



**HAL**  
open science

# L'interdiction à géométrie variable des discriminations fondées sur l'âge

Clément Lanier

► **To cite this version:**

Clément Lanier. L'interdiction à géométrie variable des discriminations fondées sur l'âge. Les Cahiers de la LCD, 2024, 19. <hal-04642625>

**HAL Id: hal-04642625**

**<https://hal.science/hal-04642625v1>**

Submitted on 13 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

# L'INTERDICTION À GÉOMÉTRIE VARIABLE DES DISCRIMINATIONS FONDÉES SUR L'ÂGE

**CLEMENT LANIER**

**Doctorant contractuel en droit public, Université Paris-Nanterre (CTAD-CREDOF)**

[clanier@parisnanterre.fr](mailto:clanier@parisnanterre.fr)

## **Avertissement**

Cet article a été publié dans la revue *Les Cahiers de la Lutte contre les Discriminations*, n° 19, octobre 2024, dans le cadre d'un numéro thématique consacré aux variations du droit de la non-discrimination.

En cas de divergences entre cette version et la version publiée dans la revue, cette dernière fait foi.

**Résumé :** À première lecture, l'âge est un critère prohibé de discrimination comme les autres. Néanmoins, derrière les apparences, un examen attentif montre que l'interdiction d'opérer une différence de traitement fondée sur l'âge apparaît en réalité moins ferme que pour d'autres critères. Se dessine alors une variation interne du droit de la non-discrimination, qu'illustre le critère de l'âge. D'une part en effet, l'âge est un critère ambivalent, dont on ne sait précisément qui il protège ; d'autre part, la portée de l'interdiction de discriminer selon l'âge est variable, et admet de nombreuses exceptions.

**Mots-clés :** Âge, Principe de non-discrimination, Exception, Mangold, Âgisme, CJUE, Directive 2000/78.

## Introduction

Si « *la “jeunesse” n’est qu’un mot* » (Bourdieu, 1978), le vieillissement de la population semble, quant à lui, être une réalité. La Commission européenne s’en est inquiétée, au regard de la soutenabilité des modèles sociaux des États-membres : elle observe que « *l’Europe est incontestablement en train de grisonner* »<sup>1</sup>. Ce constat peut toutefois être étendu au-delà de la sphère économique pour interroger la place grandissante des personnes âgées et le regard porté par la société sur ces derniers (v. Bourdairé-Mignot & Gründler, 2020). « Les vieux » ont en effet en commun « *l’expérience de préjugés d’un autre groupe d’âge, (...) l’expérience subjective sous-entendue dans la notion populaire du fossé générationnel* » (Butler, 1969).

Une interdiction d’opérer des discriminations en raison de l’âge a été édictée, afin d’éviter que ces préjugés ne deviennent des différences de traitements « *défavorable[s], injustifié[s] et illicite[s]* » (Miné, 2021). Cette interdiction vaut dans de nombreux domaines. En droit du travail, la question de l’âge est d’ailleurs consubstantielle : cette branche du droit est née de l’interdiction du travail industriel des enfants de moins de 12 ans, en 1874<sup>2</sup>. L’interdiction des discriminations fondées sur l’âge à proprement parler est cependant plus récente. La loi de 1987 est ainsi la première à considérer l’âge comme un critère prohibé de discrimination en matière d’emploi<sup>3</sup>. Cette interdiction des discriminations fondées sur l’âge, toujours en vigueur<sup>4</sup>, s’est depuis étendue au droit de la fonction publique<sup>5</sup> et fait l’objet d’une incrimination pénale<sup>6</sup>.

