

# Gestion des âges, discrimination et politiques de l'emploi

par Francis Meyer,

Maître de conférences, Institut du travail, Université Robert Schuman

## PLAN

- I. La question de l'emploi des seniors commence-t-elle à être intégrée dans la gestion prévisionnelle des effectifs ?
  - A. Les départs négociés
  - B. Les accords collectifs
- II. L'employeur a-t-il un intérêt à conserver un salarié vieillissant ?
- III. La réglementation sur la non-discrimination en fonction de l'âge permet-elle de lutter contre les évictions précoces ?
  - A. Les options
  - B. Le droit communautaire
  - C. Les solutions jurisprudentielles françaises
- IV. Comment sécuriser les parcours professionnels des seniors ?
- V. Conclusion

**La juxtaposition des termes du titre de l'article met en lumière l'équation à résoudre : au terme d'un cycle vertueux imaginé par la Commission européenne au sommet de Lisbonne (1), les entreprises devraient pratiquer une gestion prévisionnelle des effectifs faisant toute sa place aux seniors sans les évincer prématurément, les salariés devraient pouvoir s'appuyer sur les principes de non-discrimination en fonction de l'âge pour éviter une mise à l'écart du marché du travail et les différents Etats de la Communauté devraient promouvoir cette démarche en mettant en place des mesures incitatives qui poussent les employeurs à conserver les travailleurs âgés et les salariés à rester au travail.**

**Ce monde idéal n'existe pas et les développements qui vont suivre seront fondés sur des réalités et des constats attestés par une littérature abondante (2). Car les études et les indicateurs statistiques montrent que les entreprises n'ont guère changé leurs pratiques des départs anticipés, que les salariés n'ont pas renoncé à faire valoir leurs droits au départ dès que possible et que l'Etat a encore trop souvent une attitude ambiguë à ce sujet.**

**Cette situation est très préjudiciable aux salariés qui ne savent plus qui ou quoi croire. Le résultat est connu (3) : appliquant l'adage « un tien vaut mieux que deux tu l'auras », ils quittent au plus tôt leur travail (4). En 2007 le nombre de départs devrait atteindre 740 000 soit une augmentation de 4,2 % par rapport à 2006 dont 110 000 au titre des carrières longues (5), ce qui maintient la France dans la queue du peloton quant à son taux d'activité (6). Et il est peu probable que les dispositions récentes qui visent à "geler" les droits acquis (7) pour ne pas pénaliser les salariés qui reculent leurs départs à la retraite y changent quelque chose. La réforme des régimes spéciaux annoncée par le nouveau gouvernement**

(1) G. Bosch, S. Schief : « L'emploi des 55 ans et plus en Europe – thème 10 les prestations vieillesse », Travail et emploi n° 107, juillet-septembre 2006 p. 19 et s.

(2) Pour un panorama complet des études et enquêtes récentes sur le sujet, consulter le site [www.dialogue-social.fr](http://www.dialogue-social.fr)

(3) Voir les comptes de la Sécurité sociale – rapport juillet 2007 – thème 10 les prestations vieillesse « les départs augmenteraient à nouveau en 2007... les mesures nouvelles du plan seniors dont le but est d'inciter à la poursuite de l'activité, notamment par l'instauration d'une surcote progressive ne semblent pas produire d'effets sensibles ».

(4) Dans son rapport sur « Les finances sociales : après la rechute » du 19 juillet 2007, le Sénat fustige tous azimuts « le comportement d'évitement des assurés sociaux, l'attitude des entreprises à l'égard des seniors et l'absence de coopération des partenaires sociaux dans les négociations conventionnelles ». C'est oublier un peu vite que c'est lui-même qui a introduit les dérogations de l'article 16 en août 2003 et en 2007, dans la LPFSS, la période transitoire qui permet à l'employeur de mettre le salarié prématurément à la retraite avec son accord jusqu'en 2014, et ceci sous la pression des employeurs qui voulaient garder toute latitude dans la gestion des effectifs. Voir note 7.

(5) Dont le nombre plus important que prévu s'explique par un taux de recours élevé et par l'importance des régularisations pour cotisations arriérées (au titre de l'apprentissage et des travaux agricoles essentiellement). Voir ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports - ministère des Comptes publics et de la Fonction publique - Présentation des comptes prévisionnels de la Sécurité sociale et des mesures de redressement de l'assurance maladie, 4 juillet 2007, dossier de presse.

(6) Voir « Emploi et chômage des 50-64 ans en 2005 - Premières informations - Premières synthèses - Dares, février 2007 n° 07.4. Il faut relativiser ces chiffres qui ne tiennent pas compte des pratiques différentes selon les pays : les exclus du travail sont rangés dans des catégories différentes ce qui influence les statistiques. En France 8 % des hommes de 55 à 59 ans bénéficient d'une pension d'invalidité ou d'une AAH alors qu'ils sont 15 % au Royaume-Uni et plus de 20 % en Suède.

(7) Décret du 27 avril 2007. Cette mesure a été instituée pour pallier l'inquiétude des générations nées avant 1948 de se voir appliquer une législation moins favorable en cas de départ différé en 2008 ou après.

et la volonté affichée de durcir toutes les formes de départ anticipé (8) vont à nouveau conforter les salariés dans l'idée que les promesses de stabilité des droits acquis n'engagent que ceux qui y croient (9).

