



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# **Discrimination des travailleuses et travailleurs âgés : droit de l'UE et droit suisse**

Kurt Pärli, professeur de droit privé social, Faculté de droit, Université de Bâle  
Séminaire « Seniors et droit social », Université de Genève, 6 juin 2023

# Aperçu

## I) Introduction

- Diffusion et manifestations de la discrimination fondée sur l'âge
- Définition des termes, problématique et procédure
- Principes de base concernant le motif de discrimination « âge »

## II) L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière de travail et d'emploi dans le droit de l'UE

- Droit primaire et secondaire
- Jurisprudence

---

## III) Situation juridique en Suisse

- Droit de travail publique
- Droit de travail privé

---

## IV) Conclusion et réflexion

# I) Introduction

- Rapports réguliers des médias sur la discrimination liée à l'âge
- Des études confirment que les travailleurs âgés sont désavantagés
- Particulièrement difficile : perte d'emploi après 50
- Les causes :
  - Mondialisation
  - Régime des cotisations dans la 2<sup>ème</sup> pilier
  - Stéréotypes

# Discrimination en raison de l'âge ou discrimination des personnes âgées ?

- ADEA (US), employées âgées de plus de 40ans...
- Directive 2000/78/EU:
  - La discrimination fondée sur l'âge (c'est-à-dire que les jeunes sont également protégés contre la discrimination)
- Constitution fédérale, art. 8 al. 2 :
  - Conception symétrique (« les vieux » et « les jeunes » sont protégés)
- Regard sur la protection internationale des droits de l'homme :
  - Pas d'ancrage explicite de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, mais...

# Interdiction constitutionnelle de la discrimination selon art. 8 al. 2 Cst.

**Art. 8 al. 2 Cst.** : sexe, race, langue, religion, idéologie/opinion politique, position sociale, mode de vie, **âge**, handicap, non exhaustif (âge = âge de la vie, neutre)

Art. 35 al. 2 Cst. : relations entre l'État et les particuliers :

- Applicable immédiatement
- Importance pour le droit du personnel public

Art. 35 al. 1 et 3 Cst. :

- Mandats au législateur
- Interprétation conforme à la Constitution (p. ex. **CO 328, 336, CC 2, 28** ; l'âge est, une **caractéristique relevant de la personnalité**)

**Art. 8 al. 3 Cst. : Sexe**

Égalité salariale : effet direct sur les tiers

Loi sur l'égalité entre femmes et hommes  
LEg

- S'applique à l'espace de travail

**Art. 8 al. 4 Cst. : Handicap**

Loi sur l'égalité des personnes handicapées

- Ne s'applique **pas** au domaine du travail

# Discrimination et justifications

ATF 147 I 89:

2.1 Selon l'art. 8 al. 2 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son (...) âge ... La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables (...)

(...) L'usage d'un tel critère fait naître une présomption de différenciation inadmissible qui ne peut être renversée que par une justification qualifiée: la mesure litigieuse doit poursuivre un intérêt public légitime et primordial, être nécessaire et adéquate et respecter dans l'ensemble le principe de la proportionnalité

2.2 ...de l'âge, qui présentent une nature quelque peu différente. Ce dernier critère ne se rattache pas à un groupe qui, historiquement, aurait été déprécié ou mis à l'écart de la vie sociale et politique (...)

(...)

