

De la portée limitée de l'interdiction des discriminations liées à l'âge : une indemnité de licenciement peut être plafonnée selon un critère d'âge

(Cour de cassation (Ch. Soc.) 17 novembre 2010)

par *Mélanie SCHMITT*, Maître de conférences HDR, Université de Strasbourg

PLAN

- I. L'admission généreuse de l'existence d'objectifs légitimes justifiant le plafonnement de l'indemnité
 - A. Un double objectif légitime
 - B. Des objectifs incohérents ?
- II. Un contrôle succinct du caractère nécessaire et approprié des moyens
 - A. Des directives d'interprétation écartées
 - B. Des éléments d'appréciation substantiels ignorés

1. L'interdiction des discriminations liées à l'âge, principe général du droit de l'Union européenne mis en œuvre par la directive 2000/78 (1), suscite les interrogations de nombreux juges européens (2). N'échappant pas à ce mouvement, le contentieux français en la matière commence à se développer et tend à se concentrer sur la rupture du contrat de travail des salariés d'un certain âge et sur ses conséquences (3). L'arrêt du 17 novembre 2010 (3 bis) intervient ainsi quelques mois après que la Cour de cassation, par deux arrêts du 11 mai 2010 (4), a imposé aux juges du fond de contrôler la validité des dispositifs législatifs et réglementaires autorisant la cessation du contrat de travail des salariés ayant atteint l'âge de 60 ans.

2. Les faits à l'origine de cette nouvelle affaire sont les suivants : envisageant de cesser son activité, une société a établi un plan de sauvegarde de l'emploi prévoyant notamment, pour les salariés ne pouvant être reclassés, le paiement d'indemnités plafonnées pour ceux qui avaient atteint l'âge de 57 ans au jour du licenciement et qui auraient droit à une retraite à taux plein à l'âge de 60 ans. Une salariée remplissant ces conditions, et qui soutenait qu'aucun reclassement ne lui avait été proposé, a été licenciée alors qu'elle avait atteint l'âge de 60 ans et 9 mois. Estimant que le plafonnement des indemnités constitue une discrimination fondée sur l'âge, elle a saisi le juge prud'homal pour obtenir le paiement de la partie des indemnités dont elle a été privée. Déboutée par la Cour d'appel de Paris, la salariée a formé un pourvoi en cassation, qui est rejeté par la Chambre sociale dans l'arrêt du 17 novembre 2010.

3. Il ne fait en effet aucun doute, et ceci n'est pas contesté en l'espèce, que les salariés ne pouvant être reclassés sont traités différemment selon qu'ils sont ou non âgés de 57 ans et plus. Le plafonnement de l'indemnité de licenciement entre donc dans le champ d'application de l'article L. 1132-1 du Code du travail qui prohibe toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de l'âge du salarié. Mais une telle différence de traitement, même *directement* fondée sur l'âge comme c'est le cas ici, ne constitue pas nécessairement une discrimination. Le principe de non-discrimination connaît en effet une atténuation d'importance,

(1) Directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE n° L 303 du 2 décembre 2000). Sur l'affirmation du principe général du droit de l'Union, v. CJUE 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07 ; RDT 2010, p. 237, nos obs. ; RJS 4/10, p. 257, note J.-Ph. Lhernould ; Sem. soc. Lamy 2010 n° 1432, p. 5, obs. S. Laulom.

(2) En témoignent les nombreuses questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne notamment par les juges allemands. V. not. J.-Ph. Lhernould, « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », RJS 7/07, p. 595 ; F. Michéa, « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire

de l'âge. Retour sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », Dr. soc. 2010, p. 1061.

(3) V. Y. Leroy, « La discrimination fondée sur l'âge. Un principe général encore fragile », RJS 12/10, p. 799.

(3 bis) Reproduit ci-après p. 223 en première espèce de l'annexe.

