOASSART, « La prohibition de la discrimination et les barèmes liés à l'âge : *summum ius, summa injuria* ? », *op. cit.*, pp. 233-237.

⁸ J.-Fr. NEVEN, C. LORGEUX et Fr. LAMBINET, « Les conventions collectives de travail à l'épreuve des principes d'égalité et de non-discrimination », in E. Dermine et J.-Fr. Neven (dir.), *Le droit social sectoriel, un monde méconnu*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 76 et s.

⁹ Voy. J. CLESSE, « Les barèmes de rémunération : la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination », *Rev. Dr. ULiège*, 2017, n° 1, pp. 31-37.

¹⁰ C. BARNARD, *EC Employment Law*, *op. cit.*, p. 391.

âge¹¹. À titre d'exemple, les jeunes travailleurs sont parfois perçus comme moins fiables, consciencieux ou courageux que les travailleurs plus âgés, mais comme plus flexibles que ces derniers. Les travailleurs âgés peuvent être vus comme plus lents pour acquérir de nouvelles compétences ; ils se voient offrir moins d'opportunités de formation car le retour sur investissement de l'employeur est plus faible ; s'ils perdent leur emploi, il leur est plus difficile de réintégrer le marché du travail¹². Deuxièmement, tout individu est caractérisé par ce critère protégé. On ne compare donc pas une personne qui présente le critère protégé avec une personne qui ne le présente pas. Il s'agit de comparer des personnes qui sont toutes caractérisées par ce critère, mais dont l'âge est différent.

Conscient des spécificités du critère de l'âge, les législateurs européen et belge lui ont réservé un sort particulier en ce qui concerne les justifications des distinctions¹³. Après avoir rappelé brièvement les règles de preuve applicables en matière de discrimination (section 1), cette contribution étudie les modes de justification des distinctions fondées sur l'âge par l'analyse de la jurisprudence récente, c'est-à-dire publiée entre 2020 et 2024, en ce qui concerne les relations de travail au sens de la loi du 10 mai 2007, ce qui inclut tant le travail subordonné dans le secteur public et dans le secteur privé que le travail indépendant (section 2). Nous terminerons par l'étude des justifications applicables aux distinctions multiples, c'est-à-dire fondées sur plusieurs critères protégés, en identifiant les difficultés qui pourraient survenir en pratique (section 3).

En étudiant les modes de justification des différences de traitement fondées sur l'âge, cette contribution s'intéresse plus à la mécanique des systèmes de justification qu'à la conclusion des cours et tribunaux (discrimination ou absence de discrimination). L'on tentera de comprendre l'origine, le fonctionnement et l'articulation de ces modes de justification à l'aune de la jurisprudence de la Cour de justice qui guide les juges dans leur interprétation de la loi belge lorsque, comme en matière de discrimination, elle est le fruit de la transposition du droit européen.

¹¹ A. BLACKHAM, *Reforming age discrimination Law : beyond individual enforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 50.

¹² M. FREEDLAND et L. VICKERS, « Age discrimination and EU labour rights law », in A. Bogg, C. Costello et A.C.L. Davies (éd.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 532 et 536 ; S. FREDMAN, *Discrimination law*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 161-162.

¹³ Voy. le considérant 25 de la directive 2000/78/CE.

Section 1

Rappel succinct des règles de répartition de la charge de la preuve

2. En matière de discrimination, des règles particulières de preuve sont d'application. Le travailleur ou le candidat malheureux qui s'estime victime d'une discrimination doit apporter la preuve de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur un critère protégé. S'il y parvient, naîtra alors une présomption de discrimination qu'il reviendra à l'employeur de renverser en établissant qu'il n'y a pas de distinction ou qu'elle est justifiée¹⁴. Le travailleur ne peut pas se contenter d'allégations, il doit prouver les faits qu'il invoque¹⁵. Selon les cas, la présomption de discrimination naît soit grâce à un faisceau d'indices, c'est-à-dire plusieurs éléments convergeant dans le sens de l'existence d'une discrimination, soit grâce à un seul fait¹⁶. La loi précise qu'en cas de discrimination directe, ces faits peuvent notamment être ceux qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé ou que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence¹⁷. La doctrine qualifie ces modes de preuve de tests de récurrence et de tests de comparabilité¹⁸. En matière de discrimination indirecte, la lecture de la loi nous enseigne que la victime peut notamment produire des statistiques¹⁹. Rien ne fait cependant obstacle à ce que ces statistiques soient également utilisées dans le cadre des discriminations directes²⁰. Les statistiques ainsi utilisées

¹⁴ Art. 28, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 33, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; art. 30, § 1^{er}, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

¹⁵ F. KÉFER, « La présomption de discrimination et la collecte des informations et documents en possession de l'employeur », in J. Ringelheim, S. Van Drooghenbroeck, J. Vrielink et P. Wautelet (éd.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination – Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Anvers-Gand-Cambridge, Larcier-Intersentia, 2023, n° 3.

¹⁶ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », in P. Wautelet et J. Ringelheim (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, coll. CUP, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 142-144.

¹⁷ Art. 28, § 2, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 33, § 2, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; art. 30, § 2, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

¹⁸ Sur les tests de récurrence et de comparabilité, voy. J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 145-152 ; M. ASSELBOURG et M. BORRES, « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer une discrimination », in D. Castiaux (dir.), *Quinze années d'application des lois anti-discrimination*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 75-81.

¹⁹ Art. 28, § 3, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 33, § 3, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; art. 30, § 3, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

²⁰ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 165-166 ; M. ASSELBOURG et M. BORRES, « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer une discrimination », *op. cit.*, p. 81.

doivent être suffisamment qualitatives, notamment en termes de représentativité de l'échantillon utilisé²¹. Dans les faits, il semblerait que les statistiques soient peu, voire pas utilisées comme mode de preuve²².

3. Plusieurs décisions publiées sur la période étudiée constatent que le demandeur ne parvient pas à apporter la preuve de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, car le seul élément invoqué est le fait d'avoir été licencié à un certain âge, par exemple à 60 ans²³, à 61 ans²⁴, ou à 53 ans²⁵. Or, le simple fait d'avoir subi un traitement défavorable à un stade avancé de sa carrière, voire en fin de carrière, ne permet pas de faire naître la présomption de discrimination.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 4 janvier 2022, un travailleur invoquait une tendance de son employeur à licencier des travailleurs de plus de 55 ans, lui-même étant âgé de 59 ans au moment de son licenciement. Il faisait état d'une dizaine de collègues concernés. La cour n'a pas jugé que ces éléments étaient suffisants pour faire naître la présomption de discrimination. Dans son appréciation, elle a tenu compte du fait que l'unité technique d'exploitation à laquelle appartenait le demandeur comptait 1.618 travailleurs, et l'analyse des données relatives aux licenciements opérés la même année ne permettait pas de déceler un traitement défavorable des travailleurs plus âgés, notamment car une portion importante des licenciements concernait des travailleurs de moins de 50 ans. La demande du travailleur a dès lors été déclarée non fondée²⁶.

4. On relève également des décisions où le demandeur a réussi à apporter la preuve qui lui incombe. Ainsi, la cour du travail de Bruxelles a-t-elle accueilli, au titre de preuve de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination sur la base de l'âge et de l'état de santé, un compte-rendu de réunion duquel il résultait que les licenciements envisagés viseraient les travailleurs qui auraient atteint l'âge de 60 ans à une certaine date et qui présenteraient des problèmes physiques indépendants de leur volonté²⁷.

Dans d'autres cas, ce sont des courriels très explicites qui ont été jugés suffisants pour faire naître la présomption de discrimination. Par exemple, la cour du travail de Bruxelles a tenu compte d'un courriel destiné à la direction, mais envoyé par erreur à la candidate et libellé comme suit : « Aussi plus de 50 ans.

²¹ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », *op. cit.*, pp. 166-167; M. ASSELBOURG et M. BORRES, « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer une discrimination », *op. cit.*, pp. 81-84.

²² S. VAN DROOGHENBROECK, *Country report non-discrimination : Belgium*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2024, p. 37.

²³ Trib. trav. Gand, division de Gand, 2^e ch. G, 14 octobre 2021, *R.A.B.G.*, 2023, n^{os} 4-5, p. 367.

²⁴ C. trav. Bruxelles, 4^e ch., 20 décembre 2022, *Sem. soc.*, 2023, n^o 28.

²⁵ C. trav. Bruxelles, 3^e ch., 22 juin 2023, R.G. n^o 2021/AB/788, disponible sur www.unia.be.

²⁶ C. trav. Bruxelles, 3^e ch., 4 janvier 2022, disponible sur www.unia.be.

²⁷ C. trav. Bruxelles, 4^e ch., 7 décembre 2021, *J.T.T.*, 2022, p. 362.

Connaissance informatique bof, bof. Et signe son mail ci-dessous “Mme”. Soit non »²⁸. Dans une autre espèce, il s’agissait d’un courriel envoyé sciemment au candidat et énonçant clairement que l’employeur recherchait « sans discrimination » un profil plus jeune pour le poste²⁹. Nous y reviendrons (*cf. infra*, n° 10).