L’intégration de l’âge à la liste des motifs prohibés de discrimination a principalement été permise grâce au droit de l’Union européenne (UE). Dès le traité d’Amsterdam en 1997, l’article 6 (a) du Traité sur l’Union européenne prévoit la possibilité pour le Conseil de « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination* » notamment fondée sur l’âge. Sur la base de cette dernière disposition, la directive dite *Emploi* de 2000<sup>7</sup> instaure un cadre général visant à lutter contre les discriminations, notamment en raison de l’âge dans le cadre de l’emploi. L’interdiction de telles discriminations a en outre été consacrée comme principe général du droit de l’UE par la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE)<sup>8</sup>. Aujourd’hui encore, le droit de l’Union européenne constitue une source majeure du droit de la non-discrimination, d’autant plus s’agissant du critère de l’âge. Son étude permet ainsi de mieux comprendre la situation française.

Or, si l’interdiction des discriminations fondées sur l’âge semble clairement posée en droit européen, une analyse plus approfondie invite à davantage de prudence. En effet, l’âge fait l’objet d’une appréhension juridique particulière. Cela est particulièrement visible si l’on s’intéresse aux exceptions à l’interdiction de principe, c’est-à-dire aux cas dans lesquels une différence de traitement n’est pas proscrite.

L’âge témoigne alors de variations internes au droit de la non-discrimination, contrairement à l’opinion répandue voyant dans la multiplication des critères une simple extension de règles déjà en vigueur. La vigueur du principe — ne pas discriminer — diffère en effet selon les motifs prohibés, et paraît particulièrement faible s’agissant de l’âge.

Une double spécificité permet de considérer l’âge comme un critère à part au sein de la liste de motifs prohibés. D’une part, le critère en lui-même apparaît variable : le groupe social protégé n’est pas clairement

---

<sup>1</sup> Commission européenne, *The 2015 Ageing Report : Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013–2060)*, Luxembourg, Office des publications de l’Union européenne, 2015.

<sup>2</sup> Plusieurs auteurs voient en effet dans la Loi du 19 mai 1874 *sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l’industrie* la naissance du droit du travail (v. Amauger-Lattes, 2007).

<sup>3</sup> Loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 *portant diverses mesures d’ordre sociale*.

<sup>4</sup> C. trav., art. L. 1132-1.

<sup>5</sup> CGFP, art. L. 131-1.

<sup>6</sup> C. pén., art. 225-1.

<sup>7</sup> 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*.

<sup>8</sup> CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, aff. C-144/04.

identifié et diffère selon les cas (1). D'autre part, la protection offerte par le droit de la non-discrimination varie et semble moindre que pour d'autres critères (2).

## **1. La variabilité du champ *ratione personae* du principe de non-discrimination fondée sur l'âge**

La question de la détermination du groupe protégé par l'introduction d'un critère d'âge ne trouve aucune réponse évidente. C'est en effet pour des raisons économiques que ce critère a été introduit, dans un contexte de vieillissement de la population, sans que cela permette d'identifier clairement les différences de traitement concernées (1). Aujourd'hui, en dépit d'une jurisprudence qui ne cesse de s'étoffer, la signification du critère de l'âge au sens du droit de la non-discrimination demeure obscure et interroge même sur la légitimité de ce motif au regard des autres (2).

### **1.1 L'introduction avant tout économique du critère d'âge**

En droit de l'UE, l'âge devient un motif prohibé de discrimination en 2000, avec la directive *Emploi*. Cette directive est adoptée, d'après ses considérants, pour deux raisons. En premier lieu, elle entend promouvoir et protéger l'égalité, considérée comme un droit fondamental duquel découle la protection contre les discriminations ; la directive s'inscrit alors dans la continuité de plusieurs instruments de protection internationale des droits de l'Homme<sup>9</sup>. La seconde raison est économique : les discriminations dans le domaine de l'emploi sont autant d'obstacles à la réalisation des objectifs de l'Union européenne, en particulier à l'instauration d'un marché unique<sup>10</sup>.