(4) Soc. 11 mai 2010, n° 08-45307 et n° 08-43681, RDT 2010, p. 587, obs. M. Mercat-Bruns ; S. Laulom, « Le contrôle strict des différences de traitement fondées sur l'âge par la Cour de cassation », D. 2010, p. 2489. Le deuxième arrêt est reproduit ci-après en deuxième espèce de l'annexe p. 225.

selon laquelle sont autorisées les différences de traitement fondées sur l'âge « lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime (...) et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés ». Ce régime dérogatoire, spécifique au critère de l'âge, est prévu à l'article L. 1133-2 du Code du travail (issu de la loi du 27 mai 2008 (5)) qui constitue la transposition de l'article 6 de la directive 2000/78 (6). Par conséquent, il incombe aux juges français une obligation d'interpréter la disposition nationale conformément à ce texte européen et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Il convient de relever que la disposition applicable à l'espèce n'est pas l'actuel article L. 1133-2, mais l'article L. 1133-1 en vigueur au moment des faits (ancien article L. 122-45-3 issu de la loi du 16 novembre 2001 (7)). La Commission européenne ayant relevé que cette loi n'avait pas correctement transposé la directive 2000/78, notamment en n'encadrant pas suffisamment les possibilités de justifier des différences liées à l'âge, le législateur français a complété la liste des « buts légitimes » : alors que l'article L. 1133-1 ne mentionnait qu'« un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi », sont désormais également autorisées les différences justifiées « notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi ». Dans la mesure où le litige porte sur un dispositif lié à l'emploi, la solution rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 17 novembre 2010 est applicable sur le fondement de l'actuel article L. 1133-2.

4. La Chambre sociale approuve les juges du fond, qui ont fait une exacte application de « l'article L. 1133-1 du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 6 de la directive n° 2000/78/CE ». Toutefois, la motivation succincte de l'arrêt ne traduit pas la complexité de l'affaire et des questions qui auraient pu (dû) être résolues. La difficulté en l'espèce tient à la combinaison du plafonnement de l'indemnité de licenciement, décidé par l'employeur, avec le dispositif de préretraite résultant d'une convention d'allocation spéciale du Fonds national de l'emploi (AS-FNE), conclue entre l'entreprise et l'État, et qui va désormais à l'encontre de la politique de maintien dans l'emploi des seniors. Occultant cette dimension, l'arrêt du 17 novembre 2010 suscite de nombreuses interrogations en ce qui concerne tant la solution au fond que l'intensité du contrôle judiciaire portant sur la justification de la différence de traitement par des buts légitimes (I.) et sur sa proportionnalité au regard de ces objectifs (II.).

I. L'admission généreuse de l'existence d'objectifs légitimes justifiant le plafonnement de l'indemnité

5. La CJUE exige des juges nationaux qu'ils recherchent les objectifs légitimes susceptibles de justifier une différence de traitement liée à l'âge. Elle laisse cependant une « large marge de manœuvre » aux États membres dans la définition de leur politique sociale et d'emploi et, en réalité, ne contrôle pas la pertinence des buts invoqués. La liste des objectifs légitimes cités par la directive 2000/78 – comme celle des exemples de mesures pouvant être admises (8) – étant indicative et non exhaustive, les États conservent donc une grande maîtrise

de leur politique d'emploi (9). L'arrêt du 17 novembre 2010 illustre cette marge de manœuvre en approuvant la Cour d'appel de Paris, laquelle a caractérisé un « objectif légitime de maintien de l'emploi et de l'équilibre entre les catégories de salariés qui ne bénéficiaient pas des mêmes avantages après la perte de l'emploi ».

A. Un double objectif légitime

6. **Le maintien dans l'emploi.** La limitation du montant de l'indemnité accordée aux salariés de 57 ans

(5) Loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JO n° 123 du 28 mai 2008).

(6) Article 6 : « Nonobstant l'article 2, § 2, les États membres peuvent 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 (...) » (§ 1).

(7) Loi n° 2001-1066 relative à la lutte contre les discriminations (JO n° 267 du 17 novembre 2001).

(8) Article 6 § 1, al. 2 : « Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre : a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection (...) ».

(9) CJCE 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, Rec. p. I-1569 ; Dr. Ouv. 2009, p.161 obs. M. Bonnechère ; nos obs., RDT 2009, p. 385.

est tout d'abord justifiée car elle est « destinée à favoriser le maintien dans l'emploi de cette catégorie de salariés, en les incitant à envisager une réinsertion professionnelle » (Soc. 17 nov. 2010, préc.). La Cour de cassation considère donc que le plafonnement de l'indemnité, en plaçant les salariés concernés dans une situation économique défavorable, va les inciter à chercher un nouvel emploi. Cette position cynique ne semble pourtant pas incompatible avec la jurisprudence européenne, qui admet qu'une législation nationale ait « clairement pour objectif de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage (...). La légitimité d'un tel objectif d'intérêt général ne saurait être raisonnablement mise en doute » (10). Ce but se situe, en outre, dans la lignée des objectifs européens formulés dans le cadre de la stratégie pour l'emploi. Les lignes directrices formulées par l'UE, que les États membres s'engagent à mettre en œuvre, insistent en effet sur la nécessité d'augmenter le taux d'emploi des seniors (55-64 ans). La directive 2000/78 fait d'ailleurs elle-même référence à ces lignes directrices.

