

Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold c. Helm*

Par Olivier Leclerc
Maître de conférences à l'Université Paris X – Nanterre

Paru dans le *Recueil Dalloz*, 2006, jur., p.557

Il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer que l'emploi des travailleurs « âgés » est considéré depuis quelques années comme un impératif économique et social de première importance. Le constat d'abord. Celles et ceux qu'il est convenu d'appeler les seniors – sans que le seuil d'âge à prendre en considération soit nettement établi – affichent, dans nombre de pays de l'Union européenne, un faible taux d'emploi : 36,8 % des personnes âgées de 55 à 64 ans étaient actives en France en 2003 et 37,3 % en 2004¹, contre 40,2 % dans l'Union européenne à 25 en 2003 (41,7 % dans l'Union européenne à 15)². Les conséquences sont connues : déséquilibre des systèmes sociaux, perte de l'expérience acquise par les entreprises... Augmenter la proportion des seniors accédant à l'emploi fait donc partie des objectifs de la politique de l'emploi, tant en France que dans l'Union européenne. Le Conseil européen de Lisbonne (2000) a fait de l'emploi des seniors l'une des dimensions de la stratégie européenne pour l'emploi. L'objectif d'atteindre un taux d'emploi de 50 % en 2010 a été fixé au Conseil européen de Stockholm (2001). Le « vieillissement actif » figure depuis lors au cœur de la politique communautaire de l'emploi³. L'OCDE encourage elle aussi vivement le renforcement du taux d'emploi des seniors. À une analyse d'ensemble de la situation des seniors sur le marché du travail dans 21 pays de l'OCDE⁴ répondent des rapports nationaux qui déclinent, dans chaque pays, des recommandations propres à améliorer l'« employabilité » des seniors et à lever les obstacles à l'emploi⁵.

On ne s'étonnera pas, dès lors, que les efforts entrepris par les États pour améliorer la situation des seniors sur le marché du travail fassent l'objet d'une attention particulière. Un arrêt d'une grande richesse, rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 22 novembre 2005 (**CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold c. Helm***, aff. C-144/04 ; *JCP*, S, 2005, n° 1414, note J. Cavallini ; *Liaisons sociales Europe*, n° 141, 2005, obs. J.-P. Lhernould ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1238, 2005, p. 2 ; *D.* 2005, IR, p. 98), offre l'occasion d'envisager la conformité au droit communautaire

¹ DARES, *Données statistiques et économiques sur l'emploi des seniors*, décembre 2005.

² Rapport du Conseil économique et social, « Situation de la France au regard des indicateurs de Lisbonne », mars 2005.

³ « Vers l'accroissement de la participation au marché du travail et la promotion du vieillissement actif », COM (2002) 9 final ; « L'avenir de la stratégie européenne pour l'emploi. "Une stratégie pour le plein emploi et des emplois de meilleure qualité pour tous" », COM (2003) 6 final ; Rapport de la « Task Force » pour l'emploi présidée par Wim Kok, novembre 2003.

⁴ *Liaisons soc. quot.*, n° 14481, 2005.

⁵ Pour la France : « Vieillesse et politique de l'emploi – France », 2005 ; *Liaisons soc. quot.*, n° 14343, 2005.

d'un dispositif d'encouragement à l'emploi des seniors établi par la loi allemande. À trop vouloir assouplir les conditions d'accès des seniors à l'emploi ne risquait-on pas, en effet, de priver une catégorie de travailleurs de la protection offerte par le droit du travail et, partant, d'établir une règle discriminatoire en raison de l'âge ?

C'est ce dilemme qu'illustre la législation allemande soumise à l'appréciation de la CJCE, saisie de plusieurs questions préjudicielles par l'*Arbeitsgericht München*. Une loi adoptée en 2000 prévoyait que le recours au contrat de travail à durée déterminée ne serait licite que si l'existence de « raisons objectives » était démontrée (prestation de travail seulement provisoire, formation, remplacement, spécificité de la prestation de travail...). À défaut, un tel contrat ne pouvait être conclu que dans la limite d'une durée maximale de deux ans et de trois renouvellements. Ces « raisons objectives » n'étaient en revanche pas requises si le salarié recruté par contrat à durée déterminée avait atteint un âge donné, fixé en 1996 à 60 ans. Le législateur avait ensuite porté cet âge à 58 ans, puis à 52 ans pour une période comprise entre le 1^e janvier 2003 et le 31 décembre 2006. Pour les salariés dépassant cette limite d'âge, la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée n'était toutefois pas permise si ce contrat présentait un lien étroit avec un précédent contrat de travail conclu pour une durée indéterminée avec le même employeur.