# Aperçu

---

## I) Introduction

- Diffusion et manifestations de la discrimination fondée sur l'âge
- Définition des termes, problématique et procédure
- Principes de base concernant le motif de discrimination « âge »

## II) L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière de travail et d'emploi dans le droit de l'UE

- Droit primaire et secondaire
- Jurisprudence

## III) Situation juridique en Suisse

- Droit de travail publique
- Droit de travail privé

## IV) Conclusion et réflexion

---

## **II) L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière de travail et d'emploi dans le droit de l'UE**

- L'arrêt « Mangold » (C-144/04)
  - L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge comme un principe juridique non écrit qui s'applique également aux relations de travail de droit privé.
- Traité de Lisbonne (2009)
  - L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge est désormais explicitement mentionnée à l'article 21, paragraphe 1
  - CJUE C-555/07, Küçüdevici et CJUE C-414/16, Eggenberger

# **Interdiction de la discrimination fondée sur l'âge**

## **Directive 2000/78/CE (1)**

- Obligation pour les états membres d'assurer une protection contre la discrimination tout au long du cycle de vie d'une relation de travail
- Concerne l'embauche, le licenciement, toutes les conditions de travail y compris les avantages sociaux (exclus : les prestations des régimes publics de la sécurité sociale)
- Discrimination directe, indirecte, harcèlement
- Les adressés :
  - États membres
  - Les associations, les conventions collectives (CJUE, C-44/07, Prigge)

# Interdiction de la discrimination fondée sur l'âge

## Directive 2000/78/CE (2)

### Autorisé

1. Différence de traitement fondée sur l'âge poursuivant un objectif autorisé par l'art. 6 de la directive 2000/78/CE.  
De tels objectifs sont
  - Politique de l'emploi, marché du travail et formation professionnelle
  - Les moyens pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnés
2. Les différences de traitement fondées sur l'âge, lorsque l'âge constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante (art. 4 de la directive 2000/78/CE)
  - Les moyens utilisés doivent être proportionnés

### Interdit

Différence de traitement fondée sur l'âge, sans 1. ou 2.

### Délicates:

Limites d'âge fondées sur les préférences des clients

CJCE C-54/07, Feryn ; nécessité de règles contre un marché discriminatoire

# **Jurisprudence de la CJCE/CJUE relative à la discrimination fondée sur l'âge en vertu de la directive 2000/78/CE et du droit primaire**

De 2005 à aujourd'hui, près de 60 arrêts de la CJCE/CJUE

Arrêts concernant des cas de discrimination directe :

- C-88/08, Hütter, activités professionnelles avant 18 ans
- C-555/07, Kücüdevici, délais de préavis, différence entre < ou > 25 ans
- C-297/10
  - Para 74 : La Cour a reconnu que le recours au critère tiré de l'ancienneté est, en règle générale, approprié pour atteindre cet objectif car l'ancienneté va de pair avec l'expérience professionnelle (voir, en ce sens, arrêts du 17 octobre 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, points 24 et 25; Cadman, précité, points 34 et 35, ainsi que Hütter, précité, point 47)
  - Para 75 : Or, si la mesure en cause au principal permet à l'agent de gravir les échelons dans le grade auquel il appartient en fonction de l'avancement de son âge et donc de son ancienneté dans l'emploi, force est de constater que, lors de son recrutement, le classement initial à un échelon donné dans un grade donné d'un agent n'ayant aucune expérience professionnelle n'est fondé que sur son âge.

# Limites d'âge pour l'entrée ou la sortie de la profession

## Limites d'âge pour les départs à la retraite

- L'âge de la retraite à 65 ans pour les pilotes est une différence de traitement justifiée par l'âge (C-196/16)
- La convention collective prévoyant un âge de retraite obligatoire de 60 ans pour les pilotes est discriminatoire (C-447/09), mais...
- ... une réglementation italienne qui prévoyait que les pilotes assumant des tâches dans le domaine de la sécurité nationale ne pouvaient travailler dans cette fonction que jusqu'à l'âge de 60 ans, n'est pas discriminatoire (C-396/18).

## Âge maximal pour l'accès à certaines professions

- 30 ans pour le service d'incendie est une différence de traitement justifiée en raison de l'âge, C-229/08
- 35 ans pour le service de police au Pays basque est également une différence de traitement justifiée, C-258/15)
- 30 ans pour le service de police dans la région des Asturies est discriminatoire (disproportionné), C-416/13

# Fin des rapports de travail liés à la retraite

Remarques générales : La Cour autorise très généreusement les réglementations nationales qui prévoient la fin de l'emploi lorsque l'âge légal de la retraite ou l'âge fixé par une convention collective de travail est atteint.