7. L'équilibre entre les catégories de salariés.

Ensuite, le choix de l'âge de 57 ans comme critère de plafonnement des indemnités est justifié car il « repose sur la prise en compte du régime d'indemnisation du chômage plus favorable alors applicable aux salariés licenciés remplissant ces conditions, qui limitait la perte de revenus consécutive au licenciement » (Soc. 17 nov. 2010, préc.). Référence est faite ici aux conventions AS-FNE pouvant être conclues entre une entreprise envisageant des licenciements collectifs et l'État, conventions qui permettent au salarié âgé de 57 ans qui y adhère (et cesse donc de travailler) de bénéficier d'une allocation spéciale jusqu'à sa retraite (11). Ce régime, auquel s'ajoute la dispense de justifier d'une recherche d'emploi, ne profitant qu'aux salariés âgés de 57 ans et plus, ces salariés ne sont donc pas placés dans la même situation que ceux âgés de moins de 57 ans au jour du licenciement, ces derniers bénéficiant *uniquement* du régime de droit commun de l'assurance-chômage. Dès lors, il est permis de traiter différemment les deux catégories de salariés (12). Ce but semble conforme à la position de la CJUE, qui a admis qu'un législateur national ait voulu « mettre en balance la protection des travailleurs qui, en raison de leur ancienneté dans l'entreprise, sont généralement parmi les plus âgés, avec celle des travailleurs plus jeunes » (13).

(10) CJCE 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981 ; Dr. Ouv. 2006, p. 362 obs. M. Bonnechère ; RJS 4/06, p. 257, note H. Tissandier.

(11) Article L. 5123-2 et R. 5123-12 et s. C. tr.

(12) Notons qu'un tel raisonnement aurait dû conduire à exclure l'application du principe et donc la recherche d'une justification à la mesure dérogatoire, l'interdiction des discriminations ne s'appliquant qu'entre deux catégories de salariés placés dans une situation comparable, selon la définition de la discrimination directe figurant à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008. Il illustre en tous cas les difficultés spécifiques résultant de

B. Des objectifs incohérents ?

8. L'objectif de maintien dans l'emploi est combiné avec celui de l'équilibre entre les deux catégories de salariés. Il s'agit donc de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés âgés d'au moins 57 ans, après avoir encouragé leur départ de l'entreprise et leur mise au chômage en leur proposant d'adhérer à un dispositif de cessation anticipée d'activité moyennant un régime d'indemnisation du chômage avantageux. Certes, il s'agit là désormais d'un but reconnu comme légitime par l'actuel article L. 1133-2, qui mentionne l'« indemnisation en cas de perte d'emploi ». Mais le dispositif mis en place correspond à une préretraite, le salarié bénéficiant précisément d'une dispense de recherche d'emploi parce que sa réinsertion professionnelle est fortement compromise ! Si l'on peut comprendre que, dans un contexte de suppression progressive des dispositifs légaux de départ anticipé, les juges ne pouvaient approuver un tel dispositif sans envisager le retour à l'emploi des seniors, il n'en demeure pas moins que les deux objectifs apparaissent en contradiction. Or, la Cour de justice impose un impératif de cohérence lorsque des objectifs différents sont invoqués, considérant notamment qu'il est « difficile d'admettre qu'une réglementation nationale (...) puisse simultanément favoriser chacun de(s) deux groupes aux dépens de l'autre » (14).