S'agissant du critère de l'âge en particulier, cette dernière raison apparaît toutefois prépondérante. La directive est en effet élaborée alors que la population européenne est vieillissante. Les États sont confrontés à la fois à une baisse de la part active de la population, donc des cotisations sociales, et à un allongement de la durée de vie des individus, se traduisant par une augmentation des dépenses liées à leurs pensions de retraite et à leurs besoins de santé. Cette évolution démographique suscite donc, déjà à l'époque, des craintes quant à la pérennité du système de protection sociale et à l'avenir des économies des États-membres (Horton, 2019; Kaya, 2020). Le chômage « des seniors » devient dès lors une préoccupation majeure (Le Garrec & Touzé, 2023), d'autant plus que plusieurs États choisissent de repousser l'âge légal de départ à la retraite ou d'augmenter la durée requise de cotisation (Numhauser-Henning et al., 2017). Dans ce contexte, les discriminations en raison de l'âge constituent un obstacle à la pleine inclusion des travailleurs âgés au marché de l'emploi. La Commission européenne ne s'y est d'ailleurs pas trompée, en rappelant dans l'exposé des motifs du projet initial de directive, que « *compte tenu de l'évolution démographique, il importe d'assurer l'emploi d'un pourcentage aussi élevé que possible de personnes d'âge actif* »<sup>11</sup>. Elle relève par ailleurs que les principales différences de traitement identifiées<sup>12</sup> « *touchent particulièrement les travailleurs âgés* ». Il apparaît donc clairement que le critère de l'âge a été introduit au sein de la directive *Emploi* par des considérations d'ordre économique. Il s'agit donc, malgré un souci manifeste de protéger les travailleurs les plus âgés, « *de tout autre chose que du triomphe de la non-discrimination* » (Lyon-Caen, 2003).

La crise économique de 2008 a contraint l'Union européenne à porter une attention sur une autre classe d'âge : les travailleurs jeunes. En effet, leur taux de chômage a augmenté de manière importante à cette période<sup>13</sup>. Cela inquiète particulièrement la Commission qui craint un retard par rapport à ses concurrents

---

<sup>9</sup> Considérants 4 à 6 de la directive.

<sup>10</sup> Considérants 7 à 12 de la directive.

<sup>11</sup> Commission européenne, *Proposition de directive du conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Exposé des motifs*, COM/1999/565, JO n° C 177 E du 27 juin 2000, pp. 42-46.

<sup>12</sup> Perte d'emploi, discrimination lors du recrutement, exclusion des mesures spéciales pour les chômeurs, exclusion de la formation et discrimination lors du départ en retraite.

<sup>13</sup> Entre 2008 et 2013 par exemple, la part de 20-29 ans ayant un emploi diminue de plus de 7 points (Eurostat).

états-uniens et japonais<sup>14</sup>. Les jeunes apparaissent donc comme une nouvelle population vulnérable sur le marché de l'emploi, nécessitant une stratégie spécifique. Les dispositions anti-discriminatoires sont alors mobilisées, parmi d'autres, dans le cadre de cette stratégie visant à une solidarité intergénérationnelle (Numhauser-Henning et al., 2017).

Les considérations économiques qui ont commandé l'introduction de l'âge parmi les critères prohibés de discrimination semblent nous conduire à considérer que ce sont les travailleurs âgés et, plus récemment, jeunes, que la directive entend protéger. Néanmoins, le recours à la notion d'âge de manière générale doit inciter à davantage de prudence, tant sa signification est équivoque.

## 1.2. La difficile identification de la signification du critère de l'âge

*Prima facie*, définir la notion d'âge semble simple : cela renvoie à la « *durée de la vie écoulée depuis la naissance jusqu'à la date considérée* »<sup>15</sup> et s'exprimerait donc en années. Il désigne ainsi un « *marqueur biologique du temps qui passe* » (Mercat-Bruns, 2021). En réalité, l'âge semble en premier lieu servir de *proxy* pour permettre d'appréhender le processus biologique de vieillissement, « *processus multifactoriel complexe* » (Lafon, 2008), dont les causes sont difficilement identifiables (de Jaeger & Cherin, 2011 ; Lang et al., 2013) mais semblent à la fois endogènes et exogènes au corps humain. Quant aux effets du vieillissement, ils se traduisent par des altérations de la santé, tant sur le plan physique que mental. L'OMS (Organisation mondiale de la Santé) relève toutefois que celles-ci « *ne sont ni linéaires ni constantes, et elles ne sont que vaguement associées à l'âge* »<sup>16</sup>.