M. Mangold, alors âgé de 56 ans, avait été embauché pour une durée déterminée à compter du 1^e juillet 2003 par M. Helm. Le salarié avait contesté la validité du contrat, mettant en cause la conformité de la législation allemande avec le droit communautaire. Les circonstances dans lesquelles le litige était né pouvaient paraître singulières : il était manifeste que le contrat n'avait été conclu qu'afin d'être contesté devant les tribunaux et d'amener les juridictions à se prononcer sur la compatibilité de la législation allemande avec le droit communautaire. Bien qu'elle soit réticente à l'égard de tels recours, la Cour n'y trouve pas, en l'espèce, matière à écarter la recevabilité du renvoi préjudiciel, relevant que la question posée appelait effectivement une interprétation du droit communautaire. La porte n'est ainsi pas fermée aux « instances provoquées », mais à la condition toutefois que la question posée relève bien de la mission de la Cour⁶.

La Cour de justice se prononce, à l'occasion de cette décision, sur l'efficacité juridique des clauses de non-régression (I), avant de confronter le dispositif d'âge établi par la législation allemande à l'exigence communautaire de non-discrimination en fonction de l'âge (II).

-I- Promotion de l'emploi des seniors et clauses de non-régression

Le législateur allemand avait abaissé progressivement le seuil d'âge à partir duquel un contrat de travail à durée déterminée pouvait être conclu par préférence à un contrat à durée indéterminée sans que l'employeur doive justifier d'une « raison objective » à l'appui de ce choix : de 60 à 58 ans en 1999, puis de 58 à 52 ans en 2002. Cette loi de 1999 avait été prise pour la transposition d'une directive 1999/70 du 28 juin

⁶ L'avocat général avait déjà eu l'occasion de plaider en faveur d'une telle position : A. Tizzano, « Litiges fictifs et compétence préjudicielle de la Cour de justice européenne », RGDI publ., n° 3, 1981, p. 514.

1999, visant elle-même à mettre en œuvre un accord-cadre sur le travail à durée déterminé signé par les organisations syndicales européennes interprofessionnelles le 18 mars 1999 reproduit en annexe de la directive⁷. Or, la clause 8, point 3, de cet accord-cadre stipulait que « la mise en œuvre du présent accord ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord ».

A- Fallait-il alors considérer que la loi allemande adoptée en 1999 heurtait cette clause de non-régression ? La Cour de justice répond par la négative : « une régression de la protection garantie aux travailleurs, dans le domaine des contrats à durée déterminée, n'est pas comme telle interdite par l'accord-cadre lorsqu'elle n'est aucunement liée à la mise en œuvre de celui-ci ». la Cour retient que de telles clauses ne font pas obstacle à ce que les droits des salariés soient réduits à l'occasion de la transposition si cette régression n'est pas « liée » à la transposition. À suivre l'avocat général Tizzano, retenir la solution inverse reviendrait à assimiler les clauses de non-régression à des clauses de *stand-still*. Les États seraient alors privés de toute faculté d'intervention dans le domaine couvert par l'objet de la directive, ce qui conduirait à malmener la répartition des compétences organisée par l'article 137 du Traité CE qui donne à la Communauté pour seule mission de « sout[enir] et compléte[r] l'action des États membres ». Encore fallait-il déterminer ce qui expliquait en l'espèce les abaissements successifs du seuil d'âge. Or, la Cour estime qu'ils n'étaient pas justifiés par « la nécessité de mettre en œuvre l'accord-cadre, mais par celle de promouvoir l'emploi des personnes âgées en Allemagne ».