Exemples:

- C-411/05, la mise à la retraite obligatoire à partir de l'âge de 65 ans est admissible, raison de justification « faciliter l'accès des jeunes travailleurs au marché du travail »
- C-141/11, la fin de l'emploi lorsque l'âge de la retraite n'est pas discriminatoire parce qu'elle est justifiée par les objectifs des finances publiques et la politique de l'emploi et la politique du marché du travail
- C-45/09, la Cour a reconnu que l'intérêt des employeurs à disposer d'une certaine flexibilité dans la planification du personnel justifiait la fin automatique de l'emploi à l'âge de la retraite

# Aperçu

---

## I) Introduction

- Diffusion et manifestations de la discrimination fondée sur l'âge
  - Définition des termes, problématique et procédure
  - Principes de base concernant le motif de discrimination « âge »
- 

## II) L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière de travail et d'emploi dans le droit de l'UE

- Droit primaire et secondaire
- Jurisprudence

## III) Situation juridique en Suisse

- Droit de travail public
- Droit de travail privé

## IV) Conclusion et réflexion

---

# III) Remarques préliminaires sur les limites d'âge en général

Nombreuses limites d'âge dans l'ordre juridique (niveau des lois ou des ordonnances)

Jurisprudence :

- ATF 124 I 297, limites d'âge pour les notaires étaient admissibles, étant donné que les capacités physiques et mentales diminuent avec l'âge
- TF 2A.234/2003, examen de santé obligatoire pour des conducteurs de voiture dès 70 ans
  - pas de discrimination inadmissible des personnes âgées
  - protection de la collectivité et de la personne concernée
  - (depuis 2018 la limite est à l'âge de 75 ans)
- TF 8C.547/2013, limite de 48 ans pour les chercheurs demandant une bourse de recherche = pas de discrimination
- TF 2A.202/2004, limite d'âge de 65 ans pour les subventions aux agriculteurs = pas de discrimination

# Discrimination à l'embauche en raison de l'âge dans le secteur public

La pratique antérieure :

Recherche de gardes-frontières, vos compétences

- Citoyen(ne) suisse ou double national(e)
- Apprentissage professionnel de trois ans achevé ou formation équivalente avec certificat fédéral de capacité ou certificat équivalent
- Âge entre 20 et 35 ans ; taille minimale pour les femmes 160 cm, pour les hommes 168 cm

Situation juridique :

- Les employeurs de droit public sont directement liés aux droits fondamentaux et donc à l'interdiction constitutionnelle de la discrimination fondée sur l'âge, mais...
- pas de droit à l'embauche dans le droit du service public
- Pas de jurisprudence, sauf...
- TA B-973/2017, pas de base légale pour limiter l'accès à un cours de formation pour moniteurs « Jeunesse + musique » en fonction de l'âge. En conséquence, le recours d'un demandeur en âge AVS a été accepté.

# Inégalité de traitement dans le droit du personnel fédéral

Norme	Remarques
LPers 4 al. 2, let. g	Protection de la personnalité
LPers 4 al. 3 en relation avec. OPERS 16	Âge = pas de critère d'évaluation
BGP 8 al. 3 en relation avec l'art. OPERS 24	L'âge comme critère d'embauche
LPers 34 al. 3	Pas de droit à une décision contestable en cas de non-embauche
LPers 10 al. 2 en relation avec l'art. 35 LPers	Indemnité de licenciement, prise en compte de l'âge
<b>LPers 10, al. 3 e contrario</b>	<b>Licenciement pour raison d'âge = pas de raison objective, voir aussi art. 34b PBG</b>
LPers 15 al. 1	Salaire = fonction, expérience, performance
LPers 19 al. 2	Âge = critère pour le montant de l'indemnité
OPers 52a	Évaluation inférieure d'une fonction, limite d'âge de 55 ans pour la garantie de salaire