L'âge est devenu un critère de classement usuel dans divers champs du monde social. Son institutionnalisation conduit d'ailleurs à faire de l'âge un principe de formation de groupes sociaux<sup>17</sup>. Aux classes d'âges ont été attachées un ensemble de représentations qui sont attribuées à tous les membres de cette classe d'âge et cela sans distinction. Il existerait alors « les vieux », démotivés, davantage enclins au stress, moins productifs en somme ; et « les jeunes », peu motivés et inadaptés (Amauger-Lattes, 2007 ; Fasbender, 2020). Ces stéréotypes – faux et qui reposent sur des idées préconçues sans fondement empirique – sont à la fois la cause et la conséquence des discriminations, dans une sorte de cercle vicieux (Fasbender, 2020). Dès lors, il semble bel et bien exister des populations plus exposées à ces stéréotypes : à savoir les individus perçus comme « jeunes » et ceux perçus comme « vieux », cette perception variant considérablement d'une personne à l'autre (Ennuyer, 2011).

Ces catégories ne sont cependant pas sans poser des difficultés. En effet, elles n'ont pas de définition propre : comme le relève Dupeyroux (2003), « *est jeune, en droit, celui qui est traité comme tel, qui fait l'objet de dispositions juridiques spécifiques* ». En droit de l'Union européenne, les dispositions qui ciblent « les jeunes » concernent ainsi les personnes entre 15 et 24 ans, mais cela peut aller jusqu'à 29 voire 30 ans (Ter Haar, 2019). S'agissant des travailleurs plus âgés, il semble admis que cette catégorie désigne, de manière imprécise – et fluctuant au gré des réformes – les personnes en fin de carrière : à partir de 60 ans, parfois 55, 50, voire, dans certains cas, 45 ans (Amauger-Lattes, 2007 ; Freedland & Vickers, 2016).

Il apparaît ainsi difficile d'identifier la (ou les) catégorie(s) sociale(s) que chercherait à protéger l'insertion du critère de l'âge dans le droit de la non-discrimination. C'est d'autant plus complexe que l'âge est, à la différence des autres critères<sup>18</sup>, en constante évolution et concerne tout un chacun. Nous avons tous été *jeunes*, nous serons tous *vieux* (sauf décès précoce, évidemment).

---

<sup>14</sup> V. Commission européenne, *Europe 2020 : Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, 2010, n° COM/2010/2020

<sup>15</sup> *Trésor de la langue française informatisé* (TLFI).

<sup>16</sup> Organisation mondiale de la Santé, *Rapport mondial sur le vieillissement et la santé. Organisation mondiale de la Santé*, 2016.

<sup>17</sup> Notons cependant que cette distinction entre âge biologique et âge social est parfois contestée (par exemple, v. Rennes, 2019).

<sup>18</sup> Les autres motifs prohibés sont en effet des caractéristiques pour la plupart immuables (origine, caractéristiques génétiques, orientation sexuelle...) ou ne pouvant connaître que peu de changements au

Cela ne peut qu'interroger quant à la raison des différences de traitement fondées sur l'âge : pourquoi de telles différences sont « *illégitimes* » (Lochak, 1987), quelle est leur « *wrongness* » ? Il semble pour l'heure difficile de répondre à une telle question, d'autant plus que la motivation de l'interdiction des discriminations, quel que soit le critère, fait l'objet d'un débat doctrinal nourri. Néanmoins, l'absence de groupe social clairement identifié rend l'interdiction plus contestée, donc les discriminations fondées sur l'âge davantage « *sans doute acceptée[s], voire désirée[s] par l'opinion commune* » (Lyon-Caen, 2003). Les avocats généraux sont eux-mêmes enclins à considérer l'âge comme un critère distinct des autres (v. Horton, 2019). D'aucuns estiment même que de telles différences sont souhaitables dans l'optique d'une égalité intergénérationnelle<sup>19</sup>. De là à dire que l'âge serait un sous-critère, ou à tout le moins un critère moins prohibé que les autres, il n'y a qu'un pas, que nous pouvons franchir eu égard à la variabilité de l'*interdit* de discriminer en raison de l'âge.