Les offres d’emploi faisant référence à un profil junior ou senior sont fréquentes. Selon le tribunal du travail de Gand, division de Saint-Nicolas, le terme junior ne renvoie pas à l’âge, mais à l’ampleur de l’expérience, l’annonce indiquant explicitement qu’aucune expérience n’est requise pour le poste. Le fait de produire une offre d’emploi qui fait référence à un profil junior ne permet donc pas de faire naître la présomption de discrimination. Dans cette affaire, l’on notera que le tribunal a tout de même constaté l’existence d’une présomption de discrimination car il ressortait d’échanges de courriels que l’employeur était à la recherche d’un candidat de son âge, c’est-à-dire d’une trentaine d’années³⁰.

Enfin, la cour du travail de Bruxelles a considéré que le travailleur apporte la preuve qui lui incombe en produisant une lettre de licenciement qui fait référence à sa retraite prochaine³¹.

Section 2

La justification des distinctions fondées sur l’âge

5. Après avoir dressé un aperçu des modes de justification susceptibles de trouver application en matière de discrimination fondée sur l’âge, l’analyse se concentrera sur quelques modes de justification particuliers qui ont été exploités par la jurisprudence étudiée.

A. Aperçu général des modes de justification

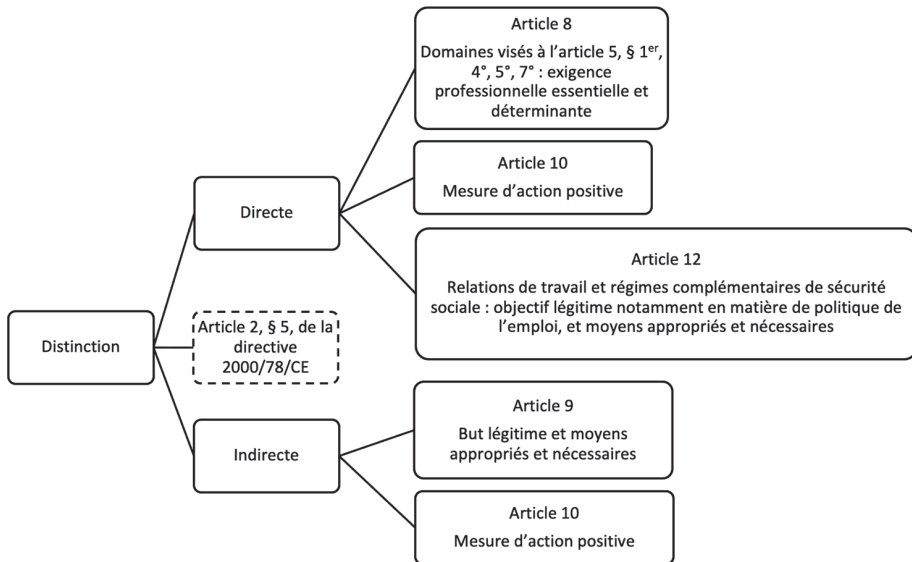
6. Les distinctions fondées sur un critère protégé ne sont pas des discriminations si elles sont justifiées. Le critère de l’âge connaît des modes de justification différents selon qu’il s’agit d’une distinction directe ou indirecte, et selon que celle-ci s’opère dans l’un ou l’autre domaine qui relève du champ d’application de la loi. Ces modes de justification peuvent être schématiquement résumés comme suit :

²⁸ C. trav. Bruxelles, 4^e ch., 31 janvier 2023, *J.L.M.B.*, 2023, n° 37, p. 1665.

²⁹ Trib. trav. Anvers, division de Hasselt, 1^{er} ch., 2 août 2023, R.G. n° 22/926/A, disponible sur www.unia.be.

³⁰ Trib. trav. Gand, division de Saint-Nicolas, 2^e ch. S, 8 mai 2023, R.G. n° 21/156/A, disponible sur www.unia.be. Ce jugement est frappé d’appel.

³¹ C. trav. Bruxelles, 3^e ch., 12 mars 2024, R.G. n° 2022/AB/637, disponible sur www.unia.be. Voy. *contra* Trib. trav. Liège, division de Liège, 6^e ch., 11 octobre 2024, R.G. n° 23/2324/A, inédit : un centre de formation avait annoncé par écrit ne pas reconduire le contrat de travail d’un formateur dès lors qu’il avait atteint l’âge légal de la pension. Le tribunal a considéré que le travailleur était en défaut d’apporter la preuve de faits qui permettraient de présumer l’existence d’une discrimination. Ce jugement n’est pas définitif.



Le principe est contenu à l'article 7 de la loi : les distinctions directes sont des discriminations directes, à moins qu'elles soient objectivement justifiées par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires. L'article 8 de la loi y déroge en prévoyant que dans les domaines visés à l'article 5, paragraphe 1^{er}, 4^o (les régimes complémentaires de sécurité sociale), 5^o (les relations de travail) et 7^o (l'affiliation à une organisation professionnelle), une distinction directe fondée sur l'âge peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

En ce qui concerne plus précisément les relations de travail et les régimes complémentaires de sécurité sociale, le législateur belge a saisi la possibilité offerte par l'article 6 de la directive 2000/78/CE en prévoyant à l'article 12 de la loi que « par dérogation à l'article 8 et sans préjudice des autres dispositions du titre II, une distinction directe fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires »³². Le fait que l'article 12 dise déroger à l'article 8 pourrait laisser penser que seul l'article 12 s'applique pour justifier les distinctions directes fondées sur l'âge. Tel n'est cependant pas le cas. L'on aura l'occasion de revenir sur l'articulation de ces deux dispositions (*cf. infra*, n° 21).

³² Art. 12 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Les distinctions indirectes sont quant à elles visées par l'article 9 de la loi. Elles ne sont pas constitutives de discrimination si elles sont objectivement justifiées par un but légitime et si les moyens pour atteindre ce but sont appropriés et nécessaires. Sur la période étudiée, il n'y a, à notre connaissance, pas de jurisprudence publiée qui constaterait l'existence d'une distinction indirecte justifiée ou non par l'application de l'article 9. L'on n'y consacrerait donc pas de développements spécifiques.

Par ailleurs, il existe un mode de justification commun aux distinctions directes et indirectes : elles ne sont pas considérées comme des discriminations si elles peuvent s'analyser comme des mesures d'action positive au sens de l'article 10 de la loi. Ce mode de justification peu usité sera brièvement évoqué au sujet de la justification des distinctions multiples (*cf. infra*, n° 28).

Enfin, on relèvera que l'article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78/CE prévoit qu'elle « ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cette disposition qui n'a pas été transposée en droit belge³³ n'est pas un mode de justification en tant que tel, mais elle retiendra notre attention dès lors que, sur la période étudiée, elle a permis à une réglementation nationale d'échapper à la critique de la Cour de justice (*cf. infra*, n° 22).

B. Exigences professionnelles essentielles et déterminantes (art. 8)

7. Dans les relations de travail notamment, les distinctions directes fondées sur l'âge peuvent être justifiées par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Définie par la directive puis par la loi, cette notion s'entend comme une caractéristique déterminée liée à l'âge qui est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, à condition que l'exigence repose sur un objectif légitime et qu'elle soit proportionnée par rapport à celui-ci.

La Cour de justice a récemment eu l'occasion de rappeler que ce n'est pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement (en l'occurrence, l'âge) qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, mais bien une caractéristique liée à ce motif³⁴. Une caractéristique fréquemment

³³ S. VAN DROOGHENBROECK, *Country report non-discrimination : Belgium*, *op. cit.*, p. 81.

³⁴ C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897, point 45; C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910, point 52. Voy. aussi C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias*, 15 novembre 2016, C-258/15, EU:C:2016:873, point 33.

associée à l'âge est la possession de capacités physiques ou intellectuelles particulières. La différence de traitement fondée sur l'âge pourrait donc être justifiée si le poste à pourvoir exige des capacités physiques ou intellectuelles que les personnes d'un certain âge ont perdues et si les autres conditions d'application de ce mode de justification sont rencontrées.

8. Dans trois décisions prononcées au cours de la période étudiée, les différents employeurs invoquaient cette caractéristique pour justifier la fixation d'un âge maximal pour le recrutement de travailleurs.