Pour essayer d'y voir un peu plus clair, on peut tenter de croiser certains éléments du débat qui paraissent souvent antagonistes : on modifie la loi pour inciter à un recul de l'âge de la retraite alors que les salariés et les organisations syndicales qui les représentent, souvent en accord avec les employeurs, s'arrangent par tous les moyens pour provoquer des sorties anticipées du travail. On supprime les préretraites publiques pour inciter les salariés à rester ce qui provoque aussitôt une reconstitution des préretraites "maisons". On affiche un volontarisme au niveau politique dans le sens d'un prolongement d'activité alors que les décideurs économiques pratiquent une politique inverse (10). Des règles juridiques sont introduites dans le Code du travail qui prohibent la discrimination en fonction de l'âge alors que la jurisprudence dénie au salarié le droit de rester plus longtemps (11). Dernier avatar : on veut supprimer les dispenses de recherche d'emploi alors que les études montrent que l'inactivité des hommes de 50 à 59 ans apparaît quasi systématiquement liée à un problème de santé (12)...

Les développements qui vont suivre ont pour objet de susciter la réflexion parmi les acteurs concernés afin qu'ils puissent se déterminer en meilleure connaissance de cause. Toutefois, l'instabilité du droit est telle qu'il est à peu près certain que le dispositif aura encore évolué lors de la parution de ces lignes (12 bis). Quatre thèmes seront ainsi abordés :

- 1) La gestion des âges est-elle prise en compte par les directions des relations humaines ?
- 2) L'employeur a-t-il un intérêt à conserver un salarié vieillissant ?
- 3) La réglementation sur la non-discrimination en fonction de l'âge est-elle un moyen de lutter contre les évictions précoces ?
- 4) Comment sécuriser les parcours professionnels des seniors ?

## I. La question de l'emploi des seniors commence-t-elle à être intégrée dans la gestion prévisionnelle des effectifs ?

Pour que les sorties du travail soient réellement retardées, il faut d'abord que les employeurs soient bien convaincus que les salariés âgés sont un capital précieux et non un fardeau. Ce sont eux qui décident de mettre le salarié à la retraite, prérogative que leur a concédée la loi de juillet 1987, qui paraît exorbitante à bien des égards mais que personne ne songe à remettre en question. Car il ne suffit pas de tenir un discours politique moralisateur et qui vise en même temps à soulager les comptes de la Sécurité sociale pour que les entreprises s'exécutent.

Or quel est le comportement des entreprises à l'heure actuelle ? Les enquêtes montrent qu'elles se sentent peu concernées par le problème du vieillissement et manifestent un certain désintérêt pour la question de l'âge. Il n'y a qu'une entreprise sur cinq qui dispose d'une

gestion anticipée de la pyramide des âges et souvent elle s'en sert pour rajeunir les effectifs et donner la possibilité aux seniors de partir. Les mesures destinées à maintenir les seniors en activité restent pour le moment le fait d'une minorité d'établissements.

Par ailleurs le marché du travail français est particulièrement sélectif : une enquête européenne de 2005 a montré que le critère d'âge pèse pour 20 % dans les offres d'emploi en France contre 1 % en Grande-Bretagne. La norme des 25/45 ans est la cible pour plus de 90 % des annonces passées dans le pays (13).

Différentes études et enquêtes montrent que les directions des ressources humaines continuent dans leur majorité à utiliser l'âge comme un élément de souplesse dans la gestion des effectifs et les personnes de plus de

(8) Voir *Le Monde* du 22.06.07. Le Président de la République a souhaité « que disparaissent au plus vite les préretraites » exigeant que les sommes « qui sont consacrées à empêcher les Français de travailler soient utilisées pour investir et créer des emplois ». Il a aussi annoncé la suppression des dispositifs de dispense de recherche d'emploi

(9) Voir le rapport du Sénat précité note 4 qui préconise une réforme radicale de la retraite, par la mise en place dès 2008 d'un système de retraite par point dans le régime général, ce qui revient ni plus ni moins à supprimer toute référence à un revenu garanti lors de la liquidation des droits.

(10) Premières analyses - Premières synthèses « Les entreprises se préoccupent peu du vieillissement démographique », avril 2002 n° 15.1.

(11) Voir développement *infra*.

(12) Thomas Barnay et François Jeger : « Quels dispositifs de cessation d'activité pour les personnes en mauvaise santé ? », Dress, Etudes et résultats n° 492, mai 2006.

(12 bis) Deux domaines très liés à notre problématique ne seront pas traités : celui de la santé et de la sécurité dans l'entreprise déjà examiné dans cette revue par Michelle Bonnechère (Dr. Ouv. 2003 p. 453) et la question de la pénibilité au travail, des conditions de départ des salariés usés dont les négociations piétinent.

(13) Voir aussi "Discrimination à l'embauche. De l'envoi de CV à l'entretien", étude réalisée par Adia/Paris I, observatoire des discriminations, avril 2005.

50 ans sont souvent désignées comme celles qui doivent céder leur place en cas de difficulté ou de restructuration (14). Cela se fait soit par le biais d'accords collectifs classiques, d'accords de méthode ou d'accords GPEC, soit par la recherche d'une adhésion individuelle des salariés qui acceptent y compris des propositions contraires au droit pour pouvoir quitter l'entreprise au plus tôt. Ils peuvent être amenés à le regretter par la suite. Et quand il s'agit d'accords collectifs, cela veut dire que les employeurs ont trouvé des partenaires qui ont apposé leur paraphe...