## 2. La variabilité du champ *ratione materiae* du principe de non-discrimination fondée sur l'âge

La règle prohibant les discriminations fondées sur l'âge est loin d'être inflexible. Elle peine en effet, contrairement à d'autres critères, à s'appliquer en dehors du champ de l'emploi (2.1). En outre, au sein du domaine de l'emploi, l'âge admet davantage de justifications aux différences de traitements (2.2).

### 2.1. Un principe difficilement applicable au-delà de l'emploi

Le critère de l'âge est apparu en droit de la non-discrimination, comme expliqué ci-avant, par le prisme des discriminations dans l'emploi. Il apparaît aujourd'hui encore comme cantonné à ce champ. Il s'agit là d'une différence notable avec d'autres critères. S'agissant par exemple du critère de la race ou de l'origine, celui-ci a vocation — en théorie<sup>20</sup> — à s'appliquer non seulement en matière d'emploi, mais également en matière d'éducation, de protection sociale, ou d'accès aux biens et services<sup>21</sup>. De même s'agissant du critère du sexe, la directive 2004/113/CE par exemple a étendu l'interdiction à la question de l'accès aux biens et services<sup>22</sup>.

La CJUE a élevé en 2005 le principe de non-discrimination en fonction de l'âge au rang de principe général du droit communautaire<sup>23</sup>, dont la directive *Emploi* ne serait qu'une concrétisation. Les espoirs étaient donc permis quant à une application de ce principe hors de la sphère professionnelle. La Cour n'a cependant jamais procédé à une telle extension<sup>24</sup>. Les juges de Luxembourg ont même restreint la portée de ce principe. Cela semble pouvoir s'expliquer par la réception de l'arrêt *Mangold*, qui, bien que confirmé dans l'arrêt *Kücükdeveci*<sup>25</sup>, a été particulièrement critiqué et a suscité une certaine défiance — voire résistance — des juridictions nationales (v. O'Conneide, 2020). Le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge ne peut ainsi être compris comme impliquant « *une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge [même] lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire* »<sup>26</sup>. Il ne trouve ainsi à s'appliquer que pour des « *situation[s] entr[ant] dans*

---

cours d'une vie (sexe, perte d'autonomie, handicap...). En revanche, l'âge d'une personne change, *a minima*, tous les ans.

<sup>19</sup> V. Rachel HORTON (2019) qui évoque et réfute de tels arguments.

<sup>20</sup> La jurisprudence apparaît néanmoins plus mitigée (Möschel, 2019).

<sup>21</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, art. 3.

<sup>22</sup> Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, art. 3.

<sup>23</sup> CJCE, 2005, *Mangold*, préc.

<sup>24</sup> Notons cependant que la Cour a pu interpréter parfois extensivement ce qui relevait de cette sphère en considérant, par exemple, que le poste de président d'un syndicat était qualifiable d'emploi (CJUE, 2 juin 2022, *Ligebehandlingsnævnet, agissant pour A. c/ HK/Danmark et HK/Privat*, aff. C-587/20).

<sup>25</sup> CJUE, 19 janvier 2010, aff. C-555/07.

<sup>26</sup> CJCE, gde ch., 23 septembre 2008, *Birgit Bartsch c/ Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, aff. C-427/06, § 25.

le champ de l'interdiction des discriminations que la directive 2000/78 édicte »<sup>27</sup>. Une proposition de directive dite « horizontale » a pourtant été faite par la Commission afin d'étendre l'interdiction des discriminations à d'autres domaines<sup>28</sup>. Son adoption semble aujourd'hui au point mort, malgré l'appui du Parlement européen<sup>29</sup>.