Cette solution fragilise les clauses de non-régression contenues dans certaines directives communautaires. Ces clauses, dont la portée est discutée⁸, visent à ce que les États ne prennent pas prétexte de la transposition pour réduire la protection que leurs droits nationaux conféraient aux salariés. Se prononçant pour la première fois avec autant de netteté, la Cour estime que ces clauses ne font pas obstacle à ce que les États poursuivent d'autres objectifs que la transposition d'une directive, à l'occasion de cette dernière.

Là naît précisément l'une des difficultés soulevées par cette décision. Comment opérer une claire distinction, parmi les mesures prises à l'occasion de la transposition d'une directive, entre celles qui sont justifiées par la « mise en œuvre » du texte et celles qui trouvent une autre justification ? La Cour ne s'en explique pas : elle se borne à reprendre à son compte les explications données par le gouvernement allemand et par l'avocat général pour constater que l'abaissement du seuil d'âge avait pour finalité la promotion de l'emploi des personnes âgées en Allemagne. De ces éléments il ressort que le gouvernement menait, dès avant la transposition, une politique « autonome » de « promotion de la croissance et de l'emploi » – ainsi que l'atteste le titre donné à la loi de 1996 – et que cette politique s'appuyait sur les travaux d'une commission gouvernementale qui avait constaté que « la probabilité de retrouver un emploi après 55

⁷ Ch. Vigneau, « L'accord-cadre européen sur le contrat à durée déterminée », *Dr. soc.*, 1999, pp. 928-937.

⁸ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd., 2002, n° 106 ; N. Moizard, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, PUAM, t. 1, 2000, préf. P. Rodière, p. 139 et ss.

ans était de l'ordre de 25 % ». On conviendra que toute difficulté n'est pas entièrement levée par ces arguments et que l'appréciation de l'objectif assigné à un dispositif juridique appelle un examen autrement attentif. Le titre donné à une loi⁹, comme les affirmations d'un gouvernement sur l'orientation de la politique qu'il poursuit, peuvent difficilement être considérés comme des indications suffisantes de la finalité qu'un dispositif juridique est réputé poursuivre.

B- La difficulté de cette appréciation est renforcée par l'étendue des mesures, rattachables à la transposition, qui devront être prises en compte. Suivant en cela les conclusions de l'avocat général, la Cour fait apparaître la complexité de l'opération de transposition. Cette dernière ne se confond pas avec le texte qui est désigné comme venant transposer la directive. Elle s'étend, bien au-delà, à l'ensemble des mesures nationales qui mettent en œuvre les objectifs qu'établit le texte communautaire. La Cour de justice retient ainsi que « l'expression 'mise en œuvre', utilisée sans autre précision à la clause 8, point 3, de l'accord-cadre, ne saurait viser la seule *transposition initiale* de la directive 1999/70 et, notamment, de son annexe contenant l'accord-cadre, mais doit couvrir *toute mesure nationale visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint*, y compris celles qui, postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées » (§ 51). Par suite, doivent être rangées parmi les mesures de mise en œuvre de l'accord-cadre signé par les partenaires sociaux toutes les mesures nationales qui concourent à la réalisation des objectifs qu'il affiche, y compris celles qui interviennent postérieurement à la loi de transposition *stricto sensu*.

Rapprochée de la décision du Conseil constitutionnel français du 10 juin 2004 (n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*), cette solution prend un relief particulier. Le Conseil constitutionnel avait en effet refusé de contrôler la constitutionnalité d'une loi qui s'analysait comme tirant « les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive (§ 9). Si l'on englobe dans la « mise en œuvre » de la directive des textes postérieurs à la « transposition initiale », faut-il conclure que ces textes échapperont eux aussi au contrôle de constitutionnalité ? Rien n'interdit de le penser, si du moins ces textes modificatifs ou complémentaires tirent « les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive, et sous réserve d'une disposition expresse contraire de la Constitution.

-II- Promotion de l'emploi des seniors et principe de non-discrimination

La Cour examine ensuite le caractère éventuellement discriminatoire d'un dispositif d'âge tel que celui instauré par la loi allemande, au regard de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et des principes généraux du droit communautaire.