## A. Les départs négociés

On peut parler ici « des départs invisibles » qui contournent tous les dispositifs réglementaires, ce qu'un auteur appelle « les bataillons de l'ombre ». Une enquête de trois universitaires (15) de Montpellier montre qu'en 2005 il y a eu 580 000 licenciements pour motif personnel soit une augmentation de plus de 70 % depuis 1995. Ils sont trois fois plus nombreux que les licenciements économiques. Ces derniers ont quant à eux diminué de 38 %. On voit là la relativité des chiffres et leur limite quant à l'appréhension de ce qui se passe réellement dans les entreprises.

Les licenciements pour motif personnel sont la deuxième cause d'inscription à l'ANPE après la fin des CDD. Il y a donc un usage banalisé de ces départs pour contourner les contraintes juridiques et financières, que l'auteur qualifie « d'instrument de gestion de la firme mondialisée ». Les cas les plus fréquents sont la faute, l'insuffisance professionnelle et l'inaptitude physique.

On peut citer à titre d'exemple la pratique qui consiste à s'entendre avec le salarié à qui on va trouver une faute grave inexistante, par exemple pour abandon de poste, pour échapper aux indemnités de rupture et, avant sa suppression, à la cotisation *Delalande*. Dans certaines entreprises, cela est devenu « une véritable mécanique systématique de cessation anticipée d'activité ». Les indemnités destinées à couvrir la période restant à courir jusqu'à la retraite ou la mise au chômage avec dispense d'activité sont intégrées dans une indemnité transactionnelle (16).

## B. Les accords collectifs

Il faut rappeler ici que plus d'une centaine d'accords « dérogatoires » ont été signés par les syndicats et les employeurs des différentes branches professionnelles.

Ces accords autorisent la mise à la retraite s'il y a des contreparties en termes d'emplois ou de formations professionnelles. L'examen de ces textes révèle que ces contreparties ont été pensées pour la plupart dans la logique ancienne de la solidarité intergénérationnelle et du partage de l'emploi : on peut faire partir les salariés âgés si l'on prend des engagements d'embaucher d'autres salariés, d'augmenter le temps partiel, d'éviter des licenciements économiques ou de former les salariés qui restent. Peu d'accords instaurent une véritable politique de maintien au travail. Manifestement les partenaires sociaux se sont entendus sur ce point et les pouvoirs publics ont laissé faire car il n'y a pas eu de refus d'extension alors même que certains accords étaient manifestement illégaux. Ce n'est que très tardivement qu'une censure est intervenue sous forme d'un refus d'extension d'un accord de branche.

L'autre biais est celui du licenciement économique : l'article L 321-1-1, dans sa version initiale, formulait de la manière suivante le critère social : « ...la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment les personnes handicapées et les personnes âgées ». Le critère des qualités professionnelles, qui avait été supprimé par la loi du 17 janvier 2002, est aujourd'hui de nouveau dominant (depuis qu'il a été réintroduit dans la liste par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 : « les qualités professionnelles appréciées par catégorie »).

La loi a certes prévu que la décision de l'employeur ne peut mettre en priorité sur la liste les salariés qui peuvent bénéficier d'un avantage viager (L 321-1-1 al. 2 issu de la loi du 30 juillet 1987). Mais la pratique montre que ce ne sont pas les salariés les plus âgés qui sont conservés au titre de leurs qualités professionnelles, dont l'employeur est seul juge.

Par ailleurs deux nouveaux biais sont utilisés pour se séparer des salariés en programmant à froid les départs « volontaires » dans les accords de méthode ou des accords sur la gestion prévisionnelle de l'emploi. On sait que ces accords de méthode ont été introduits par l'article 2 de la loi du 3 janvier 2003 à titre expérimental et pérennisés par la loi du 18 janvier 2005 dans l'article L 320-3 (17). Une étude récente de mars 2007 montre que 278 accords de ce type ont été conclus. Dans 59 %

(14) Voir par exemple l'accord de méthode dans le cadre du projet de réorganisation des forces de vente et du siège Pfizer.

(15) F. Palpacuer, A. Seignour, C. Vercher : « Le licenciement pour motif personnel : un dispositif juridique au carrefour des mutations contemporaines de la relation d'emploi » pour le compte de la DARES, novembre 2005. Voir aussi A. Pichon : « Les licenciements pour motif personnel en France : de la sanction individuelle de la main d'œuvre aux dispositifs de gestion de la firme flexible », revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail 2007, vol. 2 n° 2 p. 114.

(16) Voir « Des entreprises fraudent l'Etat sur l'emploi des seniors » Rue 89. Ce travail de fin d'études a reçu le prix 2007 de l'information sociale de l'Association des journalistes de l'information sociale (AJIS), prix remis le 12 juillet 2007 aux deux auteurs en présence du ministre du Travail, Xavier Bertrand, qui les félicite... Le reportage s'intitule « Assedic et vieilles dentelles ».

(17) s. accords v. S. Nadal : « Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 », Dr. Ouv. 2005 p. 303, et P. Rennes : « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3) » p. 311.

des cas ils traitent des départs négociés par volontariat, en liaison avec un plan de sauvegarde de l'emploi. Quant aux accords GPEC, 43 % des accords déposés organisent des mobilités et des plans de départs volontaires et 40 % un retrait anticipé des seniors, en général à partir de 55 ans et en majorité dans le cadre d'une préretraite

maison avec suspension du contrat et versement d'un salaire de 65 à 80 %. Seuls 17 % des accords ne contiennent pas de mesures de retrait d'activité (mars 2007, Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle).