C'est ainsi que la Cour de justice a eu à connaître de deux litiges à la suite du lancement, par le ministère de l'intérieur italien, de concours visant l'attribution de postes de commissaires de police³⁵ et de psychologues au sein de la police³⁶. En vertu d'un décret ministériel, la participation à ces concours était conditionnée au fait d'avoir entre 18 ans et moins de 30 ans, sauf cas particuliers non applicables en l'espèce. Deux candidats âgés de plus de 30 ans se sont plaints de cette restriction liée à l'âge qu'ils considéraient comme discriminatoire. Dans les deux cas, la Cour de justice constate une différence de traitement directement fondée sur l'âge, et elle examine si elle peut être justifiée au regard de l'article 4 de la directive, c'est-à-dire par une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

S'agissant du concours visant l'attribution de postes de commissaires de police, elle affirme que, pour l'exercice de la fonction de policier, « le fait de posséder des capacités physiques particulières pour pouvoir accomplir des missions de la police telles que celles d'assurer la protection des personnes et des biens, de garantir le libre exercice des droits et des libertés de chacun ainsi que de veiller à la sécurité des citoyens peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante »³⁷. En l'espèce, les parties s'opposaient quant à la nature des postes de commissaire à pourvoir. La juridiction de renvoi affirmait qu'il s'agissait d'une fonction de direction de nature administrative, alors que le gouvernement italien soutenait que les commissaires de police exercent des fonctions opérationnelles. Ce point doit être tranché par la juridiction nationale, qui doit établir si la possession de capacités physiques particulières est une exigence professionnelle essentielle et déterminante eu égard aux fonctions effectivement exercées de façon habituelle par les commissaires de police³⁸. Dans l'affirmative, il ne suffit pas de constater l'existence d'une telle exigence. Encore faut-il qu'elle poursuive un objectif légitime et qu'elle soit proportionnée. Le fait d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement des services de police est un objectif légitime, mais la juridiction de renvoi

³⁵ C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897.

³⁶ C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910.

³⁷ C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897, point 47;

C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910, point 54.

³⁸ C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897, points 51 et 52.

doit vérifier que les moyens pour l'atteindre sont proportionnés, en appréciant si les capacités physiques exigées sont exceptionnellement élevées et si l'épreuve physique éliminatoire prévue dans le cadre du concours ne constitue pas une mesure adéquate et moins contraignante que la fixation d'un âge maximal pour participer au concours³⁹. Le gouvernement italien invoquait aussi, en tant qu'objectif légitime, la nécessité d'abaisser la moyenne d'âge au sein de la police. À cet égard également, la Cour de justice renvoie à l'appréciation factuelle du juge national, tout en lui indiquant certains éléments à vérifier pour apprécier s'il s'agit d'un objectif légitime et si l'exigence est proportionnée⁴⁰. Si la juridiction de renvoi constate que les fonctions exercées par les commissaires de police n'exigent pas de capacités physiques particulières, il ne peut alors être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La différence de traitement ne peut pas être justifiée. Il en va de même si de telles capacités physiques sont exigées, mais que l'exigence est disproportionnée au regard de l'objectif légitime poursuivi.

La troisième affaire concernait un concours en vue du recrutement de psychologues. La Cour de justice s'est fondée sur l'affirmation de la juridiction de renvoi selon laquelle les fonctions exercées sont essentiellement de nature technico-scientifique pour conclure que le fait de posséder des capacités physiques particulières ne peut être une exigence professionnelle essentielle et déterminante dans ce cas⁴¹. La Cour de justice n'identifiant aucune autre caractéristique liée à l'âge qui pourrait constituer une telle exigence, elle conclut que la différence de traitement ne peut être justifiée sur la base de l'article 4 de la directive⁴².

9. Le Conseil d'État a également été amené à se prononcer dans un litige concernant une limite d'âge maximale pour le recrutement⁴³. La commission paritaire à laquelle ressortit Skeyes, entreprise publique autonome chargée d'assurer la sécurité du trafic aérien belge, décide de limiter le recrutement des aspirants-contrôleurs aériens aux personnes âgées de maximum 25 ans. À la suite de la publication au *Moniteur belge* d'un concours de recrutement mentionnant comme condition de participation d'être âgé de minimum 18 ans et de maximum 25 ans, Monsieur Leys voit sa candidature rejetée au motif qu'il dépasse la limite d'âge. Il conteste cette décision devant le Conseil d'État. Skeyes fait valoir que le fait de posséder des capacités cognitives adéquates est une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour la fonction de contrôleur aérien et que cette exigence est notamment liée à l'âge des candidats. Des études scientifiques auraient en effet démontré que l'âge affecte ces capacités relativement tôt. Le Conseil d'État affirme que le fait de posséder des capacités

³⁹ *Ibid.*, points 55 à 62.

⁴⁰ *Ibid.*, points 63 à 70.

⁴¹ C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910, points 55 et 56.

⁴² *Ibid.*, points 57 à 59.

⁴³ C.E., 9^e ch., 27 octobre 2022, *Leys c. Skeyes*, n° 254.911.

cognitives adéquates est une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 8, paragraphes 1^{er} et 2, de la loi du 10 mai 2007, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par Monsieur Leys. Cela étant, il relève que Skeyes fonde son argumentation sur des études scientifiques qui ne sont pas versées au dossier de la procédure. Le Conseil d'État n'est donc pas mis en mesure de comprendre pourquoi la limite d'âge est fixée précisément à 25 ans, et il est privé de la possibilité d'apprécier s'il ne peut pas être tenu compte d'autres facteurs que l'âge pour évaluer les capacités cognitives des candidats. Il conclut dès lors que la fixation d'un âge maximal n'est pas objectivement justifiée. Elle est donc constitutive d'une discrimination⁴⁴.

10. Dans la jurisprudence récente, on ne relève pas d'autres caractéristiques liées à l'âge qui auraient été considérées comme des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Ainsi, dans deux arrêts précédemment évoqués, la cour du travail de Bruxelles a considéré qu'il revenait à l'employeur de prouver que la distinction était justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, mais a fait droit aux demandes des travailleurs car l'employeur n'invoquait aucun élément à cet égard⁴⁵. Dans un jugement du 2 août 2023, le tribunal du travail d'Anvers, division de Hasselt, a considéré que l'employeur, un bureau de communication spécialisé en communication numérique à la recherche d'un responsable du marketing numérique, ne prouve pas que l'exigence d'être un « *digital native* », bien que s'agissant d'une caractéristique liée à l'âge, est essentielle et déterminante pour la fonction concernée. Le refus d'embaucher un candidat d'une quarantaine d'années au motif qu'un profil plus jeune, qui utilise de manière intensive les réseaux sociaux, est recherché constitue donc une discrimination⁴⁶.

C. Objectif légitime de politique sociale et moyens appropriés et nécessaires (art. 12)

1. Introduction

11. Le considérant 25 de la directive 2000/78/CE énonce que « l'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du

⁴⁴ *Ibid.*, §§ 18 à 23.

⁴⁵ C. trav. Bruxelles, 4^e ch., 7 décembre 2021, *J.T.T.*, 2022, p. 362; C. trav. Bruxelles, 4^e ch., 31 janvier 2023, *J.L.M.B.*, 2023, n° 37, p. 1665.

⁴⁶ Trib. trav. Anvers, division de Hasselt, 1^{re} ch., 2 août 2023, R.G. n° 22/926/A, disponible sur www.unia.be.

travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites »⁴⁷. L'article 6 de la directive prévoit dès lors un mode spécifique de justification des différences de traitement fondées sur l'âge par un objectif légitime et des moyens pour l'atteindre appropriés et nécessaires. Il fournit quelques exemples de différences de traitement dont il peut s'agir, telles que des conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle pour les jeunes ou les travailleurs âgés en vue d'assurer leur protection, la fixation de conditions minimales d'âge pour l'accès à un emploi ou encore la fixation d'un âge minimum pour le recrutement en raison de la formation requise pour le poste ou de la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite⁴⁸. Cette disposition est singulière en ce qu'elle s'applique aux distinctions directes et indirectes⁴⁹, alors que, dans le dispositif anti-discrimination européen, la justification par un objectif légitime est habituellement réservée aux distinctions indirectes⁵⁰. Comme le souligne la section de législation du Conseil d'État, « la directive permet donc un système de justification ouvert où le motif de justification classique qui s'applique en cas de discrimination indirecte vaut en cas de distinction directe basée sur l'âge »⁵¹.

12. L'article 6 de la directive est transposé en droit belge par l'article 12 de la loi du 10 mai 2007. Ce dernier a vocation à s'appliquer aux rapports horizontaux, c'est-à-dire dans le cadre de litiges entre particuliers⁵². Compte tenu des objectifs légitimes énoncés par ces deux dispositions, à savoir des objectifs légitimes de politique de l'emploi ou du marché du travail ou des objectifs comparables, on peut se demander si ce mode de justification a été conçu par le législateur européen pour s'appliquer dans le cadre de relations horizontales⁵³. Ils paraissent en effet s'adresser moins aux employeurs individuels qu'à l'État⁵⁴. Cette question avait déjà été soulevée par la section de législation du Conseil

⁴⁷ Considérant 25 de la directive 2000/78/CE.

⁴⁸ Art. 6 de la directive 2000/78/CE.

⁴⁹ Voy. C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 297; C. BARNARD, « The Silence of the Charter : Social Rights and the Court of Justice », in S. de Vries, U. Bernitz et S. Weatherill (éd.), Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 184.

⁵⁰ L. VICKERS, « Comparative Discrimination Law : Age as a Protected Ground », *Brill Research Perspectives in Comparative Discrimination Law*, 2018, n° 7, pp. 29-30, disponible sur <https://radar.brookes.ac.uk/radar/file/e6f7fe7f-1810-49a3-ab66-a0539766c946/1/Age%20as%20protected%20ground%20-%202018%20-%20Vickers.pdf>; J.-Fr. NEVEN, C. LORGEUX et Fr. LAMBINET, « Les conventions collectives de travail à l'épreuve des principes d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 71.