A- Ce dispositif heurte-t-il la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière

⁹ N. Molfessis, « Le titre des lois », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 47.

d'emploi et de travail ? L'article 6 de ce texte autorise les États membres à prévoir que « des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». La Cour retient que la législation critiquée poursuit l'objectif de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage. En cela, la différence de traitement fondée sur l'âge instituée par la loi allemande est jugée « objectivement et raisonnablement » justifiée. Les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif étaient-ils pour autant « appropriés et nécessaires » ? C'est sur ce point que la Cour de justice s'écarte de l'appréciation du gouvernement allemand. En effet, le recours au contrat de travail à durée déterminée sans qu'il soit nécessaire de justifier d'une « raison objective » est ouvert par la loi allemande pour tout salarié ayant atteint l'âge de 52 ans, et cela sans considération d'éventuelles périodes de chômage antérieures, ni même de la durée de ces périodes d'inactivité. L'âge constitue alors le critère unique de la dérogation au droit commun des contrats à durée déterminée. Aussi bien, estime la Cour, « une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » (§ 65).

Le message délivré par la Cour est donc le suivant : la poursuite d'une politique de l'emploi active autorise bien la mise en place de dispositifs visant les seuls seniors, afin de renforcer leur employabilité et leur insertion ou leur maintien dans l'emploi. En effet, « la qualification de 'discrimination' est affaire de motifs de l'acte ou de l'agissement »¹⁰. Une différence de traitement fondée sur l'âge peut donc valablement être instituée si elle est justifiée par des objectifs légitimes de politique de l'emploi¹¹. Mais encore faut-il que les moyens pour y parvenir soient « appropriés et nécessaires ». C'est sur ce point que le dispositif institué par la loi allemande est critiqué : les moyens mis en œuvre n'étaient pas appropriés et nécessaires en ce que les personnes ayant dépassé un seuil d'âge donné étaient indistinctement visées, sans que soient pris en compte des critères objectifs, tirés de leur situation dégradée sur le marché du travail et appelant une politique de l'emploi corrective. C'est donc ici sur le terrain des moyens mis en œuvre pour parvenir à l'objectif poursuivi par la mesure que s'opère le partage entre une mesure discriminatoire en raison de l'âge et une différence de traitement justifiée. Ces moyens doivent être tout à la fois appropriés, ce qui pointe une exigence d'adéquation, et nécessaires, ce qui renvoie à la proportionnalité des moyens employés au regard de l'objectif poursuivi. Faute d'avoir ciblé avec assez de précision les personnes concernées par la mesure d'âge, la législation allemande est considérée par la Cour de justice comme injustifiée au regard de l'article 6 § 1 de la directive 2000/78.

¹⁰ A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.*, 2004, p. 694.

¹¹ Cf. M.-A. Moreau, « La justification des discriminations », *Dr. soc.*, 2002, p. 1112.

Cette solution prend une résonance particulière en droit français. Elle invite à porter sur les dispositifs d'âge du droit français, que ce soit en faveur des jeunes ou des seniors, un regard attentif¹². Ces différences de traitement sont-elles justifiées seulement par l'âge des personnes concernées ou par les conditions objectives dans lesquelles celles-ci se trouvent, notamment sur le marché du travail ? Nul doute que ces questions devront être examinées avec soin dans le cadre du « plan national d'action pour l'emploi des seniors » en cours d'élaboration en France. De la même manière, les contrats réservés aux jeunes ne seront conformes aux exigences communautaires que s'ils prennent en considération, non seulement l'âge des bénéficiaires, mais également la situation de chômage plus ou moins prolongée dans laquelle ils sont pu se trouver auparavant.

Mais l'arrêt de la CJCE rassurera surtout sur le sort de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi¹³. Cet accord propose la création d'un contrat de travail d'une durée maximum de 18 mois, renouvelable une fois, destiné à un salarié âgé de plus de 57 ans, « inscrit comme demandeur d'emploi depuis plus de trois mois ou en convention de reclassement personnalisé, afin de lui permettre d'acquérir, par son activité, des droits supplémentaires en vue de la liquidation de sa retraite à taux plein » (art. 17). Dans la mesure où l'éligibilité au dispositif institué par l'accord n'est pas subordonnée à la seule condition d'âge mais prend également en compte la situation du salarié sur le marché du travail et les droits à la retraite qu'il a acquis, ce nouveau contrat de travail à durée déterminée devrait échapper à la qualification de mesure discriminatoire en raison de l'âge.