Soulignons ici que la situation française peut sembler, de prime abord, plus nuancée : l'âge faisant partie de la liste des critères de l'article 225-1 du Code pénal, il a donc vocation à s'appliquer de manière plus large. Néanmoins, l'effectivité de cette disposition semble perfectible, par exemple en matière de logement (Menduiña Gordón, 2016) ou à propos des personnes âgées dépendantes (Bourdairé-Mignot & Gründler, 2020 ; Mercat-Bruns, 2020).

Il semble donc bien que, contrairement aux autres critères, l'âge soit cantonné au domaine du travail. L'interdiction des discriminations fondées sur celui-ci semble donc, d'un point de vue matériel, faire de l'âge un critère moins prohibé que d'autres. Une analyse de l'application de ce principe dans le domaine de l'emploi confirme cette conclusion.

## 2.2. La justification facilitée des différences de traitement

L'interdiction des discriminations posée par la directive *Emploi* est moins ferme s'agissant de l'âge. En effet, un certain nombre d'exceptions sont prévues. Ainsi, au même titre que les autres critères, il est possible de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (article 4) ou par une nécessité tenant à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou à la protection des droits et libertés d'autrui (article 2). En sus, l'article 6 de la directive prévoit des dérogations supplémentaires, lorsqu'existe un objectif légitime tenant notamment à la politique de l'emploi, au marché du travail ou à la formation professionnelle. Ces possibilités d'opérer une distinction fondées sur l'âge, inapplicables pour d'autres critères que l'âge, trahissent là encore les considérations économiques présidant l'introduction de ce critère (Numhauser-Henning et al., 2017).

Ce que le texte laisse penser se trouve pleinement confirmé par une analyse de la jurisprudence de la CJUE : les différences de traitement sont plus aisément justifiables lorsqu'elles se fondent sur l'âge. D'une part, la Cour semble admettre que l'âge puisse servir de « critère objectif de vieillissement » (Mercat-Bruns, 2021). Cela semble parfois se traduire par une légitimation de stéréotypes liés à l'âge, ce qui est pourtant refusé s'agissant des autres critères<sup>30</sup>. Par exemple, dans la décision *Kücükdeveci*, les juges de Luxembourg admettent sans le discuter l'argument selon lequel « les jeunes travailleurs réagissent généralement plus aisément et plus rapidement à la perte de leur emploi et qu'il peut être exigé d'eux une flexibilité plus grande ». Autre exemple, dans l'arrêt *Wolf*<sup>31</sup>, elle accepte qu'un âge maximum soit fixé à 30 ans pour le recrutement de pompiers professionnels, estimant, en s'appuyant sur les expertises produites par le gouvernement allemand, qu'après 45 à 50 ans, les personnes ne disposent généralement plus de la capacité physique suffisante pour aller sur le terrain. Une telle solution peut étonner d'une part en raison de l'écart entre les deux âges, mais aussi en raison de la généralité de la mesure : la Cour n'envisage par exemple pas que l'aptitude d'une personne puisse être déterminée par d'autres indicateurs que l'âge, comme

---

<sup>27</sup> CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI), agissant pour Ajos A/S Dansk c/ Succession Karsten Eigil Rasmussen*, aff. C-441/14, § 24.

<sup>28</sup> Proposition COM/2008/0426 du 2 juillet 2008.

<sup>29</sup> V. par exemple la résolution du Parlement européen du 19 avril 2023 *sur la lutte contre la discrimination dans l'Union européenne – la tant attendue directive horizontale anti-discrimination*, n° 2023/2582(RSP).

<sup>30</sup> Notons néanmoins que certains stéréotypes liés à la grossesse et à la maternité ont parfois pu imprégner certaines décisions concernant une différence fondée sur le sexe (Horton, 2019).

<sup>31</sup> CJUE, 12 janvier 2010, aff. C-229/08.

des tests physiques, certes plus coûteux pour l'employeur à mettre en place mais plus adaptés à identifier les salariés inaptes<sup>32</sup>.