⁵¹ Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, avis du Conseil d'État n° 41.417 à 41.420, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/001, p. 159.

⁵² J. CLESSE et F. KÉFER, « L'interdiction de la discrimination sur la base de l'âge dans les relations de travail belges », in E. Dirix et Y.-H. Leleu (éd.), *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 666.

⁵³ M. DE VOS, « De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de Wet Bestrijding Discriminatie », in E. Brems et M. De Vos (éd.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 96-97.

⁵⁴ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, *op. cit.*, p. 301; P. JOASSART, « La prohibition de la discrimination et les barèmes liés à l'âge : *summum ius, summa injuria* ? », *op. cit.*, p. 236.

d'État au moment de l'élaboration de ce qui deviendra la loi du 10 mai 2007. Elle avait invité l'auteur de l'avant-projet à fournir plus d'explications⁵⁵. En commission, le ministre a confirmé que l'article 12 s'applique dans le cadre de litiges horizontaux, mais il n'a pas justifié sa position⁵⁶.

13. Se pose donc la question de savoir si l'article 12 de la loi est conforme à l'article 6 de la directive⁵⁷, ce qui suppose de déterminer avec précision la portée de ce dernier. Le libellé de l'article 6 n'exclut pas explicitement une application dans des litiges horizontaux, si ce n'est qu'il fait référence à une justification objective et raisonnable, « dans le cadre du droit national », par un objectif légitime. Face à ces incertitudes, seule une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice peut éclairer les contours de l'article 6. Sans réaliser une étude jurisprudentielle exhaustive – tel n'est pas notre propos –, nous allons aborder l'arrêt *Age Concern* du 5 mars 2009, qui aide à cerner la notion d'objectifs légitimes de politique sociale. L'on s'attachera ensuite à étudier les décisions rendues sur la période étudiée.

2. La notion d'objectifs légitimes de politique sociale

14. Dans l'arrêt *Age Concern*, la Cour de justice a eu à connaître d'une réglementation britannique qui transposait l'article 6 de la directive sans énoncer les types de différences de traitement fondées sur l'âge susceptibles d'être justifiées par un objectif légitime. Le juge anglais s'interrogeait sur la question de savoir si l'article 6 de la directive devait être interprété comme obligeant les États membres à établir une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. Tout en convenant que le législateur national n'est pas contraint d'établir une telle liste, la Cour affirme qu'« il ressort de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE que les objectifs pouvant être considérés comme "légitimes" au sens de cette disposition, et, par voie de conséquence, aptes à justifier qu'il soit dérogé au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, sont des objectifs relevant de la politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. Par leur caractère d'intérêt général, ces objectifs légitimes se distinguent de motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité, sans qu'il soit pour autant possible d'exclure qu'une règle nationale

⁵⁵ Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, avis du Conseil d'État n° 41.417 à 41.420, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/001, pp. 159-160.

⁵⁶ Voy. J.-Fr. NEVEN, C. LORGEUX et Fr. LAMBINET, « Les conventions collectives de travail à l'épreuve des principes d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 74.

⁵⁷ Sans se prononcer sur la possibilité d'appliquer l'article 6 de la directive à des litiges horizontaux, Sébastien Van Drooghenbroeck écrit que l'article 12 de la loi, qui implique une approche au cas par cas, semble compatible avec les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci* de la Cour de justice de l'Union européenne : S. VAN DROOGHENBROECK, *Country report non-discrimination : Belgium*, *op. cit.*, p. 75.

reconnaisse, dans la poursuite desdits objectifs légitimes, un certain degré de flexibilité aux employeurs »⁵⁸.

La juridiction nationale se demandait également si les conditions d'application de l'article 6 de la directive diffèrent significativement de celles de l'article 2, paragraphe 2, b), concernant la justification des distinctions directes. En analysant cette question, la Cour affirme que l'article 6 de la directive « s'adresse aux États membres et leur impose, nonobstant la large marge d'appréciation dont ils disposent en matière de politique sociale, la charge d'établir la légitimité de l'objectif poursuivi à concurrence d'un seuil probatoire élevé »⁵⁹.

3. La jurisprudence de la Cour de justice concernant l'article 6 de la directive 2000/78/CE

15. Au cours de la période étudiée, la Cour de justice a eu plusieurs fois à se prononcer sur l'application de l'article 6 de la directive⁶⁰. Dans tous les cas qui lui ont été soumis, était en cause une réglementation nationale consacrant ou autorisant une différence de traitement sur la base de l'âge, si bien que la question de l'applicabilité horizontale de l'article 6 de la directive n'a pas été abordée.

Dans un arrêt du 27 février 2020⁶¹, la Cour de justice a eu à connaître d'une mesure qui accordait à des fonctionnaires et à des juges un rappel de rémunération calculé selon un pourcentage de la rémunération précédemment reçue et qui avait été fixée selon des échelons de traitement liés à l'âge, en application d'une réglementation nationale jugée discriminatoire par la Cour de justice. En raison de ce lien avec l'ancienne loi nationale, la Cour constate que la mesure opère une nouvelle différence de traitement sur la base de l'âge.

Dans un arrêt du 2 avril 2020⁶², la commune de Gesturi, en Italie, avait lancé un appel à manifestation d'intérêt concernant une mission d'étude et de conseil pour le centre de recyclage communal. Un candidat n'a pas pu participer à la procédure car il était retraité du secteur public, et l'appel excluait explicitement la participation des travailleurs à la retraite, conformément au décret-loi réglementant l'attribution des missions d'étude et de conseil. La Cour considère qu'il y a une différence de traitement indirectement fondée sur l'âge, puisque la retraite est accessible aux personnes ayant travaillé un certain nombre d'années et ayant atteint un certain âge.

⁵⁸ C.J.U.E., arrêt *Age Concern*, 5 mars 2009, C-388/07, EU:C:2009:128, point 46.

⁵⁹ *Ibid.*, point 65.

⁶⁰ Outre les décisions analysées, voy. également le très technique arrêt du 20 avril 2023 concernant une réforme du régime de rémunération de fonctionnaires qui faisait référence à l'ancienneté fixée selon un régime antérieur de rémunération jugé discriminatoire : C.J.U.E., arrêt *FW et CE c. Landespolizeidirektion Niederösterreich et Finanzamt Österreich*, 20 avril 2023, C-650/21, EU:C:2023:300.

⁶¹ C.J.U.E., arrêt *TK, UL et VM c. Land Sachsen-Anhalt*, 27 février 2020, C-773/18 et C-775/18, EU:C:2020:125.

⁶² C.J.U.E., arrêt *CO c. Comune di Gesturi*, 2 avril 2020, C-670/18, EU:C:2020:272.

Dans l'arrêt *Olympiako*⁶³, un travailleur du secteur public avait été placé sous le régime de réserve de main d'œuvre, destiné aux travailleurs proches du départ à la retraite à taux plein, ce qui suppose d'avoir atteint l'âge minimal de 58 ans et d'avoir été affilié à un régime de sécurité sociale pendant au moins 35 ans. Cela a entraîné une réduction de sa rémunération et l'a privé d'une indemnité de rupture au moment de la cessation de la relation de travail. Le travailleur s'est alors plaint d'une discrimination sur la base de l'âge. La Cour y voit en effet une différence de traitement fondée sur l'âge, car l'une des conditions pour être placé sous le régime de réserve de main-d'œuvre y a directement trait.

La Cour a également vu une différence de traitement fondée sur l'âge dans le cadre d'un concours en vue de nommer des notaires auquel pouvaient participer uniquement les personnes qui n'avaient pas atteint l'âge de 50 ans⁶⁴. Il en a été de même pour des concours auxquels seuls les candidats âgés de 18 ans à moins de 30 ans pouvaient participer. Il s'agit de l'arrêt et l'ordonnance *Ministerio dell'Interno* précédemment évoqués⁶⁵.

16. Les enseignements suivants peuvent être tirés d'une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice.

La Cour de justice reconnaît une large marge de manœuvre aux États membres pour déterminer les objectifs légitimes qui peuvent être poursuivis en application de l'article 6 de la directive, mais également en ce qui concerne les moyens d'atteindre ces objectifs⁶⁶. À cet égard, un manque de précision de la réglementation nationale quant aux objectifs poursuivis n'est pas un obstacle, pour autant que d'autres éléments permettent d'identifier l'objectif poursuivi et d'assurer un contrôle juridictionnel⁶⁷.

Ainsi, elle a reconnu comme légitimes les objectifs suivants : assurer une rémunération adéquate aux fonctionnaires et aux juges du Land de Saxe-Anhalt⁶⁸ ; assurer le renouvellement du personnel par le recrutement de personnes

⁶³ C.J.U.E., arrêt *AB c. Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, 15 avril 2021, C-511/19, EU:C:2021:274.