9. En outre, derrière l'objectif d'équilibre retenu, apparaît un argument d'ordre économique : l'économie réalisée par l'entreprise en limitant le montant de l'indemnité accordée aux salariés d'au moins 57 ans profite aux salariés licenciés âgés de moins de 57 ans qui percevront une indemnité plus élevée. Mais cette économie n'est possible qu'en ayant recours à une convention AS-FNE. À cet égard, la salariée faisait valoir que « la différence de traitement instaurée visait uniquement à amputer le montant des sommes versées aux salariés les plus âgés de l'entreprise lors de la rupture de leur contrat de travail, c'est-à-dire minorer les coûts de l'entreprise, ce qui ne correspond pas à la recherche d'un objectif légitime ». La Cour de cassation rejette cet argument, approuvant implicitement l'externalisation du coût du licenciement économique sur la collectivité. Adopter une position opposée l'aurait amenée à mettre en cause le dispositif de préretraite dans le cadre du contrôle de proportionnalité, ce qu'elle n'envisage à aucun moment.

l'interdiction des discriminations liées à l'âge. V. not. M. Mercat-Bruns, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », RDT 2007, p. 360 ; Y. Leroy, « La spécificité de la discrimination liée à l'âge », *Les Petites Affiches* 10 mai 2010 n° 92, p. 8.

(13) CJUE 12 octobre 2010, *Andersen*, C-499/08 ; RJS 1/11, p. 3, note J.-Ph. Lhernould.

(14) CJCE 18 juin 2009, *Hütter*, C-88/08, Rec. p. I-5325 ; Sem. Soc. Lamy 2010 n° 1444 suppl. p. 42, obs. S. Laulom ; RJS 2009 p. 734, note D. Martin.

II. Un contrôle succinct du caractère nécessaire et approprié des moyens

10. Dès lors que la Cour de cassation impose aux juges du fond, depuis ses deux arrêts du 11 mai 2010 (14 bis), de rechercher si la limite d'âge est nécessaire pour réaliser les objectifs légitimes reconnus, l'on se serait attendu de sa part à un contrôle plus étayé de l'appréciation réalisée par la Cour d'appel de Paris. L'arrêt du 17 novembre 2010 ne traduit ni les directives d'interprétation de la CJUE, ni les éléments substantiels de la jurisprudence européenne récente qui auraient pu guider l'appréciation du juge français.

A. Des directives d'interprétation écartées

11. Sur ce point, la CJUE est claire : « *De simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure à participer à la politique de l'emploi* » sont insuffisantes pour admettre que cet objectif est de nature à justifier une dérogation au principe de non-discrimination et que les moyens choisis sont aptes à sa réalisation (15). Selon la Cour de justice, il incombe aux États de démontrer la contribution réelle de la mesure en cause à l'objectif affiché ; les autorités étatiques ont « *la charge d'établir la légitimité de l'objectif poursuivi à concurrence d'un seuil probatoire élevé* » (16). Pour guider les juges nationaux, la CJUE fournit des lignes directrices précises et utiles. Si le contrôle du caractère approprié s'avère peu exigeant, la Cour estimant que cette condition est remplie lorsque la mesure n'apparaît pas déraisonnable (17) ou « *manifestement inappropriée* » pour atteindre l'objectif légitime poursuivi (18), le contrôle de nécessité est en revanche plus strict. Une mesure est nécessaire si l'objectif recherché n'aurait pas pu être atteint par un moyen plus modéré, tout aussi approprié. L'examen de la nécessité de la mesure inclut la vérification de l'existence d'« *un juste équilibre entre les différents intérêts en présence* », ainsi que de l'absence d'« *atteinte excessive aux prétentions légitimes des travailleurs* » (19).

12. Nulle trace explicite de ces étapes du contrôle de proportionnalité dans l'arrêt du 17 novembre 2010, qui conclut pourtant que, à l'égard de la salariée, « *les moyens employés (...) étaient appropriés et nécessaires* » pour atteindre le double objectif légitime reconnu. La motivation de l'arrêt indique néanmoins que la Cour de cassation approuve la recherche, par les juges du fond, d'une conciliation entre les différents intérêts en

présence : ceux des salariés de 57 ans et plus, ceux des salariés de moins de 57 ans et ceux de l'entreprise. La Chambre sociale reprend, par ailleurs, l'analyse de la Cour d'appel portant sur l'admission de l'âge de 57 ans comme critère du plafonnement de l'indemnité. Elle rejette ainsi l'argument de la salariée qui soutenait que « *le fait de réduire les indemnités, dans des conditions très importantes, au préjudice des seuls salariés âgés de plus de 57 ans, dispensés de recherche d'emploi, ne constitue pas des "moyens appropriés et nécessaires" afin de les inciter à rechercher un reclassement* ». Suivant l'exigence de la CJUE, le choix de cette limite d'âge apparaît, en effet, cohérent « *avec l'ensemble du dispositif* » (20), complété par la convention AS-FNE qui repose sur la même limite d'âge.