D'autre part, la jurisprudence admet de manière récurrente la légitimité de l'argument de l'égalité intergénérationnelle pour justifier des différences de traitement fondées sur l'âge, le plus souvent au détriment de personnes âgées. En d'autres termes, faire sortir du marché de l'emploi les personnes plus âgées — dont on affirme pourtant qu'elles doivent travailler plus longtemps (v. *supra*) — doit permettre l'entrée de personnes plus jeunes<sup>33</sup>. Toujours pour faciliter l'insertion de jeunes travailleurs, la Cour admet la nécessité de « *flexibiliser* » le marché de l'emploi en prévoyant un contrat plus précaire pour les salariés de moins de 25 ans<sup>34</sup>. L'objectif est alors de compenser une inégalité face à l'emploi et au risque de chômage dont souffrent les plus jeunes. Ces solutions semblent donc tout à la fois traduire une vision redistributive holiste, visant à atteindre l'égalité à l'échelle d'une société, et trahir le cadre néolibéral dans lequel la CJUE s'inscrit (Somek, 2011). À la différence des autres critères, l'âge est ouvert à une logique d'égalité par la précarité : protéger un groupe en fragilisant la situation des individus le composant.

### Conclusion

L'âge est donc un critère spécifique en droit de la non-discrimination. Il est ambivalent et protège tantôt « les jeunes », tantôt « les vieux ». Une constance apparaît toutefois : les considérations économiques sont prépondérantes et justifient tant l'interdiction générale des différences de traitement que les autorisations particulières de différencier. En ce sens, l'âge met en exergue les contradictions intrinsèques au droit européen de la non-discrimination, tiraillé entre un souci de protection d'individus jugés vulnérables et la nécessité de protéger un modèle économique. Selon les critères, le point d'équilibre entre ces deux impératifs n'est pas le même, le droit de la non-discrimination est donc variable. Cela se traduit concrètement : s'agissant de l'âge, la protection des individus s'incline ainsi face aux arguments économiques ; et tant que l'attachement du droit européen à son modèle économique ne sera pas questionné, il serait vain d'envisager toute évolution de ce rapport.

---

<sup>32</sup> La Cour se montre pourtant plus stricte lorsqu'il a été question de la mise à la retraite d'office de pilotes à 60 ans (CJUE, gde ch., 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge, Michael Fromm et Volker Lambach c/ Deutsche Lufthansa AG*, aff. C-447/09). Notons toutefois que, sur la question d'un âge maximum pour le recrutement de pompiers ou de policiers, la jurisprudence paraît hésitante : CJUE, 13 novembre 2014, *Mario Vital Pérez c/ Ayuntamiento de Oviedo*, aff. C-416/13 ; CJUE, gde ch., 15 novembre 2016, *Gorka Salaberria Sorondo c/ Academia Vasca de Policía y Emergencias*, aff. C-258/15 (v. également Horton, 2019).

<sup>33</sup> CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England (The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing) c/ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, aff. C-388/07. V. également CJUE, gde ch., 12 octobre 2010, *Gisela Rosenbladt c/ Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, aff. C-45/09.

<sup>34</sup> CJUE, 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c/ Antonino Bordonaro*, aff. C-143/16.