# Jurisprudence

- Remarque préliminaire : le droit à un salaire égal pour un travail égal ou de valeur égale découle déjà de l'art. 8 al. 1 Cst. (large marge d'appréciation)
- TF 1C\_429/2008, pas de discrimination liée à l'âge
  - E. 6.3 (...), on s'est basé d'une part sur l'évaluation des collaborateurs, d'autre part sur les **années de service** et l'**évolution du salaire** (...). Il s'agit là de critères objectifs.
  - (...)
  - Il ne peut être question d'une violation de l'égalité de droit ou d'une discrimination fondée sur l'âge. (...)

# L'ancienneté pour justifier une différence de salaire

- ATF 129 I 161, CONSID. 3.5
  - (...) De tels niveaux d'expérience ou d'ancienneté sont très répandus dans le droit de la fonction publique ; pour les agents plus âgés, la part d'expérience ou d'ancienneté représente souvent une part importante de la rémunération. (...). Un tel système de rémunération a inévitablement pour conséquence que différents agents reçoivent des salaires très différents sur la seule base de leur ancienneté, même s'ils effectuent exactement le même travail. Malgré cela, le Tribunal fédéral a jusqu'à présent toujours considéré l'ancienneté comme un critère objectivement défendable pour les différences de salaire (ATF 124 II 409 consid. 9c p. 427 s. ; ATF 123 I 1 consid. 6c p. 8). Compte tenu de la large diffusion de systèmes de rémunération comportant une part considérable d'expérience, il serait également contraire à la réalité de la vie de déclarer inconstitutionnelles les différences de salaire qui en découlent.

# Jurisprudence concernant des licenciements discriminatoires en fonction de l'âge

## TF 4A\_399/2013

- La résiliation des rapports de travail lorsque l'âge légal de la retraite est atteint est toutefois en principe autorisée et n'est pas non plus abusive

## TAF A-556/2014

- Licenciement abusif d'une employée de 56 ans (elle était hautement spécialisée avait du mal à trouver un nouvel emploi sur le marché du travail en raison de son âge avancé)

## TAF A-5255/2018

- Licenciement d'une employée de 52 ans qui avait travaillé 17 ans aux CFF = pas abusif. Ni l'âge ni la durée d'engagement n'ont dépassé un seuil critique

## TF 8C\_533/2021

- Licenciée abusif peu de temps avant la retraite, plaignante a demandé compensation de salaire jusqu'à la retraite
- Pas de droit à la poursuite de l'emploi et à une rémunération correspondante jusqu'à la retraite

# ATF 147 I 1

## Les faits :

- Un juge du Tribunal administratif du canton de Zurich, né en 1952, se présente à sa réélection pour la période de fonction 2019-2025
- Candidature rejetée pour des raisons de l'âge

## La décision du TF :

- Il est de notoriété publique qu'avec l'âge, les performances physiques et intellectuelles de l'être humain diminuent, que la capacité de concentration s'amenuise et que le temps de récupération après un effort s'allonge. L'expérience croissante ne permet de compenser que partiellement ces pertes.
- La réglementation litigieuse dans le canton de Zurich repose donc sur des raisons objectives. Le fait que l'évolution varie d'une personne à l'autre n'y change rien.
- Exiger une réglementation adaptée au processus de vieillissement individuel irait trop loin ; un certain schématisme est plutôt inévitable et objectivement justifié. La pratique électorale est également proportionnée. Il n'existe pas d'alternative plus douce au lien avec l'âge.
- En conclusion, le Tribunal fédéral estime qu'il n'y a pas de violation de l'art. 8 al. 2 Cst.