## II. L'employeur a-t-il un intérêt à conserver un salarié vieillissant ?

Il faut s'interroger comme le fait un auteur dans une étude récente (18) pour savoir si l'expérience professionnelle est un capital ou un fardeau pour les seniors. Autrement dit l'expérience a-t-elle une valeur économique objectivement évaluable ? Et de fait la question est discutée.

On constate aujourd'hui qu'il y a carence d'outils méthodologiques permettant d'objectiver la plus value qu'apportent les seniors. L'expérience professionnelle est peut-être irremplaçable, mais cela n'est attesté par aucune étude. On est plus dans le discours convenu que dans la démonstration, à l'instar de ce qui se répète dans le domaine de l'hygiène et la sécurité (19).

Pourtant, s'il y a baisse d'efficience du fait du départ des anciens, ce phénomène est dommageable pour les entreprises et l'économie française a dû souffrir de l'ampleur des départs en préretraite ces vingt dernières années. Les salariés savent combien les coupes dans les effectifs et la valse des managers provoquent des gâchis et des pertes de substances pour l'entreprise. Mais peu de recherches sont menées sur ce point. Bien au contraire des recherches récentes font valoir qu'avoir une grande ancienneté ne dit rien en soi sur l'expérience véritablement utilisable dans le travail (20).

La question de la valorisation et de l'évaluation de l'expérience sera donc posée tout ou tard, notamment du côté des employeurs. On en perçoit les prémises. C'est du droit communautaire que viennent les premières indications. Car l'adoption en 2000 d'une directive destinée à lutter contre les discriminations liées à l'âge a exigé que le juge communautaire se prononce sur le contenu de cette notion.

Une affaire du 30 octobre 2006 (C-17/05) (21) aborde le thème de la discrimination sous un angle particulier qui ouvre une perspective vertigineuse. Au

départ le cas d'espèce est relativement banal : une salariée engage un contentieux devant les tribunaux car elle s'estime discriminée : son employeur la paie moins que quatre de ses collègues masculins, alors qu'elle est située au même grade qu'eux. L'employeur justifie le différentiel par le fait que les hommes ont une ancienneté supérieure aux femmes dans cette entreprise. La question est abordée sous l'angle de la discrimination homme femme mais il est bien évident que la même problématique pourrait s'appliquer à la question de la discrimination en fonction de l'âge. En effet le traitement de ce dossier nécessite de s'interroger sur le rapport objectif, éventuellement vérifiable, entre un niveau de rémunération et une qualification "augmentée" par l'ancienneté. La plupart des systèmes de classification en vigueur intègrent le critère de l'ancienneté dans les modalités de rémunération. Dans certains secteurs, il est largement dominant, notamment dans la fonction publique, par le truchement du GVT (glissement vieillesse technicité). Mais il faut bien admettre que le postulat selon lequel plus on est ancien dans une fonction, plus on est expérimenté et mieux le travail est effectué est plus présumé que vérifié.

La question primordiale est donc de savoir s'il est suffisant de mettre en avant le critère de l'ancienneté de manière générale pour justifier un surplus de rémunération ou si au contraire la justification d'une rémunération majorée doit se focaliser plus précisément sur la situation individuelle des travailleurs concernés. L'avocat général proposait dans ce dossier d'obliger l'employeur à justifier du lien ancienneté – niveau de rémunération. Il n'est pas suivi par la Cour. Celle-ci affirme que « le recours au critère de l'ancienneté étant, en règle générale, apte à atteindre le but légitime de récompenser l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations,

(18) S. Bellini : « L'expérience professionnelle : capital ou fardeau pour les seniors ? » Travail et Emploi n° 109, janvier-mars 2007 p. 81 et s.

(19) Depuis des décennies, il est affirmé que la sécurité est une affaire rentable, ce qui n'a pas empêché les indicateurs de se dégrader jusqu'à ce que la Cour de cassation, en affirmant le caractère impératif de l'obligation de sécurité, bouleverse les pratiques établies en renchérissant fortement le coût de la non-prévention.

(20) Voir étude précitée p. 88 : « Point de salut pour les seniors ? Plusieurs facteurs se conjuguent pour dévaloriser leur expérience. L'évolution technologique rend obsolète une partie de leurs acquis et l'ancienneté n'est pas considérée comme un gage d'acquisition de savoir-faire. En outre les pratiques contemporaines de management en cherchant à formaliser, normaliser et diffuser les savoir-faire ou en développant la polyvalence, déposent les salariés les plus expérimentés de leurs connaissances. »

(21) curia.europa.eu/fr/index.htm

l'employeur ne doit pas *spécialement* établir que le recours à ce critère est apte à atteindre ledit but en ce qui concerne un emploi donné, à *moins que le travailleur fournisse des éléments susceptibles de faire naître des doutes sérieux à cet égard* ».

La Cour de justice n'a donc pas voulu statuer frontalement sur la valeur économique de l'expérience acquise par l'ancienneté. Mais avec la dernière phrase, *le ver est dans le fruit*. La réponse très prudente de la Cour dans cette première affaire est peut-être due à l'effet dévastateur qu'il y aurait à exiger des employeurs qu'ils justifient la pertinence d'un tel système et notamment dans le domaine de la discrimination liée à l'âge, mais la Cour a semé une graine qui ne demande qu'à prospérer...

L'enjeu du débat qui s'annonce est clair : le différentiel de rémunération qui est versé en fonction de l'âge et de l'expérience doit-il pouvoir être justifié ou l'équation "expérience = meilleur salaire" doit-elle être admise sans discussion possible ? Si l'expérience n'est pas déterminante dans la valeur ajoutée au travail, les primes d'ancienneté vont commencer à être suspectes et devront être justifiées au cas par cas.