13. Toutefois, le raisonnement de la Cour de cassation apparaît non pertinent, d'abord, parce qu'une différence de traitement décidée par l'employeur (le plafonnement de l'indemnité) est justifiée par la même différence de traitement instaurée par les partenaires sociaux nationaux (règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, applicable à l'espèce) et validée par l'État (21). C'est alors ce dernier dispositif qui aurait dû faire l'objet du contrôle judiciaire. Le refus de la Cour de cassation de s'engager dans cette voie et de sanctionner la Cour d'appel de Paris pour ne pas avoir effectué ce contrôle est, ensuite, d'autant plus critiquable que le contrôle qu'elle impose aux juges du fond dans ses arrêts en date du 11 mai 2010 concerne les règles de retraite (d'origine légale et réglementaire) et non la décision de l'employeur fondée sur ces règles (22). Cette position est conforme aux consignes de la CJUE, pour laquelle l'appréciation de la discrimination dépend de « *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* » (23). Or, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation insiste sur le fait que la salariée « *avait exprimé la volonté de cesser toute activité professionnelle* ». Elle ne se trouvait donc pas dans une situation de recherche d'emploi et bénéficiait de l'indemnisation avantageuse du FNE. Cette position, qui impose aux juges du fond une appréciation *in concreto*, contredit donc les directives de la CJUE.

(14 bis) V. l'arrêt *Opéra de Paris*, reproduit ci-après p. 225.

(15) CJCE 22 novembre 2005, précité.

(16) *Ibid.*

(17) CJCE 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, Rec. p. I-8531 ; RJS 2/08, p. 97, note H. Tissandier ; CJUE 12 janvier 2010, *Petersen*, C-341/08 ; RDT 2010, p. 237, nos obs. ; RJS 4/10 p. 257, note J.-Ph. Lhernould.

(18) CJUE 12 octobre 2010, *Andersen*, précité.

(19) CJCE 16 octobre 2007, précité.

(20) Selon l'exigence de la Cour de justice, CJUE 12 janvier 2010, précité.

(21) L'origine conventionnelle de la mesure n'a aucune incidence sur l'intensité du contrôle que doivent opérer les juges nationaux. V. CJUE 12 octobre 2010, *Rosenblatt*, C-45/09 ; RJS 1/11, p. 3, note J.-Ph. Lhernould ; et déjà CJCE 22 novembre 2005, précité.

(22) V. M. Mercat-Bruns, obs. sous Soc. 11 mai 2011, RDT 2010, p. 587.

(23) CJCE 22 novembre 2005, précité.

B. Des éléments d'appréciation substantiels ignorés

14. Sur le fond, un arrêt du 12 octobre 2010 (24) fournit des indications intéressantes, la Cour de justice ayant statué sur la privation d'une indemnité de licenciement pour les salariés ayant une longue ancienneté et bénéficiant d'une pension de retraite professionnelle à laquelle contribue l'employeur. La CJUE a conclu à l'existence d'une discrimination car cette mesure dispense *automatiquement* l'employeur de verser l'indemnité en cause à tout salarié éligible à une telle pension de retraite, que celui-ci ait effectivement fait valoir son droit à une pension ou qu'il ait décidé de continuer à travailler afin d'augmenter le montant de sa pension. En outre, les salariés concernés ne bénéficiaient pas nécessairement d'une retraite à taux plein, ce qui explique que la privation de l'indemnité de licenciement porte une atteinte excessive aux intérêts légitimes de ces travailleurs en les obligeant « à accepter une pension de vieillesse d'un montant réduit par rapport à celui auquel ils pourraient prétendre en demeurant actifs jusqu'à un âge plus avancé, entraînant pour eux une perte de revenus significative à long terme ».

15. Certes, cette solution ne semble pas pouvoir être transposée à l'espèce dès lors que l'application du dispositif de préretraite et le bénéfice de l'indemnisation spécifique supposent l'adhésion du salarié. Mais il est intéressant de relever que l'avocat général près la CJUE soutenait que le droit fondamental de toute personne de travailler et d'exercer sa profession protège « les intérêts des travailleurs concernés [qui] peuvent comprendre, en dépit de l'existence d'un droit au versement d'une pension de vieillesse, la continuation de la recherche d'une activité

professionnelle » (25). Devant la Cour d'appel, la salariée invoquait un argument similaire, également rejeté, selon lequel la cessation forcée de son activité reste préjudiciable dans la mesure notamment où elle se traduit par une diminution de ressources et lui interdit de bénéficier de la surcote sur sa retraite qu'elle aurait pu acquérir en travaillant au-delà de 60 ans.