Reste que des doutes peuvent être émis, à la lumière de la décision de la Cour de justice, sur la règle instituée par l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises. Ce texte prévoit en effet que « le salarié embauché à compter du 22 juin 2005 et âgé de moins de vingt-six ans n'est pas pris en compte, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-six ans, dans le calcul de l'effectif du personnel de l'entreprise dont il relève, quelle que soit la nature du contrat qui le lie à l'entreprise ». L'âge n'est-il pas ici le motif unique de la différence de traitement instituée au détriment des salariés âgés de moins de 26 ans ? Sans doute y aurait-il eu, là aussi, un motif d'interrogation sur la validité de cette disposition¹⁴.

B- C'est enfin sur le plan des principes généraux du droit communautaire que la Cour de justice se place pour apprécier la conformité du dispositif institué par la loi allemande avec le droit communautaire. Le gouvernement allemand relevait que le délai de transposition de la directive 2000/78 n'était pas expiré à la date de conclusion du contrat litigieux et que, par conséquent, le salarié n'était pas fondé à se prévaloir des dispositions de ce texte. La Cour écarte l'argument au motif, déjà dégagé dans un arrêt

¹² Cf. G. Lyon-Caen, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.*, 2003, p. 1047 ; F. Héas, « Âge et emploi », *Sem. soc. Lamy*, suppl. au n° 1232, 2005, p. 32.

¹³ *Liaisons soc.*, n° 8636, 2005, A423 ; P.-Y. Verkindt, « Changer le regard sur le travail des seniors après l'ANI du 13 octobre 2005 », *Sem. soc. Lamy*, n° 1234, 2005, p. 6 ; F. Favennec-Héry, « L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas », *JCP, S*, 2005, n° 1329.

¹⁴ *Comp. CE.*, 19 octobre 2005, n° 283892, *CGT et autres*, qui adresse à la CJCE la question préjudicielle de la compatibilité de cette mesure avec le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, et *CE. réf.*, 23 novembre 2005, n° 286440, *CGT-FO*, qui suspend en référé l'exécution de cette ordonnance

*Inter-Environnement Wallonie ASBL*¹⁵, que « pendant le délai de transposition d'une directive, les États membres doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive ». Aussi, le gouvernement allemand, qui, du reste, bénéficiait d'un délai supplémentaire dérogatoire pour transposer la directive, devait s'abstenir de faire obstacle aux objectifs poursuivis par ce texte pendant le délai de transposition.

Mais ce premier argument apparaît subsidiaire pour la Cour qui affirme qu'en tout état de cause le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁶ n'est pas institué par la directive 2000/78 elle-même et que « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit (...) être considéré comme un principe général du droit communautaire ». En conséquence, il appartient aux juridictions nationales d'en assurer la pleine protection juridique en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, peu important que la directive, qui n'en est qu'une déclinaison, ne soit pas encore transposée. L'absence d'effet direct horizontal de la directive¹⁷ se trouve ainsi palliée par le recours à un principe général du droit communautaire. Ce sont dès lors toutes les mesures qui établissent une différence de traitement en raison de l'âge qui se trouvent prohibées, peu important qu'elles trouvent ou non leur origine dans un texte de transposition d'une directive. La non-discrimination en raison de l'âge rejoint, parmi les principes généraux du droit communautaire, la non-discrimination en raison du sexe¹⁸ ou de la nationalité¹⁹.

La Cour manifeste ainsi l'importance qu'elle donne à l'exigence de non-discrimination en raison de l'âge. La directive 2000/78 ayant pour objet de combattre la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (art. 1), ne faut-il pas s'attendre à ce que la Cour fasse figurer l'ensemble de ces motifs de différenciation parmi les principes généraux du droit communautaire établissant une discrimination prohibée ?

¹⁵ CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, Rec. I, p. 7411.

¹⁶ Sur cette formulation : A. Jeammaud, *loc. cit.*, p. 698.

¹⁷ Constamment affirmé par la Cour : CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, Rec. p. 723 ; CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Inglés*, aff. C-192/94, Rec. I, p. 1281.

¹⁸ CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149/77, Rec., p. 1365.

¹⁹ CJCE, 14 juillet 1981, *Oebel*, aff. 155/80, Rec., p. 1993.