⁶⁴ C.J.U.E., arrêt *Ministero della Giustizia c. GN*, 3 juin 2021, C-914/19, EU:C:2021:430. Voy. également, concernant une loi allemande fixant une limite d'âge maximale à 60 ans pour la première nomination à un poste d'avocat-notaire : C.J.U.E., arrêt *Rechtsanwältin und Notarin c. Präsidentin des Oberlandesgerichts Hamm*, 17 octobre 2024, C-408/23, EU:C:2024:90.

⁶⁵ C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897 ; C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910.

⁶⁶ C.J.U.E., arrêt *TK, UL et VM c. Land Sachsen-Anhalt*, 27 février 2020, C-773/18 et C-775/18, EU:C:2020:125, point 42 ; C.J.U.E., arrêt *CO c. Comune di Gesturi*, 2 avril 2020, C-670/18, EU:C:2020:272, point 42 ; C.J.U.E., arrêt *AB c. Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, 15 avril 2021, C-511/19, EU:C:2021:274, point 30 ; C.J.U.E., arrêt *Ministero della Giustizia c. GN*, 3 juin 2021, C-914/19, EU:C:2021:430, point 30 ; C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897, point 75 ; C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910, point 63.

⁶⁷ C.J.U.E., arrêt *Ministero della Giustizia c. GN*, 3 juin 2021, C-914/19, EU:C:2021:430, point 32.

⁶⁸ C.J.U.E., arrêt *TK, UL et VM c. Land Sachsen-Anhalt*, 27 février 2020, C-773/18 et C-775/18, EU:C:2020:125, point 44.

jeunes⁶⁹ ; établir une structure d'âge équilibrée entre jeunes fonctionnaires et fonctionnaires plus âgés afin, notamment, de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes⁷⁰ ; assurer la stabilité de l'exercice de la profession de notaire pendant une durée significative avant la retraite, protéger le bon fonctionnement des prérogatives notariales et faciliter le renouvellement générationnel ainsi que le rajeunissement de cette profession⁷¹ ; veiller à ce que le travailleur ait la formation requise pour le poste concerné ou veiller à une période d'emploi raisonnable avant la retraite⁷². En tout état de cause, l'objectif poursuivi ne doit pas être purement budgétaire⁷³. Dans l'arrêt *Olympiako*, la Cour de justice constate qu'en instaurant un régime de réserve de main d'œuvre, la Grèce poursuit un objectif de réduction des dépenses publiques pour se conformer aux engagements qu'elle a pris vis-à-vis de ses créanciers. Même si cet objectif est susceptible d'avoir une influence en matière d'emploi, il ne saurait à lui seul justifier une différence de traitement fondée sur l'âge⁷⁴.

Pour que la différence de traitement soit justifiée, encore faut-il que les moyens pour mettre en œuvre ces objectifs légitimes soient appropriés et nécessaires. La Cour laisse souvent à la juridiction nationale le soin de vérifier si tel est le cas, mais elle offre tout de même quelques indications pour guider le juge national dans son appréciation⁷⁵.

Ainsi, dans les litiges concernant la cessation de l'activité professionnelle à un certain âge, la Cour est attentive – ou invite le juge national à l'être – au droit de travailler consacré par l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a une valeur de droit primaire depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁷⁶. Elle considère en effet que « l'interdiction de discrimination en fonction de l'âge doit être lue à la lumière du droit de travailler reconnu à l'article 15, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux. Il en résulte qu'une attention particulière doit être accordée à la participation des travailleurs âgés à la vie professionnelle et, par là même, à la vie économique, culturelle et sociale. Le maintien de ces personnes dans la vie active favorise notamment la diversité dans l'emploi. L'intérêt que représente le maintien en activité desdites personnes doit cependant être pris en compte dans le

⁶⁹ C.J.U.E., arrêt *CO c. Comune di Gesturi*, 2 avril 2020, C-670/18, EU:C:2020:272, point 36.

⁷⁰ *Ibid.*, point 38 ; C.J.U.E., arrêt *AB c. Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, 15 avril 2021, C-511/19, EU:C:2021:274, point 40.

⁷¹ C.J.U.E., arrêt *Ministero della Giustizia c. GN*, 3 juin 2021, C-914/19, EU:C:2021:430, point 40.

⁷² C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897, point 77 ; C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910, point 65.

⁷³ C.J.U.E., arrêt *CO c. Comune di Gesturi*, 2 avril 2020, C-670/18, EU:C:2020:272, point 34.

⁷⁴ C.J.U.E., arrêt *AB c. Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, 15 avril 2021, C-511/19, EU:C:2021:274, point 36.

⁷⁵ Sur la tendance de la Cour de justice à confier l'appréciation de la proportionnalité au juge national, voy. D. MARTIN, « Contrôle de proportionnalité des discriminations et politique sociale des États membres – Réflexions à partir de l'arrêt *Age Concern* », *J.T.T.*, 2009, pp. 241-247.

⁷⁶ A. BAILLEUX, « Préambule », in F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 9.

respect d'autres intérêts éventuellement divergents »⁷⁷. Par cette référence à la Charte, la Cour de justice met en exergue la dimension particulière des différences de traitement fondées sur l'âge : les travailleurs âgés qui se voient contraints de cesser leur activité professionnelle se trouvent privés des ressources financières que leur procurait leur travail, sans que cela soit toujours intégralement compensé par le versement d'une pension de retraite, tandis que le maintien au travail des travailleurs plus âgés entrave l'accès à l'emploi des travailleurs plus jeunes, ce qui a également des répercussions financières pour ces derniers. Il s'agit finalement d'arbitrer une opposition d'intérêts entre travailleurs jeunes et travailleurs âgés et de déterminer quelle personne, du travailleur plus jeune ou du travailleur plus âgé, a le plus besoin de travailler⁷⁸.

4. La jurisprudence des cours et tribunaux belges concernant l'article 12 de la loi du 10 mai 2007

17. Sur la période étudiée, on relève plusieurs décisions à l'occasion desquelles les juges ont fait application de l'article 12 de la loi. Parmi elles, trois décisions présentent un contexte factuel comparable. Des médecins exercent leurs fonctions à titre indépendant dans un hôpital en vertu d'une convention de prestation de services⁷⁹. Ces conventions contiennent une clause de terme selon laquelle le contrat prend fin de plein droit le premier jour du mois qui suit celui où le médecin atteint l'âge légal de la pension⁸⁰, ou lorsque le médecin atteint l'âge de 65 ans⁸¹ ou de 67 ans⁸², sauf dérogations qui n'avaient pas été accordées en l'espèce. Ces clauses sont adoptées en vertu d'une loi qui vise à rationaliser et optimiser le fonctionnement des hôpitaux, et qui leur impose d'élaborer une réglementation générale concernant leurs rapports juridiques avec les médecins qui doit obligatoirement déterminer les cas dans lesquels il peut être mis fin à la relation de travail entre le médecin et l'hôpital. Les médecins y voyaient une discrimination fondée sur l'âge. Dans les trois arrêts, les cours du

⁷⁷ C.J.U.E., arrêt *CO c. Comune di Gesturi*, 2 avril 2020, C-670/18, EU:C:2020:272, point 44; C.J.U.E., arrêt *Ministero della Giustizia c. GN*, 3 juin 2021, C-914/19, EU:C:2021:430, point 44; C.J.U.E., arrêt *AB c. Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, 15 avril 2021, C-511/19, EU:C:2021:274, point 46.

⁷⁸ C. BARNARD, « The Silence of the Charter : Social Rights and the Court of Justice », *op. cit.*, pp. 185-188; F. KÉFER et F. DACHOUFFE, « Article 15. Droit de travailler et liberté professionnelle », in F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 387-393. Voy. également E. DEWHURST, « Inter-generational Balance, Mandatory Retirement and Age Discrimination In Europe : How Can The ECJ Better Support National Courts in Finding a Balance between The Generations », *Common Market Law Review*, 2013, n° 50, pp. 1333-1362.

⁷⁹ Voy. également C. trav. Liège, division de Liège, 4^e ch., 21 octobre 2019, R.G. n° 17/87/A, inédit. Dans cet arrêt, la cour du travail distingue deux différences de traitement, l'une résultant de la dissolution de plein droit du contrat en vertu de la clause de terme, l'autre résultant du refus d'accorder une autorisation d'exercer pendant une certaine période au-delà de l'âge prévu par la clause.

⁸⁰ C. trav. Bruxelles, 9^e ch., 5 septembre 2023, R.G. n° 2021/AB/758, disponible sur www.unia.be.

⁸¹ C. trav. Gand, 4^e ch., 4 septembre 2020, *T. Gez.*, 2024, n° 2, p. 139.

⁸² C. trav. Bruxelles, 10^e ch., 24 avril 2023, R.G. n° 2020/AB/158, disponible sur www.unia.be.

travail considèrent que les médecins apportent la preuve de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination directe. Il revient donc aux hôpitaux de prouver que la distinction est justifiée.