16. En guise de conclusion, il convient de souligner que la difficulté issue de la combinaison d'une décision de l'employeur et d'un dispositif national résulte de l'insertion dans le Code du travail de cet article L. 1133-1, alors que l'article 6 de la directive ne s'adresse qu'aux États membres (26) et n'a pas vocation à régir immédiatement les relations entre employeurs et salariés. Les différences de traitement liées à l'âge admises par la directive sont celles qui peuvent être justifiées « dans le cadre du droit national ». Par conséquent, selon la jurisprudence de la CJUE (27), une mesure qu'un employeur fonde directement sur l'âge ne peut être admise qu'à la condition d'être prise en application d'une disposition nationale conforme à l'article 6. Il est donc indispensable de contrôler la conformité du dispositif national sur le fondement duquel l'employeur prend sa décision, comme l'exigent les arrêts du 11 mai 2010. Deux nouvelles décisions en date du 16 février 2011, portant sur la mise à la retraite d'office (28), renouent avec cette position. Certes, les faits de l'arrêt du 17 novembre 2010 étaient plus complexes, le plafonnement de l'indemnité n'étant pas lui-même prévu par le législateur. Il reste que, dès lors que la Cour de cassation justifie cette mesure au regard du régime avantageux de préretraite institué par la loi, elle ne pouvait se passer d'un contrôle de ce dispositif.

Mélanie Schmitt

(24) CJUE 12 octobre 2010, *Andersen*, précité.

(25) Conformément à l'article 15 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. V. les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 6 mai 2010, point 69.

(26) V. les observations de la Commission dans CJCE 5 mars 2009, précité.

(27) Solution résultant de l'arrêt CJCE 5 mars 2009, précité. V. nos obs. RDT 2009, p. 385.

(28) Soc. 16 février 2011, n° 09-72.061 et 10-10.465, reproduits ci-après en couverture nos 4 et 5.

Annexe

DISCRIMINATION – Mise à la retraite - Discrimination fondée sur l'âge – 1° Justifications – Objectif légitime – Moyens appropriés et nécessaires – Contrôle (deux espèces) – 2° Directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000 – Application directe dans les rapports entre particuliers (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 17 novembre 2010

B. contre Finaref (pourvoi n°09-42.071)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 février 2009), qu'envisageant de cesser son activité, la société Banque Finaref, devenue par la suite la société Marbeuf gestion puis la société Finaref, a établi et soumis aux représentants du personnel un plan de sauvegarde de l'emploi, qui prévoyait notamment, à l'intention des salariés ne pouvant être reclassés, le paiement d'indemnités, plafonnées pour ceux qui avaient atteint l'âge de

57 ans au jour du licenciement et qui auraient droit à une retraite à taux plein à l'âge de 60 ans ; que Mme B., membre de la délégation unique du personnel, a été licenciée le 15 septembre 2004, après autorisation de l'administration du travail, alors qu'elle avait atteint l'âge de 60 ans et 9 mois ; que, soutenant que le plafonnement de son indemnisation, du fait de son âge, constituait une discrimination illicite, elle a saisi le

juger prud'homal pour obtenir paiement de la partie des indemnités dont elle avait été privée ;

Attendu que Mme B. fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande alors, selon le motif :

1°/ que l'objet des indemnités prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi était de compenser le préjudice né de la perte de l'emploi et non celui né d'éventuelles difficultés de réinsertion et dont la prise en compte impliquerait d'apprécier la situation personnelle de chaque salarié ; que l'existence d'un régime d'assurance-chômage plus favorable ou la dispense de recherche d'emploi dont peuvent bénéficier les salariés âgés de plus de 57 ans ne les placent pas dans une situation objectivement différente des salariés âgés de moins de 57 ans au regard des indemnités destinées à compenser le préjudice né de la perte d'emploi ; qu'en affirmant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, l'article L. 1132-4, l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