En effet, toute la démonstration menée ci-dessus par une femme qui s'estimait discriminée du fait de son sexe

aurait pu être faite par un jeune travailleur qui, s'estimant sous payé par rapport à son collègue effectuant le même travail, aurait demandé à son employeur de justifier objectivement que la différence de rémunération entre lui et son collègue s'explique par une plus grande qualité et efficacité du travail réalisé par le travailleur plus ancien. En l'absence de telles justifications on serait en présence d'une discrimination indirecte (22) due à l'âge...

Ce sujet de la remise à plat des avantages liés à l'ancienneté est très sensible dans l'Europe communautaire : de nombreuses actions de la Commission, relayées par les Etats, tentent de maintenir les seniors au travail pour augmenter le taux d'emploi global et alléger les charges financières des systèmes de retraite. Un des obstacles est justement la cherté relative des seniors. Le moyen de pérenniser leur emploi ou d'améliorer leur réembauche est pour le moment d'alléger le coût du travail par des exonérations de cotisations sociales (en Allemagne) ou d'aménager des passerelles au travers de contrats "seniors" (23) (en France et en Allemagne). Discuter de la légitimité de la prime d'ancienneté c'est ouvrir un débat difficile mais qui se posera inévitablement (24). Il est posé en France dans le cadre de la négociation sur la pénibilité (25).

### III. La réglementation sur la non-discrimination en fonction de l'âge permet-elle de lutter contre les évictions précoces ?

Le droit français avait fait dès 1987 un choix ambigu en interdisant les ruptures du fait de l'âge tout en créant un mode autonome de rupture, la mise à la retraite du salarié par décision unilatérale de l'employeur (26).

Il est parsemé aujourd'hui d'injonctions contradictoires et suivant l'agencement que l'on retient et la priorité que

l'on accorde à l'une ou l'autre de ces normes, la solution qui en découle n'est pas identique. La directive européenne sur la non-discrimination en fonction de l'âge est venue compliquer un peu plus la situation en introduisant une interdiction de discriminer très relative qui a été reprise dans la transposition :

**L. 122-14-12** (L. n° 87-588 du 30 juillet 1987, art. 59) Les dispositions relatives au départ à la retraite des salariés prévues par une convention collective, un accord collectif de travail ou un contrat de travail sont applicables sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales.

Sont nulles et de nul effet toutes dispositions d'une convention ou d'un accord collectif de travail et toutes clauses d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse.

**L'article L. 122-14-13** (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> alinéas) (L. n° 87-588 du 30 juill. 1987, art. 59) Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse a droit, sous réserve des dispositions plus favorables d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou du contrat de travail, à l'indemnité de départ en retraite prévue à l'article 6 de l'accord annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle.

Tout salarié dont la mise à la retraite résulte d'une décision de l'employeur a droit, sous réserve des dispositions plus

(22) Voir sur le sujet d'une manière plus globale J.P. Lhernould : « Le chantier des discriminations en raison de l'âge » RJS Etudes et doctrine 7/07 p. 595 et s.

(23) Le décret n° 2006-1070 du 28 août 2006.

(24) Avec bien entendu d'autres « bonnes raisons », voir l'étude du centre d'analyse stratégique, note de veille n° 67 du 16 juillet 2007 « Les avantages liés à l'ancienneté freinent la mobilité des salariés ».

(25) Voir entre autres F. Héas : « La définition juridique de la pénibilité au travail », Travail et emploi n° 104 oct.-déc. 2005 p. 19 et s. ; C. Delgoulet, M. Millanvoje, S. Volkoff : « Les capacités des travailleurs vieillissants, une approche conditionnelle », Revue Futurable, décembre 2005 p. 5 et s.

(26) Voir les textes dans le tableau.

favorables en matière d'indemnité de départ à la retraite contenues dans une convention ou un accord collectif de travail ou un contrat de travail, au versement d'une indemnité de départ en retraite équivalente soit à l'indemnité de licenciement prévue par l'article 5 de l'accord mentionné au premier alinéa s'il remplit les conditions fixées pour en bénéficier, soit à l'indemnité minimum de licenciement prévue à l'article L. 122-9 du présent code.

**Directive 2000/78, article 1er.** La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

**Art. L. 122-45** (L. n° 2001-1066 du 16 nov. 2001). Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être

sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte... en raison de... de son âge...

**Art. L. 122-45-3** (L. n° 2001-1066 du 16 nov. 2001). Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences peuvent notamment consister en :

- l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

**L. n° 2003-775 du 21 août 2003, art. 16** (26 bis) : « La mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge visé au 1<sup>er</sup> de l'article L. 351-8 du Code de la Sécurité sociale. Dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif étendu conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 fixant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle, ou en cas de cessation d'activité en application d'un accord professionnel mentionné à l'article L. 352-3 du présent code ou d'une convention conclue en application du 3<sup>o</sup> de l'article L. 322-4 ou dans le cadre du bénéfice de tout autre avantage de préretraite défini antérieurement à la date de publication de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, un âge inférieur peut être fixé, dès lors que le salarié peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein au sens du Code de la Sécurité sociale. Cet âge ne peut être inférieur à celui fixé au premier alinéa de l'article L. 351-1 du Code de la Sécurité sociale.