Les trois décisions justifient plus ou moins longuement l'utilisation de l'article 12 comme mode de justification de la distinction. Dans l'arrêt du 4 septembre 2020, la cour du travail de Gand résume la portée de l'article 12 en indiquant que le législateur belge a interprété la directive comme permettant à l'employeur de déterminer lui-même les objectifs légitimes de politique sociale susceptibles de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge. Dans l'arrêt du 24 avril 2023, une chambre francophone de la cour du travail de Bruxelles considère que la distinction peut être justifiée soit par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, soit par un objectif légitime visé à l'article 12 de la loi. La cour semble ainsi admettre les deux modes de justification indistinctement. Selon elle, dès lors que les hôpitaux n'agissent pas dans leur intérêt propre mais sont investis d'une mission d'intérêt général, ils doivent pouvoir invoquer des objectifs liés à cette mission en tant qu'objectifs légitimes. Enfin, dans l'arrêt du 5 septembre 2023, une chambre néerlandophone de la cour du travail de Bruxelles affirme également qu'il existe deux modes de justification : l'exigence professionnelle essentielle et déterminante ou un objectif légitime au sens de l'article 12 de la loi. L'hôpital invoquant l'article 12, la cour rappelle qu'il s'agit de la transposition de l'article 6 de la directive et que la Cour de justice a interprété cette disposition comme visant des objectifs d'intérêt général dans son arrêt *Age Concern*. Elle considère que les objectifs légitimes en lien avec la mission d'intérêt général exercée par l'hôpital doivent pouvoir être invoqués par lui en application de l'article 12.

Dans les trois décisions, les principaux objectifs légitimes retenus sont la nécessité de garantir la continuité du service et des soins de qualité, ainsi que d'assurer le renouvellement des cadres. Après une analyse détaillée de chaque cas d'espèce et la vérification du caractère approprié et nécessaire de la mesure, les trois arrêts considèrent que la distinction est justifiée et qu'il n'y a donc pas de discrimination⁸³.

18. Dans le jugement précité du 8 mai 2023 où l'employeur était à la recherche d'un profil junior, le tribunal du travail de Gand, division de Saint-Nicolas, affirme que la distinction directe fondée sur l'âge peut être justifiée soit au moyen d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, soit par un objectif légitime visé à l'article 12. L'employeur n'invoquait pas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, mais bien un objectif légitime consistant à donner une chance aux profils avec moins d'expérience. Le tribunal considère qu'il s'agit d'un objectif légitime, mais qui n'était pas celui recherché en l'espèce

⁸³ Sur le même sujet, voy. F. DEWALLENS et K. RAYMAEKERS, « Nooit te oud om te leren? Over de geoorlooftheid van het verschil in behandeling van zelfstandige ziekenhuisartsen op grond van leeftijd », *T. Gez.*, 2014-2015, n° 3, pp. 213-218.

car il ressort des pièces du dossier que l'employeur était en réalité à la recherche d'un travailleur d'une trentaine d'années. La distinction n'est donc pas justifiée, et le tribunal conclut à l'existence d'une discrimination⁸⁴.

19. Enfin, dans un arrêt du 12 mars 2024 déjà évoqué, un travailleur est licencié par son employeur – une A.S.B.L. – en raison de l'atteinte de l'âge de la pension légale. Il considère que son licenciement est discriminatoire. La cour constate que deux modes de justification sont pertinents : les exigences professionnelles essentielles et déterminantes et l'objectif légitime visé à l'article 12 de la loi du 10 mai 2007. La cour considère que l'employeur démontre que la différence de traitement est justifiée par un objectif légitime en matière de politique de l'emploi, à savoir la promotion de l'emploi des jeunes. Dans l'appréciation du caractère approprié et nécessaire des moyens pour atteindre ce but – c'est-à-dire le licenciement des travailleurs qui atteignent l'âge légal de la retraite –, la cour relève qu'il s'agit d'un moment charnière qui n'est pas déraisonnable. Il ne peut donc être question d'une discrimination⁸⁵.

5. Conclusion

20. La question de l'application de l'article 6 de la directive à des litiges horizontaux est controversée en doctrine. Certains avancent qu'il peut être invoqué par les employeurs privés dans le cadre d'un litige avec un candidat ou un travailleur⁸⁶. Pour d'autres, il s'adresse exclusivement aux États membres. Dès lors, pour être justifiée, la différence de traitement – même si elle est mise en œuvre par l'employeur – doit résulter d'une règle nationale qui poursuit un objectif légitime en matière de politique de l'emploi⁸⁷. Comme on l'a vu, la jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas de prendre position car toutes les affaires dont la Cour a eu à connaître concernaient une règle nationale consacrant ou autorisant une différence de traitement fondée sur l'âge. La question demeure intacte tant que la Cour de justice n'est pas saisie à titre préjudiciel quant à l'interprétation à donner à l'article 6 de la directive.

21. Il y a moins de doutes quant au fait que le législateur belge a voulu transposer l'article 6 de la directive de manière à permettre aux employeurs individuels d'invoquer un objectif légitime en matière de politique sociale pour justifier une distinction directement fondée sur l'âge⁸⁸. Les distinctions directes fondées

⁸⁴ Trib. trav. Gand, division de Saint-Nicolas, 2^e ch. S, 8 mai 2023, R.G. n° 21/156/A, disponible sur www.unia.be. Ce jugement est frappé d'appel.

⁸⁵ C. trav. Bruxelles, 3^e ch., 12 mars 2024, R.G. n° 2022/AB/637, disponible sur www.unia.be.

⁸⁶ C. BARNARD, *EC Employment Law*, op. cit., p. 416.

⁸⁷ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, op. cit., pp. 298-302; T. BOMBOIS, « L'arrêt *Age Concern* : radioscopie flou(té)e de l'article 6 de la directive 2000/78 », *Cah. dr. eur.*, 2009, n° 3-4, pp. 598-599.

⁸⁸ Voy. C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, op. cit., p. 299; A. WITTERS et I. VERHELST, « Nieuwe discriminatieregels in arbeidzaken », *Oriëntatië*, 2007, n° 7, p. 177; J.-Fr. NEVEN, C. LORGEUX et Fr. LAMBINET, « Les conventions collectives de travail à l'épreuve des principes d'égalité et de non-discrimination », op. cit., p. 74.

sur l'âge peuvent donc être justifiées au moyen d'une exigence professionnelle et déterminante ou, alternativement, par un objectif légitime en matière de politique de l'emploi. Cela signifie que les deux modes de justification coexistent⁸⁹, malgré la formulation malencontreuse de l'article 12 de la loi⁹⁰, qui dit déroger à l'article 8 de cette même loi et qui, de ce fait, donne la fausse impression de ne laisser subsister que la justification sur la base de l'article 12.

Si les deux modes de justification coexistent, la question de leur articulation est plus délicate. Il est dans l'intérêt du travailleur de soutenir que l'article 8 s'applique, puisque la justification par une exigence professionnelle essentielle et déterminante est plus difficile pour l'employeur. Ce dernier a quant à lui intérêt à invoquer le système de justification ouvert prévu par l'article 12, ce qui augmente ses chances de succès⁹¹. La jurisprudence publiée au cours de la période étudiée ne permet pas de comprendre les raisons qui conduisent les cours et tribunaux à privilégier une justification plutôt qu'une autre. Dans ce contexte, on ne peut qu'encourager les juges à être plus prolixes, le cas échéant en s'inspirant de la méthode utilisée par la Cour de justice qui, dans plusieurs arrêts, vérifie d'abord si une justification est possible sur la base de l'article 4 de la directive (exigence professionnelle essentielle et déterminante) et, dans la négative, si elle est possible sur la base de l'article 6 de la directive (objectif légitime en matière de politique sociale)⁹².

D. La protection des droits et libertés d'autrui

22. Comme on l'a vu, l'article 2, paragraphe 5, de la directive 2000/78/CE prévoit qu'elle « ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cette disposition largement formulée a été insérée dans les dernières heures de négociation de la directive pour éviter que certaines personnes « dangereuses », comme les membres d'une secte malfaisante, puissent en tirer une protection⁹³.

⁸⁹ S. SOTTIAUX, « De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht », in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (éd.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination/De nieuwe federale anti-discriminatiewetten*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Charte, 2008, p. 254; J. CLESSE et F. KÉFER, « L'interdiction de la discrimination sur la base de l'âge dans les relations de travail belges », *op. cit.*, pp. 664-666; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, Anvers-Gand-Cambridge, Intersentia, 2020, p. 24.

⁹⁰ En comparaison, l'article 6 de la directive (concernant la justification par un objectif légitime en matière de politique sociale) n'indique pas déroger à l'article 4 de la directive (concernant la justification par une exigence professionnelle essentielle et déterminante).

⁹¹ C. BARNARD, *EC Employment Law*, *op. cit.*, p. 416.

⁹² Voy. par exemple C.J.U.E., arrêt *VT c. Ministero dell'Interno*, 17 novembre 2022, C-304/21, EU:C:2022:897; C.J.U.E., ord. *Ministero dell'Interno c. PF*, 17 novembre 2022, C-569/21, EU:C:2022:910.

⁹³ E. ELLIS et P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 402-404.