# Aperçu

---

## I) Introduction

- Diffusion et manifestations de la discrimination fondée sur l'âge
  - Définition des termes, problématique et procédure
  - Principes de base concernant le motif de discrimination « âge »
- 

## II) L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière de travail et d'emploi dans le droit de l'UE

- Droit primaire et secondaire
- Jurisprudence

## III) Situation juridique en Suisse

- Droit de travail publique
- **Droit de travail privé**

## IV) Conclusion et réflexion

---

# III. (Pas) d'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge dans les relations de travail de droit privé

Liberté contractuelle = élément de l'autonomie privée

- Protection par art. 27 Cst., aspect partiel de la liberté économique, condition pour l'exercice d'autres droits fondamentaux comme la liberté de propriété
- Domaine de protection : la liberté contractuelle en matière de contrat de travail protège les employeurs contre les interdictions de discrimination et les obligations d'égalité imposées par l'État
- Restrictions (Cst. 36) : loi, intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui, proportionnalité

# Remarque intermédiaire

Protection contre la discrimination et autonomie privée/liberté contractuelle : adversaires ou partenaires ?

Dignité humaine

Autonomie privée  
Liberté contractuelle

Protection contre la  
discrimination

Ni la liberté contractuelle  
contracter, ni la protection  
contre la discrimination ne  
sont « naturelles ».

# Protection légale contre la discrimination fondée sur l'âge dans le droit de travail privé

## Loi sur l'égalité LEg

- Interdit « uniquement » la discrimination fondée sur le sexe (contesté : discrimination multiple âge + sexe)

## Protection de la personnalité en droit du travail, art. 328 CO et art. 6 LTr

- Protège contre la discrimination fondée sur l'âge dans les relations de travail

## Protection matérielle contre le licenciement, art. 336 al. 1 let. a CO

- Protection contre le licenciement pour des raisons liées à la personnalité, comme l'âge, sans justification
- Devoir d'assistance accru envers les travailleurs ayant une longue ancienneté dans l'entreprise (en cas de violation, caractère abusif du licenciement)

## Protection générale de la personnalité en droit civil, art. 28 CC

- « Réduction » d'une personne à son âge : (pas) d'atteinte à la personnalité ?

## En dehors de la LEg :

- Pas de facilités de procédure, pas d'indemnités « punitifs »

# **(Pas) de protection lors de la candidature/l'embauche**

Pas de droit à l'embauche

Liberté contractuelle et ses limites

- art. 2 CC
- art. 28 CC
- art. 328b CO
- L'Eg

Cour suprême de Zurich, LA 150046, 23.11.2015

- Candidature d'un homme de 51 ans au poste de comptable financier
- Refus en indiquant que l'on recherche une personne âgée de 40 ans au maximum
- Le tribunal du travail et la Cour suprême rejettent la plainte
- Le fait de ne pas être pris en compte ne constitue pas (entre autres) une atteinte à la personnalité

Norme	Forme de l'inégalité de traitement	Justification/remarques
CO 324a	Maintien du salaire en fonction de la durée de la relation de travail	Devoir d'assistance LTr / Désavantage pour les travailleurs âgés ? (candidats au licenciement ?)
CO 329a	5 semaines de vacances pour les salariés de moins de 20 ans, 4 semaines pour les autres	Protection des jeunes / Absence de protection pour les travailleurs de 50 ans et plus (mais CCT-L)
CO 329e	Congé pour activités de jeunesse pour les salariés jusqu'à 30 ans	Promotion du travail avec les jeunes
CO 331e	Limites d'âge pour le versement anticipé de la CP	Système de CP, protection des prestations de vieillesse des salariés
CO 335c	Les délais de préavis dépendent du nombre d'années de service	La sécurité pour les salariés et les travailleurs doit augmenter avec la durée du service
CO 336c al. 1 let. b	La protection temporaire contre le licenciement est en corrélation avec les années de service	La fidélité au service doit être récompensée par une protection plus longue
CO 339b	Indemnité de départ pour les salariés de 50 ans et plus (pour 20 ans de service)	Devoir d'assistance / La fidélité au service doit être récompensée
LTr 29/VO 5	Protection spéciale pour les jeunes travailleurs	Cst. 11 (protection spéciale pour les enfants et les jeunes)