2°/ que le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut prévoir des mesures différentes fondées sur le seul âge des salariés, sans aucune appréciation de leur situation réelle au regard du marché du travail ; que Mme B. avait fait valoir que si l'objet des indemnités du plan de sauvegarde de l'emploi était réellement de compenser les difficultés de réinsertion professionnelle, le plan de sauvegarde de l'emploi aurait dû faire varier ces indemnités en fonction des difficultés de chacun, quel que soit son âge, pour se réinsérer dans le marché du travail, ce qui n'était pas le cas ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était invitée, si les mesures du plan de sauvegarde de l'emploi n'étaient pas illicites de ce chef, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, de l'article L. 1132-4, de l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et de l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

3°/ que des motifs hypothétiques équivalent à une absence de motifs ; que la Cour d'appel a considéré qu'il était vraisemblable que Mme B. avait d'ores et déjà fait liquider ses droits à la retraite ; qu'en statuant par des motifs hypothétiques, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4°/ que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime ; que Mme B. avait souligné que les salariés de moins de 57 ans ayant refusé des offres de reclassement n'avaient pas subi de diminution de leurs indemnités et que la différence de traitement instaurée visait uniquement à amputer le montant des sommes versées aux salariés les plus âgés de l'entreprise lors de la rupture de leur contrat de travail, c'est-à-dire minorer les coûts de l'entreprise, ce qui ne correspondait pas à la recherche d'un but légitime au sens de l'article L. 1133-1 du Code du travail ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était invitée, si le véritable but poursuivi par l'employeur n'était pas de minorer les coûts de l'entreprise au préjudice des salariés âgés de plus de 57 ans, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, de l'article L. 1132-4, de l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et de l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

5°/ que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime ; que la Cour d'appel, après avoir constaté que les salariés de plus de 57 ans étaient dispensés de recherche d'emploi, a considéré que le plafonnement des indemnités était destiné à

les inciter à envisager un reclassement « ce dont le déplafonnement les détournerait de manière quasiment certaine » ; qu'en statuant comme elle l'a fait alors que les mesures qui défavorisent financièrement les seuls salariés âgés de plus de 57 ans dispensés de recherche d'emploi afin de les inciter à rechercher un reclassement ne sont ni objectivement ni raisonnablement justifiées par un but légitime, la Cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, l'article L. 1132-4, l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

6°/ que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime et lorsque les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires ; que le fait de réduire les indemnités, dans des conditions très importantes, au préjudice des seuls salariés âgés de plus de 57 ans, dispensés de recherche d'emploi, ne constitue pas des « moyens appropriés et nécessaires » afin de les inciter à rechercher un reclassement ; qu'en affirmant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, l'article L. 1132-4, l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

7°/ que Mme B. avait souligné qu'elle désirait poursuivre sa carrière mais qu'elle n'avait pas trouvé d'emploi lui convenant dans la bourse emploi et qu'en l'absence de propositions de reclassement, elle n'avait finalement pas souhaité poursuivre son activité professionnelle, ainsi qu'il résultait du procès-verbal du comité d'entreprise du 29 juin 2004 ; que la Cour d'appel a relevé que la salariée B. avait privilégié la cessation d'activité à toute perspective de reclassement ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a dénaturé le procès-verbal du comité d'entreprise du 29 juin 2004 en violation de l'article 1134 du Code civil ;

8°/ que Mme B. avait souligné qu'aucune proposition de reclassement ne lui avait été faite et donc que l'employeur ne pouvait sérieusement tirer argument de fait qu'elle n'avait pas souhaité poursuivre sa carrière ; que la Cour d'appel a relevé que la salariée avait privilégié la cessation d'activité à toute perspective de reclassement ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher si l'employeur lui avait fait des propositions de reclassement, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, de l'article L. 1132-4, de l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et de l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

9°/ que Mme B. avait démontré que la différence entre les sommes qu'elle aurait perçues si elle avait eu moins de 57 ans et celles qu'elle avait effectivement perçues n'était pas appropriée et étaient en tout état de cause totalement disproportionnées au but recherché ; que la Cour d'appel a relevé que « le dispositif du plan de sauvegarde de l'emploi de la société Finaref ne saurait être remis en cause, et a fortiori la discrimination démontrée, sur la simple constatation qu'il présente un effet de seuil entre des salariés d'âge presque équivalent mais se situant l'un au-delà de 57 ans et l'autre en-deçà, cet effet, inévitable, étant calqué sur celui des dispositions nationales relatives aux préretraites » ; qu'en statuant par des motifs inopérants, sans rechercher si les mesures résultant du plan n'étaient pas disproportionnées par rapport au but recherché, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000, de l'article L. 1132-4, de l'article L. 1133-1 dans sa rédaction alors applicable, et de

l'article L. 1233-61 du Code du travail (anciennement L. 122-45, L. 122-45-3 et L. 321-4-1) ;