Elle permet de préserver de la censure de la Cour de justice les dispositions de droit interne qui instaurent une différence de traitement en poursuivant l'un des objectifs qu'elle énonce, comme l'illustre un arrêt du 7 décembre 2023. Dans cette affaire, la Cour était interrogée à titre préjudiciel dans le cadre d'un litige entre un prestataire de services d'assistance et de conseil aux personnes handicapées et une personne – J.M.P. – dont la candidature pour un poste d'assistant personnel d'une étudiante handicapée de 28 ans avait été rejetée. Le candidat malheureux se plaignait d'une discrimination fondée sur l'âge, car le profil recherché devait avoir de préférence entre 18 ans et 30 ans. La législation nationale permettait la prise en compte des souhaits individuels de la personne handicapée bénéficiant de l'assistance, pour autant qu'ils soient légitimes et raisonnables. La Cour constate d'abord que le motif de rejet de la candidature de J.M.P. est son âge. Il s'agit donc d'une distinction directe fondée sur ce critère protégé, dont il faut vérifier si elle peut être justifiée au regard de la directive. La Cour relève que la différence de traitement résulte de la législation nationale qui poursuit un objectif de protection des droits et libertés d'autrui, puisqu'elle tend à protéger l'autodétermination des personnes handicapées en garantissant leur libre choix et l'expression de leurs souhaits. Elle vérifie ensuite si la différence de traitement est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Sous réserve de vérifications à effectuer par la juridiction de renvoi, la Cour conclut que la différence de traitement paraît nécessaire puisque l'étudiante handicapée a besoin d'une assistance quotidienne et que la préférence d'âge s'explique par le fait que l'assistant personnel doit pouvoir s'intégrer facilement dans son environnement personnel, social et universitaire. La différence de traitement est donc susceptible d'être justifiée au regard de l'article 2, paragraphe 5⁹⁴.

Section 3

La justification des distinctions multiples

A. Notions

23. Lorsqu'un travailleur est discriminé sur la base de l'âge, il se peut qu'il le soit aussi sur la base d'un autre critère protégé tel que le sexe, l'origine ethnique, l'état de santé ou le handicap⁹⁵. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 28 juin 2023, les lois fédérales font référence à la notion de discrimination multiple, qui peut prendre deux formes. La première est la discrimination cumulée, entendue comme la « situation qui se produit lorsqu'une personne subit une discrimination suite à une distinction fondée sur plusieurs critères protégés qui s'additionnent,

⁹⁴ C.J.U.E., arrêt *J.M.P. c. AP Assistenzprofis GmbH*, 7 décembre 2023, C-518/22, EU:C:2023:956.

⁹⁵ A. BLACKHAM, *Reforming age discrimination Law : beyond individual enforcement*, op. cit., p. 64. Voy. aussi M. SARGEANT, *Age Discrimination and Diversity : Multiple Discrimination from an Age Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

tout en restant dissociables »⁹⁶. La seconde est la discrimination intersectionnelle, c'est-à-dire la « situation qui se produit lorsqu'une personne subit une discrimination suite à une distinction fondée sur plusieurs critères protégés qui interagissent et deviennent indissociables »⁹⁷. Les critères protégés peuvent venir des trois lois fédérales⁹⁸. Un système particulier de justification des distinctions multiples est prévu : toute distinction fondée sur plusieurs critères protégés est une discrimination, à moins qu'elle puisse être justifiée par « le régime de justification le plus favorable à la personne concernée par la distinction de traitement »⁹⁹. Selon les travaux préparatoires, « les conditions les plus strictes permettant une dérogation à l'interdiction de discrimination seront déterminantes »¹⁰⁰.

En présence d'une distinction fondée sur plusieurs critères protégés, il y a donc lieu de raisonner en plusieurs étapes. D'abord, il convient de déterminer, pour chaque critère, s'il s'agit d'une distinction directe ou indirecte, ce qui permet par la suite d'identifier le mode de justification applicable. Ensuite, il faut identifier le régime de justification le plus favorable à la personne qui se prétend victime d'une discrimination, c'est-à-dire le plus exigeant pour l'auteur de la distinction. Enfin, le régime de justification unique doit être appliqué à chacun des critères protégés. Ce n'est que si chacune des distinctions peut être justifiée au moyen du régime de justification unique que l'on pourra considérer qu'il n'y a pas de discrimination.

24. La règle de justification des distinctions multiples peut amener certaines difficultés dont on ne trouve pas écho dans les travaux parlementaires. Dans les lignes qui suivent, l'on tente d'en identifier quelques-unes tout en offrant des pistes de réflexion en vue de guider le praticien. Nous aborderons successivement la question du choix de la justification lorsqu'une distinction doit être justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante alors qu'une autre doit l'être par un but légitime (n° 25), lorsque toutes les distinctions doivent être justifiées par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (n° 26), lorsque coexistent plusieurs modes de justification pour un même critère (n° 27), et enfin lorsque l'une des distinctions ne peut pas être justifiée, sauf par des mesures d'action positive (nos 28 et 29).

⁹⁶ Art. 4, 9°/1, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁹⁷ Art. 4, 9°/2, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁹⁸ Projet de loi portant modification de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, p. 18.

⁹⁹ Art. 9/1 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁰⁰ Projet de loi portant modification de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, p. 9.

B. La détermination du régime de justification le plus favorable à la personne concernée : difficultés pratiques

1. Le choix entre la justification par une exigence professionnelle essentielle et déterminante ou par un but légitime

25. Il peut arriver qu'une distinction doive être justifiée au moyen d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et qu'une autre doive être objectivement justifiée par un but légitime et par des moyens appropriés et nécessaires pour l'atteindre. Ce serait par exemple le cas d'une distinction directe fondée sur la couleur de peau cumulée à une distinction directe fondée sur la conviction syndicale¹⁰¹. Quel mode de justification unique doit être appliqué en pareil cas ? À notre sens, il s'agit de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Elle apparaît plus sévère que la justification par un objectif légitime, puisqu'elle requiert qu'une caractéristique liée à un critère protégé soit essentielle et déterminante en raison du travail effectué, mais également que l'exigence repose sur un objectif légitime et qu'elle soit proportionnée à celui-ci¹⁰².

2. La justification par une exigence professionnelle essentielle et déterminante

26. L'on aperçoit une difficulté d'application en ce qui concerne les exigences professionnelles et déterminantes. Prenons l'exemple d'une discrimination directe sur la base de l'âge et du sexe. Dans les deux cas, le mode de justification désigné par la loi est une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁰³. Toutefois, la définition de cette notion par la loi du 10 mai 2007 diffère de celle énoncée par la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (ci-après, « la loi genre »).

En effet, selon l'article 8 de la loi du 10 mai 2007, il ne peut être question d'une telle exigence que quand « une caractéristique déterminée, liée à l'âge [...] est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci ». Cette loi laisse le soin au juge d'apprécier, au cas par cas, si une caractéristique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, tout en donnant la faculté au Roi d'établir une liste exemplative de situations qui relèveraient de cette notion.

¹⁰¹ Art. 8 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie ; art. 7 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁰² Art. 8 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁰³ *Ibid.* et art. 13 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

L'article 13 de la loi genre utilise, à quelques mots près, la même définition, mais il précise qu'il revient au Roi de déterminer les situations dans lesquelles le sexe constitue une exigence professionnelle et déterminante. Seul le Roi y est habilité ; le juge n'a donc pas le pouvoir d'apprécier si une caractéristique est constitutive d'une telle exigence¹⁰⁴. Un arrêté royal du 8 février 1979 énumère les cas où il peut être fait mention du sexe, et il ne s'applique qu'aux conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle¹⁰⁵ : il est permis de faire mention du sexe pour diverses activités artistiques, notamment pour les artistes qui doivent jouer le rôle d'un personnage masculin ou féminin, pour les mannequins ou les personnes qui servent de modèle, ou encore pour les emplois exercés en dehors de l'Union européenne où les lois et coutumes imposent qu'ils soient exercés par une personne d'un sexe déterminé¹⁰⁶. À notre estime, cette définition de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante est plus sévère que celle reprise dans la loi du 10 mai 2007. Cela signifie que si la distinction multiple est opérée dans le cadre du recrutement, la distinction devrait être justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'arrêté royal du 8 février 1979 pour tous les critères protégés concernés. Par contre, si la distinction multiple est opérée dans un contexte étranger au recrutement, la distinction directe ne peut pas être justifiée par une exigence professionnelle et déterminante, dès lors que cette possibilité n'a pas été prévue par le Roi. Il reste donc deux alternatives : entendre cette notion au sens de la loi du 10 mai 2007 – ce qui nous paraît s'éloigner de l'intention du législateur –, ou tenter de justifier la distinction par une mesure d'action positive, sur laquelle on reviendra plus en détail *infra* (n° 28).

3. Le choix de la justification en cas de coexistence de plusieurs modes de justification pour un critère

27. Comme on l'a vu, une distinction directe sur la base de l'âge ne constitue pas une discrimination si elle est justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante ou « lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires »¹⁰⁷. Deux modes de justification coexistent donc, mais il est plus aisé d'utiliser le second qui est plus large et permet dès lors de justifier davantage de distinctions¹⁰⁸.