# Résiliation de la relation de travail / licenciement

## Pratique

- Licenciement des travailleurs âgés en raison de leur âge
- Les « retraites forcées », c'est-à-dire la résiliation du contrat de travail lorsque l'âge légal de la retraite est atteint, sont courantes, en partie sur la base de CCT
- Situation juridique
- Liberté d'association, liberté de contracter, y compris la liberté de licenciement
- Protection contre le licenciement abusif, art. 336 al. 1 let. a CO
  - L'âge fait partie de notre personnalité
  - Examen de la justification (lien avec la relation de travail, atteinte à la collaboration)
  - Violation du devoir d'assistance envers les travailleurs âgés (TF)
  - Violation du principe de l'exercice des droits avec ménagement (TF)

## Décisions judiciaires

- Tendance des tribunaux à renforcer le devoir d'assistance envers les travailleurs âgés ayant de nombreuses années de service (détails sur la diapositive suivante)
- Licenciement non abusif parce que l'âge de la retraite est atteint (TF 4A\_399/2013 du 17.2.2014)

# Mise à la retraite en prison : ATF 139 I 180

- Les faits :
  - Un détenu a demandé à être exempté de l'obligation de travailler dans l'établissement pénitentiaire, car il avait atteint l'âge de 65 ans.
- Le Tribunal fédéral a rejeté cette demande (consid. 1.8) :
  - L'institution juridique de la pension de vieillesse n'est pas transposable dans le système d'exécution, car le travail dans l'exécution ne sert pas à subvenir à ses besoins. Compte tenu de sa finalité, l'obligation de travailler dans le cadre de l'exécution est indépendante de l'âge

# Aperçu

---

## I) Introduction

- Diffusion et manifestations de la discrimination fondée sur l'âge
  - Définition des termes, problématique et procédure
  - Principes de base concernant le motif de discrimination « âge »
- 

## II) L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière de travail et d'emploi dans le droit de l'UE

- Droit primaire et secondaire
  - Jurisprudence
- 

## III) Situation juridique en Suisse

- Droit de travail publique
  - Droit de travail privé
- 

## IV) Conclusion et réflexion

# IV) Conclusion

Désavantage de fait des travailleurs âgés dans l'accès à l'emploi et en cas de licenciement

Conséquences importantes pour les personnes concernées en cas de perte d'emploi à un âge avancé (réduction des prestations de vieillesse)

Retraites pas toujours volontaires, retraite forcée (pas en prison...)

Appréciation de la protection juridique actuelle :

- Pratiquement aucune protection contre la discrimination à l'embauche (les tribunaux pourraient être plus courageux)
- Protection contre le licenciement des travailleurs âgés par la formation du droit (privilège des travailleurs âgés discriminatoire ?)
- Une réglementation légale est utile (une protection renforcée contre le licenciement sans protection contre la discrimination à l'embauche n'a guère de sens)

# Réflexions finales

La discrimination fondée sur l'âge - difficile à combattre sur le plan juridique

Raisons :

- Conceptuel : chaque personne a un âge (à la différence des autres motifs de discrimination)
- Justifications basées sur des préjugés, la recherche récente sur le vieillissement montre :
  - Les hypothèses généralisées sur le déclin des capacités mentales et physiques ne résistent pas à un examen plus approfondi
  - Le processus de vieillissement est individuel
  - Il existe un potentiel souvent inexploité de mobilisation des potentiels de développement et d'action
- Hypothèses concernant certaines caractéristiques liées à l'âge : problème du non-droit à la généralisation et de la discrimination statistique



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



**Je me remercie  
pour votre attention**

**[kurt.paerli@unibas.ch](mailto:kurt.paerli@unibas.ch)**