*Si les conditions de mise à la retraite ne sont pas réunies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement. »*  
*L'employeur ou le salarié, selon que l'initiative du départ à la retraite émane de l'un ou de l'autre, est tenu de se conformer aux dispositions des 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et du dernier alinéa de l'article L. 122-6 du présent code.*

La question se pose donc de savoir si dans un contexte législatif et réglementaire aussi complexe, le salarié peut résister à une mise à la retraite d'office s'il souhaite poursuivre son activité alors que l'employeur a pour projet de se séparer de lui.

## A. Les options

Si le salarié ne travaille pas dans une des branches professionnelles qui a signé un accord dérogatoire (27), il ne peut dès à présent être licencié pour un motif lié à l'âge. Reste évidemment la possibilité détournée de trouver une cause réelle et sérieuse fautive ou non fautive (baisse de rendement – résultats insuffisants – absences fréquentes pour maladie – impossibilité de s'adapter à son nouvel emploi). Mais plus le salarié sera avancé en âge, et plus le risque pour l'employeur de voir le juge rechercher derrière le motif affiché une discrimination indirecte sera grand. Avec les conséquences qui en découlent en terme de

déplacement de la charge de la preuve et de nécessité pour l'employeur de justifier objectivement la mesure.

S'il travaille dans un secteur couvert par un accord dérogatoire, tout dépend de la rédaction des clauses de mise à la retraite : certaines laissent la possibilité de résister à l'éviction et de refuser la proposition de l'employeur, d'autres ne laissent qu'un certain délai supplémentaire en cas de demande de la part du salarié, d'autres encore ne prévoient qu'un accompagnement procédural, et les plus défavorables procèdent à une mise à la retraite d'office sans formalités hormis le respect du préavis imposé par le code (28).

La question qui se pose ici est de savoir si le salarié peut, en invoquant des droits fondamentaux, notamment le droit à ne pas subir de discrimination en fonction de l'âge, et celui d'exercer sa liberté de travailler mentionné dans la Constitution, s'opposer à l'application d'une convention collective qui lui est défavorable, sachant que le principe de faveur prévaut entre la convention et le contrat en vertu de l'article L 135-2.

(26 bis) Ces dispositions ont été codifiées à partir du quatrième alinéa de l'article L. 122-14-13 avant d'être remplacé, pour le premier alinéa reproduit ci-dessus par les dispositions issues de l'article 16 de la loi 2006-1640 du 21 décembre 2006.

(27) prévu par l'article 16 de la loi du 21.08.03 voir tableau ci-dessus.

(28) Voir l'ensemble des accords signés et leur contenu sur le site [www.dialogue-social.fr](http://www.dialogue-social.fr)

## B. Le droit communautaire

Une demande récente de question préjudicielle posée à la CJCE le 14 novembre 2005 aborde d'une manière frontale la question de savoir si une loi nationale autorisant l'insertion de clauses de mise à la retraite d'office dans des conventions collectives est conforme au droit communautaire.

L'affaire concerne le droit espagnol (29) qui a prévu à partir des années 80, comme beaucoup d'autres pays, un mécanisme de mise à la retraite d'office destiné à favoriser l'emploi intergénérationnel.

Un salarié est licencié en juillet 2005 au motif qu'il remplissait toutes les conditions énoncées pour la mise à la retraite d'office. Or ce salarié conteste ce licenciement au motif qu'il s'agit d'une violation de ses droits fondamentaux et d'une discrimination fondée sur l'âge.

Les conclusions de l'avocat général sont teintées d'ambiguïté. Il pense que l'appréciation de ce genre de situation est « *complexe et subtile* » du fait que ces questions sont intimement liées à la politique sociale de l'Etat membre, qui relève pour l'essentiel d'une compétence nationale (30).

Il ne fait pas de doute selon lui que la disposition législative espagnole sur laquelle s'appuie la convention collective poursuit un objectif légitime d'intérêt général lié à la politique de l'emploi et du marché du travail « *dans le cadre d'une politique visant à promouvoir l'emploi intergénérationnel* ». Or il s'agit justement de savoir si cet objectif de partage de l'emploi poursuivi en son temps par de nombreux Etats est encore légitime depuis que la Communauté a fixé un objectif de reculer l'âge de la retraite de cinq ans, un taux d'emploi des seniors de 50 % et un maintien au travail des seniors. Si l'on suit le raisonnement de l'avocat général, le salarié ne pourrait pas s'appuyer sur le principe de non-discrimination pour exiger la poursuite de son contrat. Cet avis ne sera peut-être pas suivi par la Cour. L'arrêt à venir va tracer la ligne

de démarcation entre les pratiques recevables et les autres. Il faut attendre l'arrêt de la Cour pour voir si elle partage cette analyse. La situation n'est guère plus encourageante en France.

## C. Les solutions jurisprudentielles françaises

Le Conseil d'Etat a rendu le 26 avril 2006 un arrêt qui dénie également au salarié le droit de rester. Un décret n° 2004-1427 du 23 décembre 2004 relatif à l'âge de cessation d'activité dans le transport aérien public du personnel navigant commercial fixe dans son article 1<sup>er</sup> à 55 ans l'âge au-delà duquel le personnel navigant ne peut exercer aucune activité en qualité de personnel de cabine dans le transport aérien public.

Certains groupements représentant des salariés contestent cette décision (31). L'association "Personnel navigant technique 65" a porté plainte avec 93 pilotes auprès de la commission européenne en juillet 2007. Les syndicats sont eux opposés à cette démarche même s'ils admettent qu'à terme il faudra laisser le choix au salarié.