## Bibliographie

- Amauger-Lattes M.-C. (2007), « La discrimination fondée sur l'âge : Une notion circonstancielle sous haute surveillance », *Retraite et société*, n° 51/2, pp. 27-41.
- Bourdaire-Mignot C. & Gründler T. (2020), « Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit », *La Revue des droits de l'homme*, n° 17.
- Bourdieu P. (1978), « La "jeunesse" n'est qu'un mot », in *Les Jeunes et le premier emploi* (A.-M. Métaillé A.-M. & Thiveaud J.-M., dir.), Association des âges, pp. 520-530.
- Butler R. N. (1969), « Age-Isms : Another Form of Bigotry » (Kolli S., trad.), *The Gerontologist*, n° 9/4, pp. 243-246.
- de Jaeger C. & Cherin P. (2011), « Les théories du vieillissement », *Médecine & Longévité*, n° 3/4, pp. 155-174.
- Dupeyroux J.-J. (2003), « L'âge en droit social », *Dr. soc.*, n° 12, p. 1041.
- Ennuyer B. (2011), « À quel âge est-on vieux ? La catégorisation des âges : ségrégation sociale et réification des individus », *Gérontologie et société*, n° 34/138, pp. 127-142.
- Fasbender U. (2020), « Age Discrimination as a Bone of Contention in the EU: A psychological Perspective », in *The European Union as Protector and Promoter of Equality* (Giegerich T., dir.), Springer, pp. 417-427.
- Freedland M. & Vickers L. (2016), « Age Discrimination and EU Labour Rights Law », in *Research Handbook on EU Labour Law* (Bogg A., Costello C. & Davies A., dir.), Edward Elgar Publishing, pp. 527-546.
- Horton R. (2019), « Justifying Age Discrimination in the EU », in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (Belavusau U. & Henrard K., dir.), Hart Publishing, pp. 273-294.
- Kaya G. (2020), « Age Discrimination as a Bone of Contention in the EU », in *The European Union as Protector and Promoter of Equality* (Giegerich T., dir.), Springer, pp. 391-596.
- Lafon C. (2008), « Vieillir : Mieux comprendre pour mieux agir », *Revue Recherche en soins infirmiers*, n° 94/3, pp. 4-27.
- Lang P.-O., Proust J., Vogel T. & Aspinall R. (2013), « Saurons-nous jamais ce qui provoque le vieillissement ? », *Revue NPG (Neurologie - Psychiatrie - Gériatrie)*, n° 13/78, pp. 337-343.
- Le Garrec G. & Touzé V. (2023), « VII/L'emploi des séniors en Europe », in *L'économie européenne 2023-2024* (OFCE, dir.), La Découverte, pp. 84-95.
- Lochak D. (1987), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.*, n° 11, p. 778.
- Lyon-Caen G. (2003), « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.*, p. 1077.
- Mendiña Gordón E. (2016), « La discrimination dans le logement privé », in *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité : Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations* (Gründler T. & Thouvenin J.-M., dir.), Mission de recherche Droit et Justice, pp. 408-426.
- Mercat-Bruns M. (2020), « Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : Une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif », *La Revue des droits de l'Homme*, n° 17.

- (2021), « Âge », in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (Tharaud D. & Boyer-Capelle C., dir.), L'Harmattan, pp. 25-28.
- Miné M. (2021), « Discrimination (approche juridique) », in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination* (Tharaud D. & Boyer-Capelle C., dir.), L'Harmattan, pp. 103-106.
- Möschel M. (2019), « 18 Years of Race Equality Directive : A Mitigated Balance », in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (Belavusau U. & Henrard K., dir.), Hart Publishing, pp. 141-160.
- Numhauser-Henning A., Julén Votinius J. & Zbyszewska A. (2017), « Equal Treatment and Age Discrimination—Inside and Outside Working Life », in *Elder Law* (Numhauser-Henning A., dir.), Edward Elgard Publishing, pp. 151-178.
- O'Conneide C. (2020), « Uniformity or Variation : Should the CJEU 'Carry Over' its Gender Equality Approach to the Post-2000 Equality Grounds? », in *The European Union as Protector and Promoter of Equality* (Giegerich T., dir.), Springer, pp. 115-133.
- Rennes J. (2019), « Âge biologique versus âge social : Une distinction problématique », *Genèses*, n° 117/4, pp. 109-128.
- Somek A. (2011), *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press.
- Ter Haar B. (2019), « EU Age Discrimination Law : A Curse or a Blessing for EU Youth Policy? », in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender* (Belavusau U. & Henrard K., dir.), Hart Publishing, pp. 295-319.