¹⁰⁴ J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 379-380.

¹⁰⁵ La directive qu'il transpose n'autorise une justification de la distinction qu'à ce stade de la relation de travail. Voy. J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 380.

¹⁰⁶ Art. 1^{er} de l'arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle.

¹⁰⁷ Art. 12 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁰⁸ C. BARNARD, *EC Employment Law*, *op. cit.*, p. 416 ; J.-Fr. NEVEN, C. LORGEUX et Fr. LAMBINET, « Les conventions collectives de travail à l'épreuve des principes d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 85.

Si une distinction directe fondée sur l'âge devait être cumulée à une distinction directe fondée sur l'état de santé, il conviendrait de trancher la question de savoir quel mode unique de justification doit être appliqué : l'exigence professionnelle et déterminante, un objectif légitime visé à l'article 12, ou un objectif légitime visé à l'article 7 ? À notre sens, les distinctions devraient être justifiées par une exigence professionnelle et déterminante, puisqu'il s'agit du mode de justification le plus exigeant. Cette option a été choisie par la cour du travail de Bruxelles dans un arrêt prononcé avant la promulgation de la loi du 28 juin 2023. En présence d'une distinction fondée sur l'âge et l'état de santé, elle a considéré que l'employeur ne démontrait pas l'existence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante et a conclu à l'existence d'une discrimination¹⁰⁹. Dans les faits, on constate que cela paralyse l'application du système de justification large de la distinction sur la base de l'âge prévue par l'article 12.

4. L'absence de mode de justification spécifique et la place des mesures d'action positive

28. Certaines distinctions directes ne peuvent pas être justifiées. Il en va ainsi, comme on l'a vu, des distinctions directes fondées sur le sexe en dehors de l'accès à l'emploi ou à une activité professionnelle : le Roi ne définit pas ce qui constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, si bien qu'il paralyse toute possibilité de justification. C'est aussi le cas des distinctions directes fondées sur les autres critères protégés par la loi genre, comme la grossesse, la procréation médicalement assistée, les responsabilités familiales ou l'identité de genre, pour lesquels le législateur a sciemment gommé toute cause de justification en supprimant l'assimilation de ces critères au critère du sexe¹¹⁰. Le seul remède pour échapper à la qualification de discrimination est alors la mesure d'action positive¹¹¹.

29. La mesure d'action positive est classée au rang de motif général de justification des distinctions¹¹². Il s'agit de « mesures spécifiques destinées à préve-

¹⁰⁹ C. trav. Bruxelles, 4^e ch., 7 décembre 2021, *J.T.T.*, 2022, p. 362.

¹¹⁰ Projet de loi portant modification de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, p. 10.

¹¹¹ Art. 10 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 16 de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes ; art. 10 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Voy. D. CASTIAUX, « Actualités en matière de critères de discrimination », in J. Clesse, Q. Detienne et F. Kéfer (dir.), *Questions actuelles de droit social*, coll. CUP, vol. 225, Liège, Anthemis, 2023, pp. 167-169.

¹¹² Voy. I. HACHEZ, J.-Fr. NEVEN et J. RINGELHEIM, « L'action positive en droit belge. État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi », in J. Ringelheim, S. Van Drooghenbroeck, J. Vrielink et P. Wautelet (éd.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination – Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Anvers-Gand-Cambridge, Larcier-Intersentia, 2023, pp. 317-354.

nir ou à compenser les désavantages liés à un ou plusieurs des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique » qui peuvent être mises en œuvre dans des conditions strictes¹¹³. S'agissant d'un mode de justification applicable pour toutes les distinctions fondées sur un ou plusieurs critères protégés, dans le cadre de distinctions multiples, doit-il en être tenu compte pour la détermination du régime de justification le plus favorable à la personne concernée ? Si l'on devait répondre par l'affirmative, cela signifierait dans les faits que le seul mode de justification admissible des distinctions multiples serait la mesure d'action positive, car elle doit répondre à des conditions très exigeantes et, de ce fait, constitue « le régime de justification le plus favorable à la personne concernée par la distinction de traitement ». Si cette solution était retenue, cela reviendrait à rendre quasiment impossible toute justification des distinctions multiples, et cela conduirait de manière inévitable à un constat de discrimination. Il n'est pas certain que ce résultat soit conforme à l'intention du législateur mais, en l'absence de précisions dans les travaux parlementaires, le sort à réserver à la justification par des mesures d'action positive est plus qu'incertain.

C. Conclusion

30. Si la règle permettant de déterminer le mode de justification unique à utiliser en cas de distinction multiple est énoncée clairement, son application pratique risque de susciter des difficultés. L'enseignement qui peut en être retiré pour le critère de l'âge en particulier est que le mode de justification ouvert prévu par l'article 12 de la loi du 10 mai 2007 sera plus que probablement fréquemment mis en échec par l'application d'un mode de justification plus strict. Ainsi, des distinctions sur la base de l'âge qui, jusqu'alors, passaient le cap de la justification par le truchement de l'article 12 n'échapperont désormais plus à la qualification de discrimination en cas de distinction multiple.

Conclusion

31. L'âge a longtemps été utilisé dans les relations de travail comme critère de distinction. Les barèmes de rémunération liés à l'âge en sont l'exemple le plus patent. Avec l'entrée en vigueur de la loi du 10 mai 2007, les partenaires sociaux ont été contraints de revoir le système de détermination de la rémunération minimum à laquelle peut prétendre le travailleur, ce qui a pris plus ou

¹¹³ Art. 4, 11° et 10 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 5, 11°, et 16 de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes ; art. 4, 11°, et 10 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Voy. M. DE VOS, « Positieve actie en positieve discriminatie in het Europees en Belgische discriminatierecht », in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (éd.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination/De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Chartre, 2008, pp. 297-332.

moins de temps selon les secteurs¹¹⁴. À ce moment, le critère de l'âge a suscité l'intérêt de la doctrine, mais il a ensuite été quelque peu éclipsé par d'autres critères, tels que l'état de santé et le handicap, la religion ou encore le sexe, qui sont au cœur d'une abondante production doctrinale.

En s'intéressant à la manière dont la discrimination sur la base de l'âge a été reçue par les cours et tribunaux entre 2020 et 2024, un constat s'impose rapidement : il y a peu de décisions publiées concernant ce critère. Les statistiques d'Unia permettent également d'observer qu'il y a moins de dossiers ouverts pour ce critère que pour d'autres¹¹⁵. Cela tranche avec l'impression que l'on peut avoir que les différences de traitement fondées sur l'âge sont toujours omniprésentes : lauréats aux profils similaires départagés selon l'ancienneté, offres d'emploi sur LinkedIn faisant référence à un profil « junior » ou « senior », difficultés à trouver un emploi pour les personnes plus âgées, difficultés pour les jeunes inexpérimentés de s'insérer sur le marché de l'emploi, etc. L'on peut conjecturer que le peu de décisions est lié au fait qu'il est difficile d'apporter la preuve de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination sur la base de l'âge, sauf cas flagrants d'indélicatesse, tel un courriel envoyé par erreur au candidat. Cela peut aussi être lié au fait que les parties transigent pour faire bref procès. Il est sans doute également des décisions concernant le critère de l'âge qui ne sont pas publiées.

Quoi qu'il en soit, les décisions auxquelles nous avons pu avoir accès reflètent l'existence de plusieurs modes de justification des distinctions directes fondées sur l'âge, à savoir les exigences professionnelles essentielles et déterminantes et les objectifs légitimes en matière de politique sociale mis en œuvre par des moyens appropriés et nécessaires. Si la loi belge permet aux employeurs d'invoquer ce deuxième mode de justification dans le cadre d'un litige les opposant à leurs travailleurs, la prudence est de mise car il existe des incertitudes sur la question de savoir si le législateur belge a correctement transposé la directive. Sur un plan plus théorique, l'on a observé que le régime de justification des distinctions multiples, particulièrement lorsque l'une des distinctions est fondée sur l'âge, n'est pas aussi simple qu'il peut en avoir l'air. Le critère de l'âge renferme donc encore des zones d'ombres ou des incertitudes que les juges pourront aider à dissiper en motivant minutieusement leurs jugements et arrêts de manière à expliquer les raisons qui mènent à l'application d'un mode de justification plutôt qu'un autre dans le cas qui leur est soumis.

¹¹⁴ J. CLESSE, « Les barèmes de rémunération : la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination », *op. cit.*, pp. 32-34. Voy. aussi L. VERMEULEN, « Lonen volgens ervaring i.p.v. leeftijd in sectorale loonschalen. Opgeruimd staat netjes ? », *J.T.T.*, 2010, n° 26, pp. 401-406.

¹¹⁵ UNIA, *Rapport chiffres 2023. Analyse des chiffres des signalements et dossiers*, p. 51, disponible sur www.unia.be/files/Rapport_chiffres_2023_FR_-_finale_versie_1.pdf.