S'agissant du contentieux relevant de la Chambre sociale, une décision du 23 janvier 2007 (32) a rejeté le recours d'un employé de la SNCF qui se plaignait d'avoir été mis à la retraite d'office sur la base du statut particulier applicable à la SNCF. Il invoquait les dispositions de l'article L 122-14-13 du Code du travail et voulait bénéficier d'une retraite à taux plein. Il reprochait donc aux dispositions du statut de la SNCF d'être contraires à l'article L 122-14-13. La Cour de cassation rejette la demande en retenant que l'article L 122-14-13 n'était pas applicable au salarié de la SNCF. Cette solution est contestable en raison des arguments évoqués plus hauts (directive concernant la non-discrimination en fonction de l'âge et jurisprudence *Mangold* (33)). La Cour de cassation aurait dû relever d'office cette incompatibilité ou au moins poser la question au juge communautaire.

## IV. Comment sécuriser les parcours professionnels des seniors ?

Se pose la question de la conciliation de la liberté de l'individu confrontée aux réalités d'une gestion du personnel ou d'une politique de l'emploi pas forcément convergente. Avant la réforme de 1987, qui a fait de la retraite un mode autonome de rupture du contrat, la jurisprudence avait contribué à protéger le salarié et

refusé de considérer que la survenance d'un certain âge était en soi un motif réel et sérieux. Le vote de la loi de 1987 a retiré une grosse épine du pied aux employeurs qui se sont vus dispensés de payer les indemnités de licenciement en fin de parcours professionnel, à un moment ou bien évidemment ce coût est le plus élevé.

(29) Conclusions sous l'affaire C-411/05.

(30) « Il ne faudrait pas que la question de l'âge devienne une épée de Damoclès suspendue sur l'ensemble des dispositions nationales » conclusions précitées.

(31) Notamment l'association « Avenir navigant » voir l'article du journal *Le Monde* : « Seniors motivés qualifiés et actifs : les navigants veulent voler après 55 ans » le 18 juillet 2007.

(32) Pourvoi 05-41608, Dr. Ouv. 2007 p.381 n. F. Saramito.

(33) C-114/04, Dr. Ouv. 2006 p. 362 n. M. Bonnechère.

L'affirmation d'un droit de l'employeur de mettre le salarié à la retraite peut surprendre car il s'agit d'une privation de l'emploi qui est imposée au salarié. Cette réponse était peut-être satisfaisante à l'époque ; aujourd'hui, à un moment où le droit communautaire considère que la possession d'un emploi est une valeur essentielle à protéger (34) et incite les Etats à retarder de cinq ans le départ en retraite, on ne peut priver un travailleur de son emploi sans raisons majeures.

En droit interne, si les conditions de mise à la retraite ne sont pas réunies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement. Cela peut se comprendre de deux manières :

– soit on considère qu'il s'agit simplement d'une irrégularité donnant lieu à indemnité mais non à réintégration ;

– soit on considère qu'une rupture non conforme aux règles de la mise à la retraite constitue une rupture illicite pour recours à un motif prohibé.

La jurisprudence civile semble s'orienter vers la deuxième solution après avoir tranché dans le sens de la première. Dans un arrêt de la Chambre sociale du 18 janvier 2006 (35) une caisse d'allocation familiale avait procédé à la mise à la retraite de l'un de ses salariés âgé de 61 ans. Ce dernier considérant qu'en vertu de l'article 58 de la convention collective une mise à la retraite avant 65 ans s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, porte l'affaire en justice et se voit accorder le bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement assortie de dommages-intérêts. Mais pour la Cour de cassation, la Cour d'appel, après avoir relevé que la caisse avait pris la décision unilatérale de procéder à la mise à la retraite anticipée, a pu décider que la rupture du contrat de travail par la caisse constituait un licenciement.

Puis, pour la première fois, la Cour de cassation juge dans un arrêt en date du 21 décembre 2006 (36), que si les conditions de la mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture constitue un licenciement discriminatoire puisque fondé sur l'âge, donc nul. Après avoir rappelé qu'« il résulte de l'article L 122-45 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son âge et que toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul », la Cour de cassation énonce qu'« ayant constaté que l'armateur n'invoquait comme cause de rupture que l'âge de l'officier, lequel au moment de la rupture du contrat de

*travail, ne bénéficiait pas d'une retraite à taux plein, (la Cour d'appel) a, à bon droit, décidé que sa mise à la retraite constituait un licenciement nul ». Il s'agit là d'une décision ne faisant, en fin de compte, qu'appliquer des dispositions introduites à l'article L 122-45 du Code du travail consacrant l'âge du salarié comme motif de discrimination. Mais cette solution n'en constitue pas moins une innovation jurisprudentielle. En effet, le licenciement fondé sur l'âge du salarié étant nul, celui-ci est en droit d'obtenir sa réintégration dans l'entreprise (avec paiement des salaires dus entre son licenciement et sa réintégration), ou, si la réintégration est impossible ou s'il ne la demande pas, aux indemnités de rupture (préavis, licenciement...), ainsi qu'à une indemnité au moins égale à six mois de salaire.*

S'agissant des juridictions pénales, la justice lyonnaise a prononcé le 13 février 2006 la première condamnation à l'encontre d'une entreprise qui avait diffusé une offre d'emploi spécifiant des critères d'âge, en la condamnant à la peine symbolique de 500 euros d'amende avec sursis pour discrimination à l'embauche. Un cabinet de recrutement, qui avait diffusé pendant trois jours mi-août 2004 une offre d'emploi pour un chasseur de tête âgé de "28 à 35 ans", a été condamné à une amende de 500 euros avec sursis et à verser un euro de dommages et intérêts au chômeur qui le poursuivait. Le gérant du cabinet F3S, filiale de MRI, qui se présente comme « *le leader mondial des cabinets de recrutement* », a plaidé coupable et accepté la peine proposée par le procureur.