Mais attendu que l'article L.1133-1 du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 6 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, autorise des différences de traitement en considération de l'âge des salariés, dès lors qu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ;

Et attendu que la Cour d'appel a retenu, d'une part, que le choix de l'âge de 57 ans comme critère de plafonnement des indemnités accordées aux salariés ne pouvant être reclassés mais bénéficiant d'une retraite à taux plein à l'âge de 60 ans reposait sur la prise en compte du régime d'indemnisation du chômage plus favorable alors applicable aux salariés licenciés remplissant ces conditions, qui limitait la perte de revenus consécutive au licenciement, et, d'autre part, que la limitation

du montant des indemnités prévue dans le plan à l'intention de ces salariés était destinée à favoriser le maintien dans l'emploi de cette catégorie de salariés, en les incitant à envisager une réinsertion professionnelle ; qu'ayant ensuite constaté, sans dénaturation, que Mme B. avait exprimé la volonté de cesser toute activité professionnelle, elle pu en déduire, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la troisième branche du moyen, que cette mesure était, à son égard, objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime de maintien de l'emploi et d'équilibre entre les catégories de salariés qui ne bénéficiaient pas des mêmes avantages après la perte de leur emploi, et que les moyens employés pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Bailly f.f. prés. et rapp. - M. Lalande, av. gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 mai 2010

C. contre Opéra national de Paris (pourvoi n° 08-43.681)

Vu l'article 6 § 1 de la directive n° 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 ;

Attendu, selon ce texte, que nonobstant l'article 2, § 2, les États membres peuvent 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme C. a été employée à compter du 26 mai 1986 par l'Opéra national de Paris en qualité de régisseur de production, puis de chef du service patrimoine ; que par lettre du 27 janvier 2005, l'employeur lui a notifié sa mise à la retraite, à l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions de l'article 6 du décret n° 68-382 du 5 avril 1968, modifié le 16 octobre 1980, portant statut de la caisse de retrait des personnes de l'Opéra national de Paris ; que soutenant qu'en vertu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, primant sur ce décret, sa mise à la retraite n'était possible, en l'absence de dérogation prévue par un accord

collectif, que si elle avait atteint l'âge de 65 ans et que cette mesure constituait une discrimination à raison de l'âge, s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la salariée a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour débouter Mme C. de sa demande, l'arrêt retient que sa mise à la retraite était régie exclusivement par l'article 6 du décret du 5 avril 1968 et que l'intéressée remplissait les conditions d'âge et d'ancienneté requises ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que, pour la catégorie d'emploi de cette salariée, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, la Cour d'appel, qui devait appliquer la directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mai 2008, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée.

(Mme Collomp, prés. - M. Linden, rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, SCP Gatineau et Fattaccini, av.)

RPDS
Revue Pratique de Droit Social
Numéro 792
Avril 2011

Pages 109 à 144

DOSSIERS
LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ
PAGE 119

Le statut des salariés sous contrat à durée déterminée
PAGE 131

AI SOMMAIRE :
→ L'actualité juridique : sommaires de jurisprudence (p. 124 à 200) PAGE 113
→ Fiche pratique : La saisie des rémunérations PAGE 139

Prix : 7 €

Édition : Coup de torchon sur les forfaits-jours
Par Laurent Millet - PAGE 111

RPDS 792 - Avril 2011

Au sommaire :

DOSSIERS :

La question prioritaire de constitutionnalité Le statut des salariés sous contrat à durée déterminée

Fiche pratique : La saisie des rémunérations

L'actualité juridique : sommaires de jurisprudence et de législation

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, commande à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches-en-Ouche. Prix du numéro : 7 euros (+ forfait de 3 euros par envoi).
Abonnement : 73 euros par an uniquement à NVO, BP 160, 77315 Marne-la-Vallée Cedex 2.
Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet
www.librairie-nvo.com ou www.lecodedutravail.fr