Le senior ne peut donc être licencié pour un motif d'âge (37). Il faudra soit attendre que les conditions légales soient remplies, soit trouver d'autres biais qui ne sont pas forcément tous licites. Mais devant la difficulté de distinguer les pratiques licites des pratiques illicites, les salariés risquent d'accepter des formules contestables. « *En France tout comme dans d'autres pays de l'Union européenne, on n'a certainement pas une idée très claire aujourd'hui de la frontière entre distinctions justifiées et prohibées en raison de l'âge* » (38).

A l'heure où l'on parle de sécurité sociale professionnelle, il est bon de rappeler que le premier moyen d'assurer cette sécurité est de stabiliser les salariés dans l'emploi. C'est avec beaucoup de bon sens que les juges de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 6 juillet 2007 portant sur le CNE (39) ont estimé que « *la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour licencier et qu'il est pour*

(34) Voir conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-340/97.

(35) N° 03-45812.

(36) Dr. Ouv. 2007 p.213 n. M. Grévy.

(37) M. Mercat-Bruns : « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères

discriminatoires ? » Revue Droit du travail, juin 2007 p. 360 et s.

(38) J.P. Lhernould : « Le chantier des discriminations en fonction de l'âge » article précité p. 597.

(39) Reproduit *infra* p. 511 n. L. Milet.



le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements ». Le rapport Gosselin (40) ne dit pas autre chose : « C'est en réalisant un effort conséquent du maintien dans l'emploi des salariés

fragilisés dans leur parcours professionnel du fait de leur état de santé que l'on contribuera efficacement à donner un sens concret au beau concept de "sécurité sociale professionnelle" » (41).

## V. Conclusion

Le système actuel ne protège pas les salariés âgés contre l'éviction. Le problème n'est pas spécifique à la France et si elle est mal placée s'agissant des taux d'activité des seniors, d'autres le sont encore plus : seuls 27 % des salariés de 54 à 65 ans sont au travail en Pologne – 30,3 % en Slovaquie – 31,4 % en Italie – 31,7 % au Luxembourg – 31,8 % en Autriche et en Belgique – 33 % en Hongrie mais 60,4 % en Suède.

Pour garantir la pérennité de l'emploi des seniors, il faudra explorer en quoi des pratiques de gestion du personnel reposant sur l'expérience professionnelle, l'ancienneté, le déroulement de carrière, la capacité professionnelle, peuvent être constitutives d'une discrimination indirecte au titre de l'âge soit pour les seniors, soit pour les jeunes. Etre écarté d'une embauche parce qu'il y a un fort différentiel d'âge avec les candidats retenus pourrait-il être constitutif d'une discrimination indirecte ? Quelle pratique apparemment neutre sera révélatrice d'un désavantage pour des personnes d'un âge donné ? Des actions positives en faveur d'un groupe d'âge sont-elles possibles et jusqu'où ? La jurisprudence foisonnante de la CJCE sur la discrimination pourra apporter des éléments de réponse. La discrimination est une notion à forte charge symbolique qui peut avoir un effet d'entraînement du fait de son développement réussi dans d'autres registres que l'âge. Le régime de la

preuve est aussi facilité par un partage induit par la directive de 1997 et relayé depuis par une jurisprudence innovante. Mais les raisonnements ne seront pas transposables en l'état.

La situation actuelle est à bien des égards étonnante : alors que des changements fondamentaux sont intervenus dans la réglementation et bouleversent les prévisions des salariés et des entreprises, on a l'impression que rien ne se passe sur le terrain et que tout le monde continue à faire "comme avant".

Nous sommes pourtant au milieu du gué ou plutôt dans l'œil du cyclone. De nouveaux changements majeurs sont à prévoir à la suite de la mise en place du nouveau gouvernement et de l'arrivée de l'échéance de 2008 prévue par la loi de 2003.

Il est probable que nombre de salariés vont se trouver confrontés à des situations incompréhensibles pour eux, génératrices d'anxiété, de déception et d'amertume. Par ailleurs nombre d'entreprises n'ayant pas entrevu le changement de donne qui s'opère risquent d'être déstabilisées par des effets "retours" non évalués (accélération des départs – mise en invalidité – demande de reconnaissance de maladies professionnelles pour bénéficier d'un statut protecteur en fin de parcours – démotivation au travail...).

**Francis Meyer**

(40) Hervé Gosselin : Aptitudes et inaptitudes médicales au travail : diagnostic et perspectives, janvier 2007, sur le site [www.dialogue-social.fr](http://www.dialogue-social.fr)

(41) Voir aussi « Accidents et conditions de travail », Dares, premières synthèses août 2007 n° 31.2.



### Introduction au droit, par Valérie Lacoste-Mary et Irène Politis

Première partie : Le droit objectif  
Les sources formelles (présentation et application)  
Les sources informelles (sources non écrites et sources indirectes)

Deuxième partie : Les droits subjectifs  
Les titulaires de droits subjectifs (les personnes, la classification)  
La constitution de droits subjectifs (événements créateurs, exercice)

Méthodologie et exercices corrigés

256 pages - 20,50 € - A commander en librairie - ISBN 978-2-7298-3447-0